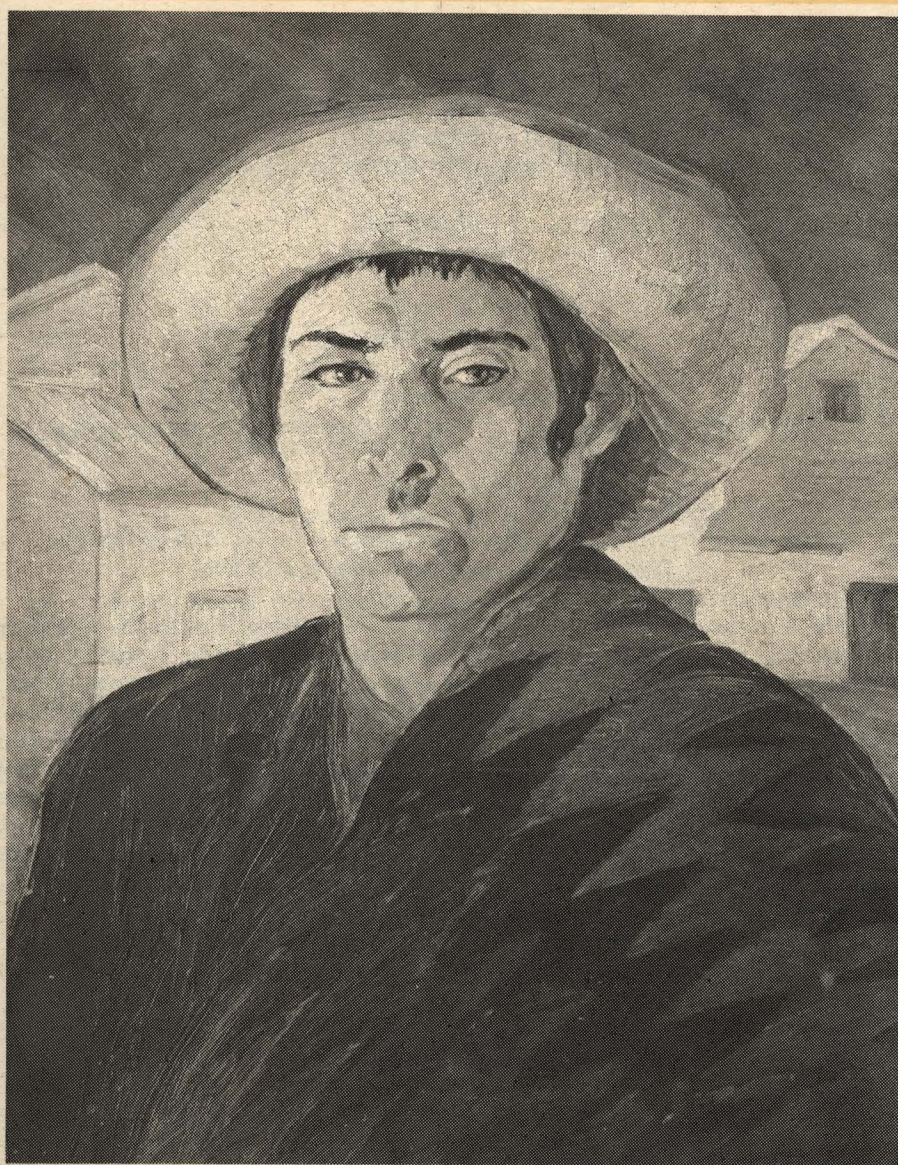


THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Helios Sarthou

Bernardo M^a Cremades • Rafael Alburquerque

José Luis Daza • Gilda Villarán

José Antonio Olachea • Luis Bustamante

Edgardo Mercado Jarrín • Valentín Paniagua

Lizardo Taboada • Beatriz Boza • Juan Monroy

THĒMIS Revista de Derecho

Publicación Trimestral editada por los alumnos de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Comité Directivo: Alfredo Bullard González, Fernando Cantuarias Salaverry, Nicolás Lerner Von Mallinckrodt, César Parodi Martins, María Teresa Quiñónez Alayza, Juan José Ruda Santolaria. *Comité Consultivo:* Jorge Avendaño Valdez, Manuel De la Puente y Lavalle, Fernando De Trazegnies Granda, Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Lourdes Flores-Nano, Aníbal Quiroga León. *Comité de Redacción:* Carolina Awuapara P., Lorena Borgo H., Ursula Collimboy S., Javier Chocano P., José Alfredo Jiménez G., Milagros Muñoz B., Rosario Saco O., Josefina Townsend D. C., Verónica Zavala L. *Colaboradores:* Cecilia Blume C., Mariana Cazorla Q., Patricia Mendoza F., Carlos Garatca G., Juan García-Montúfar S., Alejandro Lira P., Juan Carlos Mejía C., Bernardo Ortega M., Mario Pasco L., Alejandro Peschiera B., Alberto Rebaza T.
Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos Lluvia Editores. Telf. 234157

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Dirección: Av. Universitaria Cdra. 18 - San Miguel
Facultad de Derecho - Casilla Postal 110711 - Lima 11

Carátula: José Sabogal (1888 - 1956)
"El Indio Huanca"

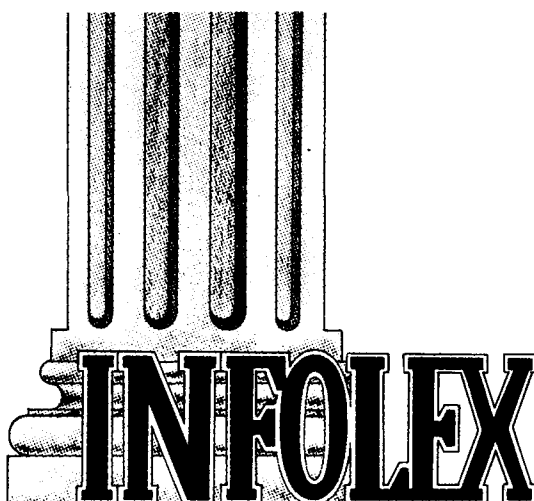
Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial N° 072-88-JUS
del 15 de febrero de 1988

THEMIS

Revista de Derecho

INDICE

	3
Presentación	
	5
Entrevista a Helios Sarthou	
	10
Bernardo M. Cremades	
El proceso arbitral en los negocios internacionales	
	15
Juan Rivadeneyra Sánchez	
¿Jurisdicción Arbitral?	
	20
Rafael Alburquerque	
Despido, retiro y justa causa	
	31
José Luis Daza Pérez	
La Negociación Colectiva en las normas de la Organización Internacional del Trabajo	
	35
Gilda Villarán Calderón	
La dimensión olvidada de la estabilidad en el empleo	
	41
José Antonio Olaechea Alvarez Calderón	
El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas	
	45
Grupo de investigación de THEMIS	
Aproximación al conflicto árabe-israelí	
	50
María del Carmen Vega	
La Ley de Aeronáutica Civil: 22 años de Retraso*	
	52
ACTUALIDAD: REGIONALIZACION	
Luis Bustamante Belaunde	
La descentralización política en la regionalización	
	57
Edgardo Mercado Jarrín	
La delimitación de las regiones	
	65
Valentín Paniagua Corazao	
Descentralización y Regionalización	
	71
COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL	
Lizardo Taboada Córdova	
Causales de nulidad del acto jurídico	
	77
Beatriz Boza Dibos	
La Persona Jurídica sin fin de lucro	
¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas? (Primera Parte)	
	82
Fernando Cantuarias Salaverry	
Conclusión del contrato de arrendamiento de duración indeterminada	
	84
JURISPRUDENCIA COMENTADA	
Juan Monroy Gálvez	
Concepto de Desistimiento	
	89
RESEÑAS DE TESIS	



Finalmente, la informática está con la ley.

INFOLEX es una novedosa herramienta de trabajo, que permite a estudiantes y profesionales de las leyes tener acceso inmediato, a través de un computador personal, a información ordenada, sumillada y concordada sobre las normas legales promulgadas en el Perú y la jurisprudencia en materia laboral y tributaria.

La Base de Datos computarizada, INFOLEX, es la solución de avanzada tecnología que Cosapi Data y Rey & De los Rios ponen hoy a su disposición.

Es que la informática... no podía quedar fuera de la ley.



En asociación con
REY & DE LOS RIOS

Av. Nicolás Arriola 500, Lima 13
Teléfono: 706000 / Anexos: 380, 377
Télex: 25594 PE / FAX: 726362
Casilla 4186, Lima 100 - Perú.

Presentación

La aparición del Número 11 de THEMIS es ocasión propicia para rendir un justo homenaje al Dr. Héctor Comejo Chávez, quien tras treinta y un años de ininterrumpida labor docente, ha sido distinguido por el Consejo Universitario de nuestra Casa de Estudios con el título de Profesor Emérito.

Asimismo, deseamos contribuir, a través de la sección Actualidad, al debate nacional respecto a la regionalización. En este sentido, hemos convocado a tres especialistas que han abordado cuestión tan significativa desde una perspectiva interdisciplinaria.

Finalmente, aprovechamos la oportunidad a fin de recordar a nuestros lectores que, con el respaldo de entidades peruanas y extranjeras y en vistas al mejor cumplimiento de uno de los principales objetivos de esta revista, nos hallamos abocados a la realización de actividades orientadas al mayor desarrollo y difusión de las Ciencias Jurídicas.

Pando, junio de 1988
El Comité Directivo



quorum

COMO TARJETA DE CREDITO: Usted puede comprar en más de 5 mil establecimientos afiliados, incluyendo grifos, y pagar al crédito hasta en 10 meses.

COMO BANCO: Puede retirar efectivo en establecimientos comerciales.

Puede operar nuestra red de cajeros automáticos de Lima y Provincias.

Puede girar nuestro CHEQUEEFECTIVO, el cheque garantizado por el Banco Latino.

Todo totalmente gratis. Venga al Latino...y llévese el banco en el bolsillo.

Latino
TARJETA BANCO

Entrevista a Helios Sarthou

En esta oportunidad, THEMIS tiene el honor de ofrecer las opiniones acerca de diversos asuntos de la temática laboral, del Dr. Helios Sarthou—connotado jurista uruguayo—, quien gentilmente enviara por escrito sus respuestas a nuestras inquietudes.

El Dr. Sarthou es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Miembro del Comité de Redacción de la Revista "Derecho Laboral" de su país. Asimismo, por desempeñarse como profesor en la Universidad de Montevideo, ha participado activamente en la formación de varias generaciones de abogados.

Las labores de elaboración y edición de la presente entrevista estuvieron a cargo de María Teresa Quíñonez, Juan José Ruda y Verónica Zavala.

Thémis: Nuestra Constitución, al igual que un Convenio de la OIT, consagra el principio de la no discriminación. ¿Piensa que la diferencia entre obreros y empleados atenta contra ese principio?

Sarthou: A nuestro juicio, no se justifica la diferenciación de tratamiento entre empleados y obreros. La condición común de trabajadores dependientes los unifica, por encima de aparentes diferencias manejadas en el pasado y que hoy carecen de fundamento.

Los elementos esenciales son los mismos: prestación de servicios personales, subordinación y remuneración. Cierta atenuación de la intensidad de la subordinación en el caso de los llamados "altos empleados", ha quedado despejada en la doctrina como no invalidante de la existencia del contrato de trabajo. Las diferencias empíricas y adjetivas sostenidas en el pasado—por ejemplo, en un viejo decreto uruguayo del 38—, en cuanto al predominio de lo intelectual en el trabajo del empleado, se han desvanecido al influjo unificador que ha operado la tecnología al "intelectualizar" el trabajo obrero.

Respondo afirmativamente, entonces, que, frente a la identidad esencial del contrato de trabajo del obrero y el empleado, un tratamiento privilegiado en favor del segundo constituye una violación de la no discriminación, que en el plano salarial tiene expresión aforística en el principio de equiparación y que debe ampliarse al ámbito total de la relación de trabajo. En nuestro país, a nivel constitucional, el principio de igualdad ante la ley constituye la garantía o respaldo de ese indiscriminación; ello hace impugnabile el tratamiento legal diferente para obreros y empleados en cuanto a la indemnización por despido (leyes viejas 10570 del 15/12/44 y 12597 del 30/12/58 aún en vigencia). Se objetiva por esas normas una gruesa discriminación, pues si es despedido un empleado u obrero mensual—cualquiera sea el tiempo de trabajo— cuenta con un

mes de indemnización. En cambio, un jornalero debe tener como mínimo 240 jornadas trabajadas. Si bien no es una discriminación explícita entre obreros y empleados, sino entre jornaleros y mensuales, se acaba privilegiando a los empleados, que son normalmente remunerados en forma mensual.

La diferenciación entre obreros y empleados ha afectado la unidad de los trabajadores en el plano sindical. En Uruguay, han surgido organizaciones gremiales separadas de empleados o supervisores, que eran manejadas por el empleador con criterio divisionista.

De algún modo, el empleador—en vistas a debilitar la acción sindical— utiliza a los empleados y favorece la discriminación.

Thémis: El empleador puede hacer ciertas diferencias—algunos legítimos y otros no— al momento de retribuir a trabajadores de la misma categoría, como por razón de antigüedad, confianza, sexo, filiación sindical o política, etc. ¿Cuáles serían para Ud. las consideraciones válidas?

Sarthou: La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, aprobó los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Mi país los ratificó por ley No. 13751, de julio de 1969.

De acuerdo al artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho a "una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie...". El artículo 8º de nuestra Constitución establece, asimismo, que todas las personas son iguales ante la ley, sin más distinción que la de los talentos o las virtudes. Además, el artículo 54º de la Constitución—relativo al derecho o libertad de pensamiento—asegura al trabajador la independencia de su conciencia moral y cívica.

Con este panorama normativo, resulta claro que el patrono —fundándose en circunstancias como la filiación sindical o la posición política— no puede retribuir en forma diferencial a trabajadores de la misma categoría. De lo contrario, al violar los derechos a la libertad sindical y al libre pensamiento, infringiría las disposiciones constitucionales mencionadas y el Convenio 98 de la OIT.

En razón del sexo, no pueden establecerse salarios diferenciales, porque se incurriría en actos discriminatorios sancionados también por el art. 7º del citado Pacto, que expresamente prohíbe la diferenciación entre el hombre y la mujer.

La confianza, por ser de apreciación potestativa y discrecional del empleador, carece de objetividad y puede ser una forma encubierta de aplicar las discriminaciones no admitidas.

Pienso que, en consideración al tiempo de servicios y la antigüedad —que racionalmente pueden implicar variaciones en el valor del trabajo—, podrían aplicarse salarios diferenciales, debido a que se trata de un elemento objetivo no manipulable por el patrono.

El segundo criterio admisible es el de la capacidad, que también puede fundar una diferenciación justificada. Sin embargo, ante la amenaza de su utilización como excusa para otras discriminaciones prohibidas, entiendo que el principio de realidad daría al trabajador derecho de contralor judicial sobre esa supuesta justificación de capacitaciones, a pesar de la dificultad de prueba inherente al caso. Pero, creo que existiría derecho a un procedimiento objetivo de evaluación, con participación sindical, de modo que se garantice la objetividad del juicio.

Fundo estas dos situaciones diferenciales del salario —en cuanto a tiempo de servicio y capacidad— en el propio Pacto de Derechos Económicos, que, a mi juicio, permite la aplicación analógica del art. 7º inciso "c", que, al consagrar el derecho de igualdad a las promociones, sólo establece como excepciones el tiempo de servicios y la capacidad.

Para aquellas naciones que no aprobaron y ratificaron los Pactos expresados, considero que, de igual manera a como sucedía en Uruguay antes de dicha ratificación en 1969, los demás principios constitucionales brindan garantías respecto de esas discriminaciones injustas e inadmisibles.

Thémis: ¿Cree Ud. que un colectivo de trabajadores puede renunciar mediante negociación colectiva a los derechos adquiridos a través de este mecanismo? ¿Puede una ley derogar los beneficios obtenidos por la negociación colectiva?

Sarthou: Entiendo que, en virtud del Convenio Colectivo, se incorporan a los contratos individuales existentes a la fecha de su entrada en vigor, los beneficios o derechos establecidos por el referido convenio.

Por lo tanto, una nueva convención colectiva derogatoria de esos derechos, sólo puede tener efectos sobre los contratos de trabajo individuales nacidos a partir de su suscripción. Esta posición ha sido admitida por la Sala de Abogados del Ministerio de Trabajo de mi país.

Se habla de ultractividad del Convenio derogado con respecto a los contratos individuales celebrados durante su vigencia. el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales del contrato individual, alcanza, de este modo, inclusive a la acción del sindicato o colectivo de trabajadores.

En el plano filosófico, entendemos que el sindicalismo es un medio para mejorar la condición de los trabajadores; no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que los trabajadores se han dado para sus objetivos. Es así, que resulta de aplicación una de las variantes del principio protector o "indubio pro operativo" —recogido por la propia constitución de la O.I.T.—, que, frente a la nueva norma convencional colectiva a aplicarse, supone el predominio de la condición más beneficiosa o la situación más favorable.

Por supuesto que ésto puede dificultar una negociación colectiva que implique el sacrificio de situaciones individuales, pero ello resulta del equilibrio entre la autonomía colectiva y los derechos individuales adquiridos. De esta manera, considero que sería inconstitucional una ley que derogara beneficios obtenidos por negociación colectiva. Los actos negociales concretos, sea de sujetos individuales o colectivos, sólo pueden ser modificados o afectados por decisiones del Poder Judicial. La ley no puede derogar total ni parcialmente un convenio colectivo determinado, porque se estaría violando el principio constitucional de separación de poderes y la autonomía colectiva propia de la libertad sindical.

Una ley si podría, en cambio, marcar las pautas a seguir en los futuros convenios colectivos, al punto de llegar a impedir que en ellos se incluyan ciertos beneficios. Sin embargo, las situaciones individuales más beneficiosas persistirían, en tanto se obtuvieron por medio de convenio colectivo previo a la dación de la ley.

La existencia en una misma empresa de trabajadores con situaciones más beneficiosas y de otros con contratos de trabajo regidos por los Convenios colectivos otorgados bajo la nueva ley, puede crear problemas de equiparación al amparo de los Pactos de Derechos Humanos ya aludidos.

Thémis: El tema de la estabilidad laboral nos plantea diversas cuestiones, como lo que se entiende por ella, la diferencia entre la estabilidad absoluta y la relativa, el si ocasiona una falta de flexibilidad en el mercado de trabajo, la forma de entenderla para las pequeñas empresas y la determinación de a quién le correspondería inclinarse por la indemnización o la reincorporación. ¿Podría darnos una apreciación somera en torno a asuntos tan controvertidos?

Sarthou: Entiendo por estabilidad laboral real solamente a la absoluta. Creo que, en el área del subdesarrollo —salvo excepciones— y concretamente en mi país, el drama mayor del trabajador y su familia está vinculado a la obtención o mantenimiento del empleo. Aún hoy, pasada la dictadura, el riesgo del desempleo es la emigración a países vecinos, con los perjuicios e incertidumbre que ello implica. Además, el trabajador con temor a la pérdida del empleo, no se sindicaliza ni reclama por violaciones a leyes laborales; se vuelve complaciente con el patrono, en perjuicio de sus compañeros, y hace horas extras sin que se las paguen. La intimidación creada por la pérdida de la ocupación tiene una amplia secuela de perjuicios en el plano laboral. Bajo la presión de esa óptica es prioritario, a mi entender, lograr el mantenimiento de la ocupación en bien del trabajador y de sus hijos, lo que requiere la estabilidad absoluta, o sea, la reinstalación material en el cargo.

La estabilidad relativa permite poner precio al despido del trabajador, ya sea sindicalista, ya sea simplemente quien hace respetar sus derechos. Lo que el trabajador necesita es la fuente de trabajo y no una indemnización por despido, que cobra dos años después y que ninguna necesidad urgente soluciona.

En segundo lugar, la falta de empleos nos introduce a una temática ajena al Derecho Laboral en lo que se refiere al plano causal. No creo que la flexibilización de la estabilidad y del Derecho de Trabajo sea la solución, para quienes no logran acceder al mercado de trabajo. Es importante destacar que la realidad de la que venimos hablando es la americana —específicamente la del Uruguay—, que resulta diferente a la europea, donde existe alto poder sindical y una situación económica y social distinta.

La creación de empleos tiene que ver con la política económica del Estado y el pago de la deuda externa, que impide la realización de inversiones creadoras de nuevos puestos de trabajo. Se encuentra también relacionada con la falta de sinceridad respecto a la situación de las empresas y la descapitalización de ellas, originada por la fuga de divisas. En este sentido, antes de flexibilizar el Derecho del Trabajo tendríamos que operar un control laboral de la crisis empresarial.

Sin duda, la idea del derecho de propiedad como función social —recogida en nuestra Constitución— debería llevar a una organización y planificación dentro del régimen democrático, que obligara al pleno empleo. Por supuesto que esto tiene que ver con la soberanía económica del país, pues nuestras economías están intervenidas por la Banca acreedora. Estas cuestiones, sin embargo, están más allá del Derecho Laboral.

En síntesis: creo que, sin afectar a los empleados en su estabilidad, los inocupados o desempleados podrían tener ocupación con medidas económicas en favor del país y de sus trabajadores. Es cierto que, en algún caso excepcional —que no afecta la regla— la es-

tabilidad absoluta en las pequeñas empresas, especialmente en las unipersonales, podría tener dificultades por la incompatibilidad entre patrono y trabajador. Al lado de la inestabilidad generalizada, éste es un mal menor y circunstancial.

Esta situación excepcional podría controlarse judicialmente con prueba debida y ser objeto de una indemnización agravada, como lo plantea la legislación mexicana. Tendría que aplicarse muy restrictiva y rígidamente, a fin de evitar válvulas de escape.

De acuerdo a lo dicho, es verdad que existen dificultades para probar la falta grave. Pero, mientras la prueba de ello supone que un trabajador y su familia se priven de los medios de subsistencia, la imposibilidad de acreditarla puede afectar, en el peor de los casos, la eficiencia productiva. La jerarquía de los considerandos es distinta.

Por lo expuesto, dudo que el trabajador prefiera la indemnización en lugar de la estabilidad, debido a que la primera opción supondría un consentimiento carente de libertad. Posiblemente, convendría que la elección correspondiera al juez, quien resolvería atendiendo a consideraciones como la naturaleza de la incompatibilidad y su gravedad, las cargas de familia y la posibilidad de un nuevo empleo, entre otras.

Thémis: ¿Considera necesario un período de prueba para la adquisición de la estabilidad laboral? Aunque todo plazo es arbitrario, ¿Cuál sería para Ud. el indicado? ¿cree que el plazo debe ser diferenciado en función al tamaño y el número de trabajadores de la empresa?

Sarthou: El período de prueba le sirve al trabajador para saber a qué atenerse, en cuanto a la eventual duración de su empleo. Además, está impuesto en la práctica especialmente por conveniencia de los patronos, quienes, antes de correr el riesgo de la indemnización por despido, se aseguran de la capacitación del trabajador. En mi país, no existe disposición legal que lo autorice o lo regule, pero algunas normas— como la ley de accidentes de 1941— lo mencionan incidentalmente.

Parece razonable el plazo de 90 días consagrado por el Derecho Comparado. En este sentido, dicho plazo resultaría aplicable a labores más complicadas; para las otras bastaría con 60 días, más debe tenerse en cuenta que el desarrollo tecnológico constituye un factor que haría necesario el incremento del período de prueba.

Cabe destacar que la extensión del referido período mantiene en incertidumbre la suerte del contrato. Esta incertidumbre ha de reducirse al mínimo compatible con la evaluación, por lo que, salvo el caso de la complejidad derivada de la mayor o menor calificación de la categoría, creo que no debería depender del volumen de la empresa o del número de trabajadores.

Thémis: ¿Cuáles son, para Ud. las finalidades de la huelga? De las modalidades existentes, ¿Cuáles considera válidas?

Sarthou: En mi país, el concepto de huelga es absolutamente amplio, ya que el art. 57º de la Carta Política no consagra restricción alguna y subraya que, por medio de la reglamentación —a la que no se ha recurrido hasta la fecha—, no cabe afectar el ejercicio y la efectividad de ella.

De esta manera, los derechos fundamentales de la parte dogmática de la Constitución sólo pueden reglamentarse a través de ley y por razones de interés general, es decir, que ni el Poder Ejecutivo ni el Judicial se encuentran facultados para limitar el alcance del referido artículo constitucional.

Como consecuencia de lo expresado, es huelga toda omisión concertada de trabajo, parcial o total, con abandono o no del lugar de trabajo y con fines de defensa de la clase trabajadora. Se admite la huelga solidaria dado el carácter clasista de este derecho —la huelga política —entendida en el sentido etimológico de asuntos de la polis, asuntos de la ciudad, asuntos de todos— está comprendida, en tanto no hay decisión del Estado moderno que no alcance a los trabajadores.

En nuestro país, no se han planteado la huelga partidista ni los fines políticos partidistas, por ser el movimiento sindical pluralista y apartidista. Sin embargo, en sociedades desarrolladas —como EE. UU. e Inglaterra— no se excluyen los fines de apoyo partidista por parte del sindicalismo. Para la realidad de mi país y el desarrollo del movimiento sindical, considero absolutamente inconveniente el apoyo partidista a candidatos de un partido determinado.

Thémis: En el Perú hay un Decreto Supremo de 1961 que prohíbe a los sindicatos dedicarse "institucionalmente a asuntos políticos, religiosos o de índole económica con propósito de lucro". A pesar de que esta norma tenga la intención de no distorsionar los fines de los sindicatos, ¿cree Ud. que no permitirles realizar ningún tipo de actividad económica es una manera de quitarles los medios que necesitan para desarrollar sus funciones?

Sarthou: En Uruguay, no existe una norma reguladora de la actividad de los sindicatos, pues fue derogada en marzo de 1985 la Ley Sindical del Gobierno de facto. En realidad, tenemos un precepto que es el artículo 57º de la Constitución, que, además de referirse a la huelga, establece la obligación para el legislador de promover la organización de sindicatos dándoles franquicias y personería.

Dicha disposición constitucional, así como los convenios Nros. 87 y 98, que podrían reputarse normas legales reglamentarias, para nada aluden a la limitación de la actividad sindical. Sin embargo, por su naturaleza, en cierto modo se ha sobrentendido que la ac-

tividad de lucro no puede ser cumplida por los sindicatos, dado que, de acuerdo a nuestro Derecho, son asociaciones caracterizadas por no tener finalidad de lucro.

No obstante, comprendemos que, por carecer de medios económicos y tener más limitada su capacidad de crecimiento, el sindicato se encuentra en situación de inferioridad respecto a las patronales. Finalmente, es una cuestión de opción. Personalmente, prefiero las dificultades económicas de un sindicato clasista ideologizado, aunque carezca de mayor eficacia por falta de recursos, a un sindicato económicamente poderoso que desata condiciones de burocratización, desdibuja los fines reivindicativos y frecuentemente se ve desvirtuado por la corrupción.

Creo en la necesidad de la pureza y la autenticidad sindical y no en el empresismo sindical.

Thémis: ¿Qué opinión le merece la existencia de registros administrativos que reconozcan u otorguen personería a sindicatos, y que en el Perú y México, por ejemplo, han sido utilizados con criterio político por los gobiernos de turno? ¿Qué sucede en su país?

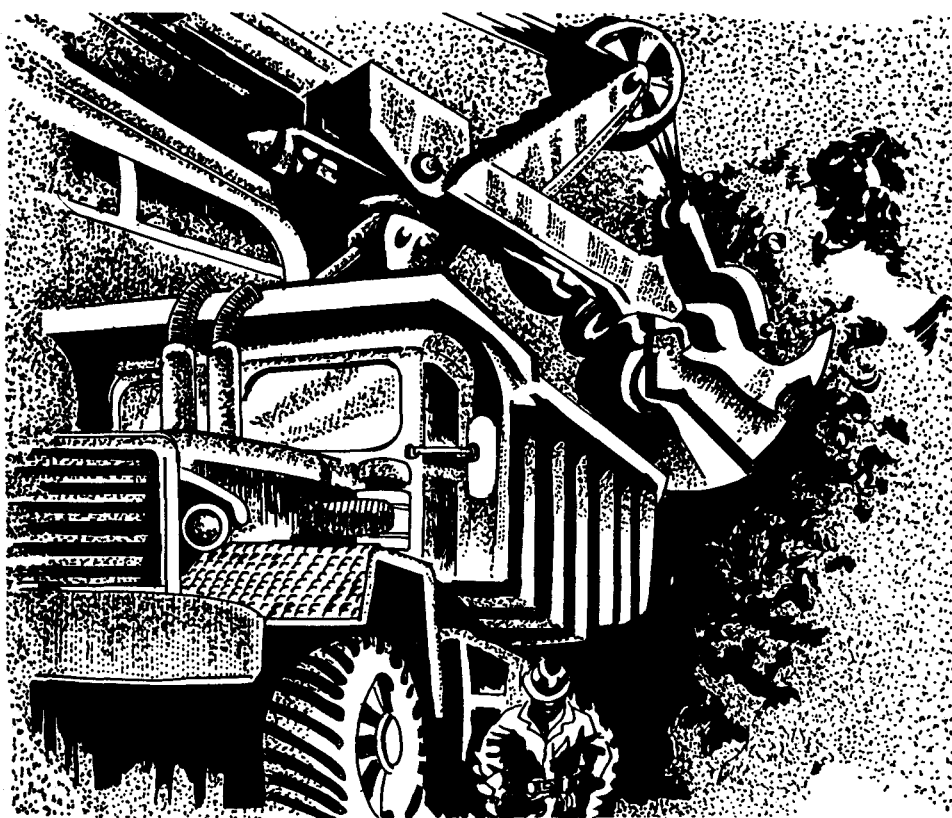
Sarthou: Es condición fundamental de la libertad sindical que los sindicatos no requieran autorización de ninguna especie para constituirse y actuar en cumplimiento de sus objetivos. De otro modo, el régimen de turno podría obstaculizar la existencia de las organizaciones gremiales. En el orden de los derechos positivos —como sucede en Uruguay—, los países que ratificaron el Convenio 87 están obligados por su artículo segundo, a reconocer el derecho de poder constituir aquéllas, sin autorización previa.

Si bien se sostiene que el registro no es una autorización previa, depende de cómo se use por la autoridad inscriptora. La libertad sindical no puede quedar condicionada en su efectividad a la prudencia o corrección de funcionamiento de quien tenga a su cargo el control.

Basta que el acto administrativo de admisión sea negativo, en base a cualquier excusa formal o a cualquier interpretación sobre presunta violación de ciertos principios del estatuto, para que el sindicato quede impedido de actuar. Esto es todavía más grave si sucede como en mi país, donde una reclamación contra ese acto administrativo puede llevar para su dilucidación —aún cuando sea grueso error— tres o cuatro años en el ámbito administrativo o en el jurisdiccional competente.

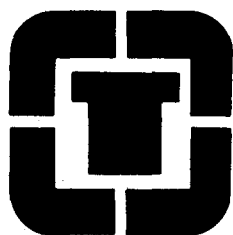
Por todo ello y para un respeto estricto de la libertad sindical, que no puede quedar a merced de la voluntad política de los gobiernos, sólo podría admitirse el mero depósito de los estatutos en la sede administrativa, sin que se requiera acto alguno de admisión, registro ni ningún control administrativo. Ese depósito no sería tampoco condición de existencia o funcionamiento, sino un mero trámite de publicidad.

MAS PRODUCCION ES IGUAL A MAS DIVISAS



EN TOQUEPALA, CUAJONE E ILO DESARROLLAMOS UN GRAN ESFUERZO

**LA TECNOLOGIA
MARCA EL PASO
DE LA MINERIA
DEL COBRE**



SOUTHERN PERU

El proceso arbitral en los negocios internacionales

Bernardo M. Cremades

Presidente de la Corte Española de Arbitraje, Miembro del Internacional Institute for Business Law & Practice, Miembro del International Council for Commercial Administration

El arbitraje, técnica para la solución de conflictos

Hace algunos años, cuando se me encomendaba la labor de presentar el arbitraje, acostumbraba a defender incondicionalmente las ventajas de utilizar el arbitraje en las relaciones económicas internacionales. Quizá la inexperiencia no me hacía ver los posibles defectos que el arbitraje en sí podía tener. Los años me han hecho ver que puede, efectivamente, ser un medio más rápido, más técnico, más barato, más eficaz, más confidencial,... Sin embargo, no es ninguna panacea. Es, simplemente, una técnica para la solución de los conflictos mercantiles internacionales, que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a estar y pasar por la decisión que aquél tenga a bien tomar en su día.

El arbitraje, es nada más ni nada menos que una pura técnica. No vale, en consecuencia, construir una filosofía y en algunos casos una verdadera poesía en su torno. Es una simple técnica y en cuanto tal hay que divulgarla y conocerla para su mejor utilización.

Es además una técnica para la solución de conflictos. El conflicto y en concreto, el conflicto mercantil internacional, se constituye a modo de piedra angular del arbitraje. El conflicto que surge en la ejecución o interpretación de los acuerdos mercantiles. Es simplemente una enfermedad a solucionar para el restablecimiento de la salud en el organismo comercial. Por desgracia hoy, en época de crisis profunda, el conflicto está tomando una relevancia destacada; con verdad podemos decir que, en la actualidad, el empresario tiene que hacer frente, al igual que su asesor jurídico, a una economía en situación de crisis.

Hablar del proceso arbitral es tanto como ir desmenuzando el conjunto de actos en que cristaliza el procedimiento desde el comienzo de las relaciones mercantiles hasta que el o los árbitros proceden a dictar la correspondiente sentencia arbitral. En este "procedere" de actuaciones hay que tener muy en cuenta que la técnica arbitral es una solución de empresarios y para em-

presarios, con un nuevo espíritu en la solución de los conflictos mucho más ágil y flexible, aunque por ello no menos seria ni dotada de menos garantías que aquella a la que estamos acostumbrados los abogados en el diario ejercicio de nuestra actividad profesional ante los tribunales estatales.

El convenio arbitral

El proceso arbitral comienza con la firma de un convenio arbitral. En el arbitraje, la gran carta magna es precisamente este convenio, pues esta institución no es otra cosa que un acuerdo entre unas partes en conflicto real o eventual y —tras su aceptación— los árbitros o la institución arbitral en quienes se deposita la confianza para que lleguen a una aceptable solución de las diferencias entre las partes. De esta forma, surge el convenio arbitral como pieza clave dentro del desarrollo ulterior del proceso, pues los árbitros no pueden apartarse, bajo peligro de nulidad, de lo acordado entre las partes; si así lo hicieren, su sentencia y sus actuaciones podrían ser tachadas de nulidad. Además, por tratarse de un procedimiento empresarial, el espíritu que preside al arbitraje está en torno a la libertad de forma, lejos de los formalismos propios de sistemas judiciales. Por eso, el arbitraje comercial internacional, según se regula en sus convenios internacionales ratificados por numerosos estados a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, no conoce rígidos formalismos a la hora de elaborar el convenio arbitral o de darle eficacia. La diferencia entre cláusula arbitral y compromiso, tan propia del derecho hispánico en todos nuestros países, queda difuminada en la práctica. Lejos de la flexibilidad que exige el arbitraje comercial internacional se encuentran las exigencias de nuestros ordenamientos jurídicos de formalización, ya sea notarial o judicial, del compromiso como pieza clave para la eficacia del convenio arbitral. Los empresarios están acostumbrados a realizar con rapidez grandes transacciones, intercambiándose simplemente telegramas, telexes o utilizando otros medios de telecomunicación. Por esta razón, el arbitraje comercial internacional que se introduce a modo de cláusula final en estos

contratos, no podía sino admitir la plena validez y eficacia de aquellos convenios arbitrales que cristalicen en una cláusula de los contratos o, a veces, en una simple línea del télex por el cual se pide o se confirma una operación.

El empresario es por hipótesis un emprendedor. No cabe empresario que no asuma con agrado la decisión, tomando los correspondientes riesgos en su vida diaria. La agenda de todo empresario constituye precisamente una concatenada sucesión de decisiones, asumiendo riesgos. Por ello, el empresario entiende muy bien que a la hora de firmar un convenio arbitral esté afrontando unos riesgos. Estos fundamentalmente derivan del hecho de que en dicho convenio se van a señalar los límites y las circunstancias con arreglo a los cuales se va a desarrollar el procedimiento en cuestión.

En concreto, las grandes opciones que puede adoptar el empresario al pactar el arbitraje pudieran ser las siguientes:

¿Qué tipo de procedimiento arbitral quiere en caso de conflicto?, ¿Desea someter el eventual arbitraje a la fórmula artesanal de unas concretas y determinadas personas que le merecen su confianza o, por el contrario, pretende dar mayor estabilidad a la solución de los conflictos? En segundo lugar, las partes pueden establecer el lugar donde vaya a desarrollarse el procedimiento arbitral. Si así lo desean, pueden seleccionar también la lengua en la cual vaya a dilucidarse la contienda. Una cláusula muy recomendable en todo tipo de contratos comerciales internacionales es la relativa a la opción sobre la ley aplicable, con eficacia práctica a la hora de decidir el conflicto. Un punto muy crucial en la elaboración del convenio arbitral es, además, el relativo al nombramiento de los árbitros; el arbitraje vale lo que valgan los árbitros, se han dicho reiteradamente, y es cierto pues a la postre son ellos quienes van a protagonizar el procedimiento hasta el logro de la sentencia definitiva.

El convenio arbitral constituye el punto de partida del arbitraje y además es su verdadera "carta magna". cuando surja el conflicto, las partes se acordarán de aquella cláusula que a lo mejor colocaron al final de su contrato, sin darle mayor importancia proque en los momentos de redactar el texto que iba a regir esas relaciones comerciales que se prometían tan felices nadie paró mientes en las serias advertencias del asesor jurídico que en esos momentos parecía prever los posibles nubarrones que las partes excluían por el optimismo de su negociación contractual.

Alegaciones de las partes

Otro segundo gran bloque de actuaciones en el procedimiento arbitral, viene constituido por el que pudiéramos calificar como alegaciones de las partes. Cuando aparece el conflicto y las partes no son capaces de solucionarlo de común acuerdo, deben acudir al

arbitraje. La parte que lo intenta poner en marcha formula la correspondiente demanda, recibe la contestación de la otra o de las otras partes y, a su vez, se suceden los escritos de réplica y dúplica en el procedimiento. En este orden de cosas, creo que debe insistirse de nuevo en el escaso formalismo que rige también en este punto el procedimiento arbitral. Los escritos en cuestión no tienen forma alguna sino que en la mayoría de los casos son simples cartas que se intercambian entre las partes, los árbitros o en su caso, las instituciones arbitrales. Tampoco existe gran inconveniente en la flexibilización de los plazos. El procedimiento es, en consecuencia, enormemente ágil.

Acta de misión

En algunos procedimientos, como es el caso especialmente de la Cámara de Comercio Internacional, es costumbre que cuando se haya intercambiado las alegaciones de las partes y designado el tribunal arbitral, éste se reúna con los representantes de las partes para elaborar lo que se ha venido en llamar acta de misión. Este escrito que en su momento firmarán los árbitros con las partes sin formalismo alguno, cristalizado en un simple escrito privado entre ellos, pretende recoger clara y listadamente las pretensiones de las partes y las cuestiones que someten a la decisión de los árbitros. La experiencia dice que, en muchos casos, la simple elaboración del acta de misión bajo la autoridad de los árbitros es el comienzo de un entendimiento que hasta aquel momento era imposible entre las partes porque hablaba un lenguaje bien distinto y distante. Cuando se ha redactado en negro sobre blanco las pretensiones de una y otra de las partes, éstas comienzan un diálogo sincero que al cabo de los días, semanas o incluso meses, termina en una posible solución de común acuerdo. A veces, cuando estalla el conflicto no es el mejor momento para el diálogo y sucede con bastante frecuencia que las partes no están dispuestas a abordar toda la problemática que la contraparte les plantea.

Período probatorio

Intercambiadas las alegaciones y, en su caso, firmada el acta de misión, comienza la fase que pudiéramos llamar período probatorio. La prueba en el arbitraje pretende conducir a la verdad material sobre los hechos. Los árbitros a través de las diferentes pruebas deben llegar al convencimiento sobre los hechos debatidos y en consecuencia sobre quién tiene la razón. Por eso, en el arbitraje, no prima la verdad probatoria formal, sino que la búsqueda se centra fundamentalmente en torno a la verdad real. En la presentación de documentos, testigos, en el desarrollo de la inspección ocular, en la audiencia directa de las partes, los árbitros van llegando a su convencimiento interior y personal. De ahí, el fracaso muchas veces, de técnicas y tácticas leguleyas, quizá exitosas en el procedimiento judicial, pero tremendamente perjudiciales ante los árbitros que

pueden ver detrás de ellas el ocultamiento o falseamiento de la verdad. El abuso de excepciones dilatorias o perentorias, la obstaculización en la presentación de pruebas..., son causas que muchas veces conducen a la duda en los árbitros sobre la seriedad de la postura de quienes utilizan tales argucias. Hemos dicho, que el arbitraje constituye una técnica y esta técnica debe ser bien conocida por los asesores jurídicos de las partes, pues de lo contrario, corren peligro de estar asesorando no adecuadamente a sus clientes en cuanto que no logren el convencimiento real de quienes tienen que decidir la contienda.

Laudo arbitral

Convencidos los árbitros de su decisión, pasan a la elaboración de la sentencia o laudo arbitral. Este huye igualmente de todo formalismo. No son buenos laudos aquellos que pretenden hacer doctrina, es decir, aquellos en los cuales los árbitros se explayan páginas y páginas para fundamentar su fallo sin ser realmente necesarias. El árbitro tiene que alcanzar un equilibrio entre la lógica información a las partes del porqué llega a la decisión, y por otro lado, la terrible tendencia, sobre todo del profesional universitario, de escribir verdaderos tratados para que su laudo o sentencia arbitral establezca doctrina citada en el futuro. Los árbitros no sientan doctrina y su misión primordial ha de ser la de solucionar pretensiones, pues no hay nada más práctico que la labor decisoria estimando o rechazando pretensiones.

La realidad del arbitraje

A efectos puramente expositivos, hemos intentado recoger en estos grandes apartados el desarrollo del proceso arbitral. Pero como ustedes comprenderán, en la solución de los conflictos se vuelcan las partes, sus asesores, los árbitros, eventuales terceros interesados en el desarrollo del procedimiento arbitral (sobre todo si existe la amenaza de iliquidez), las instituciones a las que se encomienda el arbitraje, ... La vida del arbitraje no permite el estático encasillamiento. El jurista está obligado a introducir en las instituciones su bisturí a efectos de conocimiento de la realidad del llamado proceso arbitral, pero no puede evitar que la fisiología del organismo vivo del mundo de los negocios desborde la realidad de una disección anatómica. Algo tan vital como el comercio internacional puede ser explicado estáticamente, pero nada más, pues la realidad desborda todo tipo de explicaciones.

El arbitraje institucional

En el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran pactado encomendar la administración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de és-

ta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral. Su tutela cristaliza en diferentes actuaciones, principalmente en torno al nombramiento y posible recusación de los árbitros y a la adopción de medidas que impidan posibles conductas obstruccionistas de alguna de las partes que no quieran cumplir con el compromiso dado en su día de someterse a arbitraje.

En este punto sí me gustaría manifestar el sentir cada vez más unánime de los empresarios y juristas provenientes de países hispánicos en torno a la administración arbitral que se está realizando en las instituciones domiciliadas en países importadores de materias primas y fuertemente exportadores de capitales y tecnología. Existe una queja bastante generalizada de que estas instituciones, lo quieran o no lo quieran, lo admitan o lo rechacen, administran los procedimientos arbitrales de acuerdo con la reacción psicológica de quienes habitan en tales países, muchas veces desconociendo los verdaderos intereses de los pueblos en desarrollo. A estas justas reclamaciones yo creo que deberíamos reaccionar de una doble forma: participando si se nos llamara en los organismos decisorios de tales instituciones y fortaleciendo o creando, en su caso, instituciones arbitrales en nuestra propia geografía. En muchos casos, instituciones muy prestigiosas del mundo llaman a nuestras puertas pidiendo representantes de nuestros países que colaboren en la administración de los arbitrajes; con bastante frecuencia, la respuesta ha sido en el pasado el silencio o la designación de personas cuya única finalidad era colocar el nombramiento en sus respectivas tarjetas de visita; tenemos una grave responsabilidad de nombrar a las personas adecuadas y que se dediquen a su función efectivamente para garantizar la neutralidad en la administración de los arbitrajes, con la participación de voces provenientes de nuestros países, con nuestra propia y peculiar mentalidad. Además, creo muy oportuno llamar la atención sobre la necesidad de fortalecer o crear centros de arbitraje que sean administrados en nuestros propios países.

Ya sé que nuestra mentalidad es más bien de jugar a corto plazo, del regateo en términos futbolísticos. Sin embargo, cuando se habla de la creación y, sobre todo, del fortalecimiento de centros de arbitraje en el área hispánica ha de funcionar con otros criterios más propios del medio y largo alcance. Estos centros no son sino verdaderas y auténticas empresas de servicios y como tales deben dar una especialísima atención a la clientela para ganarla y reafirmar su confianza día a día.

La importancia de la labor a realizar queda ratificada en los nuevos rumbos que está tomando, en el momento actual, el derecho mercantil internacional. Los tribunales arbitrales no sólo solucionan conflictos a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, sino que elaboran una jurisprudencia que algunos califican

como una nueva "lex mercatoria" internacional. Es decir, no sólo son cauce para la solución de los conflictos, sino que a través de la decisión reiterada de estos conflictos se genera su regulación, se está estableciendo el precedente, que ha de regir las relaciones mercantiles internacionales en el futuro próximo. De ahí la importancia de eficaces centros arbitrales que sepan hacer eco a la voz de los intereses hispánicos en la exigida neutralidad para la solución de los conflictos y sobre todo —en lo que es más grave y vinculante— en el nacimiento de la nueva regulación.

El arbitraje y la actividad judicial

La anatomía y posteriormente la fisiología del proceso arbitral no puede olvidar su patología. Es decir, aquellos casos extraordinarios en los cuales los empresarios que aceptaron en su día someterse a arbitraje no cumplen con su compromiso. Y digo que se trata de casos excepcionales pues, gracias a Dios, las estadísticas de un conocido centro de arbitraje mundial como es el de la Cámara de Comercio Internacional, indican que sólo el 10% de las sentencias dictadas en su marco exigen de la intervención judicial para su ulterior ejecución. El 90% de las mismas son cumplidas de común acuerdo por las partes sin necesidad de intervención judicial; ello refleja algo muy importante en el mundo de los negocios como es el hecho de que los empresarios dan un alto valor a sus compromisos y, en concreto, al que supone someter sus actuales o eventuales conflictos a la solución de un tercero, cuya decisión acatan de antemano. Pero no podemos olvidar, y mucho menos los juristas, ese 10% y su correspondiente tratamiento. Con lo cual entramos de lleno en un punto crucial para el tratamiento jurídico del arbitraje: la relación entre la función del árbitro y la tutela judicial. La coordinación de actuaciones entre el juez y el árbitro constituye una pieza básica para el buen funcionamiento del arbitraje.

Existe en algunos países la creencia equivocada de que el arbitraje constituye una competencia desleal y privada a la actividad judicial. Muy por el contrario, sus respectivas actuaciones son bien claras y diferenciadas: el árbitro debe arbitrar, porque así se lo han encomendado las partes en el ejercicio de su libertad contractual; el juez, garante establecido por la constitución de las justas relaciones entre los individuos, debe tutelar para que efectivamente se cumplan los compromisos libremente establecidos. El juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, el procedimiento arbitral no es un pseudo procedimiento judicial privatizado.

La tutela judicial sobre el procedimiento arbitral, que según hemos indicado no pretende sino hacer realidad los deseos manifestados por las partes en su convenio arbitral, cristaliza fundamentalmente en lo siguiente: efectiva garantía de la eficacia del convenio arbitral, impidiendo a las partes incumplidoras acudir al procedimiento judicial si se hubiera pactado el some-

timiento a arbitraje; la adopción de medidas cautelares que permitan el normal desarrollo del procedimiento arbitral frente a la pasividad de alguna de las partes o a su mala fe en la administración de las pruebas ya sean documentales, testificales, inspección ocular..., medidas provisionales que impidan el que la mala de alguna de las partes encaminada a la sustracción de activos pongan en peligro, en su día, la ejecución de la sentencia arbitral; a través de limitados cauces de recurso —limitados para evitar que el recurso sea la solución jurisdiccional en segunda instancia de los arbitrajes— los jueces deben revisar las actuaciones arbitrales y anular aquellas que fueran en contra del convenio arbitral para así garantizar la eficacia de la libertad contractual; en fin, los jueces dan ejecución forzosa a las sentencias arbitrales en aquellos casos en los cuales las partes no lo hicieran voluntariamente. Los jueces en el ejercicio de la actividad tutelar del procedimiento arbitral se encuentran respaldados por la autoridad constitucional, pues ellos son los únicos que pueden adoptar medidas coercitivas. Los árbitros carecen de "puissance publique" y por eso son los jueces quienes deben utilizar la fuerza que la constitución les confiere para hacer cumplir los compromisos contraídos por las partes, para hacer realidad práctica y eficaz el convenio arbitral.

La patología es, pues, importante, pero los juristas no debemos exagerar. Me refiero al hecho de que los supuestos de incumplimiento por alguna de las partes de sus compromisos arbitrales son realmente excepcionales y raros. Hay —eso sí— casos de incumplimiento y la ley debe tenerlos en cuenta para adoptar las correspondientes medidas preventivas o en su caso coercitivas. Pero tampoco se puede cometer el error de generalizar. A nuestros despachos de abogados sucede que con bastante frecuencia acuden la mayoría de esos casos que constituyen el 10% y podríamos generalizar a todos los procedimientos arbitrales esos graves defectos que encontramos en los procedimientos que circulan por nuestras mesas de trabajo. De la misma forma que el médico cometería un grave error si pretendiera al salir a la calle y generalizar a todos los ciudadanos las enfermedades que ve diariamente en su consulta, de la misma forma erraríamos los abogados que generalizamos lo que es una minoría dentro del conjunto de procedimientos lo que es una minoría dentro del conjunto de procedimientos arbitrales. Lo normal es que la gente esté sana y sólo las enfermedades constituyen algo excepcional. Lo habitual es también que los procedimientos de arbitraje funcionen bien y de acuerdo con la voluntad de las partes. Lo excepcional es una situación de incumplimiento que exija la intervención judicial.

La paz por el Derecho

En este mundo en crisis, que nos ha tocado vivir, el conflicto ha tenido y está teniendo un protagonismo excepcional. Los empresarios son muy conscientes de que hay que hacer frente a esta economía en situación de crisis y por ello han dado su respuesta con

el pragmatismo que les caracteriza a través de una institución tan empresarial —en sus orígenes como en su desarrollo y sus métodos de utilización— como es el arbitraje. Mucho se habla en los grandes foros internacionales del nuevo orden económico internacional, sin poder precisar exactamente sus consecuencias prácticas. Frente a esos macroplanteamientos, los empresa-

rios dan, a través del arbitraje, soluciones concretas. La gran aportación empresarial a la paz mundial puede precisamente consistir en el establecimiento y fortalecimiento de unos cauces de diálogo. Hoy, cuando las relaciones internacionales son básicamente económicas, los empresarios han sabido encontrar los cauces para un eficaz diálogo.



The logo features the word "Sabor!" in a large, stylized, cursive font with motion lines trailing behind it. To the right is a circular emblem with a crown at the top. Inside the circle, the text "Desde 1863" is written in a small font above the word "CERVEZA" in a bold, sans-serif font. Below "CERVEZA" is the word "Pilsen" in a large, stylized, cursive font, and at the bottom of the circle is the word "CALLAO" in a bold, sans-serif font.

**El *Sabor* de la Calidad.
Otra poderosa diferencia!**

¿Jurisdicción Arbitral?

Juan Rivadeneyra Sánchez

Alumno del 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

El inciso primero del artículo 233 de la Constitución, señala la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como una de las Garantías de la Administración de Justicia, añadiendo que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Vale decir que, según la Constitución los únicos que pueden ejercer una función jurisdiccional en el Perú son: 1) los jueces del Poder Judicial; 2) los árbitros y 3) los jueces del fuero militar; cada uno dentro del ámbito de competencia que les corresponde.

Por obvias razones queda justificada la excepción que el artículo hace respecto del fuero militar (o "jurisdicción militar" si se quiere), mas no así respecto de la mal denominada "*jurisdicción arbitral*"; pues hay consideraciones basadas tanto en el concepto mismo de "jurisdicción" y lo que ello implica, como en un análisis del nivel en el cual se desenvuelve la función arbitral, que nos llevan a pensar que, en puridad, no estamos ante una jurisdicción excepcional ni mucho menos en una que sea distinta de la ordinaria. Cabe recordar que el mencionado precepto constitucional, creó al momento de su aprobación en la Asamblea Constituyente, una gran polémica que reavivó de ese modo el debate entre contractualistas y publicistas que venía de años atrás. De este debate doctrinario, intentamos extraer elementos tanto de una como de otra posición (fundamentalmente de la procesalista, pues es ahí donde se encuentra la jurisdicción definida como tal), que reafirman la inexactitud del término empleado por la Constitución:

1. Algunos justifican la expresión "*jurisdicción arbitral*", argumentando que en tanto el árbitro "dice derecho", existe una jurisdicción excepcional. Si bien es cierto que jurisdicción proviene del latín "*ius-dicere* = decir derecho", es un grave error afirmar ello, pues cualquier persona (mas aún si es abogado o estudiante de derecho) puede "decir derecho" muchas veces de un modo más acertado que los propios miembros del Poder Judicial y sin embargo no nos queda la menor duda que no ejerce función jurisdiccional alguna.

Es errado pues, limitar el significado del término a una mera concepción etimológica tal como parece hacerlo la Constitución. Dentro de esta lógica, aunque parezca un contrasentido, es correcto afirmar que sólo los personajes mencionados pueden decir derecho (no ejercer función jurisdiccional); pero esto no es suficiente para tener una visión completa y real de lo que debe entenderse por jurisdicción, ni menos aún para crear una distinta a la ordinaria.

La doctrina, a pesar que no se ha puesto de acuerdo en la definición del término, nos da pautas para llegar a comprenderlo, y es ahí donde debemos centrar nuestra atención. Es preciso tener, como punto de partida, una definición de "jurisdicción" y dentro de muchas, nos parece más adecuada la que formula el maestro uruguayo Eduardo Couture, quien señala que es la "*función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad*", recalcando luego que la jurisdicción es un poder-deber (junto a la facultad de juzgar, el juez tiene el deber administrativo de hacerlo) ¹.

2. Como se desprende de la anterior definición, la función jurisdiccional se ejerce por órganos del Estado, mientras que la función arbitral la ejercen los particulares designados por las partes de un juicio promovido o por promoverse, los cuales preparan su decisión (laudo) sin el uso de poderes jurisdiccionales, excluidos totalmente de cualquier investidura por parte del Estado. La función jurisdiccional sólo la pueden ejercer órganos estatales, pues es precisamente la soberanía del Estado la que determina que sea el órgano único e idóneo que pueda, mediante la actuación de la ley, mantener la vigencia de un orden social. Y es que, tal como lo afirma Alcalá-Zamora, "*es preciso que el tercero que resuelve el conflicto, sea imparcial*,"

1. Couture, Eduardo: *Fundamentos de D. Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 40.

más fuerte que las partes entre sí enfrentadas; para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente frente a todo caso de desobediencia" ². Como atribución exclusiva del Estado, está ratificada en forma unánime tanto en la legislación como en la doctrina. Así, por ejemplo:

- Carnelutti: "Actividad que los jueces ejercen en nombre del Estado..."
- Alzamora Valdéz: "Poder que le corresponde al Estado..."
- Cabanellas de Torres: "... que es ejercitada por los tribunales y jueces en lo civil"
- Chiovenda: "La función del Estado..."
- Calamandrei: "La posición de la Administración de Justicia en el moderno estado de derecho..."
- Couture: "Función pública realizada por órganos competentes del Estado..."
- Podetti: "Poder público que una rama del gobierno ejercita..."
- Rocco: "La actividad con que el Estado..."
- Alsina: "Potestad conferida por el Estado a sus órganos..."
- Código de Organización de los Tribunales de Uruguay: "La potestad pública de los tribunales..."

3. En el ámbito legislativo, resulta sintomático que en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos hable tímidamente de una "función arbitral" y no de jurisdicción, tal como si lo hace en el artículo 4, refiriéndose a la ordinaria ("La función arbitral se ejerce por las personas designadas con tal fin por la ley o por las partes de acuerdo con las normas pertinentes"). Dice bien el artículo, pues no se intenta desestimar la existencia de una función arbitral, que de por sí existe. Resulta así la Ley Orgánica del Poder Judicial de España más prudente que la nuestra, pues omite cualquier pronunciamiento acerca de la función arbitral. Así en el artículo 3 dice: "La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos" (refiriéndose en esto último a la jurisdicción militar ya que así lo deja establecido el artículo 117 inciso 5to. de la Constitución española ³). Por su parte las normas constitucionales de países como España (donde la institución del arbitraje ha tenido un gran desarrollo) o Italia, que podrían considerarse el equivalente al inciso 1ro. del artículo 233 (artículos 117.3 y 117.5 de la Constitución española y 102 y 103 de la Constitución italiana) no hacen excepción alguna a la jurisdicción ordinaria, salvo la lógica referencia a la jurisdicción militar. Asimismo a nivel de legislación espe-

cífica en materia de arbitraje, encontramos que ni los artículos del 790 al 839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, ni la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado del 22 de diciembre de 1953 (que derogó los mencionados artículos de la L.E.C.) hacen referencia alguna a la jurisdicción, como erróneamente también lo hace el artículo 1909 de nuestro Código Civil.

4. Otro aspecto de la función jurisdiccional que hay que tomar en cuenta, es que ésta emana de la soberanía del Estado, mientras que la función arbitral emana de un convenio entre particulares. Dicho de otro modo, el Juez ejerce dicha función porque en virtud de la "potestas" del Estado asegura la vigencia del derecho para mantener el orden necesario en la sociedad. Si se quiere, resulta obligado en virtud de un contrato social rousseauniano. El árbitro en cambio, ejercerá la función arbitral por que las partes así lo determinan, estando obligado en virtud de un contrato privado (ese contrato es el de "recepción de árbitros", el cual en el fondo viene a ser una modalidad de la prestación de servicios). Como se aprecia, los términos y condiciones en que ambos personajes resuelven una controversia no son los mismos; el presupuesto de actuación de ambos tampoco es el mismo, con lo cual se hace muy difícil equiparar la función del juez con la del árbitro.

5. En el arbitraje desaparece el concepto de competencia, como porción de jurisdicción válidamente ejercitada. Todo juez por el simple hecho de serlo está investido del atributo jurisdiccional in genere, y en esa medida será competente (según los diversos órdenes que se dan) para conocer de unos casos y de otros no. Por su parte el árbitro es tal sólo en tanto las partes le confieran la facultad de resolver el conflicto y sólo podrá conocer y resolver lo expresamente señalado en el compromiso arbitral. Por ello siempre será "competente" (no hay ese margen de duda que se presenta sobre la competencia de un Juez), puesto que es el único que puede y debe (por estar obligado contractualmente) resolver la controversia planteada.

6. El compromiso arbitral, tal como dice Chiovenda ⁴, implica una renuncia a que conozca de una controversia la autoridad judicial. Debemos entender que esta renuncia no implica la sustitución de una jurisdicción por otra excepcional, ni por otra función en un mismo nivel que ella. Tampoco implica una transferencia de jurisdicción de los órganos judiciales a los árbitros, ni que la competencia de éstos pase a la de aquellos. Lo que en realidad sucede es que mediante el arbitraje se produce una restricción al trabajo previo que realiza todo juez normalmente. Ese trabajo previo estaría integrado fundamentalmente por: la recepción de las pretensiones, la determinación de la litis y por la llamada "subsunción" (enlace lógico de la situación particular con la previsión hipotética de la ley, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad de

2. Alcalá-Zamora, Niceto: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, UNAM, México, 1970, p. 14.

3. Art. 117.5 Constitución España: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

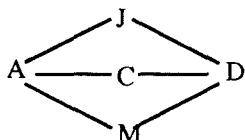
4. Chiovenda, Giuseppe: *Principios...*, Ed. Reus, Madrid, 1922, p. 127.

acuerdo al leal saber y entender de los amigables componedores), conjuntamente con el procedimiento determinado por las partes.

7. Destacable es el hecho que ante el supuesto de haber celebrado las partes un compromiso arbitral, y recurrir una de ellas al Poder Judicial, la otra no podría interponer una Excepción de Incompetencia (como sucedería si se admitiese la existencia de una jurisdicción arbitral, pues como señala la doctrina: "*a la negación de la potestad del juez ante que se recurre, se contraponen la afirmación del excepcionante de la competencia de otro juez u órgano judicial*") sino la llamada *Excepción Arbitral*, la que está regulada en el artículo 1914 del Código Civil, artículo 24 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje y artículo 19 de la Ley española de Arbitrajes de Derecho Privado, y que se define como una de carácter sustantivo que reafirma el carácter previo del arbitraje, puesto que su interposición persigue: a) la inhabilitación de todo órgano del Poder Judicial, para conocer la controversia sometida al arbitraje; b) la reafirmación del árbitro como único personaje apto para conocer del conflicto en un nivel anterior al del Juez, careciendo de jurisdicción propia o delegada. No debemos confundir entonces, la excepción arbitral ni con la excepción de pleito pendiente, ni menos aún con la de incompetencia.

8. La posición que ocupa el árbitro cuando ejerce su función es también determinante para establecer si existe o no una jurisdicción arbitral. De una parte, autores como Alcalá Zamora nos dicen que se encuentra "*supra-partes*" (encima de las partes), mientras que por otra autores como Kisch nos dicen que no se encuentra por encima de ellos, sino que es defensor u hombre de confianza de los mismos. Pensamos que ambas posturas son equivocadas. La primera por razones que a continuación se explican y la segunda porque solo estaría tomando en cuenta al amigable componedor, olvidando al árbitro de derecho. No obstante esto, no debemos olvidar que el término "*laudo*" proviene del latín "*recomendar*", en tanto se recomienda y no se impone, estaríamos ubicando al árbitro "*intra-partes*" (entre las partes) tal como lo hace Kisch.

Valiéndonos del cuadro que Alcalá-Zamora⁵ presenta para graficar la heterocomposición, observamos:



Donde: J = Juez (impone una solución)
 A = Actor
 C = Conciliador (dispone solución)
 D = Demandado
 M = Mediador (propone solución)

5. Alcalá-Zamora, p. 76.

Estas son conjuntamente con el arbitraje, las únicas variantes de heterocomposición (composición de un conflicto mediante la intervención de un tercero) que se pueden presentar. ¿En cuál posición ubicaríamos al árbitro? Creemos que tiene una posición sui géneris: entre el Juez (J) y el Conciliador (C) (por debajo del primero y encima del segundo) por las siguientes razones:

1) La posición que ocupa el Juez se justifica por la función pública que desempeña, determinando que no pueda existir otro personaje en un mismo nivel que el suyo. La función que cumple el árbitro no puede compararse a la del juez;

2) La figura del Juez siempre estará presente en este cuadro, mientras que el árbitro sólo aparecerá en la medida que haya un compromiso arbitral; y,

3) El árbitro sólo posee algunos de los atributos que la doctrina clásica considera como integrantes de la jurisdicción. Tiene la *Notio* (facultad para conocer el conflicto planteado), *Vocatio* (facultad de ordenar comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía) y *Iudicium* (de sentenciar, o "laudar" en este caso) pero no posee ni la *Coertio*, ni la *Executio* (atributos coercitivos y ejecutivos imprescindibles de una verdadera función jurisdiccional). Es por esto que se llega a sostener que los árbitros deben afirmar, sin poder actuar la voluntad de la ley. A pesar que tal como lo señalan los artículos 56 y 57 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje⁶, el laudo arbitral tiene el valor de sentencia y en principio es definitivo e inapelable. El árbitro tiene que recurrir al Juez para la ejecución del laudo. Si estuviéramos ante una verdadera jurisdicción arbitral el árbitro tendría que estar en aptitud de ejecutar y coercionar sin necesidad de recurrir al Juez. Pero no solo en el caso de ejecutar el laudo se nota la presencia del Juez, reveladoramente los artículos 1908 y 1910 del Código Civil, 556, 562; 563; 567; 569; 572; 576 y 579 del Código de Procedimientos Civiles, 7; 9; 10; 12; 13; 22; 23; 36; 39; 56; 58; 59; 61; 62 y 64 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje, regulan su intervención como un personaje con una misión cautelar (por encima del árbitro) que tiene como base precisamente la posibilidad de coerción de la cual carece el árbitro y que acude en su ayuda.

9. Si bien el arbitraje se diferencia claramente de la transacción (pues el que resuelve es el tercero y no se presenta esa mutua concesión a la que se refiere

6. Artículo 56.- "El laudo arbitral tiene valor de sentencia. Se ejecutará por el Juez de primera instancia competente del lugar de la sede arbitral, y habiendo varios, el de turno en la fecha de expedición del laudo. Está prohibido el Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución del laudo, siendo nula la resolución admisorio".

Art. 57.- "Los laudos de derecho y de amigables componedores son definitivos e inapelables, salvo que tratándose de laudos de derecho, en el compromiso se hubiese permitido expresamente la interposición".

el artículo 1032 del C. C.), creemos que ambas figuras se encuentran en un mismo nivel. Por lo demás así lo dan a entender los artículos 1820 y 1821 del Código civil español: "*Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas*", "*lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos*". Lo que persiguen ambas figuras es buscar la solución a un conflicto dentro del campo de libertad que tienen las partes para hacerlo, sin tener la necesidad de acudir al campo extremo de la función jurisdiccional del Estado. Se ratifica esta idea, con una disposición como la que contiene el Código de Procedimientos Civiles del D.F. de México: Artículo 610.- "*El compromiso puede celebrarse antes que haya juicio, durante este y después de celebrarse, sea cual fuere el estado en que se encuentre. El compromiso posterior a la sentencia irrevocable solo tendrá lugar si los interesados la conocieren*". Esta norma nos sirve a su vez para afirmar lo siguiente. De admitir la existencia de una jurisdicción arbitral distinta a la ordinaria y de celebrarse un compromiso luego de sentenciada la causa, tal como lo permite expresamente este artículo del C. P. C. mexicano, estaríamos ante una flagrante negación del principio "*Non bis in idem*" (puesto que a nivel de jurisdicciones se estaría conociendo del mismo asunto dos veces). Queda entonces establecido el ámbito del arbitraje más que en un nivel jurisdiccional, en uno contractual.

De esto deriva la imposibilidad de equiparar el laudo con el acto jurisdiccional (sentencia), ya que el fundamento de la irrevocabilidad del laudo, tal como lo dispone el artículo 57 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje, reside en última instancia en las partes, pues nada impide que prescindan del laudo y se vuelvan a someter a juicio ante el Poder Judicial; lo cual no puede hacerse de ningún modo con una sentencia.

10. La función jurisdiccional es amplia, mientras que la arbitral no abarca toda clase de litigios. Entendiendo por "*litigio*" a todo conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica. Son susceptibles de ser sometidos al conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional todos los casos justiciables (que son como señala Alvarado Velloso⁷ aquellos susceptibles de ser sometidos al conocimiento y decisión judicial. Considerando dentro de este rubro a todos los actos de particulares y del Estado, en tanto exista en el sujeto que invoca la protección jurisdiccional, un interés jurídico, quedando sólo excluidos del poder jurisdiccional, los actos de gobierno que están sujetos a un contralor político y que generan idéntica responsabilidad). Cabe señalar que no toda la función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto (así en el caso del divorcio en que ambos cónyuges están de acuerdo en llevarlo a cabo). En el caso del arbitraje, este sólo podrá versar sobre la controversia específica

determinada en el compromiso arbitral (artículo 1911 del C. C.) y nunca podrán ser objeto del mismo las cuestiones: 1) que versen sobre el Estado o capacidad civil de las personas, 2) referentes al Estado o sus bienes, salvo excepción... y 3) las que interesen a la moral y a las buenas costumbres (artículos 1913 del C. C. y 549 del C. P. C.).

11. El artículo 56 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje señala que el laudo tiene valor de sentencia. Pero como ya se ha señalado, es ejecutado por el Juez de Primera Instancia competente del lugar de la sede arbitral. Hay en el laudo, como dice Chiovenda⁸, una presunción de cosa juzgada, de verdad *iuris et de iure* absoluta. Sin embargo, a pesar que la preparación lógica que realiza el árbitro para llegar a una conclusión (subsunción), es la misma que la del Juez, no podemos afirmar que se trata de un acto jurisdiccional sino sólo en la medida que esa elaboración lógica sea llevada a cabo por un órgano jurisdiccional.

Se dice que la voluntad de la ley no puede considerarse actuada si la sentencia (o laudo en este caso) no adquiere ejecutoriedad. Esto se hace más patente en la legislación italiana, la que exige determinada formalidad luego de emitido el laudo, con el fin de convalidar la existencia misma del laudo, antes que con el propósito de una ejecución forzosa (C. P. C. italiano, artículo 825.- "*El laudo es depositado por uno de los árbitros en la Secretaría de la pretura del lugar en que fue emitido, conjuntamente con el promiso o escritura que contiene la cláusula compromisoria o con los actos en que se contiene la cláusula compromisoria o con los actos en que se articularon las cuestiones, dentro del término perentorio de cinco días desde la fecha de suscripción. Comprobada la tempestividad del depósito y la regularidad formal del laudo, el pretor decreta su ejecutoria. El decreto del pretor confiere al laudo eficacia de sentencia*"). Si bien en el caso de la ley italiana, el laudo adquiere valor de sentencia en distinto momento que en la nuestra (donde basta la emisión del laudo para que se le asigne ese valor), subsiste en ambos casos la necesidad de acudir al Juez ya sea para ejecutarlo o convalidarlo.

12. En el arbitraje las partes pueden determinar el procedimiento al cual se sujetara el mismo, lo que no puede suceder cuando uno se somete a la jurisdicción ordinaria. Dentro de la libertad que el Derecho otorga a las personas para resolver un conflicto mediante el arbitraje, se incluye también la de pactar las reglas a las que se sujetará el procedimiento (artículo 25 del proyecto y 560 del C. P. C.). Dentro de la variedad de posibilidades que se pueden presentar son destacables las siguientes:

a) Pueden exonerar al árbitro de la motivación escrita de las resoluciones; lo cual de ningún modo podría darse en la jurisdicción ordinaria. Más aún, es una garantía de la administración de justicia (artículo 233,

7. Alvarado Velloso, Adolfo: *Comentarios al C. P. C. de la Provincia de Santa Fe*, Ed. CEP, Rosario, 1978, p. 140, T. I.

8. Chiovenda, p. 126.

inciso 4to. de la Constitución) cuyo desconocimiento acarrearía la nulidad de la resolución.

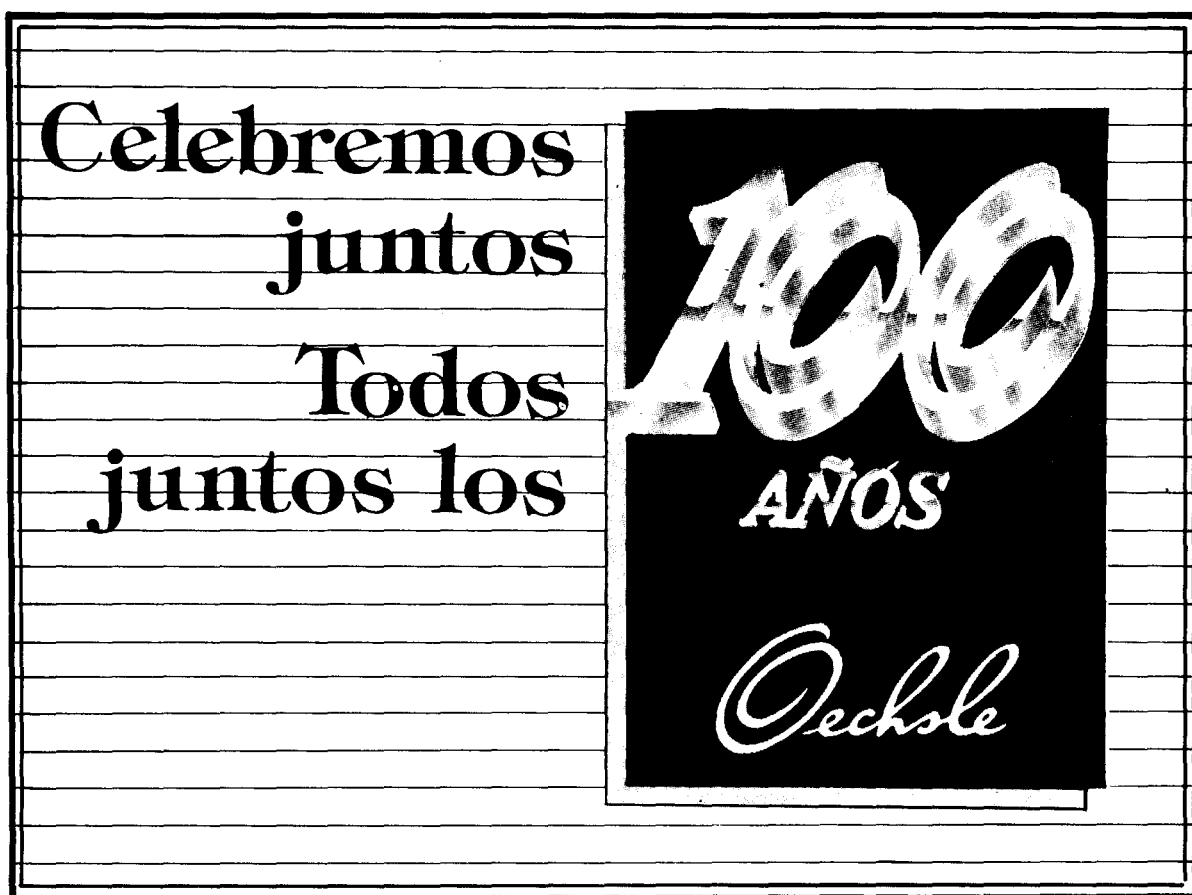
b) Pueden renunciar al recurso de apelación o de nulidad. El proyecto de Ley sobre Arbitraje va incluso más allá, pues al afirmar en el artículo 57 que los laudos son definitivos e inapelables, "*salvo que en el compromiso se hubiese permitido expresamente la interposición de recurso de apelación*" estaría estableciendo una suerte de presunción de renuncia tácita anticipada a dichos recursos salvo mención expresa en contrario. Como es evidente esto tampoco podría suceder en la jurisdicción ordinaria, la Constitución en el artículo 233, inciso 18 establece como garantía de la administración de justicia la instancia plural.

De estar frente a una "*jurisdicción arbitral*" esta debería respetar las garantías de administración de justicia que la Constitución señala (pues mediante el arbitraje también se administra justicia), sin que quepa posibilidad de pactar en contra de ellas. La ley al permi-

tir que se exonere de motivación escrita a las resoluciones o que se renuncie al recurso de apelación, reafirma una vez más que el nivel dentro del cual se desarrolla el arbitraje no es el jurisdiccional, sino uno previo.

A modo de conclusión debemos afirmar que es menester percibir que cuando el derecho le otorga a las partes un medio de solución de conflictos como el arbitraje (con todas las innumerables ventajas que ofrece y que muchas personas desconocen), no está creando en modo alguno, una jurisdicción distinta a la ordinaria; sino que tal como bien afirma Quiroga⁹, se crea una forma anterior de composición del litigio (heterocomposición no procesalizada), que estará siempre bajo el control de la Tutela Judicial efectiva.

9. Quiroga, Aníbal: "Los DD.HH. el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia". En: *La Constitución Peruana...*; Cultural Cuzco S.A., Lima 1987, p. 128.



Despido, Retiro y Justa Causa

Rafael Alburquerque

Secretario General del Instituto Latinoamericano de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Históricamente la fragilidad ha sido la nota característica de la relación de trabajo por tiempo indefinido. Debilidad de un vínculo jurídico que se manifestaba —y aún se manifiesta en diversas legislaciones— por la potestad legal dispensada a los sujetos de la relación de ponerle fin mediante decisión unilateral.

Contrariando el principio del *pacta sunt servanda*, que hace a los contratantes siervos de lo acordado, y les impide modificar y extinguir sus obligaciones a menos que lo hagan de mutuo acuerdo, el artículo 1890 del Código civil, fuente de inspiración, directa o indirecta, de nuestros Códigos Civiles latinoamericanos, dispuso expresamente que "el arrendamiento de servicios convenido sin término de duración podía cesar por la voluntad unilateral de una de las partes". La inestabilidad de la relación de trabajo resultaba evidente. Tanto el patrono como el trabajador, en uso de sus derechos contractuales consagrados por la ley, quedaban autorizados a extinguir el vínculo jurídico en el momento que lo juzgaran conveniente, sin tener que alegar causas o motivos, y sin comprometer su responsabilidad.

¿Cómo explicar esta derogación expresa del *pacta sunt servanda*? El temor de que el arrendamiento de servicios convenido sin término de duración fuere utilizado para revivir las servidumbres feudales que el legislador revolucionario había abolido hizo posible el reconocimiento de la denuncia como un medio eficaz para obtener la resolución de dicho contrato. Sin embargo, este miedo a la resurrección de la servidumbre feudal por vía del arrendamiento vitalicio de servicios sólo debió existir respecto a la persona del trabajador, nunca frente al patrono, de manera que bastaba conceder a aquél el derecho a la resolución incausada para que la legítima preocupación del legislador hubiera quedado satisfecha.

No obstante, el sistema civilista del liberalismo económico exigió la igualdad de las partes contratantes, lo que impedía que se concediera al trabajador un derecho que no se le reconociera concomitantemente al

patrono, razón por la cual, el distracto, como acto unilateral, fue conferido a ambos sujetos de la relación laboral, con la diferencia de que en la práctica, ese derecho, indispensable para evitar la subordinación vitalicia del trabajador, sólo constituía para el patrono una medida de rutina que se dictaba por conveniencia de sus intereses económicos.

2. Contra la desigualdad práctica que provocaba esta igualdad creada por ley, reaccionaron los tribunales europeos, especialmente los franceses, que acabaron por reconocer la validez de muchos usos corporativos que exigían un aviso notificado al trabajador antes de producirse la extinción de la relación de trabajo. La orientación jurisprudencial fue burlada por el genio empresarial mediante la inserción en los contratos de trabajo de una cláusula por la que el asalariado renunciaba al beneficio del preaviso.

La judicatura no se dejó amilanar ante la resistencia patronal, y al tener que fallar sobre resoluciones *ante tempus* de contratos de duración determinada, obligó a los patronos a pagar en beneficio de los trabajadores así despedidos las indemnizaciones correspondientes del derecho común.

Para finales del siglo pasado, y aplicando la tesis del abuso de los derechos, propugnada por el maestro Jossierand, los tribunales franceses terminaron por exigir una causa objetiva, real y seria como fundamento del distracto; en lo adelante, se declaró abusiva la ruptura unilateral de un contrato de duración indeterminada que no estuviera basada en una justa causa, con lo cual quedaba comprometida la responsabilidad de su autor.

3. La orientación jurisprudencial fue finalmente acogida por las legislaciones, que adoptaron diversas medidas tendientes a restringir la resolución *ad nutum* del vínculo laboral acordado sin limitación de tiempo. Nació así la terminación o extinción causada y motivada de la relación de trabajo de naturaleza indefinida.

Los límites y alcances del distracto motivado se establecen en cada legislación nacional; diversidad que conduce a la existencia de diferentes regímenes de estabilidad, a los que la doctrina jus-laboralista reconoce como "absoluta, propia e impropia". Pero, fuerte o débil el lazo contractual, en los sistemas de estabilidad, siempre se exigirá una causa o motivo para legitimar la resolución.

Debe advertirse que aún en la actualidad diversas legislaciones de América Latina conservan el derecho incausado a la extinción de la relación laboral de naturaleza indefinida, y no sólo en favor del trabajador, como podría pensarse, sino también en beneficio del patrono.

En estas legislaciones, como lo es la de la República Dominicana, la de Argentina, la de Venezuela, la de Brasil (trabajadores sujetos al Fondo Social de Garantía), la extinción de la relación de trabajo sin invocación de causa constituye un derecho virtualmente ilimitado en su ejercicio que pone fin al vínculo en cualquier momento, incluso durante la suspensión del contrato de trabajo. Su ejercicio es un acto lícito, no susceptible de abuso, sólo limitado por la obligación de un aviso previo y el pago, cuando lo practica el patrono, de una indemnización que toma el nombre de auxilio de cesantía.

Lo anteriormente expresado no es óbice para que en las legislaciones que aún admiten este distracto incausado, llamado *desahucio* en el Código de Trabajo de la República Dominicana, se establezcan casos excepcionales en los cuales se niega al patrono el uso de este derecho, como sucede durante el período de vacaciones del trabajador, durante el tiempo del embarazo de la trabajadora y durante el lapso en que los dirigentes obreros están protegidos por el fuero sindical.

4. La extinción sin invocación de causa excede al ámbito de este trabajo; su título, "Despido, retiro y justa causa" nos obliga a circunscribir nuestro análisis a la terminación de la relación de trabajo fundamentada en una justa causa. Esta puede operar en la relación de trabajo de duración determinada como en la de duración indeterminada. En ambos casos tomará el nombre de *despido*, si es el patrono quien toma la iniciativa, y de *dimisión, retiro o renuncia*, si el trabajador es su autor.

Examinemos en una *primera parte*, la noción de "justa causa"; y luego, en una segunda, ocupémonos de las formalidades que deben acompañar al acta del despido y del retiro.

PRIMERA PARTE: LA JUSTA CAUSA

5. Definir este concepto puede resultar complicado porque cada sistema jurídico-laboral lo puede enunciar en forma diferente. En algunas legislaciones la *justa causa* queda circunscrita a la conducta impu-

table a uno de los sujetos de la relación laboral, pero en otras, la expresión se toma en una acepción más amplia, dentro de la cual se incluyen no sólo los actos humanos, sino también las razones económicas y técnicas que obligan a una reducción definitiva del personal y las circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes, que imponen la disolución del vínculo laboral, como acontece con el caso de fuerza mayor o la impericia o ineptitud del trabajador.

En general, las legislaciones europeas se inclinan por una extensa concepción de la justa causa, considerando en la misma tanto al hecho culposo de una de las partes como a los motivos tecnológicos, las razones objetivas y los casos de fuerza mayor. Así concebida, la justa causa legitimará la extinción de la relación laboral operada por decisión unilateral fundada en un acto culposo o en un hecho ajeno a la voluntad de las partes.

En las legislaciones latinoamericanas predomina la tendencia de limitar la noción de *justa causa* a la conducta de uno de los sujetos de la relación de trabajo. Por consiguiente, el término no se utilizará para las causas de disolución que tienen su fuente en el mutuo consentimiento de los contratantes o en hechos que escapan a la esfera volitiva de las partes en que la extinción se produce *ope legis*. Esta separación entre la justa causa y los otros modos de disolución de la relación laboral ha sido establecida con mucha claridad por la Ley Federal Mexicana del Trabajo que distingue entre la *rescisión*, vocablo reservado a la extinción por justa causa emanada de una decisión del patrono o del trabajador, y la *terminación*, palabra utilizada para referirse a la extinción provocada por el mutuo consentimiento, la ejecución de la obra, el vencimiento del término, la incapacidad del trabajador y las dificultades económicas de la empresa que obligan a su cierre definitivo o a la reducción de su personal (Art. 53).

Delimitada por la legislación latinoamericana a un acto humano culposo, la *justa causa* puede definirse como "el acto culposo grave, practicado por una de las partes, que autoriza a la otra a resolver el contrato, sin responsabilidad para el denunciante" ¹.

Definamos al acto culposo (I) y precisemos sus características (II).

I. El acto culposo

6. Se define comúnmente como la acción u omisión imprudente o negligente que compromete la responsabilidad de su autor.

Por lo tanto, interesa saber cuáles son esas acciones u omisiones imprudentes o negligentes que constituyen la justa causa.

1. Giglio, Wagner D. *Justa Causa*, 2da. edição, Editora LTR, São Paulo, Brasil, 1986, p. 18.

La respuesta la ofrece cada legislación nacional, pero en general, y dejando de lado los matices, pueden clasificarse en tres los sistemas escogidos para la tipificación del acto culposo (A). Descritos estos sistemas, conviene efectuar un examen crítico de los mismos (B). Luego veremos su aplicación en la práctica (C).

A. Sistemas legales

7. La justa causa que autoriza la extinción queda caracterizada por la *existencia* del acto culposo. Tres son las vías que pueden emplearse para detectar la presencia del acto culposo: el denominado sistema *genérico*; el *taxativo*; y el *mixto*.

8. El primero de éstos, o sea, el *genérico*, considera que es imposible fijar *a priori* todos y cada uno de los casos concretos que pueden dar origen a la resolución unilateral. El legislador abandona toda enumeración, aunque sea a título de ejemplo, y establece como causa de terminación unilateral una definición general y abstracta del acto culposo.

Es el sistema de la legislación argentina y uruguaya que aluden a la justa causa como un *hecho injurioso* que por su característica, naturaleza o gravedad no permite la prosecución de la relación de trabajo.

En este sistema corresponde al juez apreciar soberanamente los hechos acontecidos para determinar si los mismos configuran o no la injuria laboral. Un solo hecho, por ejemplo, podría caracterizar la injuria laboral y justificar la ruptura unilateral, si a juicio del tribunal su gravedad hace inconveniente el mantenimiento de la relación de trabajo. Asimismo, una conducta leve, que aisladamente no justificaría la extinción, podría conducir a la resolución justificada por motivo de reiteración. El juez apreciará no sólo los incumplimientos a las obligaciones de hacer y de no hacer, y de dar sumas de dinero, sino también los modos de comportamiento que trascienden el ámbito de los derechos patrimoniales pero que inciden sobre el mantenimiento de la relación laboral.

En este sistema el juez será el árbitro de la tipificación de la falta.

9. En el sistema *taxativo*, o de *numerus clausus*, preferido por numerosas legislaciones, como las de Brasil, Perú, Cuba, Venezuela, etc., la ley enumera específicamente los actos culposos que constituyen las justas causas de despido o de retiro. Sólo la existencia de una de estas causas, señaladas por la ley, justifica la extinción. Ni las partes, ni el juez, pueden invocar otros motivos, ni acordar en la convención colectiva o en el contrato individual otras razones de resolución distintas a las adoptadas por la ley.

Como acertadamente lo advierte el maestro Gliglio, este sistema se identifica con el del Derecho Pe-

nal: no hay justa causa sin previsión expresa de la ley².

10. En el llamado sistema *mixto*, se enumeran las causas de resolución, pero se faculta la extinción por causas análogas a las fijadas por la ley o se autoriza a las partes a establecer en el contrato otros motivos de terminación.

El prototipo de este sistema es el de la legislación mexicana, que después de enumerar diversos actos culposos que justifican la resolución, dispone como causa de rescisión de la relación de trabajo, "las análogas a las establecidas en fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere".

Otra legislación que acoge el sistema *mixto* es la dominicana, que autoriza a las partes a incluir en el contrato otras causas de resolución, distintas a las consagradas en la ley, a condición de que se trate de un acto culposo sancionado por leyes represivas o que sea de importancia para la adecuada ejecución del contrato de trabajo.

B. Examen crítico

11. Cada uno de los sistemas descritos tiene sus partidarios y sus oponentes.

Al *genérico* se le alaba por su flexibilidad. De él se ha dicho que permite al juez examinar ampliamente las circunstancias de los hechos para determinar si los mismos encierran o no el acto culposo que justifica la extinción de la relación de trabajo.

Pero esa flexibilidad puede conspirar contra la estabilidad en el empleo, uno de los pilares en que descansa el Derecho del Trabajo. Los poderes del juez son ilimitados, de manera que cualquier falta del trabajador considerada como justa causa lo llevará a perder su puesto de trabajo.

Algo más preocupante. La naturaleza abstracta del acto culposo, la injuria laboral, como la denominan las legislaciones argentina y uruguaya, puede ser un incentivo al distracto, pues la expresión es lo suficientemente vaga como para reputar culposa cualquier situación que a juicio del autor de la extinción haga inconveniente la continuación del lazo contractual.

Las críticas al sistema *genérico* llevaron a la elaboración del *numerus clausus*: la imprecisión se descarta, la objetividad impera al momento de conocer el acto culposo, la estabilidad se asegura; pero al mismo tiempo, y he aquí el aspecto negativo de la enumeración taxativa, se corre el riesgo de dejar fuera de la enunciación, acciones u omisiones que por su naturaleza intrínseca o su gravedad deben justificar la resolución. La impunidad de la parte en falta sería el precio a pagar por esta imprevisión.

2. Ibidem, p. 19

Y sucede que el legislador no puede prever todas las situaciones. La realidad es mucho más rica que el Derecho, razón por la cual, un *numerus clausus* extremadamente estrecho y limitado podría conducir a la impunidad de quien ha incurrido en una verdadera falta laboral.

Para evitar estos inconvenientes, se ha recurrido al sistema *mixto*, mezcla de los dos anteriores, que participa de las bondades y defectos propios del *genérico* y del *taxativo*.

C. Aplicación práctica

12. En realidad, las diferencias de estos distintos sistemas no son tan profundas como podría considerarse a simple vista, y no sólo porque el *mixto* combina al *genérico* con la enumeración *taxativa*, sino porque este último, al enunciar algunas de las justas causas, lo hace en forma tal que el concepto empleado permitirá tipificar dentro del mismo a cualquier acto culposos que haga inconveniente la normal continuación de la relación de trabajo.

Por ejemplo, en la legislación venezolana una de las causas del despido es, "las faltas graves a las obligaciones del contrato". De igual modo, en la legislación dominicana, la resolución queda justificada "por cualquiera otra falta grave a las obligaciones sustanciales del contrato". En el Código de Trabajo de Cuba (1984), cuya enumeración es bien limitada (tan solo ocho causas de despido) y precisa (ineptitud, falta de idoneidad, invalidez parcial, sanción de privación de libertad por sentencia firme que exceda de seis meses, no reintegración cumplido el plazo de licencia para el cuidado de los hijos), se establecen dos causales tan elásticas y subjetivas que pueden moldearse al gusto del autor de la denuncia: la violación a la disciplina laboral y la declaración de disponibilidad del trabajador. La última es prácticamente un despido *ad nutum*. En efecto, ¿quién declarará la disponibilidad? La administración de la empresa. ¿Sobre cuáles motivos o razones? No lo establece la ley, por lo que quedará la decisión al arbitrio de la administración.

13. Otras veces no es la redacción de la ley, sino la interpretación extensiva dada por la jurisprudencia al texto legal o a una sola palabra del mismo lo que aproxima al sistema *taxativo* del *genérico*. Tal es el caso de la *improbidad*, palabra que en sentido lato quiere decir deshonestidad, perversidad, iniquidad. Tomada en esta acepción, como lo hace la jurisprudencia mexicana, la mayoría de las actuaciones culposas del trabajador podrían ser reputadas como falta de probidad, como sería la competencia desleal practicada por el trabajador en perjuicio de la empresa; la revelación de secretos del negocio; quedarse dormido durante las horas de labores; patrocinar en un juicio a un trabajador en contra de su patrono sin ser representante sindical; abandonar el trabajo, etc.³

La improbidad, así concebida, vendría a ser una figura proteica, versátil, cambiante, con la cual podría considerarse como justa causa cualquier actuación u omisión de la contraparte que lleve "inhibita la carencia de bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar..." (Amparo directo 281/73, Transportes Papatla, S.A., Cuarta Sala, Informe 1973, p. 54)⁴.

La enunciación taxativa queda así desvirtuada por el juzgador, que escudándose bajo la improbidad, justificará la extinción de la relación de trabajo por hechos y circunstancias que desbordan el ámbito limitada del *numerus clausus*.

Naturalmente, no todos los jueces tienen un criterio tan amplio de la improbidad como el juzgador mexicano. Para la jurisprudencia brasileña el concepto debe limitarse a las manifestaciones deshonestas que constituyan un atentado al patrimonio⁵, y para la dominicana la noción debe definirse como un acto voluntario e intencionado con fines de lucro indebido⁶; deslindada de esta manera, la improbidad deja de ser el Proteo que burla la enumeración restrictiva del legislador.

De todos modos, siempre habrá margen para la interpretación de un texto legal, no importa su claridad y, en la práctica, el *numerus clausus* estará siempre expuesto a la invasión de justas causas que no habían sido previstas en su enumeración.

II. Características del acto culposos

14. ¿Basta la existencia del acto culposos para que se configure la justa causa? Responder a esta pregunta implica examinar la naturaleza intrínseca del acto culposos (A); el lugar y el momento en que debe ocurrir (B); y la concurrencia y secuencia con que debe manifestarse (C).

A. Naturaleza

15. La negligencia o imprudencia, por comisión u omisión, ¿deben ser lo suficientemente graves para tipificar la justa causa o, por lo contrario, una falta cualquiera justifica la extinción de la relación de trabajo?

Hay que recordar que la estabilidad en el empleo es uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, razón por la cual, el vínculo jurídico existente entre el patrono y el trabajador debe preservarse lo más que se pueda y sólo permitir su interrupción definitiva cuando sea absolutamente inconveniente mantenerlo.

4. De Buen, Néstor, *Derecho del Trabajo*, 3ª edición. Editorial Porrúa, México, 1979, p. 80.

5. Giglio, Wagner D., ob. cit., p. 56.

6. Albuquerque, Rafael F., con otros autores: *La Extinción de la relación de trabajo*. Editorial Aeli, Lima, Perú, 1987, p. 310.

3. Muñoz Ramón, Roberto: *Derecho del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 323.

La aplicación de este principio exige que sólo una falta grave del trabajador sea castigada con el despido. Una simple y leve falta no debe conducir a la disolución de la relación laboral, pues si se admitiera lo contrario se estaría violando el precepto jurídico por el cual se reclama guardar una proporcionalidad entre el acto culposo y el castigo. Por consiguiente, una falta venial se castigará con la amonestación, la anotación de la misma en el libro registro del trabajador o con cualquiera otra sanción autorizada por la ley. El despido, como sanción extrema, se reservará para las faltas graves.

Ahora bien, ¿cuál criterio seguir para juzgar como grave un acto culposo del trabajador? La opinión más difundida es la sugerida por Bortolotto en su obra "Diritto del Lavoro", quien expresa: "El acto culposo justificará la rescisión, cuando la violación que se verifica es de tal modo grave, que impide la continuación, aun provisoria, de la relación de trabajo" ⁷. En otras palabras, cuando se hace improcedente, a causa del acto culposo en que se ha incurrido, la prosecución de la relación de trabajo.

Claro está, corresponde al juez, o al organismo competente, apreciar la gravedad de la falta. ¿Esta apreciación debe hacerse *in abstracto*, esto es, comparando la conducta del trabajador en falta con la del comportamiento de un trabajador diligente o, por el contrario, debe hacerse *in concreto*, vale decir, examinando las circunstancias en que se produjeron los hechos y la persona misma del culpable?

La apreciación debe hacerse *in concreto*: **objetivamente**, tomando en cuenta la situación material en que se produjo el acto culposo; y **subjetivamente**, considerando la personalidad del infractor.

En efecto, no puede igualarse el desconocimiento a la prohibición de fumar en que ha incurrido un obrero que presta servicios en un taller cualquiera con la situación de un asalariado que comete la misma falta en un almacén lleno de sustancias explosivas. En el primer caso la desobediencia no revista la misma gravedad que en el segundo.

Una advertencia crítica a las condiciones económicas de la empresa no podrá considerarse como falta, pero dicha por un empleado de confianza ante la persona que negocia la adquisición del establecimiento puede tipificar la gravedad requerida en el acto culposo.

Asimismo, no podría juzgarse en igual forma la modorra manifestada en un momento determinado por un antiguo empleado que siempre ha sido diligente y eficiente en su tarea con la desidia observada en un trabajador recién llegado a la empresa. El despido sólo se justificará en el segundo caso.

Las palabras soeces y vulgares que podrían caracte-

rizar la injuria laboral cuando son expresadas por un alto funcionario, educado, culto, acostumbrado a las normas de cortesía, difícilmente podrían considerarse como graves cuando emanan de un obrero no calificado que en su lenguaje coloquial emplea habitualmente esas palabras.

En definitiva, es la indagación, caso por caso, en un examen de los factores personales y de las circunstancias concretas, lo que permitirá fijar la naturaleza grave, leve o levísima del acto culposo imputado al trabajador.

16. Pero, ¿se exigirá la gravedad del acto culposo para justificar la dimisión ejercida por el trabajador?

La respuesta afirmativa es la opinión sustentada por el maestro Giglio, quien en su obra *Justa Causa* advierte "que las infracciones menos severas no autorizan al empleado a rescindir el contrato con derecho a indemnización" ⁸.

No obstante la posición del reputado maestro brasileño, compartimos el criterio de don Guillermo Cabanellas, quien con razón recuerda que en Derecho del Trabajo existe una desigualdad entre los interlocutores sociales. En este sentido el maestro hispano-argentino escribe en su obra *Contrato de Trabajo*: "La posición de los contratantes no resulta igual en cuanto a la disolución del contrato por motivo imputable a la otra parte; pues, así como el patrono tiene la potestad disciplinaria de la falta, el trabajador carece de toda facultad para sancionar las posibles faltas leves que pueda cometer con respecto a él, su patrono o empresario..., por esa razón, las posibilidades del trabajador para ponerse en situación de despido por hechos imputables al patrono son, o deben ser, mayores que las del empresario para despedir al trabajador a su servicio, por hechos imputables a éste" ⁹.

Por consiguiente, el trabajador tiene la facultad de dimitir o retirarse cuando el patrono ha incurrido en una de las faltas establecidas taxativamente por la ley (sistema del *numerus clausus*) o cuando el acto culposo conlleve una violación de las condiciones de trabajo estipuladas en la norma legal o convencional (sistema genérico), sin que el juzgador se muestre exigente en cuanto a la gravedad del comportamiento que concreta la justa causa. Por consiguiente, la falta deberá apreciarse *in abstracto*, o sea, comparando la actuación del patrono con la conducta habitual del arquetipo del patrono, del *bonus pater familiae*, o como dice Délio Maranhao, tomando en consideración el comportamiento del "burgués honesto y previsor" ¹⁰.

8. Giglio, Wagner D., ob. cit., p. 22.

9. Cabanellas, Guillermo: *Contrato de Trabajo*, Vol. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 408.

10. Citado por Mascaro Nascimento, Amaury, *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, p. 442.

7. Citado por Giglio, Wagner D., ob. cit., p. 23.

B. Lugar y momento

17. El trabajador se halla subordinado al patrono mientras ejecuta la labor para la cual fue contratado; durante este tiempo está obligado a cumplir con todas las directrices e instrucciones que reciba en relación con su trabajo. Terminada su jornada, recobra su libertad, por lo que mal podría el patrono quejarse de su conducta particular. Se trata de la vida privada del trabajador.

Lo mismo podría decirse en relación con la persona del patrono. Al trabajador no le incumbe la forma en que se comporta aquél fuera de la empresa.

Lo dicho es la norma, pero hoy por hoy el contrato de trabajo continúa siendo *intuitu personae* respecto al trabajador, y esta nota influye en determinadas situaciones para que se consideren como justas causas de extinción algunas situaciones de la vida particular de los contratantes.

El sistema taxativo, en que se enumeran las causas de extinción, varias de las legislaciones latinoamericanas incluyen como justos motivos de despido prácticas culposas realizadas fuera del servicio; tal es la situación de la embriaguez habitual (castigada en la Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil); la falta de probidad, los actos o intentos de violencia, y las injurias y malos tratamientos, dirigidos contra el patrono o sus parientes fuera de la jornada de trabajo (señalado como justa causa de despido en el Código de Trabajo de la República Dominicana); y la condenación a una pena de prisión por un crimen o un delito que no guarda conexión alguna con el trabajo (sancionado con el despido en la Ley Federal Mexicana del Trabajo).

Paralelamente, algunos ordenamientos jurídicos reputan como justa causa de dimisión actuaciones culposas del patrono cometidas fuera de la empresa; como sucede con los actos o intentos de violencia, y las injurias o malos tratamientos, dirigidos contra el trabajador fuera de su servicio por parte del patrono, sus parientes o dependientes que obren con consentimiento expreso o tácito de él (Código de Trabajo de la República Dominicana).

Por supuesto, en el sistema del *numerus clausus*, esta incursión en la vida privada de los interlocutores sociales sólo se admitirá en los casos expresamente señalados por la ley; por el contrario, en el sistema genérico de la justa causa, nada impedirá al juez considerar como injuria laboral, susceptible de quebrar definitivamente la relación de trabajo, cualquier comportamiento fuera del servicio, que a su criterio, haga improcedente la continuación del vínculo contractual. Obviamente, estos actos culposos ocurridos fuera del servicio demandan una gravedad más exigente, capaz de destruir la confianza y el respeto mutuo entre las partes ¹¹.

18. Otra situación que puede presentarse al examinar el momento en que se comete el acto culposos, es el de la suspensión de la relación de trabajo. Durante este período, el contrato se mantiene vigente, pero las partes quedan liberadas del cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

No hay dudas de que como no hay prestación de servicios durante la suspensión, resultará imposible configurar la justa causa sobre la base de actos culposos cometidos en el trabajo: riña entre trabajadores en horas laborables; desobediencia a las órdenes del patrono respecto a la ejecución de la tarea; inasistencia a la empresa; abandono del puesto de trabajo sin permiso del superior; etc.

Sin embargo, como el contrato se mantiene vigente, sobreviven entre las partes ciertos deberes y obligaciones cuya transgresión puede tipificar la justa causa; por ejemplo, la revelación de secretos de la empresa; la condenación a una pena de prisión; las injurias de una de las partes a la otra proferidas fuera del servicio, etc.

Como el contrato de trabajo subsiste durante el período de la suspensión, la violación a los deberes del respeto mutuo y cooperación entre las partes podrá dar origen a la configuración de la justa causa. Situaciones de excepción, si se quiere, pero siempre factibles, en que la gravedad del acto culposos es de tal naturaleza que hace recomendable la disolución del vínculo contractual.

C. Concurrencia y secuencia

19. En numerosas ocasiones un solo hecho, por sus propias características, puede ser cualitativamente suficiente para justificar el despido del trabajador o para que éste ejerza la dimisión. Por ejemplo, el robo de los fondos de la empresa es justa causa de despido; la falta de pago del salario en la fecha convenida, legitima el retiro del trabajador.

Pero con mucha frecuencia el comportamiento de una de las partes da origen a un conjunto de manifestaciones culposas, las cuales se producen simultáneamente o en un encadenamiento sucesivo.

Un trabajador desobedece las instrucciones de su superior jerárquico con relación a la faena que ejecuta, y su actitud daña la maquinaria que está operando. Hay en esta situación una concurrencia de dos actos culposos: la desobediencia al patrono o a su representante y el perjuicio grave, ocasionado sin intención, pero con imprudencia, a la maquinaria de la empresa.

El encadenamiento de varios actos culposos, uno seguido del otro, practicados en un reducido intervalo, también es común en la vida del trabajador. Este, por ejemplo, es sorprendido mientras habla en el taller. Es reprendido por su jefe superior y contesta con palabras

11. Giglio, Wagner D., ob. cit., p. 35.

soeces. Llamado por el director del personal para recibir una amonestación por escrito, reacciona con insultos y termina agrediendo a aquél.

En el caso de los actos culposos concurrentes, cualquiera de ellos puede justificar la extinción de la relación de trabajo. Por supuesto, si se trata de actos culposos imputables al trabajador, tendrán que ser graves para caracterizar la justa causa. Al patrono le bastará probar la gravedad de uno cualquiera de los actos culposos concurrentes para ejercer el despido, ya que en la especie la gravedad no dimana de la suma de las infracciones cometidas. En el ejemplo dado, la justa causa se encuentra en la desobediencia, tomada aisladamente, pero también se halla en el perjuicio grave ocasionado a la máquina por la imprudencia del trabajador.

Respecto a los actos culposos sucesivos, la justa causa debe estar caracterizada por aquel de los actos cuya gravedad determina el despido. En la secuencia, uno de los actos legitima la existencia de la justa causa; los otros sólo intervienen como factor agravante. En el ejemplo utilizado, el despido queda justificado por las injurias y los actos de violencia dirigidos contra el jefe del personal en tanto que los actos anteriores sólo pueden considerarse como circunstancias agravantes.

La concurrencia y la secuencia de los actos culposos es casi siempre una manifestación del comportamiento del trabajador. Las faltas del empresario se presentan en intervalos más o menos largos, sin que pueda observarse un encadenamiento entre ellas. No obstante, en el caso de la empresa suele manifestarse la existencia de faltas que se prolongan en el tiempo, situación en la cual la inconducta es continua y da lugar a que la dimisión pueda ejercerse en cualquier momento. Por ejemplo, la falta de pago del salario o la negativa de reanudar las labores una vez cesada la suspensión del contrato de trabajo.

En conclusión, la concurrencia y la secuencia en los actos culposos son fenómenos corrientes en el comportamiento del trabajador. Por su parte, la continuidad en la falta aparece con más frecuencia en la conducta del patrono.

Lo afirmado anteriormente no es óbice para que uno y otro fenómeno puedan producirse en la actuación de ambas partes contratantes.

SEGUNDA PARTE: FORMALIDADES DEL ACTO DE DESPIDO Y DE RETIRO

20. Configurada la justa causa se podrá ejercer el despido, si es el patrono quien toma la iniciativa de la ruptura, o el retiro, si es el trabajador quien decida poner fin a la relación de trabajo.

En general, las legislaciones positivas sujetan el ejercicio del despido y del retiro (o dimisión) al cumplimiento de determinadas formalidades. La inobser-

vancia de las mismas, sea de una sola o de varias de ellas, se sancionará con la ilegitimidad del acto, independientemente de que se compruebe la existencia de la justa causa. Sin la presencia de ésta el distracto será injustificado, pero de igual manera lo será, si fundamentándose en una justa causa deja de cumplir las exigencias establecidas por la ley para su ejercicio.

Los requisitos a que debe someterse el ejercicio del despido y del retiro varían de una legislación a otra; entre éstos podemos mencionar, la formación de un sumario previo (A); el aviso anticipado de la medida (B); la adopción de la decisión dentro de un plazo legal (C); y la indicación de la causa que motiva la resolución y su consiguiente comunicación (D).

A. El expediente previo

21. Algunas legislaciones establecen como condición necesaria para despedir al trabajador la formación de un sumario en el cual se justifique el despido por la falta imputada, se consignen los hechos ocurridos y las circunstancias en que se han producido, y se señalen los elementos de comprobación que permitan dictar la resolución correspondiente. Por lo demás, el expediente previo, aun sin estar contemplado en la ley, puede ser establecido en el convenio colectivo o señalado como una norma de la empresa.

La nueva Ley de estabilidad en el trabajo de Perú (1986) concede un plazo de seis días útiles para el examen de los hechos determinantes del despido, plazo durante el cual se le dará al trabajador la posibilidad de defenderse, asistido por un representante sindical o por un abogado.

El despido queda prohibido durante el transcurso del mencionado período, y sólo concluido este trámite previo, sin que el trabajador hubiera desvirtuado los hechos que configuran la falta grave, podrá el patrono dar por finalizada la relación de trabajo. Sin embargo, la investigación podrá obviarse si los hechos imputados al asalariado son de tal gravedad que no pueda pedirse razonablemente al patrono que retarde el ejercicio del despido (Arts. 6 y 7).

Claro está. El tiempo dedicado a la investigación sólo dilata el ejercicio del despido, pero en ningún caso el empresario pierde el derecho de sancionar la falta, lo cual hará, una vez obtenida la información adecuada sobre su gravedad y certeza.

Pero una pregunta se impone. Mientras se realiza la investigación, ¿puede suspenderse al trabajador y privarlo de su retribución? Si el expediente previo ha sido consagrado por la ley, ésta determinará el camino a seguir. La ley peruana no lo autoriza.

Si ha sido el convenio colectivo o la decisión del patrono la fuente de donde emana la sumaria previa, las partes podrán convenir que se prescinda de la pre-

sencia del trabajador mientras concluye la investigación, como una forma de mitigar los problemas de una difícil convivencia.

Esta solución será admisible a condición de que no se viole el orden público laboral, ya que la ley puede haber prohibido la imposición de cualquiera otra sanción que no sea el despido o haber señalado taxativamente las únicas sanciones a aplicar, sin mencionar entre éstas, la suspensión provisoria en la fase de la sumaria previa.

B. La notificación anticipada

22. La existencia de un acto culposos grave excluye la posibilidad del otorgamiento del preaviso, pues de lo contrario supondría el mantenimiento de la relación laboral durante el plazo que establece la ley.

La invocación y prueba de la justa causa del despido eximen al patrono de la obligación de otorgar el plazo del preaviso y del pago de la indemnización sustitutiva. Sólo si no prueba ante el tribunal la justa causa, y el despido se declara injustificado, deberá pagar al trabajador la indemnización sustitutiva.

Si es el trabajador quien dimite, la prueba de la justa causa le dará derecho al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso; pero si su retiro es injustificado, algunas legislaciones, como sucede con la dominicana, le exigen el pago en beneficio del patrono de esa indemnización sustitutiva.

Lo anteriormente señalado constituye la pauta seguida en la mayoría de las legislaciones laborales del Continente; sin embargo, en algunos Códigos se prescribe la necesidad de un aviso previo antes del ejercicio del despido.

En el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia se obliga al patrono a notificar con quince días de antelación la decisión de ejercer el despido en los casos que se imputa al trabajador un rendimiento deficiente en su tarea, sistemática inexecución de las obligaciones legales o convencionales, vicios que perturban la disciplina del establecimiento, renuencia a aceptar las medidas preventivas o curativas para evitar enfermedades o accidentes, ineptitud y enfermedad contagiosa o crónica que no tenga carácter profesional.

El Código de Trabajo de Cuba (1984) exige una comunicación escrita enviada al trabajador con treinta días de anticipación cuando la administración decida poner fin a la relación de trabajo por causa de ineptitud, falta de idoneidad, invalidez parcial y declaración de disponibilidad.

Esta situación singular del aviso previo al despido, reconocida por algunas legislaciones, no ha sido extendida por ningún ordenamiento jurídico al caso de la dimisión practicada por el trabajador.

C. La oportunidad de la decisión

23. Entre el acto culposos y la decisión de extinguir la relación de trabajo debe mediar un tiempo razonable; dicho en otra forma, el perjudicado por la inconducta debe ejercer su derecho al distracto dentro de un plazo prudente, pues de lo contrario habrá que presumir su perdón a la injuria recibida y, por consiguiente, su renuncia a invocar como causa legítima de rescisión el hecho ocurrido en el pasado.

¿Cuál es el plazo límite que debe transcurrir entre el hecho culposos y la disolución unilateral?

En su obra "*Justa Causa*", Wagner Giglio sostiene que "fijar *a priori* un período de días no es posible, pues una hora, un día o dos pueden ser tolerados entre la infracción y la pena, en ciertas empresas, pero otras necesitan de treinta días o más para aplicar la sanción" ¹².

Este criterio ha sido seguido por la Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil, la Ley Federal de Trabajo de México, la Ley de Trabajo de Venezuela y la Ley de Contratos de Trabajo de Argentina. En ninguno de estos ordenamientos jurídicos se establece plazo alguno para el ejercicio del despido o de la dimisión, lo que no significa que la doctrina y la jurisprudencia de esos países dejen de exigir la contemporaneidad entre el hecho de la denuncia y el acto culposos que le sirve de fundamento.

En las legislaciones que no establecen un plazo cierto de caducidad para el ejercicio del distracto, "la oportunidad de la denuncia debe inferirse razonablemente de las circunstancias concretas del caso" ¹³; pues son éstas las que permitirán determinar si ha habido o no una prudente proximidad en el tiempo que relaciona la falta y el distracto. Por ejemplo, si el empresario ha sido agredido por el trabajador, la sanción condigna debe producirse de inmediato; dejar pasar algunos días, permitiendo que la prestación de servicios continúe normalmente puede considerarse como un perdón. Por el contrario, si la investigación de una determinada falta toma largo tiempo, la oportunidad del castigo no perimirá, a condición de que haya habido una continuidad en las pesquisas.

24. Las dificultades que conlleva la apreciación de la oportunidad del distracto quedan superadas en los regímenes que consagran un plazo cierto de caducidad.

En estos sistemas jurídicos, la ley estipula un determinado período para el ejercicio del despido o del retiro; transcurrido el mismo, el derecho a la denuncia caduca, y la resolución sólo será justificada si se pro-

12. Ibidem, p. 27.

13. Herrera Enrique: *Tratado de Derecho del Trabajo*, obra dirigida por Vázquez Vialard, Antonio, tomo 5, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 365.

duce una nueva falta o se repite la cometida precedentemente.

El Código de Trabajo de la República Dominicana es un ejemplo de este sistema. En el mismo se otorga al patrono un plazo de quince días para ejercer el despido y un lapso igual al trabajador para presentar la dimisión. Tanto el primero como el segundo son árbitros absolutos de su decisión: la toman o se abstienen de hacerlo, pero vencido el período legal, su derecho perime. Aún más, si el patrono se muestra benigno y castiga el acto grave del trabajador con una sanción diferente al despido, la pena no podrá ser variada aunque el término del plazo no se haya cumplido. El principio penal *non bis in idem*, que castiga con una sola pena a la infracción, se transfiere al Derecho del Trabajo para evitar que bajo la amenaza de una agravación de la pena recibida, el asalariado se sienta inclinado a renunciar a sus derechos.

¿A partir de cuál momento comienza a correr el plazo? El Código de Trabajo de la República Dominicana señala que "a partir de la fecha en que se ha generado ese derecho" (el de despedir o el de dimitir). Pero, ¿cuándo se genera el derecho: en el momento de la comisión del acto culposo o al enterarse el agraviado de la falta cometida por la contraparte?

La jurisprudencia dominicana consideró que el inicio del plazo se situaba en el instante de la comisión de la falta, pero posteriormente decidió, orientación que mantiene en la actualidad, que el punto de partida debe ser el momento en que el afectado conoce la infracción, ya que resulta materialmente imposible sancionar el acto que se desconoce.

Esta es la regla general, la cual varía en dos casos excepcionales:

a) Si la falta en que se incurre es continua, esto es, se repite sin solución de continuidad, el derecho a la denuncia nace cada día, mientras persista la actuación culposa. La caducidad habrá que computarla a partir de la última falta cometida, de manera que el plazo permanecerá abierto mientras no se corrija la conducta.

b) Si el trabajador es condenado por sentencia irrevocable a una pena privativa de libertad, el plazo para ejercer el despido comienza a correr a partir de la fecha en que se comunica al patrono la sentencia condenatoria.

¿Quién comunicará al patrono esta sentencia? Debe hacerlo una de las partes intervinientes en el proceso penal, pero no sucede así en la práctica. El trabajador no tiene interés de que su empresa conozca la condenación, y al ministerio público y a la parte civil constituida no les interesa la suerte de la relación laboral del condenado. Esta situación obliga al empresario a enterarse por otros medios de la existencia del fallo penal irrevocable, lo que le permitirá ejercer

el despido. De todos modos, el plazo de su ejercicio permanecerá sin iniciarse hasta tanto el patrono reciba la notificación de la sentencia.

D. La indicación de la causa y su comunicación

25. El acto culposo debe ser la causa que motiva la extinción de la relación de trabajo. Debe haber, pues, una relación de causa a efecto entre el acto culposo y la denuncia del contrato.

En algunas legislaciones, como la de Brasil, no existe la obligación de comunicar el motivo determinante de la resolución al momento de ejercer el distracto, razón por la cual se impondrá al juez "la tarea de determinar por medio de los indicios y las circunstancias cuál es la causa real de la resolución" ¹⁴.

Este sistema que produce graves inconvenientes en la práctica judicial, pues permite la invocación en juicio de diversos motivos diferentes a la causa real de la rescisión, ha sido evitado por la mayoría de las legislaciones laborales del continente, en las cuales se obliga al autor de la ruptura a comunicar los motivos o razones en que fundamenta su decisión.

La obligación de comunicar el despido con indicación de su causa impide que posteriormente puedan alegarse con validez otras causales o motivos distintos a los ya indicados en la comunicación. Así lo establece expresamente el Art. 63 del Código Sustantivo de Colombia.

En la República Dominicana, la jurisprudencia es constante en rehusar la invocación de causas diferentes a las alegadas en el preliminar obligatorio de conciliación practicado ante las autoridades administrativas.

26. Ahora bien, la comunicación de la causa que motiva la extinción es regulada en cada ordenamiento jurídico nacional, de manera que pueden darse modalidades diferentes en lo que se refiere: a la persona a quien hay que dirigirla; al plazo para producirla; al contenido de la misma; y a su forma.

a) *El destinatario*: en Argentina se dirige la comunicación a la parte afectada por el distracto; en la República Dominicana se envía a las autoridades administrativas del trabajo, a quienes corresponderá, en un plazo de cuarenta y ocho horas, participar la decisión y su causa, a la contraparte; y en el Perú, la obligación sólo se impone al patrono, a quien se le exige comunicar simultáneamente el despido y su causa al trabajador y a las autoridades administrativas del trabajo.

b) *El plazo*: en Colombia se requiere que la manifestación del motivo de la disolución se haga en el momento mismo de la extinción; en Perú y en Mé-

14. Giglio, Wagner D., ob. cit. p. 29.

xico no se indica el momento ni se establece plazo alguno, aunque en el caso de la primera de estas legislaciones puede inferirse por la redacción del texto legal que la comunicación del despido, con indicación de su causa, debe practicarse al concluirse el trámite previo de la investigación efectuada al interior del centro de trabajo.

En otras legislaciones se consagra un plazo específico; tal es el caso de la República Dominicana cuyo Código de Trabajo otorga un plazo de cuarenta y ocho horas, a partir del momento en que se ha tomado la decisión del despido o de la dimisión, para comunicarla con indicación de su causa.

El incumplimiento del plazo provoca la ilegitimidad del despido o de la dimisión, por mandato expreso de la ley; la jurisprudencia, haciendo aplicación de este texto legal, reputa como frustratoria cualquier medida de instrucción tendente a probar la justa causa de la extinción si previamente no se demuestra haber cumplido con la comunicación dentro del plazo legal.

c) *El contenido*: la comunicación debe hacer constar la decisión tomada y los motivos que la fundamentan. Al exigirse la indicación de la causa en que se sustenta el distracto no se está requiriendo señalar los textos legales que supuestamente han sido violados ni describir los hechos ocurridos; basta con mencionar las razones que se han tenido para ejercer la resolución.

De todos modos, no se establece fórmula sacramental alguna. Cada quien empleará las palabras que considere adecuadas para comunicar su decisión e indicar la causa de la misma.

d) *La forma*: en general las legislaciones exigen que la comunicación se haga por escrito. Casi nunca se establece la forma de ese escrito, que puede ser una simple carta o una notificación por ministerio de alguacil. En la legislación peruana se dispone que el despido se comunique por carta remitida notarialmente o por intermedio de Juez de Paz, a falta de Notario.

¿Cuál sanción se impondrá en caso de inobservancia del escrito?

En la legislación dominicana el distracto no comunicado por escrito se reputa injustificado. De igual modo, en Argentina, el Art. 243 de la Ley de Contratos de Trabajo estipula que en ausencia de la comunicación escrita "el acto resultará formalmente nulo como expresión de denuncia motivada".

En la Ley Federal de Trabajo de México y en la Ley de estabilidad en el trabajo de Perú, la inobservancia del escrito de comunicación, exigido por ambas legislaciones, no es sancionada en forma expresa. Este silencio de la ley ha motivado que en la doctrina mexicana se discuta si el requisito de la comunicación debe considerarse como una condición de validez del acto de ruptura.

Baltazar Cavazos Flores opina "que la falta de dicho aviso no invalida el despido", criterio que lo lleva a la conclusión de que el patrono "está en la posibilidad de esgrimir la causal o las causales que estime pertinente en la audiencia de demanda", y hasta hacer "valer otra causal diferente a la previamente notificada al trabajador" ¹⁵. La posición de Cavazos no es comparada por el maestro Néstor de Buen, quien entiende que la omisión del aviso "determina la nulidad del acto, lo que excluye toda posibilidad de que el despido sea justificado" ¹⁶.

Una ejecutoria de la justicia laboral mexicana se inclina por la tesis de Cavazos ¹⁷.

Sin llegar hasta este extremo, es interesante consignar que aun en las legislaciones más rigurosas en cuanto a la formalidad de la comunicación escrita y su producción dentro del plazo legal, las exigencias de la ley son muchas veces atenuadas por la práctica de los tribunales.

Por ejemplo, en Argentina, no obstante la opinión de Justo López, quien sostiene que la forma impuesta por la Ley a la denuncia por justa causa es un requisito *ad solemnitatem*, la jurisprudencia estima lo contrario, y admite que la comunicación se cumple si el trabajador conoce por otros medios distintos al escrito la verdadera causa de su despido.

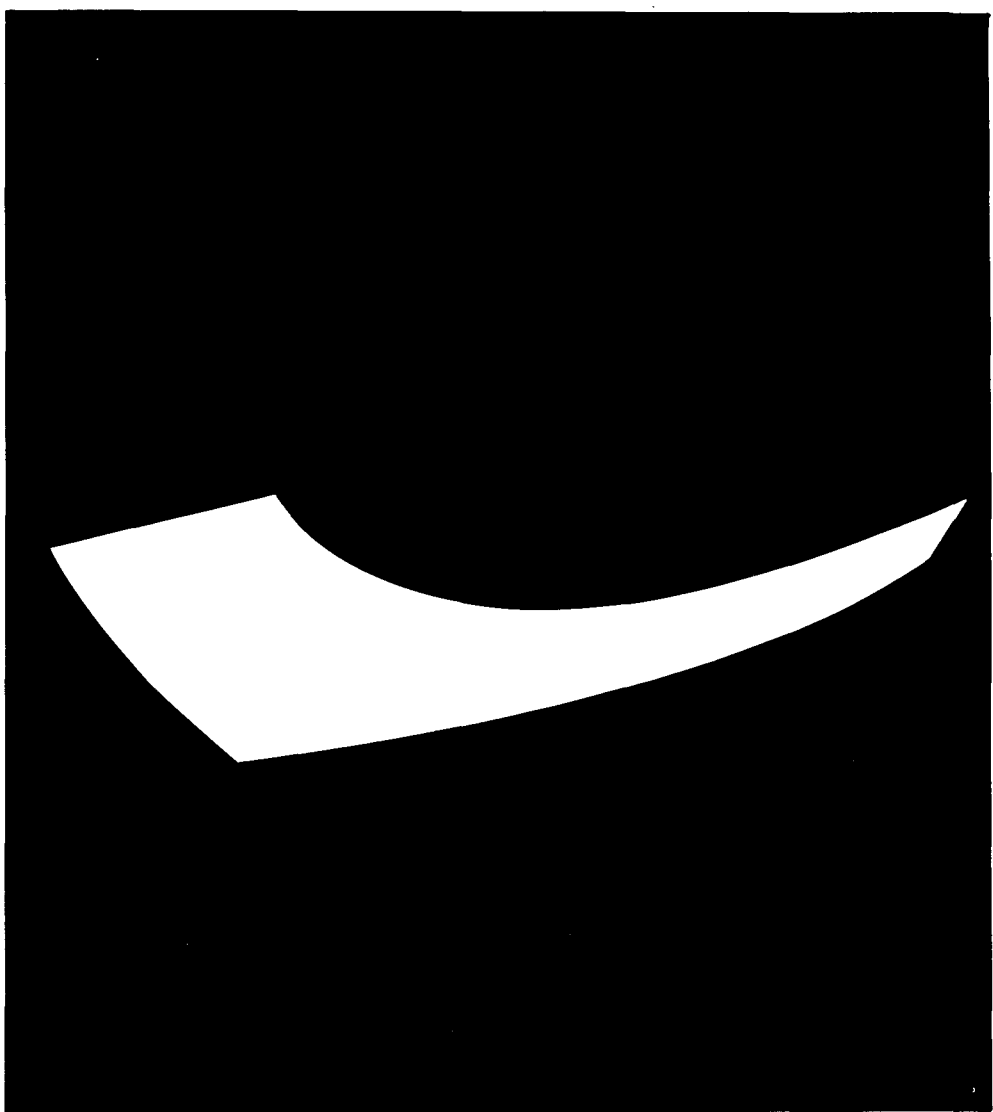
De igual modo, la jurisprudencia dominicana acepta que si en la comunicación del despido o de la dimisión se omite consignar los motivos en que se fundamenta la decisión, el autor de la misma puede darlos a conocer posteriormente en la reunión de conciliación auspiciada y dirigida por las autoridades administrativas del trabajo. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia dominicana ha juzgado que la querella presentada por el trabajador para quejarse del despido sufrido, produce los efectos de la comunicación, siempre y cuando se efectúe dentro del plazo legal establecido para ésta (48 horas) y se señalen los motivos en que se ha fundado la resolución.

En esta orientación jurisprudencial el juez laboral ha considerado que la *ratio legis*, que no es otra que permitir a la parte afectada el conocer los motivos que se han tenido para poner fin al contrato, se ha cumplido desde el momento en que el trabajador ha conocido por otros medios diferentes a los prescritos por la ley las razones de su despido. Lo mismo podría decirse, dado el caso, para la dimisión ejercida por el trabajador sobre la base de un acto culposo imputado al patrono.

15. Cavazos Flores, Baltazar. "35 Lecciones de Derecho Laboral", Editorial Trillas, México, 1982, p. 122.

16. De Buen, Néstor, ob. cit., p. 100.

17. Citada por De Buen, Néstor, ob. cit., p. 100.



ZAPATILLAS

Audaz

VA CONTIGO

La Negociación Colectiva en las Normas de la Organización Internacional del Trabajo

José Luis Daza P.

Consejero Regional Adjunto en Legislación y
Relaciones Laborales de la Oficina Regional de la
OIT Para América Latina y el Caribe*

1. Normas y principios rectores de la OIT sobre la negociación colectiva

El fomento de la negociación colectiva ocupa un lugar destacado entre los cometidos de la OIT, organización que ha venido desarrollando un gran número de iniciativas con esa finalidad, publicando diversos estudios y organizando numerosas reuniones sobre este tema.

No obstante, la OIT ha adoptado un número relativamente reducido de normas internacionales que tratan de la negociación colectiva. Destacaremos el *Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y de negociación colectiva*, que en el Art. 4 establece que "Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo". Esta norma del año 1941 fue seguida, en 1951, de la *Recomendación N° 91 sobre los contratos colectivos*, que contiene disposiciones sobre los efectos, la extensión, la interpretación y el control de la aplicación de los contratos colectivos, sin entrar en el tema de los procedimientos de la negociación colectiva.

Desde la aprobación del Convenio N° 98, la OIT ha adoptado varios instrumentos relativos a la negociación colectiva, como el *Convenio 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública*, de 1978, disponiéndose en su Art. 7 que "deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos, acerca

de las condiciones de empleo, o de cualesquiera, otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

Teniendo en cuenta la importancia capital de las normas anteriores y considerando que se deberían hacer mayores esfuerzos para realizar los objetivos de dichas normas, la Conferencia General de la OIT adoptó el 19 de junio de 1981 el *Convenio 154 sobre el fomento de la negociación colectiva*.

Conforme al Art. 1º, se aplica a todas las ramas de actividad económica, admite modalidades particulares, en lo que se refiere a la administración pública y establece que la legislación o las prácticas nacionales podrán determinar hasta que punto las garantías previstas en el Convenio son aplicadas a las fuerzas armadas y a la policía.

Las medidas de fomento de la negociación colectiva a adoptar por los estados deberán tener por objeto, según el Art. 5:

- Posibilitar la negociación colectiva a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad.
- Extender la negociación colectiva a la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, a la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, e incluso, entre sus respectivas organizaciones.
- Fomentar el establecimiento de reglas de procedimientos convenidas.
- Evitar obstáculos normativos a la negociación colectiva.
- Coordinar eficazmente los sistemas de solución de conflictos con la negociación colectiva, para que contribuyan a su fomento.

* El presente artículo refleja las opiniones personales del autor.

En la misma Conferencia de 1981 se adoptó una *Recomendación, la 163, sobre el fomento de la negociación colectiva*, de cuyo contenido podemos deducir que para el desarrollo de la negociación colectiva es preciso facilitar el establecimiento y expansión de organizaciones libres, independientes y representativas de empleadores y trabajadores, facilitar la negociación colectiva a cualquier nivel, adoptar medidas para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa, y finalmente que los procedimientos de solución de conflictos conduzcan a una solución autónoma, encontrada entre las partes.

La Recomendación 163 trata de algunos de los aspectos más importantes de la negociación colectiva, que en algunos países constituyen problemas a resolver, cuales son: el reconocimiento de las partes de la negociación, los niveles de la negociación, el derecho de información y la solución de los conflictos suscitados por la propia negociación de los convenios.

2. Concepto de negociación colectiva

El Art. 2 del Convenio 154 denomina con la expresión "negociación colectiva" a todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos esos fines a la vez.

El resultado de la negociación es el "convenio o contrato colectivo", definido como acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo (y a las relaciones), celebrado entre los sujetos antes referidos.

3. Las partes en la negociación colectiva

La negociación colectiva se funda en la existencia de una representación colectiva de los trabajadores, que habitualmente es asumida por los sindicatos. Por parte de los empleadores la negociación se puede llevar a cabo por uno o varios, o también por sus organizaciones.

No es posible iniciar la negociación colectiva sin un previo reconocimiento mutuo de las partes. En algunos países las contiendas en materia de reconocimiento constituyen una característica del sistema de relaciones de trabajo, particularmente cuando la ne-

gociación se desarrolla a nivel de empresa. Por este motivo la Recomendación Nº 163 señala en su párrafo tercero que los países deberían adoptar medidas adecuadas para que las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores sean reconocidas a los efectos de la negociación colectiva, y que donde el derecho a tomar parte en la negociación venga determinado por un procedimiento, éste se base en criterios objetivos y previamente definidos.

El respeto de las libertades civiles y de los derechos sindicales es la condición indispensable para la existencia de auténticas negociaciones colectivas. A fin de que la negociación colectiva alcance proporciones importantes y tenga repercusiones reales sobre el desarrollo de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales, las partes deben estar bien organizadas, lo que supone el goce efectivo de la libertad de sindicación, y del derecho a organizar y a negociar libremente. Las garantías del Convenio Nº 87 de la OIT (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) deberían aplicarse a todos los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción. Las legislaciones introducen en grado variable restricciones al reconocimiento del derecho sindical, en particular para determinadas categorías de trabajadores, como los funcionarios, el personal de dirección, los extranjeros y los trabajadores agrícolas. Clausulas de esta naturaleza están en contradicción con las disposiciones expresas del Convenio ¹.

En virtud del Convenio Nº 87, los trabajadores y los empleadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones. Esto implica el derecho de determinar la estructura y la composición de los sindicatos, el crear una o varias organizaciones por empresa, profesión o rama de actividad, y el de constituir las federaciones y confederaciones de su elección. Se consideran incompatibles con las garantías establecidas en el Convenio las disposiciones que fijan condiciones excesivamente restrictivas y los que privilegian al sistema de unidad sindical ². Aunque el objetivo del Convenio no sea hacer obligatorio el pluralismo sindical, dicho pluralismo debe ser posible en todos los casos ³.

En algunos países los trabajadores pueden estar representados por varios sindicatos, incluso en las negociaciones de empresa; en cambio otras legislaciones confieren el derecho exclusivo de negociar en nombre de una categoría determinada de trabajadores a la organización que representa, a cierta proporción, o a una mayoría relativa o absoluta de los trabajadores,

1. OIT, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio General. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra, 1983, p. 103.

2. Idem, p. 147.

3. Idem, p. 148.

representatividad que suele determinarse por el número de afiliados, o por votación secreta ⁴.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado la importancia de que el sindicato más representativo se determine con arreglo a criterios objetivos y fijados de antemano, para evitar toda posibilidad de parcialidad o abuso ⁵.

Los sindicatos no son los únicos negociadores de convenios colectivos en representación de los trabajadores. Se pueden señalar otros tipos de representación frecuentes a nivel de empresa. La ley o la práctica dota de facultad negociadora a órganos de empresa, compuestos únicamente de representantes de los trabajadores (ejemplo: Delegados de Personal o Comités de Empresa en España), o a grupos de trabajadores no organizados, pero facultados para designar representantes para negociar en su nombre con los empleadores ⁶.

Por lo que se refiere a los empleadores, en la negociación a nivel de empresa, la representación suele ser asumida por el propio empleador, los directivos de la empresa o especialistas designados al efecto. En muchos países han proliferado, en los últimos años, las especialidades en derecho laboral aplicados a la empresa, los expertos en relaciones industriales, en recursos humanos, etc., que integren los cuadros directivos o los despachos que prestan asesoría a las empresas. Es de destacar que cuando los profesionales asumen la carga de la negociación, su experiencia suele conducir a resultados más satisfactorios, abreviando la duración de las negociaciones, evitando la conflictividad, y dotando de mayor claridad a los documentos surgidos de la negociación.

Las organizaciones de empleadores, por rama de actividad o sobre base territorial, asumen la representación de la mismas en las negociaciones de nivel superior a la empresa. Apenas hay problemas en esas estructuras, pero a veces se producen grandes diferencias de interés cuando las empresas del sector público forman parte de las mismas organizaciones.

4. Nivel de la negociación colectiva

Los principales niveles a que se lleva a cabo la negociación colectiva son: el establecimiento o centro de trabajo, la empresa, la industria, sector o rama de actividad y el conjunto de la economía nacional. También se producen negociaciones por grupos de empresas, por industria a escalas inferiores a la nacional, como regional o provincial, e incluso dentro de la empresa para determinadas categorías de personal. La

Recomendación indica que la negociación debería poder desarrollarse a cualquier nivel y que las partes negociadoras deberían velar para que exista coordinación entre ellos.

La forma más difundida de negociación es la que se lleva a cabo a nivel de empresa o de centro de trabajo (fábrica, instalación). Es usual en países altamente industrializados como Estados Unidos y Japón, o en países en vías de desarrollo, de Asia, África y América Latina.

En Europa Occidental predomina la negociación por rama de actividad, en distinto ámbito territorial (local, provincial, regional, nacional), y se combina con la negociación a nivel de empresa y centro de trabajo.

Cada estructura presenta ventajas e inconvenientes. La negociación por empresa beneficia a los sindicatos de empresas fuertes, pero margina a los trabajadores de empresas pequeñas o sectores difícilmente organizables; permite la fijación de salarios conforme a la situación económica de la empresa, e incluso aborda cuestiones de organización, pero no parece apropiada para tratar cuestiones de orden general o contenido macroeconómico, como reestructuración sectorial, ni es adecuada a países con muy pocas empresas grandes.

Por su parte, la negociación por rama de industria permite uniformar salarios y condiciones de trabajo, pero, sobre todo, parece evidente que puede poseer efectos económicos más amplios, e incidir en las estrategias de desarrollo de manera más directa que la negociación por empresa.

En América Latina los convenios colectivos cubren un porcentaje bastante bajo de la población económicamente activa, lo que priva a la negociación colectiva de sus posibles efectos redistributivos a escala macroeconómica. A pesar del poco efecto sobre la población, sus consecuencias conflictivas son mayores que cuando se negocia por rama de actividad. En la empresa los conflictos son habitualmente de mayor duración que en la industria, y en ésta no suelen correr el peligro de "enquistarse" como en la empresa.

5. El procedimiento de la negociación colectiva

En la mayoría de los países existen reglas para la negociación colectiva, establecidas por la ley o previamente convenidas por las partes.

Las reglas, en unos casos, serían la prohibición de prácticas entorpecedoras de la negociación (discriminación antisindical, reemplazo de huelguistas, boicot, piquetes de huelga, etc.), o determinan obligaciones de las partes (negociar de buena fe, aportar información), o describir e imponer los sucesivos pa-

4. Idem, p. 294.

5. Idem, p. 295.

6. OIT: "Fomento de la Negociación Colectiva". Ginebra, 1979, p. 13.

sos de la negociación, con señalamiento de plazos y procedimientos de solución de conflictos.

Conviene recordar que el Convenio 154 sobre el fomento de la negociación colectiva, en su Art. 5, establece que se debería adoptar medidas para que sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores, prescribiendo además, que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo, o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas. Por otra parte, el Art. 6, admite que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva.

Considerando que la información sobre la situación económica de la empresa y de la rama de actividad o del país es necesaria para negociar con conocimiento de causa, se recomienda adoptar las medidas necesarias para lograr que los empleadores y las autoridades públicas proporcionen tal información.

6. Solución de los conflictos surgidos de la negociación colectiva

El surgimiento de conflictos surgidos de la propia negociación de los convenios colectivos, o durante su vigencia, de su puesta en práctica o aplicación, ha hecho necesario el establecimiento de procedimientos para su solución.

La negociación colectiva constituye, a la vez, una fuente de conflictos y un método de solución. En su primera manifestación hace necesario el establecimiento de procedimientos para la solución pacífica de las desaveniencias que pueden surgir en el transcurso de la negociación. Un convenio puede traer también conflictividad como consecuencia de dificultades en su aplicación o interpretación. Cuando las negociaciones directas no logran solventar las diferencias entre las partes, éstas suelen recurrir a los tradicionales siste-

mas de solución constituidos por la conciliación y la mediación, que implican la intervención de un tercero. El arbitraje voluntario es frecuentemente utilizado como sistema eficaz y algunas legislaciones imponen arbitrajes obligatorios. Por implicar la intervención de terceros con carácter decisorio en la determinación de las condiciones de un contrato entre empleadores y trabajadores, el arbitraje obligatorio se considera como una ingerencia en la libertad de las partes para adoptar decisiones por si mismas. No obstante en muchos países, basándose en la debilidad de los sindicatos, en el interés nacional, o en la protección de la salud o la seguridad de la población, se defiende el arbitraje obligatorio.

Los conflictos pueden solucionarse pacíficamente con o sin intervención de terceros, por medio de el arreglo directo entre las partes, la mediación, la conciliación, el arbitraje, la intervención judicial, la investigación o encuesta y la acción legislativa ⁷.

La eficacia de estos sistemas varía de unos países a otros, así como el modo de implantación. En unos casos las organizaciones de empleadores y de trabajadores han elaborado por acuerdo procedimientos de conciliación y arbitraje (como el Acuerdo sobre la Conciliación de la República Federal Alemana, de 1954); en otros, los propios convenios colectivos contienen normas sobre soluciones de conflictos surgidos de su aplicación (España, comisiones paritarias para interpretación). Algunas legislaciones imponen sistemas de conciliación, mediación y arbitraje obligatorios, utilizándose este último, en general, sólo después de haber fracasado la conciliación o la mediación. Pero, para muchos gobiernos, el fomento de la libre negociación colectiva es del más alto orden del interés público y, en consecuencia, han evitado el recurso, completo o casi completo, al arbitraje obligatorio en la solución de conflictos ⁸.

7. OIT: "Las Relaciones de Trabajo en América Latina", Ginebra, 1981, pp. 176-177.

8. OIT: "Fomento...", ob. cit., p. 65.

La dimensión olvidada de la estabilidad en el empleo

Gilda Villarán Calderón

Abogada, PUC. Ex-Asesora Ministerio de Trabajo (Asesoría Jurídica). Master en Derecho y candidata al Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Yale, EE.UU.

Muchos en nuestro medio viven un quehacer jurídico muy similar al de los personajes de la tan famosa Alegoría de la Caverna de Platón. Sentados en la oscuridad de la caverna, dando la espalda al mundo, iluminados sólo por el fuego, entretenidos observando las sombras de los objetos que pasan, viven en una fantasía y creen que lo que la ley dice es ley ¹.

Para todos aquéllos que tienen esta visión tan limitada del Derecho, no hay ninguna dimensión olvidada. La ley de estabilidad es una norma balanceada, pueden decir, que, de un lado, protege a los trabajadores de la posibilidad de despidos injustos o abusivos y permite, del otro, que los empleadores que prueban estar en dificultades económicas reduzcan su personal. Pero si hacemos un análisis menos dogmático de la ley ², constataremos que hay, en realidad, una dimensión olvidada. Olvidada en nuestra conciencia jurídica, olvidada por los legisladores, quienes no la tomaron en serio, y olvidada adrede por el Ministerio de Trabajo.

La estabilidad en el empleo tiene dos dimensiones, la individual y la colectiva, que debieran ser, cada cual, analizadas separadamente, pero que nosotros confundimos. Estas dos dimensiones tienen que ver con las causas que autorizan la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Estas causas son individuales o colectivas.

Las causas individuales consisten en aquellas situaciones en las que el trabajador, individualmente considerado, se ha colocado, haciendo imposible la

mantención del vínculo. Generalmente la terminación por causas individuales constituye un despido disciplinario, aunque hay otras causas de terminación individual, como las contempladas en los incisos c) y d) del artículo 4to. de la Ley 24514 que, aunque no constituyen falta grave, tienen que ver con la posición de un trabajador determinado en relación a la empresa. Por supuesto, la terminación individual puede ser plural. Cuando se despide simultáneamente muchos trabajadores por haber cometido una falta grave, seguimos estando frente a un problema individual.

Las causas colectivas de terminación son las causas económicas, técnicas, etc. Esta clase de terminación es de naturaleza distinta porque se da con independencia de la capacidad o conducta de los trabajadores comprendidos en la medida. Buenos y malos trabajadores pueden perder su empleo por estas causales.

Esta segunda dimensión, la colectiva, es la olvidada en el Perú. O, más claramente, no se le da la importancia que tiene. Se entiende como un apéndice de la dimensión individual. Al considerarse un apéndice, puede estar a veces incluída y a veces excluída sin que ello aparentemente altere la naturaleza de la institución de la estabilidad en el empleo.

Es que aún no es parte de nuestra conciencia jurídica el hecho mismo de que, además de la posibilidad de despedir por falta grave u otras causales relacionadas a la situación del trabajador individualmente considerado, existe la posibilidad de terminación de los contratos de trabajo por causas distintas a la conducta o capacidad del trabajador, es decir, la posibilidad de terminación por causas económicas o técnicas. Cuando se habla de estabilidad en el empleo, a casi todos se les sigue viniendo a la mente el derecho del trabajador a no ser despedido salvo por una falta grave. La confundida identificación de los conceptos "justa causa" y "falta grave" proviene de la primera ley de estabilidad en el empleo en el Perú, el D.L. 18471. La ley 24514, actual ley de estabilidad, hizo cierto progreso de técnica jurídica al separar las causales de despido

1. En esta metáfora, los juristas, claro está, son los encadenados y las sombras de los objetos son las leyes que los juristas definen, sistematizan y clasifican. La alegoría de la Caverna se encuentra en el Libro VII del Diálogo La República. PLATÓN *The Dialogues*. Oxford at the Clarendon Press (B. Jowett, M.A., translator). Oxford, 1953, Vol. II, p. 376.

2. Llamáramos a esta perspectiva "heterodoxa" por cuanto se aleja del dogma, en este caso del dogma jurídico. Pero ya el término tiene una connotación especial en nuestro medio para referirse a recetas económicas fallidas.

que no constituyen falta grave de las que sí lo son. Pero reiteró el error de considerar como despidos aquellas terminaciones excepcionales de la empresa provenientes de causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor" (artículo 4, inciso b), vale decir, las que dan lugar a las que comúnmente se denomina en nuestro medio "reducciones de personal". El Profesor Mario Pasco expone claramente este error terminológico —que conlleva un error conceptual— de considerar como despido estas situaciones que, si bien responden a una *iniciativa* del empleador, no obedecen a la *voluntad* del mismo ³.

Nuestro propósito es señalar que la dimensión colectiva de la estabilidad laboral no es un apéndice de la individual. Es un aspecto importantísimo cuyo descuido distorsiona el concepto mismo de estabilidad.

El Convenio Nº 158

El Convenio Nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, 1982, autoriza la terminación de la relación de trabajo por estos dos tipos de causales: las relacionadas a la conducta o capacidad del trabajador y las basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. La OIT dedica luego la parte III del Convenio a las disposiciones relativas a las terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Son dos diferentes propósitos los perseguidos: en el primer caso, evitar el despido arbitrario o inmotivado, de donde surge la necesidad de señalar una falta (o una de las causas individuales que no constituyen falta grave laboral), la necesidad de probarla ante un tribunal, un árbitro o una autoridad administrativa, la provisión de recursos legales a los cuales el trabajador que se considera injustificadamente despedido tiene acceso, etc. En el segundo, amenguar los efectos perjudiciales para los trabajadores de cambios estructurales o técnicos o de crisis económicas.

La OIT manifiesta el propósito de evitar o limitar la cantidad de terminaciones originadas por estas causas. Sugiere que las partes hagan lo posible para evitarlas o limitarlas. Pero no puede ofrecer soluciones que ataquen la raíz de estos problemas. Está fuera de su dominio el evitar crisis económicas y no pretende prohibir el avance tecnológico, aún cuando el mismo redunde, en el corto plazo, en perjuicio de determinados trabajadores. El foco de atención de sus disposiciones y recomendaciones está en el propósito de paliar los efectos perjudiciales de estos cambios o crisis.

El convenio dispone que las legislaciones nacionales impongan a los empleadores que prevean pérdidas de empleos la obligación de informar y consultar la

3. Pasco, Mario. "La extinción de la relación laboral en el Perú", en *La Extinción de la Relación Laboral*, Obra colectiva, editada por M. Pasco. Asesoramiento y Análisis Laborales. Lima, 1987, pp. 245-6.

medida con los representantes de los trabajadores y a notificar la situación a las autoridades. Así, además de otorgar una cierta protección a los trabajadores comprendidos en la medida, se hace más difícil la toma de decisiones (sea de innovación tecnológica u otra) que vayan a tener consecuencias en pérdidas de empleo.

En la recomendación adjunta, sugiere medidas que buscan limitar el número de terminaciones tales como la restricción de nuevas contrataciones, la eliminación del trabajo "extra", el otorgamiento de incentivos para la jubilación anticipada, etc. y medidas que tienden a suavizar los duros efectos de estas terminaciones, tales como el re-entrenamiento de los trabajadores afectados, la búsqueda de empleos alternativos, etc ⁴.

Causas de reducciones de personal

En el término genérico "económicas" están comprendidas diferentes causas que, teniendo todas ellas relación con lo económico, pueden ser distinguidas. La OIT hace referencia a causas económicas, técnicas y estructurales. La ley peruana, en cambio, hace referencia a causas económicas, técnicas, al caso fortuito y a la fuerza mayor.

El término "estructural" está generalmente relacionado al denominado desempleo estructural. Este es el desempleo que se produce permanentemente en economías incapaces de absorber su mano de obra. Pero el desempleo estructural es inherente al sistema económico. No *produce* reducciones de personal. Entonces probablemente la OIT se refiere sobre todo a los cambios en la estructura institucional que ocasionan bajas en el nivel de empleo.

De otro lado, la OIT parece identificar las causas económicas con las que se originan en situaciones de desempleo coyuntural, que es resultado de las fluctuaciones normales del sistema económico, es decir el que se da en los períodos depresivos de los movimientos cíclicos de la economía.

Las causas técnicas no están limitadas, como sesgadamente cree el Profesor Rendón Vásquez, a las situaciones en que la maquinaria está malograda o, en general, hay alguna "falla" ⁵. Además y sobre todo se refieren a los casos en que el empleador decide introducir innovaciones tecnológicas; vale decir, maquinaria o sistemas de producción más modernos y sofisticados.

Lo extraño es que la ley peruana califique estas situaciones originadas por causas económicas o técnicas

4. Artículos 21 y 25 de la Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, 1982

5. "Los hechos técnicos son alteraciones en los instrumentos y técnicas de producción como el deterioro de una máquina o la paralización de un proceso por falla." Cit. por M. Pasco, op. cit., p. 270.

como "excepcionales". Quien crea en el progreso, o por lo menos en el progreso material, no puede considerar que el avance tecnológico sea excepcional. Y quien sepa un poco de economía puede decir que la lógica del mercado está en su permanente fluctuación. Unos competidores entran y otros salen. Los precios suben y bajan. En un aparato productivo dinámico la necesidad de mano de obra también está en permanente movimiento. Si el aparato productivo es *globalmente* estable, el número total de trabajadores empleados será constante. Si la economía es próspera, unas empresas reducirán su personal y otras contratarán un número mayor de trabajadores. Si están en crisis, más serán los trabajadores expulsados del sistema que los contratados. Pero creer que las necesidades de personal de *cada* empresa son estables o crecientes es equivocado ⁶.

Esto es, considerar "excepcional" la necesidad de una empresa de reducir personal sólo puede explicarse en la errada creencia, que parece compartir la ley peruana, que las demandas de los diferentes bienes y servicios sólo pueden aumentar y nunca disminuir.

Las únicas que con razón pueden considerarse causas excepcionales son las originadas en caso fortuito o fuerza mayor, cuyo efecto es el mismo: el impedimento, imprevisible o inevitable, del desenvolvimiento normal de la producción en un centro de trabajo. La distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, todos sabemos, está en quién origina el hecho. El caso fortuito es originado por la naturaleza y la fuerza mayor por el gobierno ("actos de Dios" y "actos del Príncipe", respectivamente). El ejemplo típico de un acto de Dios es el terremoto. Un ejemplo de fuerza mayor podría ser una disposición, como la dada relativamente hace poco por el Gobierno Peruano, prohibiendo el funcionamiento de las casas de cambio ⁷.

La actitud peruana

Mientras en Europa la atención se dirige mayormente a los temas relativos a estas pérdidas masivas de empleo originadas en causas que, en aras de simplicidad, llamamos genéricamente económicas, en el Perú seguimos con la atención concentrada en la forma como se computa el número de faltas injustificadas y en decidir si el atestado policial que da cuenta de la comisión de un delito coincidente con la falta grave contemplada en el inciso c) del artículo 5º de la ley de estabilidad es prueba suficiente de la incursión en dicha falta grave laboral. Estos temas pueden ser importan-

tes para los trabajadores que se encuentran en esas situaciones. Pero no son los que más afectan, cuantitativa y cualitativamente, a la colectividad de trabajadores y a la salud del país mismo. Los métodos de los que los europeos hablan (consultas, conversaciones, búsqueda de métodos para atenuar efectos dañinos) suenan extraños a los oídos peruanos. Porque en el Perú creemos haber eliminado de raíz el problema: no tenemos reducciones de personal.

Claro, Europa es otra realidad. Pero en nuestro medio también se dan aquellos fenómenos que ocasionan pérdidas colectivas de empleo, y en manifestaciones más graves aún. El que seamos diferentes no hace que nosotros debamos descuidar el estudio de los problemas que nos aquejan.

Para todos aquellos que tienen aquella limitada visión del derecho, los encadenados en la caverna de Platón a los que nos referíamos al principio, sí hemos dado los peruanos atención al problema. Allí están para probarlo los artículos 16 al 24 de la ley de estabilidad, que describen el procedimiento que las solicitudes para reducir personal deben seguir.

Las reducciones de personal en la realidad

Pero, ¿es esa la atención que el problema merece? Aquéllos que conocen algo de la realidad de las relaciones laborales en el Perú saben que esa parte de la ley es "letra muerta", saben que desde hace muchos años se dejó de aplicar.

Desgraciadamente, a los peruanos no nos sorprende mucho que haya discordancia entre la ley y la realidad. Como decía una vez en clase el Profesor Alfredo Ostojá, "hemos perdido capacidad de asombro". Otra oportunidad habrá para ocuparnos del tema de la exagerada tolerancia que tenemos los peruanos de la dicotomía ley-realidad. Ahora sólo es momento de señalar que esta particular discordancia entre la ley y realidad tiene una característica bastante singular. Quienes incurren en el no seguimiento, o sea el incumplimiento de la ley —llamemos a las cosas por sus propios nombres—, no son los ciudadanos (tratándose de temas laborales, los clásicos incumplidores serían los empleadores), sino el Estado, más precisamente, el Ministerio de Trabajo. Ni más ni menos.

Ya desde la época de la segunda fase del Gobierno Militar, los funcionarios de las Divisiones de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo tenían instrucciones de poner todos los obstáculos posibles, de buscar con lupa cualquier error formal en que hubieran incurrido los accionantes para inmediatamente ordenar el archivo definitivo del expediente. Si no se encontraba una irregularidad y el accionante era muy insistente el expediente se enviaba, como dispone la ley, al Ministerio del sector correspondiente. Ya en él, el "técnico" encargado de estudiar la solicitud se preocupará de elaborar un informe negativo. Hemos visto informes en los que, si la causa invocada para la re-

6. De allí que sea completamente irrealista el supuesto del que parte Alonso Olea para afirmar la identificación entre el principio de estabilidad en el empleo y el de la duración indeterminada de la relación de trabajo: "El trabajo se presta a empresas (y) éstas se crean para vivir indefinidamente." Prólogo a MARTINEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad en el Empleo y Contratación Temporal*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1983, p. 11.

7. Aunque, a decir verdad, hay ciertos príncipes que permanentemente hacen gala de fuerza mayor. En estos casos la fuerza mayor no es tan excepcional como debería ser.

ducción de personal era una necesidad de disminuir la producción debida a una baja en la cantidad demandada del producto, por decir zapatos, la respuesta era: que no es cierto que la demanda haya bajado, que la gente sigue necesitando zapatos. Bien podrían estos "técnicos" tomar un curso básico de economía para enterarse que en la demanda no se incluye la necesidad de aquéllos individuos que no tienen medios económicos para comprar el producto. Bien podrían aprender el concepto de demanda.

Los funcionarios más obedientes simplemente no daban trámite a la solicitud. También desde aquella época existía en la Dirección Regional de Lima, el llamado "cajón de los muertos", la gaveta de archivador a la cual iban a dar los expedientes de reducción de personal que habían logrado llegar a esa instancia. De ese cajón solo podían salir algunos expedientes resucitados, cuyos recurrentes habían podido conseguir la famosa "orden superior". La dimensión "política" le llaman a ésto.

La "luz roja" a los expedientes de reducción de personal continuó durante todo el gobierno de Belaúnde. En sus primeros meses de gobierno, algún alto funcionario interpretó que tramitar expedientes de reducción de personal era contrario a la promesa del millón de empleos. La "política" con respecto a las reducciones de personal nunca se llegó a cambiar. En los primeros tiempos del Gobierno Aprista tampoco cambió la situación. Probablemente algunos entiendan que esta irregularidad está legitimizada por el tiempo transcurrido.

La actitud de los legisladores de 1986 ha sido la más sencilla: ignorar el problema. Dieron tan poca importancia al tema que, con pequeños cambios cosméticos, copiaron el texto del D.L. 22126 que, a su vez, repetía lo fundamental de las disposiciones del D.L. 18471. La culpa de los legisladores es en todo caso inexcusable. Si no conocían la realidad respecto a las terminaciones por causas económicas, son culpables de legislar en desconocimiento. Si conocían que esa porción de la ley no tiene ninguna validez en la práctica, son culpables de poco respeto a la ley. Con estas actitudes también la ley, y no solo el inti, se devalúa. Mucho más honesto hubiera sido simplemente prohibir la terminación por causas económicas, técnicas, etc.

Por supuesto, con el correr de los años el número de solicitudes para reducción de personal fue disminuyendo. El trámite perdió tanta importancia que, cuando hace un año, pretendimos estudiar las estadísticas relativas a reducciones de personal, nos dimos con que tales estadísticas no existían⁸. Más aún, las

cifras que la Dirección General de Empleo pone bajo el rubro "reducciones de personal" cuando estudia la fluctuación ocupacional no tiene ninguna relación con los procesos que la ley establece. Las cifras se refieren a las "verdaderas reducciones", a las pérdidas colectivas de empleo que han ocurrido en la realidad⁹.

¿Qué nos indica ello? Que aunque en el Ministerio de Trabajo no se tramiten las solicitudes, las reducciones de personal se dan. Gran descubrimiento. Para algunos políticos, las constataciones más sencillas son las más difíciles de efectuar.

La compra de renunciias

Y que no se diga que no hay ningún problema porque, al fin y al cabo, los empleadores pueden comprar cartas de renuncia. Primeramente, es ya suficientemente anómalo el hecho mismo de que los funcionarios del Ministerio de Trabajo tengan órdenes de no aplicar la ley. Allí ya hay un problema serio. Y, concretamente, es anómalo que los empleadores que se encuentran en una situación que los autoriza a reducir personal, deban pagar para que los trabajadores "renuncien". A mayor abundamiento, el caso es que si uno o varios trabajadores rehusan vender su carta de renuncia, el empleador debe seguir pagando salarios y no tiene ningún recurso legal porque las vías que la ley ofrece han sido bloqueadas por "política" del Ministerio de Trabajo.

En el terreno conceptual, el hecho de que los empleadores compren una por una cartas de renuncia para dar por terminadas relaciones de trabajo por motivos económicos, contribuye a la confusión de conceptos a la que nos referíamos al principio. Ello significa que los empleadores están obligados a dar tratamiento individual a problemas colectivos.

De otro lado, quien crea en el valor de la ley no puede pensar que la negociación individual es siempre buen sustituto. Siempre pueden darse "arreglos directos". Pero no es para eso que la ley existe. Si A, esposo de B, es un esposo insoportable que incurre en todas las causales de divorcio, siempre B tiene la posibilidad —si tiene el dinero— de "comprar" un divorcio por mutuo disenso. Pero si A es intransigente y no acepta el divorcio, B tiene una vía legal para lograrlo.

Claro que el caso del trabajador que se encuentra ante una situación de reducción de personal no es igual al del marido insoportable. En el primer caso no hay "culpa" y en el segundo sí. De lo que se trata es de ilustrar por qué los "arreglos" no solucionan todo.

8. Investigamos en la Dirección Técnica Laboral de la Dirección General de Relaciones de Trabajo y en la Dirección de Estadísticas Sectoriales de la Dirección General de Planificación. Una respuesta muy significativa que encontramos fue que el proceso de reducción de personal sólo lo seguían

"unos pocos idiotas". ¿No nos debe llamar esto a reflexión? Sólo en el Perú se da que los funcionarios consideren "idiotas" a quienes hacen una solicitud de acuerdo a ley.

9. Estas se revelan en las encuestas de hogares y establecimientos.

Las leyes civiles existen para el caso del que no quiere ceder, del que, por alguna razón se aferra a su interés.

Es también fácil darse cuenta que los trabajadores que rehusan vender cartas de renuncia en una situación de crisis económica de la empresa empleadora no son siempre "intransigentes". Sabemos que en el Perú no hay ni empleos alternativos ni seguro de desempleo. Muchos pueden entender razonable el aferrarse a un puesto de trabajo. Pero, de acuerdo a la OIT y de acuerdo a la ley peruana, este interés del trabajador debe ceder en ciertos casos, como el que nos ocupa. Los empleadores no tienen por qué comprar cartas de renuncia.

Los fundamentos de esta "política"

Los fundamentos de esta "política" de no tramitar reducciones de personal son muy sencillos: las reducciones de personal son consideradas males sociales y, por tanto, deben ser evitadas al máximo.

A nadie le gusta que los trabajadores pierdan sus empleos. Pero ignorar la realidad es sólo una respuesta de avestruz. En efecto, es tan infantil como la actitud de los niños que juegan a las escondidas tapándose sólo la cara. Revela un desconocimiento, o una voluntad de desconocer, que existen fluctuaciones en las demandas de los bienes o servicios producidos, que en los mercados se dan caídas en la producción, que originan desempleo.

Por eso la ley considera este grupo de causales como una justa causa de "despido" (léase terminación). Son causas que nadie desea se den, pero que no dejan de ser causas justas. Por eso la OIT las considera entre las causas de terminación. A la OIT tampoco le gusta que los trabajadores se queden sin una fuente de ingreso. La OIT no contempla estas situaciones porque quiere beneficiar a empleadores inescrupulosos y avaros que sólo buscan la maximización de sus ganancias sin interesarse en las consecuencias de estas medidas en los trabajadores. Tampoco las leyes que autorizan reducciones de personal responde a una política de agresión a la clase trabajadora —usando un poco de la retórica del marxismo criollo. La OIT y las leyes que a sus disposiciones se conforman simplemente admiten, con realismo, que estas situaciones se dan.

Otra razón expresada por los funcionarios del Ministerio de Trabajo es que mediante esta política se busca contener la informalización de la economía¹⁰. Vale decir, los funcionarios del Ministerio de Trabajo tienen entendido que muchas empresas —que es de suponer ya eran relativamente pocas— solicitan la re-

ducción de su personal sino para abrir talleres "clandestinos" con trabajadores eventuales¹¹.

La intención de detener la avalancha hacia la economía subterránea impidiendo las reducciones de personal podría ser comparada al intento de solucionar una inundación sacando el agua con cucharita sin pensar que lo importante es reparar la cañería rota por la cual el agua sale a borbotones.

Hernando de Soto y sus colaboradores del Instituto Libertad y Democracia se han referido bastante al tema de la economía informal¹². Las críticas a su trabajo van y vienen —y muchas con razón, aunque este no es el momento para detenernos en ellas— pero hasta ahora nadie ha refutado bien uno de los argumentos centrales: que una de las causas fundamentales de la informalidad es la rigidez de las normas y la intransigencia con que demasiado frecuentemente se aplican. O, en algunos casos como el analizado, la intransigencia con la que algunas normas no se aplican.

El fundamento no expresado

Detrás de todo ésto parece encerrarse la pregunta: ¿quién debe pagar el costo de las crisis? Esta "política" parece responder que, por lo pronto, no corresponde a los trabajadores. Parece considerar injusto que "la pita se rompa por el lado más débil". Entonces debe corresponder a los empleadores.

Creemos que ésta es una concepción simplista, antieconómica e injusta. Implícito en esta concepción hay un juicio de valor respecto a la ilegitimidad del objetivo empresarial de reducir costos. Parece considerarse ilegítimo que una empresa quiera reducir personal porque desea ganar más, o perder menos. Allí parece estar el meollo del asunto. La consecuencia de este juicio de valor resulta en considerar que corresponde a los empleadores, quienes hacen ganancias en las buenas épocas, asumir la carga económica de los trabajadores también en los momentos difíciles.

Otra consecuencia es la censura implícita a los empresarios que desean innovar tecnológicamente, con consecuencia en pérdida de empleos. Parece considerarse que el avance tecnológico es anti-social.

Hay allí una concepción de la estabilidad en el empleo como un sustituto de seguro de desempleo, cuya implantación en el Perú se cree imposible. Pero un seguro de desempleo muy especial, uno a cargo no de toda la categoría "empleadores" sino de ciertos empleadores: aquéllos que están en dificultades económicas, aquéllos que quieren introducir un avance tec-

10. En atención a la solicitud de algunos de los varios funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción Social entrevistados, nos reservamos los nombres de todos ellos. Entrevistas producidas entre junio y agosto de 1986.

11. El ejemplo dado por el funcionario entrevistado fue el de la industria de la confección de calzado.

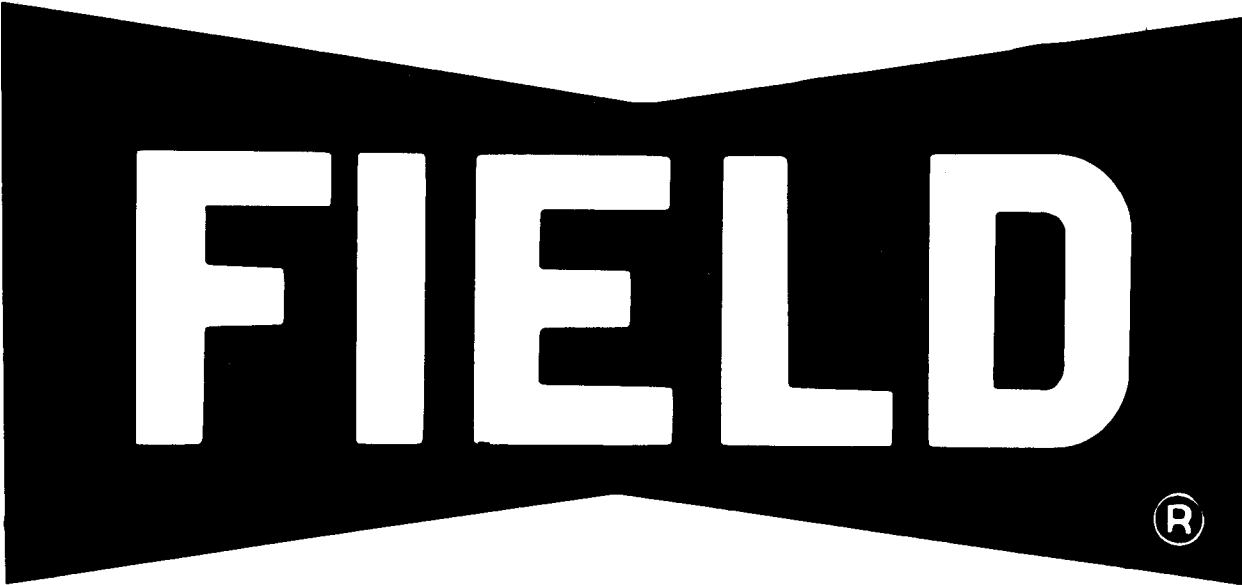
12. DE SOTO, Hernando. *El Otro Sendero*. Editorial El Barranco. Lima, 1986.

nológico y aquéllos que son víctimas de un caso fortuito o de fuerza mayor que los obliga a reducir personal. Y, dentro de estas sub-categorías, quienes llevan la carga son aquellos empleadores que no tienen acceso a las altas esferas del Ministerio de Trabajo como para que en reuniones extra-oficiales busquen solución al problema. El costo de la crisis y del avance tecnológico indudablemente está mal repartido ¹³.

13. La noción de distribución el costo, fundamental en el Análisis Económico del Derecho, es magníficamente expuesta por Calabresi, Guido. *The Cost of Accidents*. Yale University Press, New Haven, 1970. En otra oportunidad habremos de profundizar en estas nociones y en la falta que ellas nos hacen.

Creemos que si alguien debe llevar esa carga, sólo a la sociedad en su conjunto le corresponde. Si se considera que la implantación de un seguro de desempleo es impracticable en el Perú —posición bastante debatible pero que discutiremos en otra oportunidad— entonces que se permitan las reducciones de personal como la ley lo ordena. Porque sólo quien crea que a los empleadores hay que castigarlos por el mero hecho de ser empresarios puede considerar justo que se les obligue a mantener trabajadores innecesarios.

Siempre rico, siempre...

The word "FIELD" is written in large, bold, white, sans-serif capital letters. It is centered within a black rectangular background that has a white, stylized, hourglass-like shape cut out from its center, creating a negative space effect. The top and bottom edges of the black background are slightly irregular, giving it a hand-drawn or stamped appearance.

FIELD



Galletas, Chocolates, Caramelos, Chupetes, Marshmallows y Harinas.

El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas

(Primera parte)

José Antonio Olaechea A. C.
Abogado

El desarrollo de la economía y la necesidad de proporcionar al estado un instrumento legal que permita controlar los excesos en materia de producción y distribución de los bienes económicos, hace que surjan en la legislación normas destinadas a reprimir dichos excesos y a velar por el buen funcionamiento de la concurrencia, tal es el caso de las doctrinas antitrust, antimonopolio, de Cartels, de prácticas restrictivas, etc.

Consideramos que no es conveniente denominar a esta disciplina por su patología (antitrust, antimonopolio, ley de cartels) sino más bien por el sistema que busca proteger: la libertad de competencia.

El Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas: Las normas sobre competencia desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; las normas de la defensa del consumidor en la cual se protegen los intereses de los consumidores en oposición a los de los productores y comerciantes y finalmente el derecho de Libre Competencia que vela por el sistema en su conjunto ¹.

En sus inicios se entendió que la competencia perfecta era la base del sistema, pero luego debido fundamentalmente a dos razones este concepto ha sido descartado. La primera, de carácter general es aquella por la cual se entiende a la libre competencia como la libertad de hacer desaparecer la concurrencia. La segunda, de carácter particular es consecuencia de la anterior en la medida que la competencia se desarrolla sin ningún control, los mercados empiezan a presentar formaciones monopólicas y oligopólicas, además de otros abusos. Estos fenómenos hicieron que los individuos se sintieran perjudicados lo cual amenazó con generar una grave crisis en el sistema liberal.

Es así, como surge la primera legislación protectora de la libre competencia. Su aparición inicial fue para combatir los "Trust" ²⁻³. En esta etapa el legislador aún cree que el sistema de libre competencia se desarrolla en un modelo de competencia perfecta puesto que busca un modelo ideal. Paulatinamente, la legislación reguladora de la libre competencia comprende que lo que hay que proteger es la competencia efectiva ⁴.

En la actualidad el derecho regulador de la libre concurrencia está encuadrado en dos tipos de regulación que trataremos a continuación. Ambas buscan la defensa del libre juego en el mercado pero desde distintas perspectivas, la primera basada en el principio de prohibición y la segunda en el principio del abuso de la posición dominante; los mismos que sucesivamente reprimen: la restricción incluso antes que de hecho se produzca atacando su fuente, en el otro la sanción solo tiene lugar si se constata que tal práctica resulta nociva ⁵. Es importante señalar que ambos principios no son excluyentes, es más, admiten cierta dualidad.

1. Díez Canseco, Nuñez, Luis José. Informe final del seminario subregional "Legislación de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sobre tráfico económico" 8 al 10 de abril de 1987, Lima-Perú.

2. Trust: institución anglosajona en virtud de la cual una persona asume la propiedad de otra u otras personas administrando y gestionando en beneficio de estas sus bienes. Consiguiendo así el control de las sociedades y la formación de grandes grupos de poder. Ver: Eduardo Galán Corona, "Acuerdos Restrictivos de la Competencia", Editorial Montecorvo S.A., 1967, p. 54, nota 2.
3. Fikentscher, Wolfgang, "Las tres funciones de la economía", Revista de Derecho Mercantil, Abril-Agosto, 1984, Madrid.
4. La Competencia Efectiva supone que los empresarios actuando independientemente se influyen de manera recíproca, con el fin de entablar relaciones con sus clientes, este concepto a diferencia del modelo de competencia perfecta tolera la existencia de poderes monopólicos y de cierto tipo de restricciones que dentro de la concepción ideal son intolerables. Los aceptan porque se considera que si están bajo una tutela, éstos pueden ser beneficiosos dado que promueven el desarrollo técnico y mejora la eficiencia dado su dimensión con el consiguiente beneficio a los consumidores.
5. Galán Corona, Eduardo, op. cit., p. 55.

Pero esencialmente cada principio está intrínsecamente relacionado con una escuela, el primero con la Escuela Norteamericana y el segundo la Escuela Europea.

LA ESCUELA NORTEAMERICANA

Denominada como antitrust, pues de la represión de esta práctica restrictiva surgió la Escuela Norteamericana.

Es la pionera del derecho de la libre competencia. El rápido crecimiento de los Estados Unidos desde su independencia hasta fines del siglo XIX, convirtieron un continente salvaje en una nación de riqueza y poder extraordinarios. El concepto de libertad económica fue tomado por muchos como una autorización para utilizar ilimitadamente y hasta sus últimas consecuencias, cualquier medio para lograr beneficios. Esta situación condujo a crear formaciones de tipo monopolístico, que en un afán de obtener mayores ganancias abrumaron a la comunidad. Las normas del "Common Law" no estaban preparadas para soportar esta nueva situación y la reacción del pueblo no se hizo esperar. Tal fue la demanda que el gobierno tuvo que crear una regulación legal para los negocios⁶. Es así, como en 1888 Benjamín Harrison en su primer discurso al Congreso como Presidente electo hizo un llamado para legislar y combatir la tendencia al monopolio, refiriéndose a éste fenómeno como una conspiración peligrosa que destruía la competencia⁷. Dos años más tarde surge la Ley Sherman la cual, a pesar de sus numerosas enmiendas, sigue vigente hasta la fecha.

El espíritu de las normas antitrust está relacionado con la promoción de la competencia en un sistema de empresas privadas competitivas y destinado a impedir abusos del poder económico privado⁸. Es por este motivo que se reprimen los pactos que restringen la competencia y los monopolios. Los acuerdos de restricción a la concurrencia en principio son nulos, pero por vía jurisprudencial se admiten en tanto no sean de carácter general y constituyan elemento necesario para que las partes garanticen el cumplimiento de sus obligaciones respectivas. En cuanto los monopolios el poder que estos desarrollan es visto en sí mismo como un peligro para la sociedad.

La Ley Sherman

En 1890 las Cámaras Legislativas aprobaron "El proyecto de ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios" presentado por el Senador demócrata John Sherman. El espíritu de esta primera norma de derecho de la libre competen-

cia fue el declarar como ilegales los trust y combinaciones restrictivas del comercio y la producción⁹.

La Ley Sherman descansa sobre dos principios: el primero, contenido en la sección primera que prohíbe los contratos, conspiraciones y combinaciones¹⁰⁻¹¹, que restrinjan la competencia en cualquier rama de la actividad económica. La nota común de estas tres modalidades de acuerdos entre los competidores incluídos en la prohibición legal es la finalidad restrictiva de la competencia, cualquiera que sea su contenido y forma que adopten. Cabe señalar que la doctrina norteamericana en forma unánime considera irrelevante para los fines interpretativos de la Ley Sherman la distinción entre contrato, combinación y conspiración, siendo lo único importante la existencia de un acuerdo para incurrir en la prohibición de la sección primera¹². El segundo pilar está en la sección segunda que prohíbe el monopolio o el intento de monopolizar cualquier factor de la economía, no importando si esta acción es realizada individualmente o por el concierto de varios¹³.

Las sanciones previstas por esta ley son: de oficio una multa de US\$ 50,000.00, prisión que no exceda de un año. Si el Tribunal lo considera pertinente pueden aplicarse ambas sanciones. Además, de oficio se pueden dictar el cese de los actos restrictivos. Aquellos que se consideran perjudicados pueden pedir una reparación económica por los daños causados¹⁴.

La efectividad de la Ley Sherman fue muy reducida, pues esta norma se aplicaba a hechos consumados, con lo cual no habían fundamentos para atacar un abuso incipiente¹⁵, además, la redacción en términos muy amplios obligó a los jueces a interpretarla literalmente a tal punto que se aplicó a los sindicatos tergiversando así su aplicación restrictiva¹⁶.

9. Kintner Earl, op. cit. p. 11.

10. Conspiración: Para el "Common Law" es una combinación de dos o más personas mediante una acción concertada para realizar un propósito ilegal o criminal o para llevar a cabo un propósito que no es en sí mismo criminal o ilegal utilizando medios criminales o ilegales. Ver: Jaime Villegas, op. cit. p. 29.

11. Combinación es un acuerdo cuya finalidad tiene o puede tener la tendencia a restringir el comercio, suprimir la competencia o crear o mantener un monopolio o controlar de una manera anormal la producción o el suministro de mercaderías útiles o restringir la oportunidad de tenerlas, o de aumentar los precios, con perjuicio del público o una porción considerable de la población de cualquier localidad, que se considera tan opuesta a los principios del buen gobierno y tan contraria al interés público que el "Common Law" le niega validez. Ver: Jaime Villegas, op. cit. p. 40.

12. Galán Corona, Eduardo, op. cit. pp. 66-67.

13. Baylos Corroza, Hermenegildo, "Tratado de Derecho Industrial", p. 258.

14. Jaime Villegas, op. cit. pp. 229, 230 y 231.

15. Kintner Earl, op. cit. p. 11.

16. Galán Corona Eduardo, op. cit. p. 61.

6. Villegas, Jaime, *Monopolio y Competencia* Editorial Librería Jurídica Villegas, 1970, pp. 10-11.

7. Kintner Earl, *An Antitrust Primer*, Second Edition, The Macmillan Company, p. 11.

8. Villegas Jaime, op. cit. p. 3.

Finalmente, otro motivo que influyó en su efectividad, estuvo relacionado con la errónea idea que los monopolios se formaban esencialmente en el comercio y no en la producción industrial, con lo cual el proceso de concentración continúa en este último.

La ineficacia de la Ley Sherman hace que surjan dos enmiendas en 1914. Primero, la Ley de la Comisión Federal de Comercio (26 de setiembre) y luego la Ley Clayton (15 de octubre).

Ley de la Comisión Federal de Comercio

Esta norma tiene dos aportes fundamentales. Por un lado, crea un órgano administrativo de carácter esencialmente informativo y preventivo, promotor y asesor de medidas y reformas legislativas¹⁷. Al mismo tiempo también facultado para aplicar las disposiciones de su ley creadora. Por último y por un proceso administrativo previsto en la misma norma tiene la propiedad de impedir y reprimir la competencia desleal.

Ley de Clayton

Surgió para complementar la Ley Sherman, tomó el nombre de su promotor Henry de Lamar Clayton.

Esta ley tuvo dos innovaciones fundamentales; la primera está contenida en las Secciones 7 y 8 que prohíben la adquisición de las acciones o bienes de una empresa o los directorios entrelazados, cuando pueda resultar una disminución de la competencia y tienda a crear un monopolio. La segunda innovación está contenida en las Secciones dos y tres. Esta tutela la distribución y venta de mercaderías, prohibiendo las discriminaciones en los precios y condiciones entre compradores y vendedores de una mercadería del mismo grado y calidad. La diferencia fundamental entre esta norma y la Ley Sherman es que la ilegalidad puede ser declarada sobre una conducta que tenga el resultado probable de lesionar la competencia y ya no sobre un hecho consumado.

Es también de suma importancia señalar que en la Sección 6 de esta ley se excluyeron del alcance de las leyes antitrust a las organizaciones laborales y otras organizaciones que se vieron afectadas por la Ley Sherman¹⁸.

Los preceptos contenidos en las leyes, Sherman, de la Comisión Federal de Comercio y Clayton son el centro filosófico de la Escuela Norteamericana. Hay además otras normas que las complementan tales como: la Ley Robinson Patman promulgada en 1936, relativa a la discriminación en los precios. Su espíritu es que todos los comerciantes sean tratados de manera justa e igual de tal forma que no se vean perjudicados

los pequeños agentes del mercado debido a su tamaño poco significativo. Se exceptúa la discriminación de precios en tanto que sea hecha de buena fe y para igualar un precio bajo de otro competidor.

Además, las leyes Wheeler Lea y Celler-Kefauver, dictadas en 1936 y 1950 sucesivamente. La primera, extendió la protección de la Comisión Federal de Comercio a los fraudes de la publicidad engañosa no sólo a los competidores sino al público en general. La segunda amplió las disposiciones sobre consejeros comunes y adquisiciones de bienes o acciones de otras empresas¹⁹.

PRINCIPIOS APLICABLES DE LA ESCUELA NORTEAMERICANA

La Escuela Norteamericana tuvo como ya hemos visto su primera expresión en la Ley Sherman. Esta ley fue redactada en términos muy amplios, lo que condujo a que su aplicación fuese muy confusa puesto que la ley prohibía cualquier tipo de acuerdo que restringiese el comercio. Este tipo de prohibición podía incluir, por ejemplo, un contrato de compra-venta normal, pues al obligarse las dos partes, están restringiendo el mercado ya que ellos no pueden obligarse con otros por lo mismo, lo cual era ilógico. No podía ser que la intención del legislador fuese el prohibir todo contrato que restringiera el comercio, puesto que, el principio subyacente de la legislación antitrust era la defensa de la libre competencia.

Este era el problema central desde que se promulgó la Ley Sherman hasta el año 1911 en el que tuvo lugar el caso "Standard Oil Company of New Jersey vs. United States"²⁰.

Fue a partir de este caso que los jueces formularon dos principios interpretativos que han ejercido gran influencia en la aplicación de las normas de la Escuela Norteamericana. Estos principios son: la regla de la razón (Rule of Reason) y la Doctrina de la Condenación per se (per se doctrine)²¹.

La regla de la razón

Se trata de un concepto que proviene del derecho Común (Common Law). Versa sobre el uso del criterio y la discreción para calificar las diferentes formas de conducta. Para su aplicación requiere la prueba de los hechos y efectos anticompetitivos. Su uso está reservado a procesos de tipo civil que por lo general son muy costosos y prolongados.

Cuando nos referimos a la "regla de la razón" en los procesos antitrust, vemos que su intención es inda-

17. Baylos Corroza Hermenegildo, op. cit. p. 260.

18. Nota: Declara en el primer párrafo: el trabajo del ser humano no es ninguna mercancía o artículo de comercio.

19. Jaime Villegas, op. cit. p. 14.

20. Phillip Areeda, *Antitrust Analysis*, Second Edition p. 303.

21. L. A. Sullivan, *Antitrust*, p. 165 y sgts.

gar si los acuerdos o restricciones a la competencia son razonables y si no lo son, invalidarlos²². La regla de la razón flexibilizó muchísimo a la legislación antitrust pues los jueces tenían la potestad de decidir caso por caso lo razonable de cada acuerdo. Esto fue duramente criticado, pues se decía que era una delegación indebida de poder a los jueces²³ pero dado lo ambiguo del texto de la Ley Sherman se hacía necesaria una regla de la razón que estableciera la prohibición de acuerdos que restringieran el comercio de una manera no razonable y que permitiera cualquier otro tipo de acuerdo no incluido en ese grupo.

La doctrina de la condenación por si misma

Esta doctrina, además de complementar la "regla de la razón" compitió con ella, puesto que, quienes la propugnaban lo que buscaban era una menor intervención judicial, es decir, una aplicación más directa y estricta, no tan flexible²⁴⁻²⁵.

22. Sullivan L.A., op. cit. p. 172.

23. Kintner Earl, op. cit. p. 12 y sgts.

24. Sullivan L.A., op. cit. p. 182.

25. Villegas Jaime, op. cit. p. 38

Como se ha visto, la base de "la regla de la razón" estaba en lo razonable de una restricción. En el caso de la doctrina "per se", no importan los razonables o laudables efectos que pueda tener, pues se considera que este tipo de prácticas si bien pueden ser inocuas a corto plazo, generarán un grave daño a largo plazo. Es por eso que son perseguidas "por sí mismas" y no por los efectos que puedan causar y por tal motivo son sancionadas en la vía penal, bastando únicamente la prueba de los hechos y no sus efectos anticompetitivos.

En términos generales, se considera una violación "per se", por lo tanto pasible de sanción, a toda conducta contraria a la libertad económica, entre las que podemos distinguir los acuerdos para fijar precios, limitar la producción para dividir el mercado, el boicoteo, etc²⁶⁻²⁷. Es decir, la Escuela Norteamericana ha adoptado una regla "per se" en todos aquellos casos en que una conducta que restrinja la competencia no tenga a su vez una compensación favorable a la misma competencia²⁸.

26. Villegas Jaime, op. cit. p. 39.

27. Sullivan L.A., op. cit. pp. 192, 193, 194 y 195.

28. Kintner Earl, op. cit. p. 45.

restaurante bar

FREDO'S

pizzas y pastas

Av. Conquistadores 512

Una aproximación al conflicto árabe-israelí

Grupo de Investigación de Thémis*

El conflicto árabe-israelí, que se remonta a varios siglos atrás, tiene su origen —entre otras razones— en las distintas concepciones filosóficas, religiosas, sociales y jurídicas de ambos pueblos. En este sentido, no sólo encontramos un problema territorial, sino que el estudio del tema también supone reconocer que hay de por medio idiosincrasias diferentes.

Asimismo, queremos destacar que el objeto de este artículo se centra básicamente en el deseo de ofrecer a nuestros lectores una aproximación desde la perspectiva del Derecho y no en determinar si la postura de alguna de las partes involucradas resulta más o menos valedera. De esta manera y en vistas a la mejor comprensión del asunto, hacemos referencia a diversos antecedentes, que, como se verá líneas después, sirven para explicar el curso de los acontecimientos.

Finalmente, llegamos a ciertas conclusiones —de ningún modo definitivas—, por las que insistimos en la necesidad de implementar fórmulas equitativas orientadas al pronto establecimiento de la paz en tan convulsionada región

ANTECEDENTES

En la Conferencia de San Remo de 1920, se otorgó a Gran Bretaña el Mandato sobre Palestina¹ —antes parte del imperio otomano—, a raíz de la importancia política y comercial que estos territorios tenían para algunos países europeos luego de la Primera Guerra Mundial.

Esta concesión consideraba el establecimiento de un "hogar nacional" para el pueblo judío y tenía antecedentes en el ofrecimiento británico de crear dicho hogar en África Oriental y en la "Declaración Balfour" de 1917, por la que, a consecuencia del influjo del sionismo en Londres, se insistía —con el respaldo de Francia e Italia— en constituirlo en Palestina.

La presencia, al inicio de la década del veinte, de grupos judíos en los territorios palestinos resultante en su mayoría de procesos migratorios, se vio tácitamente reconocida, cuando en 1922 la potencia mandataria dispuso que el inglés, el árabe y el hebreo fueran

los idiomas oficiales. Ese año, Gran Bretaña dividió Palestina en dos partes, creando un emirato árabe al este del río Jordán (Transjordania) y dejando sólo la porción occidental para el establecimiento del "hogar nacional judío".

Con la aparición —en las postrimerías del siglo pasado— del movimiento sionista, que alentaba la construcción del Estado de Israel, se intensificó la migración de judíos hacia Palestina. Tal actitud encuentra su explicación en el interés por recuperar a la que consideraban su antigua patria, de la que habían sido expulsados tras los sucesos de los años 70 y 135 de nuestra era².

El impulso de este movimiento y la acción de organizaciones encargadas de recibir a los inmigrantes y de proporcionarles algún trabajo, junto con la ascensión de Hitler al poder y su clara política antisemita, motivó a muchos judíos a marchar a tierras palestinas. Es así que rápidamente fueron sobrepasando a la población árabe, al mismo tiempo que acrecentaban su poder político y comercial y se constituían en un fuerte rival para aquélla.

* Integrado por: Lorena Borgo, Carlos Garatea, Juan García Montúfar, José Alfredo Jiménez, Juan Carlos Mejía, Mario Pasco y Juan José Ruda.

1. El emirato de Transjordania cambió posteriormente su nombre por el de Reino Hachemita de Jordania.

2. Los sucesos a los que se alude corresponden a la destrucción del templo de Jerusalem por los romanos y a la rebelión de Bar Kojba, respectivamente.

Con el transcurso de los años, las asperezas se fueron haciendo cada vez más frecuentes. Ello ocasionó que el gobierno de Londres enviara, en 1936, una comisión a Palestina con el fin de realizar un estudio sobre la posibilidad de dividirla en dos Estados: uno judío y otro árabe.

No obstante, Gran Bretaña decidió "regular la inmigración judía al territorio Palestino hasta 1944, y luego cancelarla, salvo que los propios árabes lo concientan". Esta decisión, contenida en el llamado "Libro Blanco", respondía a la preocupación británica para obtener el respaldo árabe frente a una eventual confrontación en esa zona con la Alemania hitleriana.

Los judíos, mientras tanto, emprendieron una intensa campaña orientada a captar la solidaridad de la Comunidad Internacional. En este sentido, David Ben Gurión pronunció un célebre discurso en los Estados Unidos, consiguiendo que, en 1942, el Congreso Americano abogara por la supresión de la referida restricción y sugiriera la formación de una comisión anglo-americana para analizar los problemas existentes en Palestina.

Cabe destacar que, pese a las estipulaciones del "Libro Blanco", los judíos fueron adquiriendo mayor fuerza y, consiguientemente, el respaldo necesario para enfrentar a las autoridades británicas, a través de dos organizaciones: el "Irgun Zvai Leumi" y el "Stern". La respuesta árabe, igualmente violenta, no se hizo esperar.

En 1947, el anuncio británico de entregar el Mandato sobre Palestina a la ONU, originó una serie de debates respecto a la suerte de la región. De esta manera, el 31 de agosto del mismo año, el Comité Especial de Naciones Unidas para Palestina propuso dos posibles soluciones:

— La primera sugería lo siguiente:

- a. La creación de dos Estados: uno judío y otro árabe;
- b. La admisión en Palestina de 150,000 inmigrantes judíos;
- c. La abolición de la ley que impedía la compra de tierras por los judíos³;
- d. Dar a Jerusalem un estatuto internacional; y
- e. La culminación del Mandato británico.

— La segunda:

3. El "Libro Blanco" de 1939, buscaba limitar la transferencia de tierras en favor de los judíos y prescribía que "... el Alto Comisionado tendría poderes generales para prohibir y regular tales operaciones.

a. La constitución de un Estado binacional, árabe-judío, con respectiva autonomía.

b. El fin del Mandato Británico.

Las discusiones en torno a estas propuestas terminaron el 29 de noviembre de 1947, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió dividir Palestina Occidental⁴, dejando Jerusalem bajo control internacional. Esta partición otorgó a los judíos un 56% del territorio y 44% a los árabes, quienes manifestaron su desacuerdo y expresaron que no acatarían la resolución.

Paradójicamente, el gobierno británico solicitó al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que replantea la solución dada a la cuestión palestina.

La negativa árabe a aceptar la fórmula adoptada por la Asamblea General se materializó a través de continuos ataques a las propiedades de los judíos, quienes pretendían sostener la decisión de la ONU y mantener bajo su control Jerusalem. Por otro lado, los países limítrofes iniciaron una campaña encaminada a que los árabes dejaran Palestina, en tanto consideraban que su permanencia en esa zona era indigna bajo tales circunstancias.

El 14 de mayo de 1948, víspera del retiro de los ingleses, se reunieron en Tel-Aviv los miembros de la Administración Nacional Sionista y redactaron la declaración de independencia de Israel, que, poco después, fue reconocido por los Estados Unidos y la Unión Soviética.

Al día siguiente, se producía, en señal de rechazo, el ataque de las naciones vecinas, cuya desorganización permitió que los israelíes lograran la victoria y llegaran a ocupar el Sinaí, que formaba parte de Egipto.

A comienzos de 1949, tuvieron lugar en Rodas, tratativas destinadas a detener la lucha. Entre los acuerdos alcanzados en esas negociaciones destacan los siguientes:

- admitir el hecho de la administración egipcia sobre la franja de Gaza;
- reconocer de facto la anexión por Jordania de Judea y Samaria que fueran otorgadas a los árabes-palestinos en 1947; y
- establecer líneas de "alto al fuego" entre Israel, Líbano y Siria.

La indeterminación en lo que a las fronteras israelíes se refiere, ligada a la falta de reconocimiento árabe

4. Cabe recordar, como señaláramos líneas atrás, que la parte oriental de Palestina dio lugar a la actual Jordania.

del nuevo Estado, hizo presagiar la continuación del conflicto.

El triunfo de Israel condujo a que muchos árabes-palestinos abandonaran la zona ocupada con rumbo a algunos de los países limítrofes, donde serían acogidos en calidad de refugiados.

Asimismo, durante el transcurso de ese año, Israel fue admitido como miembro en el seno de las Naciones Unidas, con lo cual se retificaba su condición de sujeto de Derecho Internacional.

A fines de 1955, se unieron Egipto y Libia, con el propósito de hacer frente a Israel. Esta alianza, a la que posteriormente se sumaría Jordania, contó con el apoyo de la Unión Soviética, que buscaba puntos estratégicos en el Medio Oriente.

La ocupación israelí del Sinaí, motivada por el cierre del Canal de Suez y de los estrechos de Tirán, posibilitó la reapertura de tales pasos de navegación.

La posterior intervención norteamericana propició el abandono de la referida península.

Esta situación se mantuvo hasta 1967, en que se produjo la llamada "Guerra de los 6 días", a raíz de la cual Israel tomó los territorios de Judea y Samaria —sometidos a la jurisdicción jordana— y Gaza —administrado por los egipcios—, junto con la península del Sinaí hasta el canal de Suez y la meseta del Golán, perteneciente a Siria. En este contexto, Naciones Unidas propuso el retiro israelí, previa negociación entre las partes.

Sería recién en 1973, con la guerra del Iom Kipur —día del perdón— en que los egipcios cruzarían el Canal de Suez y los Sirios recuperarían el Golán, a excepción de los altos de la meseta.

Un avance significativo se logró con los acuerdos de "Camp David" de 1978, por los que Israel, que asumía el compromiso de abandonar progresivamente los territorios de Egipto, obtenía el reconocimiento de este último. Tal entendimiento, sumado al establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambos Estados, originó la reacción hostil del mundo árabe hacia el país que otrora fuera uno de sus líderes.

El cumplimiento de los acuerdos asumidos en "Camp David" llevó al retiro del Sinaí de los colonos israelíes. Este significó que Israel dejara una zona de potencial económico considerable y con gran valor estratégico.

Mientras tanto, la reivindicación de los derechos del pueblo palestino frente a la presencia de Israel ha recaído fundamentalmente en la OLP (Organización para la Liberación de Palestina), que obtuvo que las Naciones Unidas le confiera la calidad de "observadora".

La OLP —expulsada de Jordania a comienzos de la década pasada— instaló sus bases en el sur del Líbano, desde donde emprendió diversas acciones contra el Estado Judío, que, a su vez, reaccionó interviniendo militar y políticamente en esa nación.

ANÁLISIS

A partir de lo señalado en el punto anterior, podemos observar que la realidad existente en el Medio Oriente responde a un pasado conflictivo y confuso.

A la fecha, el problema gira —pese a la resolución de la ONU de 1947— en torno a dos cuestiones fundamentales: por un lado, la falta de reconocimiento de Israel por las naciones árabes y, por otro, que persista la ocupación israelí de Judea, Samaria y Gaza.

En vistas a una mejor comprensión, cabe hacer referencia a algunos conceptos jurídicos vinculados al asunto:

I. Anteriormente se señaló que Palestina estuvo bajo mandato británico. Este sistema creado por la Sociedad de Naciones, contemplado en el Art. 22 de su pacto constitutivo, suponía confiar la administración de un territorio a una potencia llamada "mandataria", quien ejercía tal atribución en nombre de aquella y bajo su vigilancia.

Esta institución buscaba el "bienestar y desarrollo del Estado bajo mandato", que tenía "una personalidad jurídica propia, era capaz de adquirir derechos, pero carecía de la capacidad de obrar por sí mismo"⁵.

Así, para el cabal cumplimiento de sus fines, se confirió a la potencia mandataria una serie de facultades, entre las que destacan:

a. En el ámbito territorial:

La representación internacional del territorio bajo mandato —a semejanza de los protectorados— era ejercida por la potencia mandataria, lo cual no suponía que el Derecho Interno de aquella también le resultara aplicable. En ese sentido, se presentaban dos órdenes jurídicos diferenciados;

b. En el aspecto personal:

Se establecía que los habitantes eran administrados y no súbditos de la potencia mandataria; y

c. En lo relativo a los servicios públicos:

A quien ejercía el mandato se le permitía controlar y dirigir los servicios públicos locales y defender el territorio bajo su administración.

5. Verdross, Alfred. *"Derecho Internacional Público."* Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1976, p. 75.

El Mandato, a su vez, podía ser de tres tipos:

— De "Categoría A":

El Estado bajo mandato gozaba de existencia política propia y estaba sometido provisionalmente a la administración de la potencia mandataria, dándose un autogobierno parcial. Estuvieron sometidas a esta categoría regiones antes pertenecientes a Turquía, como Líbano y Siria —conferidas a Francia— y Palestina, Transjordania e Irak, que fueran asignadas a Gran Bretaña. A nivel de la Comunidad Internacional, se consideraba que las poblaciones antes enumeradas habían alcanzado un desarrollo tal que " (...) su existencia independiente podía ser reconocida provisionalmente a condición de que la ayuda y los consejos del Estado mandatario guiaran su administración hasta el momento en que fueran capaces de manejarse por sí mismas"⁶;

— De "Categoría B":

La potencia mandataria asumía la administración bajo ciertas condiciones y otorgando determinadas garantías, como, por ejemplo, asegurar la igualdad económica, no beneficiando a sus súbditos.

— De "Categoría C":

El territorio sometido a mandato se encontraba bajo las leyes de la potencia mandataria, como si fuera parte integrante de ésta.

Este régimen culminaba con la emancipación de la colectividad sometida a él, la dimisión de la mandataria o cuando se produjera la revocación por el Consejo de la Liga de Naciones. De esta manera, la comisión permanente de mandatos estableció como condiciones para su extinción la presencia de un gobierno regularmente constituido capaz de mantener la integridad territorial y la independencia política, el orden público, la autonomía financiera, así como la existencia de cuerpos legislativos y judiciales idóneos⁷.

6. Podesta Costa, L.A. y José María Ruda: *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1985, pp. 91-92

7. Tras el surgimiento de las Naciones Unidas, los mandatos B y C —a excepción de África del Sudoeste— se convirtieron en fideicomisos. Estos últimos, se diferencian del régimen anterior en lo siguiente:

- a. No son divididos en categorías, en tanto que cada caso es tratado de manera individual.
- b. Contribuyen, a través de los fideicomisos estratégicos, al sistema de seguridad de la ONU. Esta modalidad otorga a la potencia administradora una serie de facultades, como la de poder instalar bases aéreas, militares y navales en el territorio fideicometido.

Actualmente, el Consejo de Seguridad de las N.U. y la Corte Internacional de Justicia, se han pronunciado por la ilegalidad de la ocupación que viene realizando la Unión Sudafricana del territorio de Namibia. Sin embargo, este país alega seguir ejerciendo el mandato que le fuera conferido por la Sociedad de Naciones.

El carácter autónomo del mandato y el hecho de haber sido creado por una organización distinta, hacía dudar a algunos sobre la competencia de las Naciones Unidas para conocer de la materia. Sin embargo, tal objeción fue salvada considerando que:

1. El mandato era de "Categoría A", por lo que existía una obligación por parte de la potencia mandataria de buscar el "bienestar y desarrollo" del Estado administrado, cuyo cumplimiento será fiscalizado por un órgano análogo al establecido, en su momento, por la Sociedad de Naciones: la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸;

2. La potencia mandataria renunció al mandato que se le había conferido.

De acuerdo a lo expuesto y en razón de lo establecido por los Arts. 10 y 14 de su Carta, la ONU podía pronunciarse al respecto con las siguientes limitaciones:

— La imposibilidad de la toma de decisiones por la Asamblea General —que sólo podía formular recomendaciones—, en virtud de lo prescrito por los artículos mencionados.

— Las propias estipulaciones del estatuto que regulaba el mandato, del cual la Asamblea General debía derivar la solución definitiva.

II. Una de las cuestiones jurídicas más controvertidas radica en determinar si Israel constituye o no un Estado. Los tratadistas enfatizan que para que este último se configure, ha de darse "(...) la coexistencia de tres elementos: un territorio determinado, una población asentada en ese territorio y una autoridad común o gobierno que rige dentro de él de modo exclusivo"⁹.

Así, a la luz de lo expuesto y al analizar el caso de Israel, verificamos que se trata de una entidad estatal, en tanto cuenta con los tres elementos mencionados: un número de habitantes no nómades, la presencia de un gobierno provisto de poder efectivo y una extensión geográfica estable, que, sin considerar a lo obtenido en los sucesivos enfrentamientos, corresponde a la porción de Palestina que le asignara la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1947. Tal situación, pese a que desde tiempo atrás el pueblo hebreo conformaba una nación, difiere de la existente hasta 1948¹⁰.

8. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 1971, en torno a "la consecuencia legal para los Estados de la continua presencia de Sudafrica en Namibia". I.C.J., Reports, 1971, p. 32

9. Podesta Costa y Ruda: Op cit., p. 53. Biscaretti di Ruffia, Paolo: "Derecho Constitucional General", Madrid, Editora Tecnos, 1984, p. 109.

10. Podesta Costa y Ruda: Ibid., p. 59

Esta conclusión nos lleva también a tratar lo relacionado con la pertenencia del nuevo Estado a la Comunidad Internacional, en la medida que aquél formará parte de la segunda cuando vaya siendo reconocido por los demás países. En este sentido, Israel no sólo logró el reconocimiento de, por ejemplo, los Estados Unidos y la Unión Soviética, sino que, por el mérito de haber sido incorporado a las Naciones Unidas, consiguió que operara respecto de los demás miembros de tal organización —incluyendo a los que votaron en contra de su admisión— la obligación de aceptar que se hallaba dotado de personalidad jurídica internacional ¹¹.

Otro aspecto particularmente significativo es el anhelo de un "hogar palestino", que se vincula a:

- La suerte de Judea, Samaria y Gaza, que, por su valor estratégico, Israel retiene desde 1967 y que, en el caso de las dos primeras, habían estado —junto con la parte antigua de Jerusalem— bajo control jordano.
- La actividad que realiza la OLP, en nombre de los árabes-palestinos.

Al respecto, se han planteado dos posturas encaminadas a alcanzar una salida para tan grave problema. Una de ellas hace hincapié en que Israel y los árabes-palestinos efectúen negociaciones directas, mientras que la segunda insiste en que ellas tengan lugar dentro de un marco internacional capaz de asegurar el statu-quo entre las partes.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 242, se pronunció sobre cuál debía ser el camino a seguir en la búsqueda de una solución al conflicto, señalando lo siguiente:

1. Israel, con el previo reconocimiento árabe de su existencia, debe abandonar Cisjordania —Judea y Samaria— y Gaza; y
2. Que negociaciones previas antecedan al retiro israelí, debido a que éste no resultaría viable de continuar las actuales circunstancias.

La citada resolución, asimismo, trata el problema de los refugiados palestinos¹², cuando, sin referirse a la creación de un Estado, alude al establecimiento de un "hogar" para ellos.

No obstante, los árabes demandan la desocupación inmediata de los territorios en cuestión y subordinan la posibilidad de un arreglo a la materialización de este hecho. Entretanto, los israelíes ponen énfasis en lo relativo a las conversaciones, sin hacer caso suficiente al otro punto.

En vista del aparente entrapamiento originado por posturas tan disímiles, Egipto e Israel han venido realizando, desde inicios de 1987, una serie de consultas orientadas a lograr una pronta solución al problema. En este sentido, los Estados Unidos y otros miembros de la comunidad mundial han asumido —a través de diversas iniciativas— una posición activa conducente a la celebración de una conferencia internacional dirigida a que las partes entablen directamente un diálogo entre sí.

Cabe destacar, finalmente, la oposición de ciertos sectores de Israel a esa propuesta, en tanto alegan que dicha conferencia sería oportunidad propicia para que se vuelva a insistir en la idea del Estado Palestino.

CONCLUSIONES

1. Las Naciones Unidas resultaban competentes, en 1947, para pronunciarse sobre la suerte de Palestina, en tanto dicho territorio estaba sometido a un mandato de "Categoría A" y a que el Reino Unido había renunciado a su calidad de potencia mandataria.
2. Israel constituye un Estado, en razón de contar con los requisitos tradicionalmente señalados para ello (población, territorio y gobierno). Asimismo, a raíz del reconocimiento de varios miembros de la Comunidad Mundial y a su admisión en las Naciones Unidas, se encuentra provisto de personalidad jurídica internacional.
3. La solución del problema de los refugiados palestinos se vincula indisolublemente al retiro israelí de Judea, Samaria y la franja de Gaza, donde se establecería —de conformidad con los pronunciamientos de la ONU al respecto— un hogar nacional para ellos.
4. Es destacable, finalmente, que la conclusión del conflicto supone la realización de negociaciones entre las partes involucradas y que estas últimas se otorguen concesiones recíprocas.

11. Ibid, p. 65.

12. La instalación del Estado de Israel y los sucesivos enfrentamientos en la zona, ocasionaron que muchos árabes dejaran Palestina y se establecieran, en calidad de refugiados, en algunos de los países vecinos.

La Ley de Aeronáutica Civil: 22 años de Retraso*

María del Carmen Vega S.

Alumna de 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Hoy, más que nunca, resulta imperioso reflexionar acerca de la ley nacional —Ley de Aeronáutica Civil— como norma aplicable a la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato de transporte aéreo.

Si bien es cierto que nuevas modalidades de contratación encuentran su fundamento en los caracteres que viene asumiendo la economía moderna, el desarrollo del mercado de bienes y servicios y la producción en masa, no es menos cierto que la mayoría de nosotros, cuando nos acercamos a una oficina de Aeroperú, Faucett, Aerolíneas Argentinas o cualquier agencia de viajes, no somos conscientes de que al adquirir un billete de pasaje aéreo estamos celebrando un contrato de transporte aéreo, con las características y peculiaridades que le son inherentes y, menos aún, con el régimen de responsabilidad civil aplicable en casos de inejecución del mismo.

La situación actual del servicio de transporte aéreo adquiere caracteres y dimensiones que escapan a toda previsión o regulación legal que siga de cerca sus pasos. Es más, si tenemos en cuenta la posición hegemónica de las compañías aéreas que prestan el servicio, lo cual presupone que sean ellas mismas las que establezcan las condiciones y/o estipulaciones aplicables a los contratos que con ellas se celebren, y si agregamos a esto la situación de ignorancia o, al menos, de desconocimiento de los usuarios del servicio, comprenderemos el por qué del asombro de muchos pasajeros que a punto de despegar en un vuelo placentero, de negocios o de trabajo, o ya en medio del viaje, cansados, aburridos o, simplemente, curiosos, ponen atención por primera vez al billete de pasaje que adquirieron días u horas antes y se encuentran con un cúmulo de condiciones o cláusulas totalmente extrañas, muchas veces de carácter técnico, en un lenguaje poco

conocido y frecuente, con letras diminutas, que imponen una serie de limitaciones, exoneraciones o condiciones favorables para las Compañías transportistas. Y en esos momentos los usuarios están frente a una situación consumada, en la cual no tuvieron la más mínima intervención, pues para ellos adquirir un billete de transporte para emprender un viaje aéreo era algo tan cotidiano y circunstancial, que no tuvieron motivos para siquiera preguntarse qué sucedería si el avión en el que viajaban sufriera un accidente, o un desperfecto técnico, o si debido al mal tiempo, o a un problema derivado de una congestión de tráfico aéreo, no pudiera arribar al lugar deseado o si, haciéndolo, sufrieran pérdidas en sus equipajes, o si ellos mismos sufrieran lesiones leves o graves o si, fatalmente, perdieran la vida. No saben que detrás de todo ello se esconde un régimen de responsabilidad civil que los deja, si no totalmente desprotegidos, en una situación sumamente difícil.

Nuestra Ley de Aeronáutica Civil (Ley Nº 15720 del 11 de noviembre de 1965) y su Reglamento (aprobado y puesto en vigencia mediante Decreto Supremo Nº 16 de 28 de diciembre del mismo año) resultan ser, generalmente, la ley aplicable en los casos de inejecución del contrato de transporte aéreo.

Tanto la Ley Nº 15720 como su Reglamento establecen una presunción de culpa del transportista en favor del usuario con motivo "de los daños y perjuicios causados por muerte, lesiones o cualquiera otros daños sufridos por el pasajero o los tripulantes con ocasión del transporte o durante las operaciones de embarque...".

Pero no por eso podemos dejar de apreciar la deficiencia de tales dispositivos legales, lo vago e impreciso de su lenguaje, la ambigüedad de los términos empleados, añadiendo la antigüedad de los mismos y enfrentándolos a una realidad, el transporte aéreo actual, tan distinta y tan lejana como la de 1965. No podemos dejar de lado tampoco los límites indemnizatorios establecidos en el Reglamento de la Ley de Aero-

* Al momento de redactarse el presente artículo, el gobierno del Perú no había aprobado los Instrumentos Internacionales que conforman el régimen varsoviano. Sin embargo, el Perú ha aprobado el mencionado régimen mediante Resolución Legislativa Nº 24819.

náutica Civil, que si bien teóricamente no eximen al transportista de su responsabilidad ante una situación de incumplimiento o inexecución parcial o total, al menos, en la práctica, resultan diminutos, cuando no irrisorios. Sólo a manera de ilustración, mencionaremos algunos montos significativos:

- Por muerte o incapacidad total permanente de pasajeros en servicios domésticos (entiéndase vuelos al interior del Perú) S/.120,000, hoy día I/.120.
- Por muerte o incapacidad total permanente de pasajeros en servicios aéreos internacionales S/.200,000, hoy día I/. 200.
- Por pérdida o avería de la carga para los servicios aéreos domésticos, hasta el límite de S/.200 por kilogramo de peso bruto, hoy día I/. 0.20.
- Por pérdida o avería del equipaje facturado o de la carga para los servicios aéreos internacionales, hasta el límite de S/. 400 por cada kilogramo de peso bruto, hoy día I/. 0.40.

En necesario enfatizar que en el caso de estos límites de responsabilidad no existe una referencia al patrón oro u a otra modalidad que de alguna forma compense las devaluaciones periódicas de nuestra moneda, manteniendo estables los montos indemnizatorios.

Por último, nuestro país no se encuentra dentro del régimen de responsabilidad civil establecido en el Convenio para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, más conocido como el Convenio de Varsovia de 1929(*), ya que el Perú no ha suscrito tal convenio ni mucho menos los Protocolos posteriores que conforman el régimen creado por el Convenio original. El Convenio de Varsovia de 1929, si bien es cierto que establece un régimen favorable para las compañías de aviación, no podemos dejar de mencionar que sus límites indemnizatorios superan ampliamente a los establecidos en nuestros dispositivos legales:

- Por muerte, herida y otra lesión corporal sufrida por viajero el límite es de 125,000 francos, permitiéndose fijar por convenio especial, un límite más elevado;
- Por destrucción, pérdida o avería de equipajes facturados o de mercancías el límite es de 250 francos por kilogramos, salvo declaración especial de valor;

- Por destrucción, pérdida o avería de objetos cuya custodia conserva el viajero el límite es de 5,000 francos por viajero.

Todos los límites arriba mencionados están referidos al Franco Poincaré(**). Sin embargo, no podemos dejar de reconocer la precariedad del régimen varsoviano, desde una perspectiva histórica.

Por todas estas consideraciones, resulta imperiosa la dación de una nueva ley de Aeronáutica Civil que recoja de cerca el desarrollo y las dimensiones que viene asumiendo el servicio de transporte, con sus caracteres y riesgos propios, que hoy día son previsibles a la mente de un buen legislador.

Al respecto, cabe señalar que actualmente la Cámara de Senadores se encuentra revisando el texto del Proyecto de ley de Aeronáutica Civil aprobado por la Cámara de Diputados (publicado en el diario oficial *"El Peruano"* el 6 de octubre de 1987).

El Proyecto no se ocupa de fijar los límites indemnizatorios en los casos de muerte o lesiones de pasajeros y de pérdida, destrucción o avería de mercancías o equipajes facturados. Dispone que será "la reglamentación pertinente" la encargada de fijarlos.

Tenemos así, que la reglamentación es riesgosa por ser obra exclusiva del Poder Ejecutivo y no contar por eso con la intervención de legisladores entendidos en la materia, lo cual hace suponer que los límites indemnizatorios no sufrirán un incremento significativo que los acerque a la realidad.

Finalmente, al menos al enfrentarnos con la posibilidad de adquirir un billete de pasaje aéreo para suplir la deficiencia de nuestra legislación, podríamos optar por:

- Negociar o discutir ciertas cláusulas que limiten la responsabilidad del transportista (lo cual es alejarse de la realidad).
- Contratar paralelamente un buen seguro que cubra la mayor cantidad de riesgos o daños (lo cual es saludable, posible y recomendable).
- Abstenerse de contratar y por lo tanto de viajar (lo cual puede resultar perjudicial a cualquier usuario, pero al menos su vida, lo máspreciado, conserva todo el valor que tiene).
- Por último conseguir que las cláusulas o condiciones impresas en los billetes de transporte sean aprobadas por entidades administrativas, para evitar un régimen favorable para las compañías aéreas.

(*) El Convenio de 1929 ha sido modificado por el Protocolo de La Haya de 1955 y por el Protocolo de Guatemala de 1971. Ellos configuran lo que se conoce como "régimen varsoviano".

(**) El Franco Poincaré equivale a 65.5 miligramos de oro con una ley de 900 milésimas de fino.

La descentralización política en la regionalización

El asunto de que versa esta vez la sección de Actualidad es la regionalización. La elección de un tema como éste y de las personas invitadas para tartarlo no ha sido casual, debido a que quienes formamos parte del equipo de THEMIS somos conscientes de la necesidad de dedicar las páginas de nuestra revista al tratamiento de cuestiones particularmente significativas.

Así e independientemente de cómo se acabe regulando lo prescrito por la Constitución, sentimos que estamos contribuyendo al debate nacional despertado al respecto.

El propósito de este artículo es contribuir al deslinde conceptual de la descentralización política del país en relación con la regionalización y con otras categorías que el Derecho y la Administración crean para el manejo y la realización de las decisiones y de los servicios públicos, tales como la desconcentración o la deslocalización.

Asimismo, busca analizar la naturaleza jurídica de la descentralización, señalar sus principales características y presentar sus posibles tipos o formas.

Finalmente, pretende identificar las condiciones que la hagan posible en el ámbito del sistema de decisiones políticas, a la vez que garanticen su funcionalidad y viabilidad dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro.

Concluirá con unas breves reflexiones en torno a las contradicciones y amenazas subsistentes en los instrumentos de la regionalización ya aprobados en cuanto a la realización de una genuina descentralización política del país en el marco de la Constitución vigente.

Antecedentes

Con la aprobación de la Constitución de 1979 se abrió el proceso de regionalización del país¹. Este proceso comenzó con la elaboración del Plan Nacional de Regionalización que el Poder Ejecutivo sometió al Congreso. Continuó con su discusión, tras el rechazo

Luis Bustamante Belaunde

Jurista y Profesor Principal del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad del Pacífico

parlamentario inicial, con su modificación y su final aceptación por el Poder Legislativo². Prosiguió con la elaboración de varios proyectos de Ley de Bases de la Regionalización cuya discusión, iniciada en el Congreso del régimen anterior, concluyó con la aprobación de un primer texto en marzo de 1987³ y su revisión integral en febrero de 1988⁴. E inició lo que aparecería como su culminación con el alumbramiento legislativo de las dos primeras Regiones: Grau y del Amazonas.

El desenvolvimiento de ese proceso, y el debate público que originó, parecen haber apuntado fundamentalmente a discutir las demarcaciones territoriales y la ubicación de las sedes de las Regiones. Pero no se ha puesto suficientemente en relieve la piedra angular de su razón de ser: el servir como instrumento de la *descentralización política* que la Constitución concibió y diseñó.

En efecto, la regionalización es considerada por la Asamblea constituyente como el vehículo a través del cual se institucionalizará una nueva instancia para el ejercicio del poder político en un nivel descentralizado, adicionalmente a los Gobiernos Locales: los Gobiernos Regionales. De ahí, pues, que la regionalización no sea un fin en si misma sino un *medio* para otro verdadero fin que no es otro que la descentralización política del país en un nuevo nivel de gobierno,

1. La Constitución trata de la regionalización en sus artículos 259 a 268 situados en el Capítulo XII ("De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales") de su Título IV ("De la Estructura del Estado"). Asimismo, se refiere a la descentralización en sus artículos 79 y 121. Y dedica a aquellas las Disposiciones Transitorias 9ª y 10ª.

2. Ley 23878, de 20 junio de 1984, publicada el 21 junio 1984.

3. Ley 24600, de 19 marzo 1987, publicada el 20 marzo 1987.

4. Ley 24792, de 10 febrero 1988, publicada el 11 febrero 1988.

que se sitúa entre el central y el municipal⁵. Y de allí, también, que quizás el título de este artículo debiera ser más bien el inverso: la regionalización dentro de la descentralización política.

1. La descentralización política

a) Naturaleza jurídica

La descentralización es una figura revelada al calor de la aproximación epistemológica del Derecho y la Administración. Representa el acto en virtud del cual se transmiten ciertos derechos y obligaciones de una institución a otra dentro de las características que se examinan a continuación⁶.

La referida transmisión se opera en favor de una entidad con personalidad jurídica propia y diferente de la matriz que le da vida⁷. Es, al decir de Jiménez Nieto, un acto "partenogenético" dirigido a que unos embriones viables que alientan en el seno de una institución matriz tengan vida en un ámbito distinto que, para tal efecto, es desprendido de tal matriz y dado a luz⁸.

La descentralización puede ser de carácter político o económico, según sea la naturaleza de los "embriones", esto es, de los atributos, derechos y obligaciones, que se transmiten.

En el caso de la descentralización *política*, una institución de esa naturaleza, como puede ser el Gobierno Central, transmite atribuciones o competencias, que hasta entonces le eran propias, en favor de otras instituciones igualmente políticas situadas en un nivel diferente y que son creadas en virtud del acto descentralizador, como es el caso de los Gobiernos Regionales⁹.

5. Ver Bustamante Belaunde, Luis: "La Regionalización y la Constitución de 1979", en: "Lecturas sobre la Regionalización", Amat y León, Carlos & Bustamante Belaunde, Luis; Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 1981 (Tercera edición, 1987); pp. 263-314.

Ver también Gonzales Roberto, Ernesto & Durand López-Hurtado, Eduardo: "Descentralismo y Planificación: Balance y Propuesta"; Centro Peruano de Estudios para el Desarrollo Regional, Lima, s/f; pp. 83 y ss. Ver, asimismo, Johnson Rebaza del Pino, Jaime, García de Romaña, Alberto & Monge Pimentel, Fredy: "Estructura y Gestión del Estado Descentralizado"; Centro Peruano de Estudios para el Desarrollo Regional, Lima, s/f; sobre todo pp. 62 y ss.

6. En el desarrollo de estos conceptos seguiremos fundamentalmente el pensamiento de Jiménez Nieto, Juan Ignacio: "Teoría General de la Administración (La Ciencia Administrativa a la luz del Análisis Sistémico)"; Ed. Tecnos, Madrid, 1975; pp. 122 y ss.

7. Por extensión, se usa el término "descentralización" cuando se desprenden ciertas atribuciones o competencias de una institución a otra ya existente.

8. Ob. cit. Ver, también, Jiménez Nieto, Juan Ignacio: "Concepto y Método de la Administración Pública"; Ed. Tecnos, Madrid, 1978; pp. 89 y ss.

La descentralización es *económica* cuando la materia del desprendimiento se refiere a la producción de bienes o a la prestación de servicios pero no es propiamente gubernamental. Se da igualmente mediante la creación de una nueva entidad (por ejemplo, una empresa estatal que se constituye para desarrollar una actividad productiva que había venido gestándose en el interior de una institución gubernamental o de otra entidad empesarial del Estado)¹⁰. Por cierto, la descentralización económica se da por igual en el caso de las empresas privadas que pueden transmitir o recibir tales funciones productivas.

Pero en este artículo nos interesa tratar sobre la descentralización política. Esto es, cuando lo que constituye materia de la transferencia es un contenido de gobierno, o la expresión neta del poder político.

b) Deslindes conceptuales

En este sentido, debemos comenzar por diferenciar la *descentralización* frente a otros conceptos con los que suele vincularse, y que en la teoría —tanto del Derecho como de la Administración— reciben un tratamiento y una calificación diferentes.

El primero de tales conceptos es el de la *desconcentración*. Esta se refiere¹¹ a la atribución de competencias que se efectúa en el interior de un determinado órgano, desde sus niveles superiores hacia los inferiores, para lograr con mayor facilidad sus fines. Esta modalidad de delegación de facultades, es común a los ámbitos públicos y privados. En realidad, y a diferencia de la descentralización, se trata de una situación más bien continua en el tiempo. Y plantea un tipo de relaciones en el orden interno de una misma persona jurídica, las cuales no trascienden fuera de ella.

Decimos que es radicalmente diferente a la descentralización pues ésta supone un acto discontinuo en el tiempo, y determina un juego de relaciones externas e interinstitucionales entre dos personas jurídicas diferenciadas. En el caso de la desconcentración que examinamos, las relaciones son las verticales y jerárquicas propias de la ordenación estatutaria interna de cualquier organización, mientras que en la descentralización se dan las relaciones externas propias de la tutela, gobierno o policía en la acepción jusadministrativista de estos términos.

9. También por extensión, se dice que se opera una "descentralización" cuando la transmisión se efectúa en favor de instituciones preexistentes a tal transmisión, como son los Gobiernos Locales, en cuyo caso se trata de un desprendimiento de competencias o atributos. Es el caso, por ejemplo, del transporte urbano, cuyas respectivas competencias están siendo progresivamente transferidas desde el Gobierno Central en favor de las municipalidades.

10. Aquí también por extensión se usa el término "descentralización" para representar el desplazamiento de funciones productivas de una empresa a otra existente.

11. Ver nota 6.

La desconcentración se produce normalmente dentro de cualquier institución administrativa, pública o privada, incluyendo por cierto el Gobierno Central, aun en los regímenes que revisten un acentuado carácter centralista. Y se observa en dos órdenes, principalmente: cuando se trata de una desconcentración en el orden *funcional* y cuando se da en el orden *territorial*. Tratándose de una institución gubernamental, por ejemplo, el primero de éstos se refleja en la configuración de ministerios, sectores, ramos, direcciones o divisiones; y el segundo se materializa en la creación de oficinas regionales, zonales o departamentales de una determinada repartición pública.

En consecuencia, pues, la desconcentración tiene poco que ver con una auténtica descentralización.

De igual manera, la descentralización debe diferenciarse del mero desplazamiento en el espacio o territorio de determinadas sedes o centros de dirección o de producción. Cuando un organismo gubernamental o una empresa cambian de lugar en cuanto a la ubicación de sus sedes, y por más que lo hagan desde un centro capitalino a una ciudad del interior, no puede hablarse propiamente de una descentralización. Lo que hay es, simplemente, una deslocalización¹².

El significado jurídico-administrativo del término *descentralización* es, pues, unívoco, y no puede pretender manipularlo en forma arbitraria, caprichosa o interesada. Y, tratándose de la descentralización política, su significación es, también, poco ambigua. Implica la generación de nuevas instancias, como en su momento fue el reconocimiento de los Municipios y como ahora se trata de la creación de los Gobiernos Regionales, a las que se atribuyen competencias específicas con carácter propio.

c) Las objeciones

Detrás de la discusión de la naturaleza y alcances de la descentralización política suelen encontrarse presentes dos tipos de inquietudes: ¿en qué medida ella es admisible dentro de un ordenamiento jurídico sin mellar su unidad interna?; y ¿cómo compatibilizarla con la necesidad de que este ordenamiento jurídico no se convierta en un maremagno inmanejable y caótico?

(1) El "peligro" de la unidad del orden jurídico

Comencemos por recordar que es la propia Consti-

tución vigente la que, al consagrar la definición política de nuestro Estado, determina que "su gobierno es unitario, representativo y descentralizado" (Art. 79). De manera, pues, que la asociación de los términos aparentemente antagónicos del carácter unitario y descentralizado del gobierno aparece establecida allí mismo en forma categórica e indisoluble.

Pero es que, además y en rigor, la descentralización política no supone amenaza alguna a la naturaleza unitaria de un sistema jurídico. El propio Kelsen, insospechable como elemento perturbador de la tersura conceptual en el orden jurídico, dice que "la afirmación de que el Estado se encuentra descentralizado (...) significa que el orden jurídico nacional no contiene solamente normas centrales, sino también locales"¹³. Y también nos explica que "...la descentralización por gobiernos locales democráticamente organizados significa la eliminación de la influencia de los órganos centrales autocráticos; la lucha por la autonomía local fue originariamente una lucha por la democracia en el seno de un Estado autocrático. (...) Cuando el Estado tiene una organización esencialmente democrática, el otorgamiento de la autonomía local a un cuerpo territorialmente definido solamente implica una descentralización (...) "¹⁴. El aparente antagonismo entre los ordenamientos jurídicos que pudieran originarse en más de un nivel de gobierno, esto es, en el nivel central y en los descentralizados, de veras no existe, sobre todo en un sistema democrático. "(...) no hay antagonismo —sigue diciéndonos Kelsen— entre la administración estatal y la local autónoma (...). Si (ésta) tiene un carácter democrático y (aquella) un carácter autocrático, entonces puede surgir la apariencia de un antagonismo. Pero si el Estado se encuentra, en su totalidad, democráticamente organizado, no hay ninguna razón para oponer la administración estatal a la local autónoma"¹⁵.

(2) El "peligro" del desorden jurídico

El segundo tipo de reparos tiene que ver con la funcionalidad del orden jurídico y con la necesidad de que la misma no se vea amenazada por la coexistencia de diversas institucionalidades que, contando simultáneamente con facultades normativas, pueden ejercerlas en sentido duplicativo o contradictorio y, así, originar situaciones difíciles de manejar.

Pero este tipo de preocupaciones, en verdad, tampoco encuentran sustento si se entiende adecuadamente el significado de una descentralización. La descentralización, en efecto, implica pluralidad de instancias productoras de normas con rangos jerárquicos equi-

12. Ver Boisier, Sergio: "Industrialización, Urbanización y Polarización: Hacia un enfoque unificado". En: *Desarrollo Urbano y Regional en América Latina*, Unikel, Luis & Necochea, Andrés (Seleccs.); Fondo de Cultura Económica, México, 1975; pp. 237 y ss.
Ver, asimismo, "Ensayos sobre Descentralización y Desarrollo Regional"; Cuadernos del ILPES N° 32; Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, CEPAL-ILPES, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1979, pp. 80 y ss.

13. Ver Kelsen, Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado"; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, p.361.

14. Ob. cit., p. 375.

15. *Ibidem*.

valentes. Pero también supone que ellas *no* se refieren a las mismas materias. La clave de la descentralización radica, ciertamente, en que se proceda a una adecuada precisión de las materias que constituyen las competencias específicas para cada uno de los niveles con capacidad normativa. Así como, en nuestra larga tradición municipal, no han sido demasiados los casos en que se han producido conflictos entre los niveles centrales y locales de gobierno en razón de la precisión de las materias de sus respectivas competencias, así tampoco tienen por qué producirse mucho más en el futuro en el desenvolvimiento de las funciones del nuevo nivel regional del gobierno.

Para ello, hace falta que las competencias —que la Constitución se limitó a enunciar en forma genérica— sean precisadas para cada uno de los gobiernos que se asentarán en las Regiones ya creadas y en las que habrán de crearse en el futuro próximo. Parte de esta labor ha sido cumplida, y puede decirse que —en más de un tema y en más de un sentido— con exceso, a través de la Ley de Bases de la Regionalización en su actual versión recientemente revisada¹⁶. Y otra parte ha de ser cumplida tanto mediante las leyes orgánicas de creación de las diferentes regiones, cuanto a través de otras leyes sucesivas y demás instrumentos normativos a través de las cuales se puede operar una progresiva transferencia de competencias legislativas y administrativas desde el nivel central en favor de cada uno de los gobiernos regionales.

d) Las condiciones

Ahora bien, valdría la pena precisar claramente las condiciones que está determinación de competencias y su subsecuente transferencia —que constituye el factor medular y el elemento cardinal de toda descentralización política— debe reunir para cumplir cabalmente la naturaleza de esta última.

a. En primer término, debe tratarse de una *auténtica transferencia* (y no de un mero reconocimiento retórico) de tales competencias. Para ello, debe aparejarse a la correspondiente transferencia de recursos humanos, materiales y financieros para que tenga validez y efectividad.

b. En segundo término, que tal transferencia debe referirse a *materias sustantivamente políticas* —acordes con la naturaleza de las instituciones legislativas y gubernamental que se instaurarán en el nivel regional— y no meramente administrativa. Nadie ignora que lo administrativo es un elemento inherente a la política, en muchos sentidos necesario e indelible. Pero representa tan solo la fisiología de un sistema de decisiones: si el contenido netamente político —en términos de decisiones de poder— de las competencias desprendidas no se encuentra claramente precisado, no

se trataría propiamente de una transferencia sustantiva de poderes sino de una adjetiva de funciones o de servicios.

c. En tercer lugar, que el establecimiento de las competencias que serían materia de la transferencia, y la efectividad de esta misma, deben acompañarse del diseño de un adecuado *sistema de relaciones* entre las instancias productoras de normas de los diferentes niveles del gobierno, así como de los gobiernos regionales entre sí.

d. Y, finalmente, que este sistema de relaciones, para considerarse completo, debe ser acompañado por *mecanismos de solución de los conflictos* que eventualmente pudieran suscitarse en razón del ejercicio del poder en los niveles diferenciados en los que se reconoce la existencia de órganos gubernamentales tanto legislativos como ejecutivos o administrativos. No está demás señalar que estos mecanismos no deben crear instancias ni procedimientos paralelos o distintos a los que la Constitución establece para la resolución de situaciones análogas o comparables en los demás campos del Estado.

2. La descentralización política y el estado actual del proceso de regionalización: las contradicciones y amenazas

El conjunto de instrumentos aprobados desde la vigencia de la Constitución de 1979 hasta hoy pone en evidencia una compleja serie de contradicciones y de lo que, en nuestra opinión, constituyen verdaderas amenazas al logro y desenvolvimiento de una genuina descentralización política. Algunas de ellas, por cierto, tienen su origen en la propia Constitución, y muestran que en el proceso de elaboración de la misma no se guardaron las necesarias claridades y consistencias conceptuales. Pero otras tienen su origen en los instrumentos legales aprobados con posterioridad y supondrían algo más: que ellos contienen algunos elementos extraconstitucionales cuando no francamente anticonstitucionales. Haremos una breve referencia tan sólo a algunas de ellas; a las que, en nuestro juicio, son probablemente las principales¹⁷.

a. Primeramente, que una lectura atenta y una interpretación inteligente de la Constitución no llevan a pensar necesariamente que el modelo de regionalización que ella concibió como medio para conseguir el fin último de la descentralización política descansaba en considerar que todas las Regiones a crearse tuvieran idéntica capacidad, o sea, idénticas competencias a su cargo. En otras palabras, que nada lleva a imaginar forzosamente una regionalización *uniformizante*, que puede conducir más a una chatura del propósito descentralizador que a potenciarlo.

16. El tema es tratado por Bustamante Belaunde, Luis: "Descentralización y Regionalización: Proceso Abierto"; Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1988 (en prensa).

17. Estos aspectos son analizados más ampliamente en Bustamante Belaunde, Luis: "El Gobierno Regional"; Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1988 (en prensa).

b. En segundo lugar, y un tanto en abono de lo anteriormente dicho, que la Ley de Bases de la Regionalización, en su versión final, ha efectuado un listado de 135 competencias en favor de los órganos de gobierno regional. Lo cual podría aparecer como mucho e importante. Pero, lamentablemente, aquí la cantidad tampoco es sinónimo de calidad. La inmensa mayoría de las mismas son de orden netamente *administrativo* y no son de carácter político. Es más, puede mejor decirse que las que parecen contar con este último pueden serlo por descuido o equivocación en los términos empleados. Y ello debe entenderse en relación con el aspecto que se toca a continuación.

c. En tercer lugar, que, para la calificación del desplazamiento de competencias desde el nivel central al regional se ha empleado el término "delegación" que, si bien en su acepción lingüística puede no ofrecer mayores inconveniencias, su connotación administrativa conduce a otro tipo de interpretaciones. En efecto, en el uso administrativo del término, significa más bien prestar potestades por parte de un nivel superior a favor de otro inferior, más siempre en el entendido de que se está dentro de un mismo órgano y con reserva de jurisdicción final; es decir, sin que el nivel superior pierda el derecho de pronunciar la última palabra. Con ello, la delegación de facultades se inscribe más bien dentro del campo ya visto de la *desconcertación administrativa* que en el de la descentralización política. Y ello, ciertamente, no juega en favor de la consistencia del sistema final de descentralización política del país.

d. En cuarto lugar, que, al precisarse las relaciones de los órganos conformantes de la institucionalidad gubernamental en el nivel regional, se ha establecido para éstos, y en forma muy terminante, una *dependencia de los sistemas de la administración pública*. Estos, teniendo una cobertura nacional (como los de Planificación y de Control) o principalmente gubernamental (como el de Presupuesto), penden de una cabeza radicada en la médula del nivel central del gobierno (Instituto Nacional de Planificación y Contraloría General, o Ministerio de Economía y Finanzas. A este respecto, tanto la doctrina¹⁸ cuanto la experiencia de otros países reiteran, en la teoría y en los hechos, empeñosamente emprendidos, por causa de este tipo de mecanismos administrativos.

e. En quinto término, la atribución reconocida en favor del Poder Ejecutivo en cuanto al *veto* (y no sólo en cuanto a la observación) de las disposiciones legislativas emanadas de las asambleas regionales. Este derecho de veto —si bien fue incluido sin ningún detalle por la Constitución, y la Ley de Bases de la Regionalización ha intentado reglamentar restrictivamente su uso— es claramente asistemático dentro de

la Constitución, pues prescinde de los mecanismos y sistemas que ella misma establece para la regulación de situaciones comparables como, llegado el caso, podría ser el Tribunal de Garantías Constitucionales.

f. Finalmente, habríamos de citar el aberrante caso del *estado de intervención* que la Ley de Bases de la Regionalización ha insertado. Este, supone que una decisión adoptada en el nivel central del gobierno (a pesar de que se requiera el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y el de la mayoría del número legal de miembros de ambas Cámaras del Congreso) puede no sólo desconocer decisiones adoptadas formalmente por los órganos de gobierno regional sino incluso anular el mandato recibido en elecciones regionales por parte de los miembros de la Asamblea Regional y forzar su renovación. Esta figura, absolutamente insólita en un ordenamiento democrático, comparte con el veto la condición de instrumentos que prescinden del uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la resolución de los conflictos entre los distintos órganos y niveles de gobierno dentro del sistema democrático y que, por ello, son asistemáticos y disfuncionales.

3. Reflexiones a modo de conclusión

Podríamos concluir reflexionando, a modo de conclusión, en los siguientes aspectos:

a. La decisión de descentralizar políticamente el gobierno nacional, siendo una aspiración largamente sentida por los pueblos del interior del país, fue recién recogida en plenitud por la Constitución de 1979.

b. Para ello, la Constitución concibió el instrumento de la regionalización, el cual es un medio de la descentralización y no a la inversa.

c. En el ordenamiento de la institucionalidad regional, el elemento fundamental radica en el modo de diseñar y hacer efectiva una real transferencia de competencias políticas provenientes del nivel central del gobierno en favor de los órganos de gobierno regional.

d. En el diseño de tal regionalización y en la regulación de los procedimientos a través de los que se haría efectiva la transferencia y el ejercicio de las competencias, se han producido ciertas incongruencias y contradicciones que deben entenderse como riesgos o amenazas pendientes para el logro cabal de la descentralización política propuesta por la Constitución.

e. Sólo logrando remover oportuna y cabalmente estas contradicciones y amenazas podemos considerar que el rumbo emprendido para el logro de la descentralización política del país es el correcto y apropiado.

18. Ver, al respecto, Hauriou, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Ed. Ariel, Barcelona, 1971, p. 677.

La delimitación de las regiones

Edgardo Mercado Jarrín

Ex-Presidente del Consejo de Ministros. Ex-Ministro de Guerra y de Relaciones Exteriores. Presidente del Instituto Peruano de Estudios Geopolíticos y Estratégicos (IPEGE).

En el caso de la regionalización, hay que evitar una solución atropellada que por improvisada finalmente resulte forzada y conflictiva. Dentro del proceso de regionalización, la delimitación de las regiones —sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente—, si no cuenta con el apoyo popular que las reconozca como deseables y auténticas, consecuencia de las aspiraciones continuas, tradicionales y reales, podría resultar a la larga contraproducente y hasta peligrosa. El delicado asunto de la regionalización reclama cautela y debe ser considerado como un Objetivo Nacional, es decir, un asunto de la más alta consideración, tanto para el desarrollo como para la seguridad del país, y hacia el cual debe estar dirigida la política, y aplicados los esfuerzos y recursos de la nación.

El propósito esencial de la regionalización no es únicamente la descentralización, sino algo superior: el desarrollo integral y equilibrado del país. El art. 259 de la Constitución, al señalar que la descentralización se efectúa de acuerdo con el Plan Nacional de Regionalización, podría dar lugar a interpretar que aquélla es la finalidad primordial de ésta. El art. 80, señala como deber del Estado "promover el bienestar general basado en la justicia y desarrollo integral y equilibrado del país"; entre los medios disponibles, la regionalización resulta el mejor instrumento para alcanzar el objetivo nacional de la integración equilibrada, pues mediante ella el Perú podría llegar a conformar un área contigua integrada histórica, económica, administrativa y culturalmente. Hay que ir gradualmente a la reducción de las desigualdades entre la costa, la sierra y la selva, como una meta de alta prioridad. En ese sentido, una inteligente política tributaria debe consistir en destinar a las regiones menos desarrolladas de la sierra y selva, mayores recursos del impuesto a la renta y, mediante incentivos fiscales, promover —por la iniciativa privada— proyectos industriales y agropecuarios seleccionados para la selva, para contrarrestar —en parte— las ventajas que ofrece la alta rentabilidad en la costa. El desarrollo integral y equilibrado del país, nos obliga a pensar en que los espacios regionales respondan al criterio de equitendencia, basado en el

principio que las partes constitutivas del todo deben ser más o menos equivalentes.

La delimitación territorial conlleva la creación de regiones para el desarrollo. La disposición del art. 259, que las regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente, habrá que interpretarla tanto como punto de partida para su creación y/o como meta por alcanzar. El Perú, está constituido por grandes espacios vacíos que no están integrados, de manera que si se toma el mandato constitucional como punto de partida para determinar las comprensiones territoriales se estaría, con un criterio tradicionalista, consolidando lo existente y se frustraría la promoción y creación de nuevas regiones. Así, por ejemplo, los departamentos de Cuzco y Apurímac; Ica y Huancavelica; Pasco y Junín; Lambayeque y Cajamarca; Tacna y Moquegua; forman áreas contiguas que deben constituirse en regiones y cuya meta será integrarlas económica, administrativa y culturalmente, porque actualmente no lo están. Se regionaliza el país, para desarrollar, por tanto hay que crear regiones para el desarrollo, es decir, espacios que coadyuven al desarrollo orgánico, armónico y equilibrado de todo el país, mediante una ocupación racional del territorio y el óptimo aprovechamiento de los recursos en las zonas atrasadas. Para alcanzar un desarrollo equilibrado, es de la mayor importancia para el país, definir los espacios regionales en que el Estado debe vigorizar su presencia, crear una política planificadora en ellas e inducir la localización de las inversiones. Así, por ejemplo, el espacio prioritario por integrar en el país es el corazón terrestre del Perú.

La estrategia es una metodología, un método del raciocinio que permite analizar una situación, una problemática. Si la estrategia sirve a una política territorial —la regionalización en buena cuenta es una política territorial—, mediante el análisis, la clasificación y jerarquización de la influencia de los factores geopolíticos estables y variables del espacio en el que se va a concebir y aplicar dicha política, entonces la podemos denominar GEOESTRATEGIA.

El análisis de la influencia de los factores geopolíticos, nos permite arribar a una geoestrategia de la regionalización —en cuanto a su delimitación— que responda a los grandes lineamientos siguientes:

1. La delimitación de las regiones debe favorecer la formulación de una estrategia global de desarrollo hacia adentro, de manera que lo espontáneo se ajuste a una mejor ocupación territorial. El país tiene prioritariamente, desde el punto de vista geopolítico, un problema fundamental: la necesidad de la redistribución de los recursos humanos y económicos hacia el interior. El 80% de la economía nacional y el 50% de la población —según el último censo— están en la costa. La planificación regional podría entrar en colisión con la planificación global basada en el sector externo.

2. Habría mayores posibilidades de lograr el desarrollo del país, según la opción del Perú Central (sierra central y selva central), de donde la promoción de esta zona territorial debería tener prioridad substancial dentro de los próximos veinte años, lo que implicaría inicialmente habilitar la ruta Lima-San Ramón-Atalaya y su área próxima de influencia, de modo de constituirse —mediante un corredor de polos— en un efectivo eje transversal de integración. En otros términos, es necesario generar un positivo proceso dialéctico centro-periferia, por lo que debería marcarse el esfuerzo del desarrollo en los próximos años en el transpaís de la costa central —hasta la frontera con el Brasil— constituyendo el potencial Núcleo de Cohesión Nacional del Perú en el centro geográfico del país, lo que supone prioritariamente la constitución de una región central mediante la fusión de los departamentos de Pasco y Junín.

Esta situación se torna aún más imperiosa si se tiene en cuenta el proceso subversivo. Estadísticamente, después de Lima el mayor número de actos de terrorismo ocurren en el Departamento de Junín (Huancayo). Sendero Luminoso busca destruir la línea principal de abastecimiento de la capital, constituida por la vía férrea Lima-La Oroya. Todas las indicaciones, hacen suponer que el Cuartel General de SL está en Huancayo; de manera que, dentro de una estrategia coherente antisubversiva —que no la hay—, el proceso de regionalización puesto en marcha por el gobierno debió comenzar con la constitución de la región del Centro, con la fusión de los departamentos de Pasco y Junín.

3. Orientarse a la articulación geoeconómica transversal para obtener la ligazón económica, política y cultural del Perú, debido a la acción separatriz y disgregadora de la Cordillera; el curso paralelo de las grandes cuencas del Huallaga-Ucayali, Mantaro, Apurímac, Urubamba, que contribuyen a crear condiciones independientes y pluralidad política; y a la necesidad de disponer de sendos frentes en el litoral Pacífico y Atlántico (el Perú es un país bioceánico); sin embargo, ella no deberá fraccionar en el Nor Oriente al Bajo Ucayali ni al Amazonas, para preservar su fuerza uni-

ficadora.

Esta articulación transversal, supone corregir la mayor vulnerabilidad geopolítica: el vaciamiento del Ande. El Perú es un Estado incabalgado, y debe volver al Ande. Hay un repliegue económico y político hacia la costa y, consecuentemente, el abandono del marco geográfico reclamado por nuestra verdadera misión histórica, el Ande, por el supuesto erróneo de constituir un país costero. La Cordillera plantea el principio disociativo costa, sierra y selva que hay que contrarrestar. El vacío económico y político generado a lo largo de los Andes, el vacío de poder, pretende ser ocupado por SL y un proceso de regionalización debe llevar progresivamente el centro de gravedad del Perú sobre los Andes Centrales, como parte de una efectiva estrategia contrasubversiva.

4. Polarizar la periferie —fortaleciéndola y cohesionándola— e impulsando con mayor vigor el desarrollo de las áreas fronterizas, debido a la ubicación excéntrica de Lima, su distancia y la acción de contención que ejerce la Cordillera al frenar la fuerza vitalizadora del núcleo limeño sobre aquella y las nuevas presiones provenientes de los países vecinos debido a un mayor desarrollo económico y demográfico de dichos países en las áreas fronterizas.

En el caso del Ecuador, la forma compacta de la frontera Sur Oriental Ecuatoriana; la situación central y equidistante de sus polos de desarrollo de Loja y Cuenca y su ubicación sobre la cordillera; la menor distancia hacia la frontera que los similares peruanos y el mayor coeficiente geovial de la zona en relación a la peruana —a base de seis carreteras transversales que van desde la costa hasta la frontera amazónica—; el efectivo proceso de colonización a lo largo del valle del Zamora y en general en las proximidades de la cordillera del Cóndor, tramo de la frontera sin demarcar; marcan una tendencia geopolítica al desarrollo y una fuerza cohesiva, centrífuga, más uniforme y de expansión equilibrada que se traduce en un mayor dinamismo político, económico y cultural del sector comprendido entre Guayaquil-Cuenca-Machala-Cordillera El Cóndor. En consecuencia, debió crearse una región transversal desde Tumbes hasta el Río Santiago, incluyendo el Medio Marañón, para generar un centripetismo económico y demográfico de contención en la frontera Nor Oriente.

En el caso del Brasil, "la zona de crecimiento brasileño frente a Pucallpa", es decir, el área fronteriza que por razón de su forma convexa se inflexiona hacia el interior del territorio peruano y en donde se ubica Cruzeiro Do Sul —geométricamente central como un núcleo con poder de influencia— tiende a ensancharse, debido a que su dinamismo es superior al del medio peruano: la tendencia histórica a remontar los ríos de Yurúa y Purús hasta sus fuentes; el surgimiento de un nuevo eje de poblamiento Brasilia-Cuiaba-Río Branco-El Acre, en la frontera de Madre de Dios; el acelerado desarrollo de Río Branco; generan mecanismos de expansión sobre la periferie amazónica peruana, cuyo

equilibrio requiere la constitución de una región para el desarrollo a base del departamento de Ucayali, sobre el eje de integración geopolítica prioritaria LIMA-LA MERCED-ATALAYA-ESPERANZA e impulsar el desarrollo de Madre de Dios.

Finalmente, en el caso de Chile, la política destinada a alentar el comercio como base del desarrollo de Arica a partir de un Puerto Libre y la Zona Franca de Iquique, le ha permitido lograr —mediante un desarrollo inducido— la constitución de un núcleo constituido por Arica e Iquique, de mayor dinamismo que Tacna y Moquegua. El acelerado desarrollo impreso recientemente a la región cordillerana de Putre, ubicada en la vecindad altiplánica entre los límites departamentales de Tacna y Puno —zona peruana de escaso desarrollo— aconseja la constitución de un núcleo de desarrollo a base de Tacna y Moquegua; y, para evitar la vulnerabilidad que crean las divisiones administrativas y que se acentuaría al constituirse dos regiones en la zona Sur Este sin unidad de planificación, es preferible, por tanto, la creación de una región a base de los departamentos de Tacna, Moquegua y Puno.

La experiencia histórica comprueba que el poder creador reside en la capacidad para hacer frente a los estímulos internos y externos que corresponden al juego de los factores geográficos y humanos. A continuación haremos un análisis geopolítico de los estímulos emanados del medio ambiente geográfico y su influencia en la regionalización. En cuanto a los influjos provenientes de los países vecinos, ya los hemos sintetizado al precisar la necesidad de polarizar la periferie.

El Perú está ubicado al centro del área geopolítica andina suramericana y, al mismo tiempo, con el Brasil ocupa la mejor posición de la cuenca amazónica. Encabalgado sobre los Andes y soberano de las nacientes del más caudaloso de los ríos, su ubicación central es favorable para impulsar los procesos de integración que surgen para la acción como valiosos instrumentos en la conducción de la política internacional, dentro de una estrategia de persuasión, para hacer frente a las presiones a que estamos sometidos como consecuencias de los objetivos antagónicos de algunos de los países vecinos. El antagonismo con muchos de los Estados limítrofes, es el problema geopolítico preponderante, persistente y característico del Perú republicano y para contrarrestarlo es necesario aprovechar su ubicación favorable al proceso de integración latinoamericano y fortalecer el potencial político de la nación. En consecuencia, al regionalizar al país, no debe perderse de vista que ésta deberá realizarse de manera que coadyuve a mejorar el rol integrador del país que su ubicación geopolítica favorece, es decir, favorecer la cohesión nacional, eliminando en lo posible los actuales desequilibrios socio-económicos, estableciendo regiones debidamente balanceadas en lo económico y en lo demográfico.

La geopolítica estudia la influencia de la forma del territorio, el espacio físico del país, en relación con sus habitantes. La forma alargada del territorio y

de contornos recortados e irregulares, se traduce en un extenso perímetro fronterizo y una mayor distancia entre los puntos extremos, que agrava los problemas de fronteras, no facilita el centripetismo político administrativo, el intercambio comercial y aumenta los índices de diferenciación entre las poblaciones de Zorumbilla, Caballococha, Puno y Tacna. En síntesis, la forma del Perú no favorece la integración nacional. La regionalización debe tratar de contrarrestar estas influencias negativas, impulsando la cohesión nacional con mayor vigor en las áreas fronterizas, si se tiene presente la ubicación excéntrica de Lima y la acción separatriz de la cordillera, que anulan la función vitalizadora que todo núcleo geopolítico principal debe ejercer sobre la periferia.

No pretendemos deducir una directriz política únicamente de la "forma del territorio", pues esta determinante está contrabalanceada o acentuada por otras influencias. En el presente caso, además de la ubicación de los núcleos, es necesario analizar los estímulos geopolíticos que emanan de las áreas fronterizas de los países vecinos.

La ubicación del territorio con relación al mar adyacente es un factor positivo de intercambio y comercio, proporciona mayor libertad de movimiento, fortalece la soberanía. La mediterraneidad, por el contrario, tiende a aislar al Estado, acentúa la dependencia con los vecinos y debilita la soberanía. Por consiguiente, la regionalización deberá preferentemente establecerse de manera que todas las regiones accedan a un frente al litoral. Como el Perú es un país de dos litorales: el del Pacífico y el del Atlántico debido al Amazonas y sus formadores —el Marañón y el Ucayali—, no deben establecerse regiones mediterráneas sin acceso a una de las dos cuencas, a fin de evitar que vivan asfixiadas por falta de pulmones litorales. La posición del territorio en relación con el mar adyacente, permite clasificar al país como un Estado de tipo mixto: Continental Marítimo, con predominio de la continentalidad. En efecto, su coeficiente de continentalidad (Ca) es de 3.3.

$$C.c = \frac{\text{frontera terrestre } 10.153 \text{ Km}}{\text{frontera marítima } 3.079} = 3.3$$

Este coeficiente es indicador de soluciones políticas en relación a la regionalización. Actualmente, en el país existe la distorsión del acentuado desarrollo costero. La costa forma el 80% de la economía nacional y, de acuerdo al censo de 1981, ella constituye el 50% de la población de la República. Para contrarrestar este desequilibrio, la regionalización debe favorecer un modelo de desarrollo hacia el interior. No debemos seguir viviendo indiferentes a nuestro destino de país continental, cuyo mandato nos viene de la historia. Su corrección requiere desarrollar el potencial "núcleo de cohesión", el corazón del Perú, jalonado por el eje geopolítico de integración —situado sobre la línea media de la sierra central y la selva central, la ruta Lima-La Merced-Atalaya-Puerto Esperanza—, cuya

habilitación debe ser tenida en cuenta como base de toda estrategia de regionalización. Para integrar el territorio nacional es preciso empezar por estructurar su "núcleo de cohesión".

La cordillera da lugar a un Estado encablagado, porque el país está ubicado a uno y otro lado de los Andes; genera el cantonalismo geopolítico, debido al parcelamiento del relieve que se acentúa, ya que la cordillera no presenta verdaderas gargantas geopolíticas, como, por ejemplo, los pasos de los Pirineos, elementos de enlace geohistórico; en su lugar, presenta algunas abras, como la de Porculla —al Norte— y la del Padre Abad —al Centro— que concentran el tráfico terrestre. La situación montañosa determina que los habitantes de la sierra tiendan al microestratismo, en tanto que los de la costa y del llano amazónico tiendan al macroestratismo. Se dice que aquellos son rudos, apegados a sus costumbres tradicionalistas, dispuestos a mantener su independencia; por el contrario, los pobladores del llano costeño y selvático son amables y dispuestos a aceptar las innovaciones culturales. La sierra, debido al contraste morfológico, es fuente permanente de considerables energías geohistóricas que se manifiestan en momentos oportunos, como se demostró en la larga campaña de la Breña sostenida por Cáceres en la guerra con Chile. Por ello, es necesario contrarrestar la actividad disgregadora de la cordillera, que dificulta la circulación, el contacto y el intercambio de todo tipo entre las agrupaciones humanas, intensificando el tráfico en los pasos y abras montañosas para incrementar la afinidad cultural y política entre la costa, sierra y selva.

Para disminuir la pluralidad, la dispersión política, la disgregación que provoca la cordillera y lograr la aglutinación política, una mayor homogeneidad sociocultural y fortalecer la identidad nacional, la regionalización debe hacerse preferentemente a base de áreas contiguas transversales que incluyan costa, sierra y selva; salvo en la región de la selva del Nor Oriente, donde los Andes dejan de hacer prevalecer su influencia para dar paso al estímulo geopolítico de los ríos Amazonas, Marañón y Ucayali, que, contrariamente, son elementos de cohesión social. Además, la regionalización debe estimular la penetración técnica desde la costa hacia la sierra y selva; incrementando en éstas el desarrollo de las comunicaciones y de la industria.

La cordillera de los Andes es un elemento separador, disociador, que afecta negativamente la unidad nacional, la cohesión social, y el desarrollo socio-económico equilibrado, creando una tendencia a la parcelación del espacio en unidades geo-económicas independientes. Para contrarrestar esta fuerza disociadora, es necesario crear y desarrollar ejes geopolíticos transversales de penetración hacia el interior con una adecuada infraestructura de comunicaciones, a fin de que las corrientes políticas, culturales y económicas lleguen a los lugares más apartados del interior del país, de manera que dichos ejes se integren en todos los campos, acelerando así el proceso de integración nacional. Tales ejes podrían ser: Chiclayo, Tarapoto;

Trujillo, Juanjui; Casma, Tingo María, Pucallpa; Lima, Jauja, Satipo, Atalaya, Esperanza; Pisco, Abancay, Cuzco, Puerto Maldonado; Arequipa, Puno, Puerto Maldonado; Tacna, Moquegua, Puno, Puerto Maldonado.

Teniendo en cuenta el influjo geopolítico disociador de la cordillera y la necesidad de fomentar la cohesión social, resulta más ventajosa una regionalización transversal sobre estos ejes: la que tendría que evitar un excesivo número de regiones, porque podría atentar contra la unidad e integración nacional. En otras palabras, no es conveniente la constitución de regiones de dimensiones muy reducidas, a fin de no acentuar la tendencia al microestratismo.

En oposición de la cordillera, los ríos facilitan la penetración, los avances, los intercambios. A lo largo de los grandes ríos han surgido distintos núcleos en el territorio, como Iquitos, Pucallpa y Yurimaguas. La función geohistórica del valle es unir, mientras que la de la montaña es separar. Este estímulo geopolítico nos llevaría al análisis de una alternativa de regionalización a base de los grandes valles interandinos, como el Urubamba, Marañón, Huallaga, Ucayali, etc., pero la descartamos por el hecho que estos valles interandinos se abren entre las cordilleras en forma paralela a ellas, acentuando por su orientación la disgregación política, económica y cultural que provoca la cordillera entre la costa, sierra y selva.

La forma de las redes fluviales del país, ejerce influencias diferentes en el aspecto económico, político y cultural. Así, en el Norte, los ríos Marañón, Huallaga y Ucayali corren en forma paralela de Sur a Norte, equidistantes unos de otros, contribuyendo a crear condiciones independientes y pluralidad política en sus áreas de influencia, influjo geopolítico que hay que contrarrestar. Una regionalización transversal disminuirá la disgregación política que provocan estos cursos fluviales paralelos. De allí, la conveniencia de fusionar el departamento de Lambayeque con los de Cajamarca y Amazonas; y el departamento de La Libertad con el de San Martín. Sin embargo, es una comprobación histórica que todo núcleo geohistórico tiende a ocupar la cuenca fluvial, dotándola de una misma cultura y una misma conducción política. El río Nilo ha sido y continúa siendo el elemento unificador de Egipto; debido a él pudo unificarse el núcleo de Delta en su desembocadura con el núcleo de Tebas a centenares de kilómetros al Sur. La función geohistórica de un río es unir, de manera que no es conveniente fraccionar el dilatado valle del Bajo Ucayali del Amazonas por su papel unificador en la Cuenca. En consecuencia, la regionalización horizontal en el Nor Oriente no debe incluir la cuenca del bajo Ucayali ni la del Amazonas, para preservar su fuerza cohesiva y su función de vías de penetración atlántica. Sin embargo, en la Amazonía, se hace presente otro factor geopolítico de mayor gravitación, contrarrestar las crecientes presiones demográficas y económicas del Brasil y establecer un nuevo tipo de relacionamiento más favorable, lo que nos lleva a postular dos regiones: la de Loreto y la de Ucayali.

En el centro del país, el Nudo de Pasco, irradia en un "abanico de dispersión" los principales cursos de agua formadores del Amazonas, los que constituyen una red centrífuga y crean en la selva central un núcleo de fuerte centralización estatal y las posibilidades de mezclar los intereses complementarios de las cuencas radiales del Pichis-Pachitea y Perené-Tambo y de unificarlas en un solo conjunto con el Alto Ucayali, mediante la constitución de un corredor de polos entre Concepción y Atalaya. Esta zona es el corazón terrestre del Perú, el hinterland, la mayor extensión terrestre del "núcleo de cohesión" y la región clave por desarrollar en cualesquiera alternativa de regionalización. La habilitación de trapecio Mantaro-Pachitea-Ucayali-Tambo es la llave que abre las puertas a una regionalización con sustento geopolítico; por lo tanto, la fusión de los departamentos de Pasco y Junín en una región se impone.

La Cuenca del Lago Titicaca constituye una red concéntrica que da origen a una unidad política con características semejantes en el Altiplano. Este estímulo geopolítico favorecería una regionalización en la que el departamento de Puno podría constituir una sola región; sin embargo, es necesario analizar otros factores, como la identificación socio-económica con el departamento de Tacna, la fuerza cohesiva que Chile está desarrollando en la zona fronteriza cordillerana de Putre, las mutuas influencias que se ejercen entre Bolivia y los departamentos del sur del país y la necesidad de contar con una adecuada masa crítica en el sur, que equilibre las presiones chileno-bolivianas, lo que aconseja constituir una sola región con los departamentos de Moquegua, Tacna y Puno.

Con el proceso de regionalización, las futuras regiones deben poner en marcha una geoestrategia de ocupación territorial a largo plazo, que a continuación esbozamos.

El país requiere medidas de desconcentración y redistribución espacial de los recursos humanos y económicos, orientados prioritariamente hacia una zona nuclear desde la cual sea posible integrar, en forma estable, a territorio y pobladores. Este es el tema que estamos discutiendo para el Perú. ¿Dónde está situada geográficamente esta zona nuclear? ¿Debe estructurarse en ella un núcleo de cohesión? ¿Qué área del territorio permite con mayores ventajas prolongar las acciones centrífugas y centrípetas de Lima Metropolitana, hacia y desde la periferia hoy interceptadas por la Cordillera? ¿Cuál es el área de habilitar, complementaria de Lima, para lograr la gradual aparición del núcleo de cohesión? Quizá no falten quienes consideren que el nucleamiento del Perú debe realizarse en todo el territorio. Si se habla de nucleamiento para reducir los grandes desequilibrios estructurales entre el territorio y la localización de la población, corregir la vulnerabilidad de Lima Metropolitana y hacer frente con mejores posibilidades a las crecientes presiones en la frontera Amazónica, esta obra habrá de realizarse en el transpaís limeño sobre un eje geopolítico de inte-

gración, un eje central de cohesión, cuya ubicación analizaremos finalmente.

Las áreas posibles de ser seleccionadas se presentan en las cuencas hidrográficas por ser las unidades físicas más apropiadas para los fines de desarrollo. El núcleo de Pasco, reiteramos, dispersa radialmente hacia el Alto Ucayali los principales cursos de agua formadores del Amazonas, vaso hidrográfico comunicante entre el Pacífico y el Atlántico que constituye para el Perú su "Litoral Atlántico". Esta red fluvial centrífuga hace de la parte oriental de la sierra central y de la selva central un área germinal de invaluable cohesión nacional, que hasta el momento no ha tenido ninguna participación en la articulación del territorio como elemento centralizador del Perú.

En zona central del hinterland del Perú existe, pues, un espacio que reúne las condiciones señaladas para transformarse en una región polarizada y contribuir eficazmente a lograr la articulación del país, dar impulso a la política de continentalidad y ocupar la Amazonía. Se trata de la amplia región geoeconómica de la sierra central, Huancayo, Jauja, Tarma; y, Selva Central atravesada por los ríos Perené, Satipo, Ene, Tambo, Bocaza, Cacazú, Pichis, Alto Pachitea y Alto Ucayali, en cuyo mango del abanico se ubica el conjunto urbano LA MERCED-SAN RAMON a constituir otro polo del eje de cohesión central.

Esta región es el corazón geográfico del Perú. Situada a caballo sobre el eje equipendiente Lima-La Merced-Atalaya es la más apta para vertebrar el territorio, integrar los espacios vacíos y generar un dinamismo centrífugo frente a la zona fronteriza brasileña con tendencia a ensancharse. Su seguridad está garantizada al occidente por la Cordillera de los Andes y al oriente por la cortadura del Ucayali. Por su relativa cercanía está ligada estrecha y económicamente al núcleo geopolítico principal de Lima Metropolitana, constituyendo el puente natural para vincularlo a los hasta hoy incomunicados núcleos de Iquitos y Cusco y los que surjan el próximo siglo. Finalmente, limita con una zona de la sierra central de gran saturación poblacional. La parte oriental de la sierra central y la selva central se presentan a la nación peruana como un vasto y dilatado vacío espacial en sentido transversal, naturalmente dispuesto para convertirse en el eje central de cohesión espacial y absorber gran parte de las corrientes migratorias y el expansionismo de Lima Metropolitana.

Sin embargo, no está totalmente incorporada a la economía nacional a pesar de tener, de acuerdo a los estudios realizados por la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales ONERN, amplias posibilidades de desarrollo agropecuario, forestal y minero. Sólo unas 30,000 Has. apropiadas para uso agropecuario están actualmente incorporadas a la producción.

Esta área se encuentra ubicada casi en su totalidad en los departamentos de Junín y Pasco y en menor

proporción en los de Huánuco y Loreto. Geográficamente, sus puntos extremos están ubicados entre los paralelos 8°45' y 12°15' de latitud y los meridianos 73°39' y 75°00' de longitud Oeste de Greenwich. La zona es accesible desde Lima a sus puntos extremos por carretera, llegando actualmente a su área central Villa Rica (390 km.), hacia el sur de Satipo 440 kms. y en su límite norte Tournavista 863 kms.

A través de la mediación crítica del pensamiento geopolítico peruano, podemos retomar la jerarquía que la historia y la geografía nos reserva, sin destinos manifiestos. La vieja lucha de puertos de Latinoamérica, se está transformando en lucha de "hinterlands". El desarrollo del heartland peruano es nuestra respuesta y la antesala para la conquista de la cuenca amazónica; integrada al ecúmene, sería el área agroindustrial de la retaguardia costera y el paralelo 11°, el eje geopolítico privilegiado de la colonización del interior del país, reforzando el papel protagónico del río Amazonas, invirtiendo la gravitación del eje costero y provocando por consecuencia una transformación socio-económica del espacio peruano. Por tales motivos, a la sierra central y selva central debe extenderse el desarrollo del núcleo de cohesión, creando un eje o región polarizado en las zonas del Mantaro; La Merced, San Ramón; del Pichis-Palcazu; del Perené-Satipo-Kubantía; y el Tambo-Alto Ucayali-Gran Pajonal.

El desarrollo de la sierra central y selva central, empalme natural entre las tierras altas del espinazo andino y la selva baja de la Amazonía, crearía una área de interés, extendiendo nuestras actuales fronteras económicas hacia el oriente. Inicialmente, alcanzaría el "litoral de Alto Ucayali", para luego generar un significativo proceso de poblamiento y desarrollo, en la casi deshabitada provincia de Coronel Portillo, que llevaría la onda colonizadora hasta la zona fronteriza con el Brasil y, simultáneamente, extendería su influencia hacia Huánuco y Pucallpa al norte, Cusco y Madre de Dios al sur y sur este. De esta manera, se posibilitaría la ligazón, soldadura e integración del desarticulado sistema geopolítico peruano y se conformaría una nueva zona eje de dominio del territorio, en sentido transversal, oeste-este, con el surgimiento de centros compensatorios de demanda que coadyuven a disminuir la estrecha centralización de Lima Metropolitana.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a postular la necesidad, dentro de una estrategia correctora, de desarrollar el heartland peruano, un núcleo de cohesión en el hinterland, en el traspaís, en el corazón geográfico de su territorio, sobre el eje geopolítico de integración señalado. Meta concreta que debe constituir un Objetivo Nacional, susceptible de hacerse realidad: *Estructurar y organizar la Tierra Corazón del Perú*. Si el Perú domina su heartland, la sierra central y la selva central, dominará el territorio nacional.

De acuerdo a lo previamente expuesto, planteamos los lineamientos siguientes de una GEOESTRATEGIA DE OCUPACION TERRITORIAL A LAR-

GO PLAZO, que mantendrían ocupadas a las futuras regiones más allá del año 2,000:

1. Organizar y estructurar la tierra corazón: el heartland peruano.

a) Desarrollar el núcleo de cohesión del país sobre el eje LIMA-JAUJA-ATALAYA-LA ESPE-RANZA, eje geopolítico de integración, en el trapecio constituido por el MANTARO-PACHITEA-UCAYALI Y TAMBO, sierra central y selva central, corazón geográfico del país, mediante la creación de un sistema de polos en:

- (1) El Valle del Mantaro, sede de la nueva capital.
- (2) La zona del Pichis y Palcazu.
- (3) La zona del Perené, Satipo, Kubantía.
- (4) La zona del Tambo, Alto Ucayali, Gran Pajonal.
- (5) El conjunto urbano San Ramón-LA MERCED.

b) Desarrollar el futuro esfuerzo de industrialización, y, prioritariamente, las estratégicas fuera de la capital, en el transpaís, en la zona Huancayo-Tacna.

c) Crear la infraestructura necesaria para el traslado de la capital al Valle del Mantaro.

2. Interconectar las Cuencas.

- a) Unir la cuenca del Napo con el Putumayo entre Vidal y Flor de Agosto, preferentemente mediante la construcción de un canal.
- b) Conectar desde Iquitos la Cuenca del Amazonas con el Napo y evitar la curva del Mazón.
- c) Conectar el Huallaga con el Ucayali, prolongando la carretera desde Tarapoto por Lagunas-El Sauce o más al Sur.
- d) Conectar el Amazonas desde Nauta con el Yavari en Colonia Amazonas.
- e) Conectar el Ucayali desde Requena con el Yavari en Colonia Angamos.
- f) Conectar el Ucayali desde Bolognesi con el Yurú en Breu.
- g) Conectar el Ucayali en Atalaya con el Purús, en Nueva Esperanza.
- h) Conectar el Vilcanota desde el Cuzco con el Madre de Dios en Iñapari.
- i) Conectar el Vilcanota desde el Cuzco hacia Iñapari en Puerto Maldonado.
- j) Conectar el Urubamba con el Madre de Dios a través del Istmo de FITZCARRALD, prolongando la marginal de la Selva.

Todas estas interconexiones darán lugar a nuevos ejes de poblamiento.

3. Fortalecer el eje fluvial Ucayali-Amazonas mediante:

- a) La construcción de una carretera que una Nauta-

- Iquitos-Mazán y el río Napo.
- b) El desarrollo y planificación del levantamiento de, al menos, cuatro ciudades para más de 1'000,000 de habitantes en:
 - Atalaya, prolongando la Carretera Central desde Satipo hacia Atalaya.
 - Proximidades de Orellana en el Ucayali, prolongando la carretera Chiclayo-Ucayali.
 - Nauta, en la confluencia del Marañón y Ucayali.
 - Caballococha a Petrópolis, en la desembocadura del Yavarí en el Amazonas.

4. Vincular el futuro Heartland CHIMBOTE-TRUJILLO-CHICLAYO con la Cuenca del Huallaga, mediante el desarrollo de ejes de polarización:

- a) TRUJILLO-JUANJUI.
- b) CHIMBOTE-HUARAZ-TOCACHE.

5. Teniendo en cuenta las futuras presiones demográficas del Ecuador, concretadas en el mayor desarrollo de la Cuenca del Zamora —en las vencidas de la frontera— sin demarcar y el avance del nuevo frente demográfico amazónico constituido por las ciudades de Macas Puyo (Pastaza), Tena (Napo) y Lago Agrio en la Amazonía, será necesario:

- a) Desarrollar el eje Chirinos-Jiménez Banda, mediante la construcción de una carretera, que, desde Chirinos (Río Chinchí), una al Comaina y al Cenepa con Jiménez Banda, paralela a la línea de altura de la frontera sin demarcar.
- b) Tomar las previsiones para que Saramiriza, terminal de la carretera Bagua-Marañón, se convierta en un Polo de Desarrollo.
- c) Aprovechando la trocha construida para el Oleoducto secundario, que trae el petróleo que explota la Occidental desde Marsella a la Estación 5 sobre el Marañón, y los numerosos tramos de la carretera asfaltada entre el Pastaza y el Tigre construidos por dicha compañía, construir una carretera que, desde Saramiriza, pasando por Marsella, alcance el Putumayo, para interconectarse con la Marginal de la selva colombiana.
- d) A fin de romper el aislamiento de Iquitos y ganar aproximadamente dos millones de has. no clasificadas por la ONERN, entre el Tigre y el NAPO, unir Iquitos por el divortium acuarium de estos ríos, con un punto de la carretera SARAMIRIZA-MARSELLA-PUTUMAYO.

6. Teniendo en cuenta las futuras presiones colombianas:

Desarrollar la zona GUEPPI-PANTOJA.
Desarrollar el eje Vidal-Flor de Agosto.

7. Teniendo en cuenta las futuras presiones demográficas del Brasil:

- a) Fortalecer Pucallpa, Caballococha y Petrópolis.

- b) Dar prioridad a la vinculación con el Brasil sobre los ejes de Puerto Maldonado-Río Branco y Pucallpa-Cruzeiro Do Sul y no por la divisoria de Contamana.
- c) Desarrollar el eje Nauta-Iquitos.
- d) Desarrollar el eje ATALAYA-PURU.
- e) Desarrollar el eje LABERINTO-Puerto Maldonado-IBERIA-ÑAMBARI, incluyendo la planificación de LABERINTO.
- f) Dar permanencia al tráfico entre el Cuzco y Puerto Maldonado.
- g) Desarrollar la ruta Maldonado, Astillero, San Gabriel-Juliaca.
- h) Desarrollar la ruta Maldonado, Manú, Fitzcarrald-río Urubamba.

8. Teniendo en cuenta las futuras presiones demográficas de Bolivia, desarrollar el eje del río Heath, desde Puno hacia Madre de Dios, mediante la constitución de una carretera.

9. Teniendo en cuenta las actuales y futuras presiones económicas y demográficas de la zona de Tacna y Putre de la frontera chilena:

- Desarrollar una Zona Franca Industrial en Tacna.
- Construir la carretera LITORAL-TACNA-COLLA-PA-LA PAZ.
- Planificar un polo de desarrollo en la zona altiplánica de Mazo Cruz.
- Interconectar la red ferroviaria peruana a la argentina-boliviana por Puno.
- Construir las carreteras internacionales ILO-LA PAZ y Tacna-LA PAZ.
- Conectar ILO-ASTILLERO-PUERTO MALDONADO-BRASIL.

La regionalización del país constituye, sin lugar a dudas, un tema de palpitante actualidad que ha generado el más vivo interés en los partidos políticos y en la opinión pública en general, convirtiéndose en una aspiración nacional. Cualesquiera que sea la solución que se adopte, debe ser entendida como un proceso que no se agota con los dispositivos legales que se vienen adoptando y que nos debe permitir resolver el problema de la centralización y congestión administrativa así como el macrocefalismo de Lima. Su aplicación, además, debe conducir a facilitar un desarrollo social y económico más equilibrado, a impedir la perduración de los graves problemas que afectan a las provincias, evitando el vaciamiento del Ande, la falta de ocupación de la Amazonía y el mal aprovechamiento de los recursos en las zonas atrasadas, contribuyendo a la integración nacional. Finalmente, ella debe ser parte de la estrategia política, económica y psicosocial de la lucha contrasubversiva, para llevar una mayor presencia del Estado a las áreas deprimidas y marginales del país, donde Sendero Luminoso pretende construir "Zonas Liberadas".

MOLITALIA

como en Italia



En el Perú producimos como en Italia. Con la más alta tecnología europea y con el mismo cariño y entusiasmo con que se hacen los fideos en casa. Y además con mucho orgullo, porque elaboramos alimentos de la mejor calidad, que todos conocen y aprecian.

¿Quién no ha probado “los fideos del Molinito”?

¿A quién no le gustan “los Crocks que sí hacen crack”? Fabricamos nuestros productos con el mismo cuidado con el que usted los escoge, poniendo a su alcance fideos de pura semola, polenta, harinas, germen de trigo, semola y bocaditos. Estamos orgullosos de lo que hacemos. Y muy felices. Porque usted y muchas personas nos prefieren.



MOLITALIA

Los productos del Molinito

Descentralización y Regionalización

Valentín Paniagua C.

Ex-Ministro de Educación y de Justicia. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

INTRODUCCION

Emilio Romero, en 1931¹, reprochaba a los federalistas del ochocientos no haber reparado nunca en los aspectos geo-económicos, sociales y culturales del problema de la centralización. Hoy podría criticarse a los "regionalistas" haber menospreciado y hasta ignorado sus aspectos jurídico-políticos. A ello han contribuido muchos y muy distinguidos geógrafos, economistas, sociólogos, urbanistas y expertos en desarrollo regional que, en cierto modo, se han apropiado del tema. Muy pocos juristas, con las notabilísimas excepciones de Mario Alzamora Valdez, Juan Zegarra Russo o Roberto Ramírez del Villar, han abordado la descentralización desde el punto de vista del Derecho Constitucional o del Derecho administrativo como correspondía. Los términos con que se ha consagrado la descentralización en el texto constitucional son la prueba patente de esa lamentable deserción. La verdad es que ha habido una inmensa preocupación por "regionalizar" pero casi ninguna por "descentralizar" el Estado peruano.

El hecho anotado es tanto más sorprendente cuanto que pocos temas han suscitado tanto y tan justificable interés público. Paradójicamente, sin embargo, es difícil encontrar alguno que haya merecido menos atención jurídica que la descentralización antes, durante y después del debate constitucional. Lo revela hasta el número de artículos que la Carta Constitucional le dedica. (16 sobre 307). Poco menos del cinco por ciento. Bastante menos que las Constituciones de España e Italia (13% y 15%, es decir, 21 sobre 169 y 19 sobre 139 artículos respectivamente). Desde luego que el número de artículos nada dice por sí mismo. Sin embargo, su contenido ratifica el juicio adverso que suscita la simple comprobación numérica.

El propio debate constitucional, por fin, confirma esa impresión general de desinterés real, incluso de nuestros constituyentes. El Presidente de la Comisión Principal le dedicó apenas tres párrafos en su extensa

fundamentación del Proyecto (2) No fue mayor el interés de los diferentes Partidos Políticos. Sólo uno de los representantes de los cuatro partidos que intervinieron en el debate de conjunto del Proyecto se refirió específicamente al tema el constituyente Roger Cáceres. De treintitres oradores que participaron en la discusión general sólo uno abordó la descentralización para abogar, además, porque se desestimara la demarcación departamental con el propósito de "apresurar" la descentralización².

Lo cierto es que la descentralización suscitaba y despierta aún temores y recelos. Lo revelan las expresiones del Presidente de la Comisión Principal: "la descentralización administrativa, no basta; pero la descentralización política puede abrir el paso a indeseable desintegración"². No es sorprendente comprobar, por ello mismo, que la Constitución sancionará un régimen de descentralización análogo en carácter y en competencias al previsto en la Constitución de 1933. Tampoco lo es advertir que, las Municipalidades tengan ahora más autonomía que las Regiones dado que no existe entre ellas la menor coordinación (como debería haber) desde que son órganos de gobierno en diferentes circunscripciones políticas.

¿Cómo se ha llegado a este punto siendo como era la descentralización una de las necesidades que, por sí sola, parecía justificar la convocatoria de la Asamblea Constituyente? Hay algunas razones que explican este hecho. El primero era y es aún el temor a la desintegración nacional. Se imagina que la descentralización quebraría la muy precaria unidad nacional. El segundo fue la ausencia de una apropiada concepción misma del Estado que resulta patente a la luz del proceso de formación y del debate del Capítulo relacionado con la descentralización; por fin, la forma cómo las leyes Orgánica de Municipalidades y de bases de regionalización han desarrollado el texto constitucional hacen inculcables esas deficiencias. Como consecuencia de todo ello, podría decirse que se ha creado una suerte de "descentralización centralista" que no ha de contri-

1. Emilio Romero. "El descentralismo". Pág. 112.

2. Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente. Tomo VI, pág. 178 y siguientes.

buir a resolver eficazmente la tradicional concentración y centralización del Perú.

1. LA FORMA DE ESTADO

¿Qué forma de Estado se propone crear la Constitución? El Artículo 79 parece absolver la cuestión, cuando menos desde el punto de vista jurídico, a pesar que confunde "forma de Estado" con "forma de gobierno": el gobierno es unitario, representativo y descentralizado. Pero, esa fórmula no agota la cuestión propuesta. Una Constitución —como lo ha hecho notar Loewenstein— expresa siempre una ideología. Si nos atenemos a ella podría decirse que el nuestro es un Estado de "derivación liberal" según la tipología que propugna Giuseppe Vergotini³ o de "democracia clásica" conforme a los criterios de Biscaretti di Ruffia⁴. Caracterizan a tales formas de Estado además de la democracia representativa (gobierno de la mayoría y tutela de los derechos de las minorías) la protección de los derechos humanos y sobre todo, el pluralismo. Expresión específica de la concepción plural del Estado moderno es precisamente "una descentralización amplia hasta alcanzar formas de autonomía regional o de estructura federal". A juzgar por este último rasgo nos permitimos afirmar que el nuestro no "es" sino que se aproxima a tales formas de Estado.

La Constitución posee un intenso acento social y contiene algunas explícitas referencias al pluralismo pero predominan aún en ella notorios rasgos liberal individualistas. No podría decirse con Vergotini que, en ella, se han sustituido "los individuos por los grupos en cuanto sujetos primarios interesados en disfrutar de la libre competición política"⁵. Este carácter es particularmente notorio si se examina la Constitución a la luz de la descentralización.

El Estado tradicional "crea entes territoriales; el moderno "reconoce" su existencia; aquel "otorga" o "concede" autonomía, el estado pluralista se limita a "garantizar" el derecho a disfrutar de ella. Naturalmente que la dinámica de la descentralización en uno o en otro modelo es diferente. En el Estado liberal, la "iniciativa" descentralizadora también corresponde al estado central, en el estado moderno, ella debe ser expresión de la autonomía del ente territorial (Región, Municipio). El plan Nacional de Regionalización y el plazo perentorio en que debe llevarse a cabo la descentralización (7 años) son rasgos que demuestran el carácter tradicional de nuestra Constitución. El contenido mismo de las competencias, es decir, de la descentralización, varía según sea la inspiración ideológica. El

Estado liberal individualista, "determina" las competencias; en el estado pluralista, el ente territorial "opta" dentro de ciertos límites o modalidades qué competencias y con qué extensión pretende asumir. En suma, en uno, la autonomía es creación y obra del centro, en el otro, es el mecanismo que la periferie emplea para coparticipar del poder a partir del ejercicio de su autonomía.

Del mismo modo que la evolución del Estado transformó la concepción y la dinámica de la descentralización, sufrieron análoga evolución los conceptos relacionados con las competencias que era preciso descentralizar. La descentralización fue tradicionalmente administrativa. Es ahora, en mayor o menor proporción, también política. En el fondo, se persigue que el ente territorial participe en la formación de la voluntad política del Estado. Ello significa el ejercicio no sólo ya de competencias administrativas sino también de algunas de índole política y entre ellas, señaladamente, las legislativas. Tal fue el proceso de transformación del Estado que se advierte en la Constitución española de 1931, en la italiana de 1947 y en la Ley fundamental de Bonn de 1948 (Alemania Occidental) y, naturalmente, en las modernas Constituciones de España y Portugal o en las enmiendas recientemente introducidas en la de Bélgica.

La posibilidad de una mayor distribución espacial del poder ha significado naturalmente una radical transformación en el Estado. Tanto que algunos tratadistas italianos y españoles sostienen que ha creado nada menos que una "forma" de Estado diferente del unitario y del federal. Estado "integral" o "autonómico" llaman los españoles a los creados en sus Constituciones de 1931 y 1978 y Estado "regional" le designan los italianos Juan Ferrando Badía establece la diferencia entre este Estado regional o autonómico y el tradicional Estado unitario descentralizado, en estos términos: "... en el estado regional existe un sólo ordenamiento constitucional pero pluralidad de fuentes legislativas de igual naturaleza por su fundamento y por la eficacia jurídica de las leyes promulgadas por las mismas. En los Estados unitarios descentralizados existe un único ordenamiento constitucional y una sola fuente creadora de leyes formales"⁶.

Nuestros constituyentes no percibieron pues (o cuando menos no asumieron) la evolución que había sufrido el concepto angular sobre el que reposa la descentralización: la autonomía. Por ello mismo, nuestro ordenamiento jurídico puede atribuir "autonomía" indistintamente, a instituciones de tan diversa naturaleza como los gobiernos regionales y locales, las instituciones constitucionales autónomas y las instituciones públicas descentralizadas.

No obstante ser las dos primeras creación de la Constitución y las últimas sólo de la ley ordinaria, su

3. Giuseppe Vergotini: "Derecho Constitucional comparado" pág. 127. Espasa-Calpe 1985.

4. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado" págs. 49-50.

5. Giuseppe Vergotini: "Derecho constitucional comparado" Pág. 127.

6. Juan Ferrando Badía: "El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico" Págs. 195-196.

"autonomía" es relativamente análoga conforme lo revela un examen detenido de sus rasgos. En rigor, no existe tal autonomía. Con arreglo a ciertos criterios de relativa antigüedad (Bielsa, Manuel María Díez) y, naturalmente, a los de tratadistas contemporáneos (Virga, Biscaretti, Ferrando Badía) puede sostenerse que, en nuestro sistema constitucional, hay más bien diferentes tipos de "autarquía" pero no autonomía. La autarquía permite precisamente la descentralización administrativa que es lo que persigue nuestra Constitución. Es obvio que la autarquía no hace posible la difusión y, menos aún, la "democratización" del poder. Tal era precisamente el carácter del Estado tradicional del Perú que ahora subsiste por obra de la nueva Constitución. Lo dijo la Comisión Especial N° 2 que propuso y sostuvo el Artículo 79 de la Constitución. La República unitaria propuesta y aprobada por la Asamblea "reproduce el sistema político de organización interior que nos rige desde la independencia" ⁷.

II. LA FORMACION DEL CAPITULO XII DE LA CONSTITUCION

El Proyecto de Ramírez del Villar

El Capítulo XII del Título IV es sin duda uno de los más deficientes de la Constitución. Es explicable. Es el resultado de un proceso de recortes sucesivos que modificaron sustancialmente la Ponencia de la Comisión Especial N° 9 que, a diferencia de otras, no se empeñó en hacerla prevalecer. Era natural que esto último ocurriera. En realidad el Proyecto fue concebido y propuesto por Roberto Ramírez del Villar que no era miembro de la Comisión. Dos circunstancias adicionales facilitaron ese resultado: la ausencia del autor y la inexistencia de una Exposición de Motivos que explicara sus verdaderos alcances. La prueba de su accidentado proceso de formación se halla en estas expresiones del Presidente de la Comisión Principal: "El Capítulo relativo a la descentralización es uno de los que más ha sido discutido y rehecho (sic); creo que unas cinco veces..." Eso explica muchísimas de sus incoherencias.

El Proyecto de Ramírez del Villar era una excelente base de discusión. Partía —como era indispensable— de la regulación del régimen de organización interior de la República y de la división administrativa y política del territorio aspectos que, increíblemente, ha omitido la Constitución. Concebía luego la descentralización como un proceso de distribución espacial del poder en el territorio a través de órganos específicos en cada circunscripción política (región, departamento, provincia y distrito). Desde luego que tales órganos debían expresar la organización democrática del Estado por lo que debían conformarse sobre la base de la representatividad y el sufragio. Todos los órganos tenían

autonomía económica y administrativa y competencias señaladas en la Constitución y la Ley, además de las que el poder Ejecutivo pudiera delegarles.

Inspiraron el Proyecto en relación a las Regiones: la Constitución italiana, el Proyecto de Constitución de España (en ese momento en debate) y la experiencia de las Corporaciones departamentales que, en un proceso de evolución natural, crearon, por su propia iniciativa, organismos de planificación y concertación regional (ORDESUR y ORDEN). Eran los embriones de un sistema de descentralización regional a partir de la autonomía departamental y que la dictadura frustró. La Constitución ha conservado algunas normas que revelan esas influencias. Son de inspiración española el concepto de región, la forma de creación de las Regiones, el fondo de compensación regional y los límites impuestos a la delegación de competencias legislativas. Son de filiación italiana los órganos y atribuciones generales del gobierno regional y la idea de un Estatuto Regional en el proyecto.

Las normas relacionadas con las Corporaciones preveían una estructura orgánica análoga a las de las Corporaciones departamentales creadas a partir de 1963 en cuyos órganos directivos se sustituían las designaciones del Poder Ejecutivo por los Alcaldes Provinciales, delegados de estos mismos y representantes locales del trabajo, la producción y los gremios. Las disposiciones vinculadas a las Municipalidades resumían un Proyecto que el propio Ramírez del Villar preparó por encargo de la Municipalidad de Lima en 1967. La Constituyente, prácticamente, las reprodujo en su integridad. No es casual, por tanto, que las Municipalidades posean ahora (contra toda lógica) más autonomía que las Regiones.

La Asamblea Constituyente desestimó, en realidad, el Proyecto. Su concepción de la descentralización (si así puede llamarse), era radicalmente diferente. Optó por unas regiones débiles y subordinadas al Poder Ejecutivo. Por ello mismo no cuidó de la definición constitucional de sus competencias, eliminó la intervención del Tribunal de Garantías Constitucionales para la solución de sus conflictos con el Poder Central y excluyó toda posibilidad de ejercicio de competencias legislativas o reglamentarias propias. Con ese mismo criterio, suprimió los órganos intermedios entre el Gobierno regional y los Gobiernos locales. Desvinculó, luego, a unos y otros a punto que ahora sólo mantienen relaciones de "mutua cooperación y de apoyo al desarrollo local por parte del Gobierno regional respetándose la autonomía de ambos niveles de gobierno" según la explícita declaración del artículo 41 de la Ley de bases de regionalización.

Como consecuencia de tales modificaciones, las Regiones carecen de infraestructura institucional para los efectos administrativos. Pero, la realidad que es siempre más fuerte que cualquier esquema o prejuicio, ha obligado al legislador a crear (contra lo previsto en el texto constitucional) unos organismos "subregiona-

7. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979 Anexos y Ponencias. Tomo II. Pág. 51.

les" (que debieron ser las Corporaciones) y otras "microregionales" que ejercerán las competencias que, en una concepción coherente, correspondían a las Municipalidades que constituyen el Gobierno local. La realidad, en otras palabras, ha reivindicado el criterio de quienes creían que la descentralización suponía un conjunto de instituciones regionales y locales, debidamente jerarquizadas, como instancias de descentralización territorial, es decir, de distribución del poder y como cauces de participación del pueblo en el ejercicio de un poder que solo así aparece difundido en el territorio.

Las deficiencias de la Constitución revelan claramente los rasgos de lo que realmente se propuso el constituyente: una descentralización centralista que robustece el Poder Ejecutivo y también los Gobiernos locales para debilitar el Gobierno regional.

III. LA DESCENTRALIZACION CENTRALISTA

El fortalecimiento del Poder Ejecutivo

"Reforzar la autoridad del Presidente" fue uno de los "criterios cardinales" que inspiraron la Constitución. La descentralización en ella prevista es su cabal expresión. La ley de bases de regionalización No. 24650 ha acentuado aún más ese explícito propósito y ha consagrado, en definitiva, un régimen de desconcentración administrativa bajo la apariencia de descentralización. El texto de los artículos 8 y 39 de esa ley prueban tal tesis. Regula, el primero, las competencias "sectoriales" que de conformidad con el Artículo 261 de la Constitución corresponden a las Regiones. Establece el segundo la forma como las Regiones deben ejercerlas.

Los Ministerios y los Organismos Centrales (Instituto Nacional de Planificación e Instituto Nacional de Comunicación Social) mantienen "relaciones normativas" con las Regiones. En realidad corresponde a los primeros "definir la política" y "emitir la normatividad sectorial correspondiente", es decir regular la forma en que las Regiones deben ejercitar su competencia. Por ello mismo, —siempre según el artículo 39— es responsabilidad de las Regiones "ejecutar la política" y "adecuar las normas sectoriales". Las Regiones se convierten así en órganos "ejecutores" de la política y de la "normatividad" central, es decir, quedan sujetos a una típica relación administrativa de "dependencia". Más todavía. Están sujetas a control jerárquico y supervisión e inspección administrativa. En efecto, los gobiernos Regionales deben remitir a los Ministerios "informes periódicos respecto del cumplimiento de las políticas sectoriales". Pero, hay más todavía.

Los Ministros y jefes de Organismos centrales —dice el artículo 39— supervisan la aplicación de la política sectorial por parte de los órganos y organismos correspondientes del gobierno regional ¿Cabe ma-

yor dependencia? ¿Alguien admitiría que un Ministro supervise o inspeccione la forma como las Municipalidades ejercitan sus atribuciones? Desde luego que la Ley de bases de regionalización ha llevado a un extremo inaceptable el sesgo antiregional que caracteriza a la Constitución. Sin embargo, ésta misma condicionaba un régimen de tal índole. Dos mecanismos sirvieron a ese propósito: el diferente tratamiento de las competencias funcionales de las Regiones y Municipalidades era uno. El otro, la posibilidad de delegación de competencias legislativas y especialmente administrativa en las Regiones.

1. El diferente tratamiento de las competencias funcionales y la delegación de competencias en las Regiones

La autonomía depende de las materias en que un ente es competente, del grado de exclusividad con que las ejerce y muy especialmente de la jerarquía de la norma que las establece. La Constitución ha dispensado un diferente tratamiento a las competencias de las Regiones y Municipalidades. Consagra expresa e inequívocamente las de estas últimas (Art. 254 Inc. 5) y 6), en cambio, sólo enuncia las "materias" en que las Regiones son competentes dejando al legislador la determinación de su "alcance" o "extensión". Así la autonomía de las Municipalidades está sujeta a reserva constitucional y la de las Regiones a simple reserva legal. Aquellas resultan, de este modo, "entes constitucionalmente garantizados" en tanto que las Regiones tienen el régimen de los "entes territoriales menores" según la conocida distinción de Biscaretti. Como consecuencia, las Municipalidades gozan de mayor autonomía que las Regiones.

La delegación de competencias por otro lado, crea el peligro que el poder administrador descargue sobre las Regiones responsabilidades que, eventualmente, debería continuar ejercitando y de ese modo perturbe el ejercicio de las que les son propias. Ese es por cierto el mayor riesgo de la delegación. La sujeción al Poder Ejecutivo es indiferente para el caso. Las Regiones están ya sometidas a él para el ejercicio, nada menos que de sus competencias originarias (art. 8 y 39 Ley 24650). La delegación de competencias administrativas es simplemente entonces, un nuevo mecanismo de restricción de la autonomía regional.

IV. LA CENTRALIZACION POLITICA

El modelo de organización consagrado por la Constitución conspira, sin duda, contra la descentralización. La Ley de bases de regionalización lo demuestra. Las Regiones quedan sujetas al Poder Ejecutivo (que fija la "política" y emite la "normatividad sectorial") incluso en el ejercicio de sus propias competencias. Esa sujeción se acentúa por la intensa centralización normativa que caracteriza a nuestro sistema jurídico en consonancia con la índole unitaria del Estado. La centralización, sin embargo, es mucho ma-

yor tratándose de las Regiones que de las Municipalidades, aspecto este en el que, igualmente, es perceptible el sesgo antiregional de la Constitución.

Las únicas fuentes formales de normas con jerarquía de Ley y reglamento son los Poderes Legislativo y Ejecutivo que así concentran la expresión de la voluntad política del Estado. Las normas de las Regiones y de las Municipalidades tienen carácter complementario, integrador en el mejor de los casos ya que están inevitablemente subordinadas a las que expiden aquellos poderes.

1. Las competencias legislativas de las Regiones y Municipalidades

Las Regiones sólo legislan por delegación. En general, conforme al artículo 265 Inciso 3) y, específicamente en materia tributaria, con sujeción al artículo 139 de la Constitución. En uno y en otro caso, la delegación está sujeta a severísimas restricciones que, en la práctica, se han impuesto (más que a las Regiones o Municipalidades) al Congreso ya que aquéllas carecen de competencias legislativas originarias o propias. El texto del artículo 266 reproduce, en parte el artículo 117 de la Constitución italiana que impone a las Regiones dictar sus normas dentro de los límites de los "principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado y siempre y cuando además las normas mismas no estén en oposición al interés nacional o de otras regiones. "Sujeción a los principios" se ha traducido en nuestra Constitución en "subordinación a la legislación nacional". Así, la legislación regional italiana se "integra" a la legislación nacional. La peruana se "subordina".

En realidad, las demás restricciones contenidas en el artículo 266 sólo revelan el sesgo antiregional de la Constitución. En efecto, si el Congreso no puede alterar el carácter unitario del Estado y, en general, su ordenamiento institucional, mediante ley ordinaria, mal podría delegar a las Regiones una competencia de que carece. Por lo demás, si la Ley regional se subordina a la legislación nacional y no puede prevalecer contra la ley ordinaria es obvio que carece de eficacia para lograr los propósitos que la Constitución pretende evitar. Finalmente, la posibilidad que el Poder Ejecutivo fulmine el Proyecto aprobado por la Asamblea Regional y frustre la dación de la Ley regional mediante el "veto absoluto" de que está investido era y es suficiente medio de control para cualesquiera excesos en que pudieran incurrir las Regiones (Art. 267).

Las Municipalidades, a diferencia de las Regiones, ejercitan, en cambio, algunas competencias legislativas que quiebran la rigidez de la centralización legislativa. Lo hacen al expedir los Edictos que aprueban tributos y al sancionar un tipo específico de Ordenanzas: aquellas que tienen por objeto asumir y regular el ejercicio de las competencias "residuales" que la Constitución reconoce sólo a las Municipalidades (Art. 265 Inciso 6). Desde luego que los Edictos son

normas legislativas de naturaleza especial y de carácter complementario. Se expiden dentro de los límites que establece la Ley (Ley Orgánica de Municipalidades) pero no requieren delegación específica del Poder Legislativo que es indispensable para la dación de las leyes regionales. En la práctica, la competencia se reduce a la posibilidad de creación o supresión de "contribuciones" y "derechos" ya que los demás tributos municipales (mejoras, peajes, arbitrios y licencias) están sujetos a reserva legal (Art. 92).

Las Ordenanzas son impugnables mediante la acción de inconstitucionalidad (Art. 298 Inciso 1). Sin embargo no todas tienen carácter legislativo; algunas tienen neta índole reglamentaria. Tienen naturaleza legislativa las Ordenanzas que se expide para asumir y ejercitar competencias residuales y las que se expiden para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito o la organización y administración de los servicios públicos locales (Art. 254 Inciso 5) y 6). La Ordenanza, en ambos casos cumple una función supletoria de la Ley. En defecto de ella, puede hacerlo la Ordenanza Municipal. De ese modo, la Municipalidad posee una más extensa atribución legislativa que la Región.

2. Las competencias Reglamentarias de las Regiones y de las Municipalidades

Las Regiones carecen también de competencias reglamentarias originarias. Pueden ejercerlas sólo por delegación expresa del Poder Ejecutivo. Desde luego que poseen competencias normativas subordinadas al Reglamento. La Ley de Bases de Regionalización ha recortado las posibilidades de delegación de competencias reglamentarias formales al sujetar esa delegación a las mismas normas que la de las legislativas. Las Municipalidades, en cambio, tienen competencias reglamentarias propias y además exclusivas en las materias que especifica el artículo 110 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Sólo a ellas compete reglamentar la ley (nacional) en lo concerniente a la forma de prestación de los servicios públicos locales (Arts. 53 a 66) en lo relativo al cumplimiento de sus funciones generales y específicas (Arts. 62 a 69) así como para establecer las limitaciones y modalidades de la propiedad privada (Arts. 72 y 73). Las ordenanzas en esas materias excluyen la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo.

3. Las competencias normativas de las Regiones y de las Municipalidades

Regiones y Municipalidades, por fin, tienen competencias normativas de índole estatutaria que les permiten regular su régimen de organización interior mediante disposiciones que pueden tener jerarquía de Reglamento. (Decretos Regionales o Acuerdos y Edictos Municipales). Unas y otras pueden regular también sus competencias funcionales. Las Municipalidades mediante Decretos Municipales que son reglamentos de sus propias Ordenanzas o normas autóno-

mas que pueden expedirse en defecto de aquellas. Las Regiones, a su turno, sólo expiden "normas administrativas de procedimiento" (Art. 8, in fine, de la Ley 24650) con las que "adecúan" la llamada "normatividad sectorial" a las necesidades regionales. Esas disposiciones han de estar subordinadas a la "legislación nacional", es decir, tanto a la Ley formal como a los Reglamentos y eventualmente a otras disposiciones administrativas del Poder Ejecutivo de menor jerarquía. Y así, aún en este último aspecto en el que las Regiones cuentan con competencias originarias, sus normas tienen indudablemente menor jerarquía que los Decretos Municipales.

Los rasgos anotados son ciertamente significativos. Gobiernos Regionales y Locales se imaginan como una suerte de contrapeso del Poder central pero, sobre todo, como cauces de una mayor participación del pueblo en el ejercicio del poder. Ninguna de esas posibilidades cabe en un sistema que fortalece la autonomía de los órganos de menor jerarquía y competencia (Municipalidades) para deprimir y subordinar a los órganos que pueden sustituir o competir con el poder central. Desde luego que ello no es posible mientras las Regiones estén sujetas a control jerárquico del Poder Ejecutivo, carezcan de competencia para definir su propia política y además no participen en lo absoluto en la formación de la voluntad política del Estado.

La solución no está —como parecen creerlo los autores de la Ley de bases de regionalización— en burlar el cerco de hierro con que la Constitución ha rodeado a las Regiones. Los excesos inconstitucionales por los cuales se ha atribuido a las Regiones el ejercicio del "derecho insurgencia" que pertenece al pueblo o se ha desconocido el "veto absoluto" que el artículo 267 confiere al Poder Ejecutivo simplemente no pueden prevalecer contra la Constitución. Pueden convertirse en el pretexto para destruir los intentos de descentralización. Es necesario, más bien, replantear seriamente no sólo la concepción general de la descentra-

lización sino la de nuestro Estado unitario. Y es que es preciso asegurar una racional distribución de competencias entre el centro y la periferie. Y en ese esquema cabe perfectamente un Poder Ejecutivo muy robusto atemperado por una descentralización igualmente intensa. Una descentralización concebida sobre la base del reconocimiento de plenas competencias administrativas, de una inequívoca capacidad para definir políticas regionales y locales y, desde luego, algunas competencias legislativas y reglamentarias, tal vez muy limitadas pero claramente determinadas.

CONCLUSION

La Constitución de 1979 ha consagrado un régimen de descentralización que, en teoría cuando menos, no parece satisfacer la casi centenaria aspiración de las provincias del Perú. En parte porque la Constituyente cedió al temor de un presunto riesgo de "desintegración" nacional y, en parte importante también, por qué, no obstante acoger instituciones típicas del pluralismo característico del Estado contemporáneo, no percibió, en cambio, el rol de las colectividades territoriales en el proceso de democratización del poder. Por ello mismo, optó por robustecer el Poder Ejecutivo sin advertir que abría el camino a una descentralización que la Ley 24650 ha hecho tan centralista que es, en la práctica una especie de desconcentración. Es probable que la experiencia de los Gobiernos Regionales haga reparar en tan criticable deficiencia que, hasta ahora, no ha merecido la necesaria preocupación.

Todo lo dicho, es decir, todas las deficiencias anotadas y otras muchísimas que podrían señalarse no reducen un ápice la necesidad y, menos aun la urgencia con que debe marcharse hacia la descentralización. Ni ellas ni cualesquiera otras que pudieran advertirse en el futuro pueden o deben servir para aplazar un proceso que debe cumplirse prontamente. En el curso de su desenvolvimiento siempre será posible enmendarlas hasta alcanzar, al fin, una fórmula racional y plenamente democrática.



Lluvia Editores

**Cordillera Negra
¡Oh Generación!
Y de pronto anochece
El Tramo Final**

**Oscar Colchado
Zein Zorrilla
Alfredo Pita
Siu Kam Wen**

Av. Garcilaso de la Vega 1976, 5to. piso, Oficina "J" - Telf. 234157

Causales de nulidad del acto jurídico

Lizardo Taboada

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

I. INTRODUCCION

Se distinguen dos tipos de Invalidez del Negocio Jurídico, la Nulidad y la Anulabilidad. Se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa. Las causales de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil Peruano, están contempladas en su artículo 219. Dichas causales son las siguientes:

1. Falta de manifestación de voluntad del agente

Como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del negocio jurídico, entendidos estos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la Declaración de Voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la Causa, entendida esta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función objetiva que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos.

Ahora bien, esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la Declaración de Voluntad.

Aún cuando con diferentes denominaciones, los autores se adhieren al sistema del negocio jurídico, concuerdan en que la Declaración de Voluntad, que es una sola unidad entre la voluntad y la declaración, requiere para su configuración de dos voluntades: la voluntad declarada que es lo que aparece expresado en la conducta en que consiste la misma declaración, es decir, el contenido del negocio; y la voluntad de declarar, que a su vez importa dos tipos de voluntad: la voluntad del acto externo, esto es, de la conducta en que con-

siste la propia declaración, y conocimiento del valor declaratorio de dicha conducta.

Siendo esto así, resulta simple de entender, que faltará la manifestación de voluntad del Agente, en cualquier supuesto en que falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar. Los supuestos que encajan dentro de esta primera causal de nulidad son los siguientes:

— *Incapacidad Natural*: son todos aquellos supuestos en que por una causa pasajera el sujeto se encuentra privado de discernimiento, de forma tal que la declaración de voluntad que haya podido emitir, aún cuando tenga un contenido declaratorio, no será una verdadera declaración de voluntad por no existir la voluntad de declarar. Todos estos supuestos en que falte la voluntad de declarar, por estar ausente la voluntad del acto externo, son denominados en la Doctrina como casos de Incapacidad Natural.

— *Error en la Declaración*: el Error en la Declaración llamado también Error Obstativo, es aquel que consiste en un lapsus linguae, esto es, una discrepancia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad interna del sujeto. En este supuesto, como es obvio, aún cuando hay voluntad de declarar, falta una verdadera voluntad declarada, por cuanto el sujeto por un error ha declarado en forma inconsciente una voluntad distinta a la verdadera, imponiéndose, en puridad de términos, como sanción la nulidad del negocio jurídico. Sin embargo, en vista que nuestro Código Civil ha asimilado el Error en la Declaración al Error Dirimente o Error Vicio, estableciendo como sanción la anulabilidad, no podemos incluir dentro de esta primera causal de nulidad al error en la declaración, aún cuando es la sanción que le correspondería en sentido estricto.

— *Declaración hecha en Broma*: la Declaración hecha en Broma es aquella que el sujeto realiza con fines teatrales, didácticos, jactancia, cortesía o en broma propiamente dicha, y que para algunos autores consiste en un verdadero caso de discrepancia entre la volun-

tad interna y la voluntad declarada.

A nuestro entender, la Declaración Hecha en Broma no puede ser considerada como un caso más de discrepancia entre voluntad y declaración, al igual que lo puede ser la Simulación, la Reserva Mental y el Error en la Declaración, por cuanto en los supuestos antes indicados, no existe ni siquiera una discrepancia consciente entre voluntad declarada y voluntad interna, ya que la nulidad se impone por el solo hecho de que existe conciencia de que mediante una declaración de voluntad emitida en cualquiera de las circunstancias indicadas, no se está declarando una verdadera voluntad de celebrar un negocio jurídico, no concurriendo por consiguiente uno de los componentes de la voluntad de declarar, siendo el negocio jurídico nulo por faltar la manifestación de voluntad.

— *Violencia*: en los casos de negocio jurídico celebrado con Violencia, falta también una verdadera declaración de voluntad, por cuanto no concurre la voluntad de declarar, al estar ausente igualmente la voluntad del acto externo. Sin embargo, nuestro Código, siguiendo el criterio imperante en la Doctrina asimila la Violencia o la Violencia Física a la Intimidación o Violencia Moral, estableciendo como sanción la anulabilidad, aún cuando en sentido estricto la violencia debería estar considerada dentro de este primer supuesto de nulidad.

En conclusión, dentro de esta primera causal de nulidad del negocio jurídico, de acuerdo a la lógica del Código Civil Peruano, debemos incluir los supuestos de Incapacidad Natural como la Declaración Hecha en Broma.

2. Incapacidad Absoluta

La segunda causal de nulidad está referida al supuesto de que el sujeto sea incapaz absoluto. Tratándose obviamente de la Incapacidad de Ejercicio.

Este segundo supuesto de nulidad, dado su simplicidad, no requiere de mayor comentario ni siquiera en lo relacionado con la excepción contemplada en el artículo 1358 del Código Civil. No obstante lo cual debemos incidir, y esto sí es muy importante, en que se trata de un supuesto de nulidad por ausencia de un Requisito y no de un Elemento del negocio, cual es la capacidad de ejercicio, que aún cuando no constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el negocio jurídico sea válido, ya que la capacidad de ejercicio es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del negocio jurídico.

3. Objeto Física o Jurídicamente Imposible o Indeterminable

La tercera causal de nulidad contemplada en el artículo 219 está referida directamente al Objeto del Negocio Jurídico, en forma tal que para poder entender

a cabalidad este tercer supuesto de nulidad, deberemos determinar en primer lugar el concepto de Objeto del Negocio Jurídico.

¿Qué es el Objeto dentro de la Teoría General del Negocio Jurídico?

Según una primera corriente doctrinaria, elaborada por los primeros Comentaristas del Código Civil Francés, por objeto del contrato debía entenderse la cosa sobre la cual recae la relación jurídica nacida del propio contrato. A esta primera teoría se le ha objetado desde mucho tiempo atrás, el hecho de que si calificamos la cosa de objeto, no podría darse nunca ningún supuesto de Ilícitud en el objeto, por cuanto una cosa en sí misma considerada jamás podrá ser ilícita. Por esta razón, y en la medida en que todos los Códigos elaborados siguiendo el ejemplo del Código Civil Francés, han sancionado con nulidad la ilícitud en el objeto, al igual que lo hiciera nuestro Código Civil de 1936, la Doctrina buscó un nuevo significado al objeto del contrato, entendiéndose según una segunda corriente doctrinaria, ya no como la cosa, sino como la prestación a que vienen obligadas las partes por el contrato.

La prestación, según es sabido, puede consistir, bien sea en la transferencia de un derecho real al acreedor, en cuyo caso consiste en un dar, o en la ejecución de un hecho personal del deudor, en cuyo caso consiste en un hacer o en un no hacer.

No obstante lo cual, según algunos autores, al considerarse la prestación como el objeto del contrato, se estaría confundiendo el objeto del acto jurídico con el objeto de la obligación. Estos autores, en su afán de distinguir el objeto de la obligación del objeto del contrato, pues se trata de autores franceses que utilizan el Contrato como paradigma lógico y no así el negocio jurídico, llegan a la conclusión de que mientras el objeto de la obligación es la prestación debida, el objeto del Contrato es la creación, modificación, regulación, o extinción de obligaciones confundiendo, sin darse cuenta, el objeto del contrato con su Causa o finalidad objetiva.

A nuestro entender, y en la medida en que la prestación consiste en una conducta que una de las partes se compromete a realizar frente a la otra, no hay ningún obstáculo de orden conceptual para establecer que el objeto del contrato o del negocio jurídico es la prestación debida, pues entendida esta como un comportamiento, deberá concurrir para la validez del supuesto de hecho, el mismo que una vez debidamente formado con la concurrencia de todos sus elementos, dará lugar al nacimiento de determinadas obligaciones, cuyo objeto serán también las conductas a que quedan obligadas las partes, esto es, el cumplimiento de las prestaciones debidas.

Sin embargo, aún cuando consideramos que el objeto del negocio jurídico debe entenderse como la pres-

tación debida, somos de la opinión que el mismo no constituye un elemento o componente del negocio jurídico, sino únicamente un presupuesto, antecedente o término de referencia, que sin embargo debe concurrir con el resto de elementos y requisitos para que el negocio jurídico sea plenamente válido y eficaz.

Estando claramente establecido, que según nuestro punto de vista, el Objeto del negocio jurídico consiste en la prestación, debemos determinar a ciencia cierta cuál es el significado de Objeto dentro de nuestro Código Civil.

En primer lugar, llama la atención que el nuevo Código Civil en su artículo 140º exija para la validez del acto jurídico que el objeto sea física y jurídicamente posible, a diferencia del artículo 1075º del Código derogado que exigía para la validez del acto jurídico la existencia de un objeto lícito. Como es sabido, este requisito de la licitud del objeto en el Código de 1936, fue cuestionada por los comentaristas de dicho Código, en el sentido de que siendo el objeto la cosa, el objeto nunca podría ser ilícito, pues lo que es susceptible de ser ilícito es la finalidad de las partes contratantes y no la cosa en sí misma considerada. En vista de estos antecedentes y teniendo en cuenta que el Código actual no exige la licitud del objeto para la validez del acto jurídico, pues sólo exige la licitud en el fin, podría pensarse que el nuevo Código ha incorporado la noción de objeto entendido como cosa. En otros términos, si el Código exigiera la licitud como requisito del objeto, podría pensarse que se habría optado por la noción de objeto entendido como prestación y no como cosa.

Sin embargo y aun cuando el Código no establece la licitud como requisito del objeto, no podemos deducir de modo alguno que se haya incorporado la noción de objeto como cosa, ya que al establecerse en forma categórica que el objeto deberá ser física y jurídicamente posible, se está aludiendo en forma directa a una de las características del objeto entendido como la prestación, cuando ella consiste en un hecho personal del deudor.

La explicación de este punto de vista, es la siguiente:

- a. Como hemos afirmado anteriormente, la prestación puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer, es decir, en la transmisión de un Derecho Real, o en un hecho personal del deudor.
- b. Cuando la prestación consiste en la transmisión de un Derecho Real, se entiende que se trata, obviamente, de la transmisión de un derecho al acreedor, sin embargo, por comodidad de expresión, en el lenguaje común se dice que la prestación es una cosa. Esta expresión abreviada es incorrecta, pues lo que se transfiere es un derecho real que recae sobre una cosa, y no es la cosa la que va a ser transferida mediante el Contrato o el Negocio Jurídico.

dico.

Siendo ésto así, cuando la prestación consiste en la transmisión de un Derecho Real, la cosa sobre la cual recae el derecho que va a ser transferido al acreedor, debe reunir los siguientes requisitos: la cosa debe existir, debe estar en el comercio de los hombres, ya que no son transmisibles los bienes de dominio público y debe estar determinada o ser determinable en cuanto a su especie y cantidad.

- c. Asimismo, cuando la prestación consiste en un hecho personal del deudor, sea positivo o negativo, este hecho debe a su vez reunir los cuatro requisitos siguientes: debe ser un hecho física y/o jurídicamente posible; el hecho prometido debe ser lícito, pues no debe tratarse de un hecho inmorral o ilícito en el sentido estricto; debe ser personal del deudor por regla general, y por último, el hecho prometido debe representar un interés para el acreedor, patrimonial o moral.
- d. Como se podrá observar fácilmente, mientras el artículo 140 del Código Civil señala que el objeto deberá ser física y jurídicamente posible, el inciso 3º del artículo 219 dispone que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. En otros términos, el Código exige que el objeto del acto jurídico deba ser física y/o jurídicamente posible y determinable. Y estas dos condiciones o requisitos de la posibilidad y de la determinabilidad, como ya lo hemos visto anteriormente, no son sino condiciones que deben reunir las prestaciones, bien sea que consistan en la transmisión de un derecho real o en la ejecución de un hecho personal del deudor. Siendo ésto así, la conclusión lógica es que el nuevo Código Civil ha incorporado la noción de objeto del Negocio Jurídico entendido como la prestación prometida, ésto es, como el comportamiento que deberá realizar una de las partes frente a la otra. De no ser así, el Código no hubiera exigido para la validez del acto jurídico, que el objeto cumpliera con los requisitos de la posibilidad y determinabilidad, que son requisitos que según la Doctrina se aplican a las prestaciones debidas.

En consecuencia, el inciso 3º contiene una causal de nulidad por ausencia de ciertos requisitos que son de aplicación al objeto del acto jurídico, lo cual es correcto conceptualmente hablando, pues el objeto entendido como prestación debe reunir determinados requisitos para que el acto jurídico sea válido. No se trata, pues, de una causal de nulidad basada en la ausencia de un presupuesto del negocio jurídico, como lo sería la ausencia de objeto, sino se trata de una causal fundamentada en la ausencia de determinados requisitos de aplicación al objeto del negocio jurídico, al igual que la causal basada en la ausencia del requisito de la capacidad de ejercicio aplicable al sujeto, entendi-

do igualmente como un presupuesto del negocio jurídico.

4. Fin Ilícito

Según el inciso 4º del artículo en estudio, el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito. Esta disposición guarda armonía con el inciso 3º del artículo 140 que señala que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito.

Pues bien, en este caso, y al igual que con la causal anteriormente estudiada, para poder determinar el alcance de esta nueva causal de nulidad, deberemos conocer a ciencia cierta cuál es el concepto de "fin" incorporado en el nuevo Código Civil.

Como el Código Civil no contiene una definición de fin, que tampoco hubiera podido estar presente, tenemos que recurrir a la doctrina para conocer el significado de dicha expresión, y observaremos que la palabra fin en Derecho Civil, específicamente en materia de negocios jurídicos y de contratos, está vinculada necesariamente al concepto de causa. ¿Qué cosa señala la Doctrina de la Causa respecto a la naturaleza de este Elemento del Negocio Jurídico? La Doctrina Causalista no da una respuesta uniforme para determinar el significado de la causa como elemento del Negocio Jurídico, pues existen una serie de teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de dicho elemento, según la diversidad de sistemas causalistas existentes. Siendo ésto así, tendremos que analizar brevemente cada una de las diferentes teorías sobre la Causa que se han elaborado en los distintos sistemas causalistas. Estas teorías pueden ser agrupadas en cuatro grandes rubros.

Dentro del primero que podríamos calificar de Teorías Subjetivas, encontramos, en primer lugar, la Teoría Clásica de la Causa, todavía vigente en la actualidad en Francia, y que fuera elaborada por los primeros comentaristas del Código Civil Francés. Sin embargo, totalmente dejada de lado en la actualidad en el resto de los países con Sistemas Jurídicos Causalistas. Según esta Teoría Clásica la causa es el fin inmediato y directo por el cual el deudor asume su obligación, tratándose siempre del mismo fin, según se esté frente a un Contrato Sinalagmático, a un Contrato Real y/o a un Contrato a Título Gratuito. En otras palabras, según esta primera teoría sobre la causa, aun cuando ella es un móvil o motivo, se trata de un móvil abstracto, que es siempre idéntico en todos los contratos de una misma naturaleza, a diferencia del motivo en sentido estricto, que es distinto en cada tipo de contrato, según sean distintas las partes contratantes.

La segunda Teoría Subjetiva elaborada por Josserand, en base a los repertorios de la Jurisprudencia Francesa de su época y denominada "Teoría Neocausalista", es aquélla que señala que la causa ya no es un móvil abstracto, sino el móvil impulsivo y determinante por el cual el deudor asume su obligación, dis-

tinto en cada tipo de contrato, según las partes que hayan intervenido. En buena cuenta, esta segunda teoría subjetiva sobre la causa viene a identificar el concepto de causa con el de motivo o móvil concreto que impulsa las partes a contraer sus obligaciones al celebrar un determinado contrato. La razón de ser de esta teoría subjetiva, radicó principalmente en el hecho de que con la formulación sobre la causa elaborada por la teoría clásica era imposible, salvo en el caso de los contratos sinalagmáticos, encontrar un supuesto de causa ilícita, lo cual era perfectamente posible si se entendía que la causa ya no era un móvil abstracto, sino un móvil concreto. Sin embargo, esta tesis subjetiva no logra explicar el concepto de ausencia de causa incorporado en el Código Civil Francés y en los códigos que lo han seguido, ya que hasta un loco actúa siempre determinado por un móvil o motivo. En la actualidad esta teoría no cuenta con casi ningún seguidor, además de su creador y algunos otros como Julien Bonnecase. A nuestro entender, esta teoría no puede aceptarse, no sólo porque no explica el concepto de ausencia de causa, sino principalmente porque identifica en forma inapropiada la causa con el motivo determinante de la celebración de un contrato.

En segundo lugar, tenemos las teorías objetivas, producto de la Doctrina Italiana, que identifican el concepto de causa con la finalidad objetiva del negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal. Según estas teorías, la causa consiste en la finalidad típica del negocio jurídico, o en su función económica y social, o en su función jurídica, o en la razón económica y jurídica del mismo, etc. Sin embargo, para todas ellas, con independencia de sus distintos matices, la causa consiste siempre en un elemento netamente objetivo, que debe ser examinado desde el punto de vista del ordenamiento positivo y perfectamente distinguible de los motivos de las partes. Todas estas teorías objetivas, y principalmente la que ve en la causa la función económica y social del negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal, son las predominantes en la actualidad.

Sin embargo, así como las teorías subjetivas, principalmente la neocausalista no llega a explicar satisfactoriamente el concepto de ausencia de causa, las teorías objetivas por su parte se ven imposibilitadas de justificar el concepto de causa ilícita, dada la perfecta distinción entre la causa y los motivos, de forma tal que se ha llegado a pensar que en algunos supuestos, es necesario tener en consideración los motivos de las partes, cuando ellos son ilícitos, a fin de poder dar un contenido al concepto de causa ilícita.

Por ello, determinados autores causalistas han optado por una visión dual de la causa del negocio jurídico, entendiendo que la causa es objetiva cuando se trata de determinar el valor de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, y que la causa es subjetiva cuando se trata de conocer el concepto de causa ilícita, de forma tal que para este tercer grupo de autores habrían dos conceptos de causa, uno objetivo neta-

mente separado de los motivos, y otro subetivo que identifica el concepto de causa y el motivo.

Sin embargo, y en vista que todas las teorías anteriormente expuestas sobre la causa, no han resultado satisfactorias para explicar el concepto de causa incorporado en los Códigos Civiles, que sancionan con nulidad los contratos que no tengan causa, o en los que la causa exista, pero sea ilícita, un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetivas italianas, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

A nuestro entender, esta cuarta posición teórica es la más adecuada para comprender a cabalidad el rol de la causa como Elemento de los Negocios Jurídicos.

Ahora bien, ¿A qué teoría sobre la causa se ha adherido nuestro Código Civil? En nuestra opinión, los redactores del Código Civil han creído incorporar la teoría subjetiva de la causa, tal como la entiende Josseland. La razón de esta opinión es la siguiente:

Si bien es cierto que el Código Civil en su artículo 140 dispone en forma expresa que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito, lo que nos podría llevar a pensar que el Código habría optado por un sistema unitario de la causa, en el sentido que el acto jurídico no sólo requiere de un fin objetivo, sino además de ello de un fin objetivo que no deberá estar viciado por ningún motivo ilícito; en el inciso 4º del artículo 219 sanciona con nulidad únicamente el acto jurídico cuyo fin sea ilícito; de forma tal que al Código sólo le interesaría el aspecto subjetivo de la causa, pues si se hubiera tomado en cuenta su aspecto objetivo, se habría establecido como una causal adicional de nulidad la del acto jurídico que no tuviera fin.

Sin embargo, en nuestra opinión, el Código puede ser correctamente interpretado, en forma doctrinaria, en el sentido de que para la validez del acto jurídico no solo se requiere de un fin, que además deba ser lícito, sino que la causal de nulidad por Ausencia de Fin podría deducirse perfectamente como un caso más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3º del artículo 140º, pues si para la validez del acto jurídico se requiere de un fin lícito, será nulo el acto jurídico que no tenga un fin lícito. En otras palabras, sólo por nulidad virtual o tácita podremos llegar a la conclusión de que es nulo el acto jurídico que no tenga un fin o causa.

En nuestro concepto, sin embargo, hubiera sido preferible que el Código Civil utilizara el término "Causa" y no el de "Fin Lícito".

En conclusión, la causal de nulidad por fin ilícito,

contemplada en el artículo 219º, deberá entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo sea ilícita, por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del Requisito de la Licitud, aplicable al Fin, que constituye uno de los elementos del acto jurídico, según nuestro Código Civil.

5. Simulación Absoluta

Según el inciso 5º del artículo 219º el acto jurídico será nulo cuando adolezca de Simulación Absoluta. Como es sabido, para la casi totalidad de los civilistas la Simulación no consiste sino en un caso de Discrepancia entre la Voluntad Declarada y la Voluntad Interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros. En forma unánime la Doctrina distingue dos clases de simulación: La Simulación Absoluta en que existe un solo negocio jurídico denominado "Simulado", y la Simulación Relativa en que detrás del negocio simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que se denomina "Disimulado". Tanto en el supuesto de la Simulación Absoluta como en el de la relativa el Negocio Jurídico Simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el negocio Disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes.

Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5º del artículo 219º, sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto como ya lo hemos expresado el acto jurídico Simulado es nulo tanto en la Simulación Absoluta como en la Relativa. El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

6. Ausencia de Formalidad prescrita bajo sanción de Nulidad

La causal de nulidad contemplada en el inciso 6º del artículo 219º está referida al supuesto de que en un Negocio Jurídico Solemne o con Formalidad Ad Solemnitatem, no concurra la forma dispuesta por la Ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el negocio jurídico será nulo por ausencia de uno de sus elementos o componentes. Como lo hemos afirmado anteriormente, los dos únicos elementos comunes a todo negocio jurídico son la Declaración de Voluntad y la Causa. Sin embargo, existen determinados negocios jurídicos, que además de dichos elementos, requieren para su formación del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad, de tal manera que en ausencia de dicha formalidad el

negocio jurídico será nulo y no producirá ningún efecto jurídico de los que en abstracto debía producir. Estos negocios jurídicos formales, denominados también solemnes o con formalidad *Ad Solemnitatem*, generalmente son negocios jurídicos de Derecho Familiar o Negocios Jurídicos Patrimoniales a título gratuito. Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil son negocios formales el Matrimonio, la Adopción, el Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales, el Testamento, la Donación de Bienes Muebles en algunos casos, la Donación de Bienes Inmuebles, el Mutuo entre Cónyuges, el Suministro a Título Gratuito, el Secuestro, la Fianza, el Compromiso Arbitral, la Renta Vitalicia, entre otros.

Esta causal de nulidad está bien concebida, pues se trata de un típico caso de nulidad por ausencia de un elemento, en este caso la forma impuesta por la ley bajo sanción de nulidad.

7. Nulidad Expresa

Según el inciso 7º del artículo 219 el acto jurídico será nulo cuando la Ley lo declare nulo. Este inciso hace referencia a los supuestos de Nulidades Textuales o expresas. La Doctrina, según es conocido, distingue dos tipos de nulidad: nulidades expresas y nulidades tácitas o virtuales. Las Expresas son aquellas que vienen dispuestas manifiestamente por un texto legal, mientras que las nulidades Virtuales son aquellas que se producen cuando un determinado negocio jurídi-

co contraviene una norma imperativa, así por ejemplo el Matrimonio entre dos personas del mismo sexo es nulo tácitamente por contravenir lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil. Casos de nulidades expresas en nuestro Código Civil son, por ejemplo, el artículo 274 para el Matrimonio, el artículo 865 para la partición hecha con preterición de algún heredero, el artículo 1543 que dispone que la compra-venta es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, el artículo 1927 que establece que es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública, el artículo 1932 que señala la nulidad del pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso entre otros.

8. Nulidad Virtual

A diferencia de la Causal de Nulidad contemplada en el inciso anterior, la dispuesta en el último inciso del artículo 219 hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales, explicadas anteriormente, por cuanto se dispone que es nulo el acto jurídico en el caso del artículo V del Título Preliminar, esto es el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En estos casos, la nulidad viene impuesta no expresamente por la norma legal, sino por el hecho de que el negocio jurídico contraviene una norma inspirada en el orden público o las buenas costumbres.

PRODUCTOS EL TIGRE

La persona jurídica sin fin de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?

(Primera Parte)

Beatriz Boza Dibós

Abogado y ex-miembro del Comité Directivo
de *Thémis*

En la sociedad moderna, caracterizada por el espíritu de ganancia y maximización de beneficios, ¿cómo se explica la subsistencia y actual auge de organizaciones que precisamente niegan el afán de lucro? ¿Qué papel desempeñan la asociación, la fundación y el comité en una economía social de mercado? ¿Tienen, acaso, cabida en un sistema económico de esta naturaleza? ¿Responden a las necesidades de los que las conforman o cumplen un rol social? En última instancia, ¿estamos ante entidades exclusivamente altruistas y filantrópicas? Haciendo eco al llamado del profesor Luna Victoria¹ nos embarcamos en la tarea de profundizar acerca del rol que desempeñan las organizaciones sin fines de lucro.

No obstante su creciente presencia en los diversos sectores de la actividad económica del país —educación, cultura, salud, agro, artesanía, industria, asesoría legal, auxilio a los necesitados, religión y política²— las entidades sin fines de lucro no han merecido mayor atención por parte de la doctrina nacional. El desarrollo de estas instituciones plantea consideraciones de tipo jurídico, económico, político y social de singular importancia, en especial un reto al ordenamiento legal vigente.

El propósito de este artículo consiste en desarrollar un marco teórico que pueda informar la legislación de la materia y servir de base al legislador. En tal virtud analizaremos la noción de "fin no lucrativo", cuáles son sus características y alcances, cómo garantizar su cumplimiento y en qué medida sirve como elemento diferenciador respecto de las demás formas organizativas, evaluaremos la necesidad de la inscripción,

las actividades que estas entidades puedan llevar a cabo (objeto social) y las implicancias del régimen fiscal.

1. El fin no lucrativo

El común denominador entre la asociación, la fundación y el Comité es la ausencia del espíritu de ganancia, propio de las sociedades comerciales. En efecto, el art. 80 del C.C.³, dispone "la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo". A su turno, el art. 99 del mismo cuerpo legal define a la fundación como aquella "organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social". Por último, la primera parte del art. 111 se refiere al comité como "la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinadas a una finalidad altruista". El fin no lucrativo es, pues, lo que caracteriza a estas figuras jurídicas.

a) Fin y objeto social

¿Qué entiende el legislador al hablar de "fin no lucrativo"? Aquí ingresamos a terrenos pantanosos, ya que reina cierto grado de confusión al respecto. En efecto, se suele utilizar —erróneamente, por cierto— "fin" y "objeto" como sinónimos, cuando lo propio es distinguirlos.

El fin es el propósito que se persigue mediante o a través de algo, mientras que el objeto, y en particular, el objeto social es la actividad que desarrolla la persona jurídica. Así pues, el campo de acción de una persona jurídica puede estar referido a la educación, salud, minería o compraventa de mercancías en general, éste es su objeto social, pero no dice nada acerca del propósito que persiguen sus miembros. El fin para el cual se constituye la persona jurídica es lucrativo, si los ac-

1. Luna Victoria, César: "El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles", *Thémis* N° 5, 1986, p. 49 y s.

2. Basta pensar en el caso de la Cruz Roja Peruana, Asociación Peruana de Lucha contra el Cáncer, Fundación por los Niños del Perú, Asoc. Sol Armonía, Fundación Acuario, Sociedad Filarmónica, Asoc. Jurídica *Thémis*, Instituto Libertad y Democracia (ILD), Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

3. Toda cita legal sin referencia específica corresponde al articulado del Código Civil Peruano de 1984.

cionistas pretenden obtener ganancias, o no lucrativo, en cuyo caso no habrá distribución de utilidades. El fin de lucro se da, pues, en la relación persona jurídica-miembros, y no en cuanto al objeto que ésta desarrolla.

Para ilustrar lo expuesto tomemos el caso de un grupo de ciudadanos dedicados a tareas académicas que deciden promover la cultura de los jóvenes, para cuyo caso constituyen un centro educativo que bautizan con el nombre "La Nueva Generación". La entidad lleva a cabo quehaceres educativos, éste es un objeto social. La finalidad que persiguen sus fundadores pueden ser puramente alturista (por ejemplo, el fomento de la educación cristiana) o lucrativa como en el caso de las academias universitarias.

b) Fin no lucrativo

La ausencia del espíritu de ganancia sancionada por el Código Civil implica una prohibición, cual es: no repartir la utilidad que hubiese entre los miembros de la asociación, fundación y comité. El profesor Hansmann en su acucioso estudio⁴ enseña que el fin no lucrativo no se agota allí no más sino que prohíbe cualquier distribución de ganancia, superhabit o incremento patrimonial a los miembros, administradores, gerentes, directores o individuos que ejerzan control sobre la asociación, fundación o comité respectivamente. Todo superhabit debe destinarse en su integridad a financiar los servicios para los cuales se constituyó la organización. Esto no significa que, por ejemplo, una asociación esté prohibida de generar utilidades o que la fundación deba funcionar a pérdida. Lo único que se proscribe es la distribución de utilidades a los miembros o funcionarios que administran la institución. Tal sería el caso si, por ejemplo, la remuneración de los administradores fuese excesiva, y no guardase relación con el trabajo realizado; la organización concediese préstamos a sus miembros o funcionarios pactando una tasa de interés muy por debajo de la usual; o celebrase contratos muy ventajosos con firmas controladas por los miembros o funcionarios.

Nuestra legislación no contiene expresamente una norma de esta naturaleza. Cabría argumentar, empero, que el funcionario que se procura algún tipo de beneficio se está enriqueciendo indebidamente; que, asimismo, estaría incumpliendo el mandato encomendado, por lo que se haría acreedor de las sanciones prescritas por el artículo 1794 (caso en que el mandatario utilice en su beneficio o destine a otro fin el dinero o los bienes que debía emplear para el cumplimiento del mandato), etc. Más adelante⁵ retomaremos este punto. Por ahora, basta dejar en claro que la prohibición de adqui-

rir utilidades *debe* entenderse referida también a los funcionarios y administradores de la organización.

c) Prohibición de distribuir el patrimonio en caso de disolución

La prohibición de distribuir utilidades, elemento tipificador del fin no lucrativo, se extiende más allá de la "vida" de la organización. En efecto, el haber neto resultante de la disolución de una de estas personas jurídicas debe aplicarse en su integridad a actividades análogas. El legislador es bien claro al respecto (y los registradores haciendo gala de juricidad se han encargado de hacer cumplir esta disposición): los miembros no pueden ni deben obtener beneficios económicos con ocasión de la disolución. Así lo dispone el art. 98 para las asociaciones, el inciso 6 del art. 104 y art. 109 en el caso de las fundaciones, y el art. 122 hace lo propio respecto del comité. De esta manera, el legislador otorga mayor eficacia al propósito no lucrativo propio de estas entidades, evitando que alguien constituya una asociación, recaude fondos exonerados de tributación y luego de acumular cierta riqueza liquide la asociación para adjudicarse el haber neto, burlando así la prohibición de distribuir utilidades y tornando innecesaria la forma asociativa.

Ahora bien, tal como hemos explicado anteriormente, no sólo los miembros sino también los directores, administradores, funcionarios y personas que ejerzan algún tipo de control sobre la organización deben estar prohibidos de adquirir el remanente a que hubiera lugar.

En esta línea de pensamiento, al proscribirse cualquier adquisición por parte de los miembros y/o funcionarios debe determinarse quien se beneficiará con los bienes resultantes de la disolución. El legislador debe decidir qué grado de discreción le reconoce a los administradores de una asociación, fundación o comité. Dicho en otros términos, si les impone o no restricciones).

Una alternativa sería dejar la decisión en manos de los administradores, quienes determinarían quien o qué entidad resultaría beneficiada. Otra solución sería disponer que el remanente deba destinarse a actividades análogas.

Hansmann concluye que ambas alternativas tienen sus virtudes: tomando en cuenta la intención de quienes financiaron la actividad de la organización, los bienes deberían destinarse a una actividad análoga. Sin embargo, agrega Hansmann, considerando que la disolución de una institución de esta naturaleza generalmente se debe a su inoperancia e ineficacia social sería contraproducente mantener esos bienes afectados de esa manera. Si bien ambas alternativas tienen sus ventajas, el mencionado autor se inclina por la solución más liberal⁶.

4. Hansmann, Henry: "The Role of Nonprofit Enterprise", The Yale Law Journal, vol. 89 N° 5, april 1980, p. 838 en adelante citado "Role". El concepto del "NONDISTRIBUTION CONSTRAINT" desarrollado por Hansmann ha sido adoptado por la doctrina norteamericana.

5. Ver punto 3c.

6. Este punto lo hemos extraído de Hansmann, Henry: "Reforming Nonprofit Corporation Law", University of

Nuestro legislador por el contrario ha sancionado la solución más restrictiva. La disolución de una asociación puede deberse, también a la mala gestión de sus administradores. Dada la perspicacia que nos caracteriza y la dificultad de fiscalizar el cabal cumplimiento del fin no lucrativo compartimos la posición adoptada por nuestro codificador.

d) Pago de intereses

Debemos preguntarnos ahora si la prohibición de distribuir utilidades proscribiera, también, todo pago como contraprestación por el uso del capital. De primera impresión la respuesta parece ser en sentido negativo: ¿por qué habría de prohibirse el pago de intereses por el uso de capital? Debería permitirse tal como se permite el pago de una remuneración por el trabajo realizado o el pago del precio por los insumos adquiridos. El tema se torna menos evidente tratándose de préstamos hechos por personas que de una u otra forma ejercen control sobre la organización. En este caso el ordenamiento legal debe asegurar que los intereses pagados no excedan lo justo y necesario ⁷.

De lo expuesto podemos concluir que el fin no lucrativo, elemento tipificador de la asociación, fundación y comité, prohíbe distraer el patrimonio de la organización para fines ajenos a la misma, en particular, cualquier tipo de distribución de ganancias a los miembros, administradores, funcionarios o individuos que ejerzan algún tipo de control sobre la organización.

2. Rol que desempeñan las personas jurídicas sin fin de lucro

Ya Luna Victoria al analizar el régimen patrimonial de las asociaciones civiles nos alertó acerca del nuevo rol que cumplen estas instituciones en nuestra sociedad. "Parecería ser —acota— que el ordenamiento legal las continúa considerando como entidades exclusivamente altruistas o filantrópicas, ignorando su nuevo rol" ⁸.

¿Cuál es este nuevo rol al que alude Luna Victoria? Retomando la pregunta inicial, ¿qué papel desempeñan estas organizaciones en el marco de una economía social de mercado? ¿El afán de lucro no debería, acaso, sofocar el auge de estas entidades? ¿Qué incentivo tienen estas formas organizativas? El tema no es sencillo y rebasa los alcances de un enfoque tradicional. Debemos apartarnos momentáneamente de la teoría clásica civilista para adoptar un enfoque funcional que nos ayude a dar respuesta a estas interrogantes.

Pennsylvania Law Review, vol. 129 N° 3, enero 1981, p. 574 y s., en adelante citado "Reforming".

7. Así Hansmann, "Reforming", p. 563 y ss. Según el autor la dificultad radica en determinar la tasa de interés razonable en cada caso.

8. Luna Victoria, p. 50 trabajo que revela, una vez más, la calidad académica de su autor.

El profesor Hansmann, uno de los principales eruditos en la materia, replantea la problemática ofreciendo una teoría totalmente distinta pero, a la vez, coherente y persuasiva, acerca del rol de las organizaciones sin fines de lucro. En vez de abordar el tema en los términos tradicionales a que estamos acostumbrados, es decir, preguntarse qué es la asociación, cuál es su naturaleza jurídica, etc., Hansmann parte de la existencia de organizaciones tales como la Cruz Roja, La Asociación Peruana contra el Cáncer, Fundación por los Niños del Perú, Asociación Sol Armonía y Fundación Acuario, y del hecho que los individuos voluntariamente contribuyen a su funcionamiento para preguntarse: ¿qué estructura organizativa preferirían los donantes de la Cruz Roja si tuviesen que elegir? ¿A qué tipo de persona jurídica encomendarían su contribución? De este modo Hansmann centra su atención en la forma cómo estas entidades financian sus actividades, en las razones por las cuales los "contribuyentes" confían en ellas y en el porqué de la prohibición de distribuir utilidades. Más que una solución distinta Hansmann ofrece un enfoque metodológico diferente. A veces el "quid" del asunto radica en saber replantear el problema...

a) Clasificación

A efectos de facilitar la exposición, Hansmann, clasifica las organizaciones sin fines de lucro de acuerdo a la forma en que son financiadas y controladas ⁹. Así distingue entre aquellas entidades que reciben la mayor parte de sus ingresos a título de donación (las bautiza como *organizaciones donativas*), tales como la Cruz Roja, y aquellas que perciben sus ingresos como contraprestación por los servicios prestados (las denomina *organizaciones comerciales*), entre las que destacan los hospitales. Donantes y pacientes tienen algo en común: financian la actividad de la organización. En tal virtud el autor los engloba bajo la categoría de "patrocinadores" entendiendo por tales a aquellas personas que financian la actividad de la institución.

Esta terminología, que a primera vista puede parecer alienada y ajena al Derecho, refleja ciertas bondades. Amén de servir como instrumento analítico, desecha el ambivalente concepto de "membrecía". En efecto, la idea de miembro generalmente implica participación en el control de la organización, y en algunos casos, participación en las utilidades. En otras circunstancias, el mismo término simplemente se refiere al "cliente", como en el caso de las tarjetas de crédito. Dada la generalidad y ambivalencia del término, el concepto de patrocinio resulta más apropiado para nuestro estudio.

Por otro lado, tomando en cuenta quien tiene el control de la organización será *mutual* si los patrocinadores controlan la entidad (p. ej. clubs) o *empresarial* cuando los patrocinadores no ejerzan ningún tipo de control formal sobre la institución (por ejemplo

9. Hansmann, "Role", p. 840 y s.

museos, hospitales), cuyo consejo directivo es autónomo e independiente de los patrocinadores ¹⁰.

Antes de entrar de lleno al tema que nos ocupa es menester dedicar unas palabras a las personas que se benefician por el quehacer y funcionamiento de la organización. Nos referimos a los *beneficiarios*, algunas veces llamados usuarios. Al respecto cabe señalar que los términos acreedor de una entidad y beneficiario no deben confundirse con las categorías de ricos y pobres. Muchos acreedores son clientes, empleados o empresas pequeñas. El término beneficiario por el contrario, puede incluir a los visitantes a una galería de arte, universidad o sinfónica. Si bien el término "beneficiarios" tiene connotaciones favorables, no debe confundirse con la de "pobres" ¹¹.

Sirvanos lo expuesto para destacar las dos características más importantes de toda organización: el patrocinio, motor y fuente de financiamiento, y el control. De este modo Hansmann lo único que hace es crear nuevas categorías para realidades ya conocidas.

b) Teorías altruistas

Con este bagaje terminológico como marco referencial podemos embarcarnos en la difícil tarea de entender el porqué de las organizaciones sin fines de lucro. Una primera salida es destacar el elemento altruista, el hecho que "ciertas actividades no generan ganancia", o "que nadie puede lucrar de la miseria o salud de otros", o simplemente consideraciones de índole ideológico.

Para comenzar, cabe señalar que toda empresa tiene que cubrir gastos. Parafraseando al profesor Hansmann¹², la diferencia entre la Cruz Roja y una sociedad anónima no está tanto en el precio del bien que ofrecen sino en el hecho de quién paga (léase financia) su actividad. Dicho en otros términos, la cuestión no radica en determinar si las personas necesitadas pueden pagar los servicios que presta la Cruz Roja sino más bien, dado que algunas personas contribuyen a esta causa, qué tipo de organización van a patrocinar.

El hecho que determinado servicio sea de vital importancia no implica que necesariamente deba ser proveído por una institución no lucrativa. Los medicamentos y productos farmacéuticos son producidos por

laboratorios comerciales. Así también el quehacer agropecuario, fuente primordial de alimentos, intenta procurar una ganancia para los productores.

Podría sostenerse que los fundadores de una organización no lucrativa adoptan esta estructura por oponerse en términos ideológicos al sistema capitalista, y con ello a su máximo exponente, la sociedad anónima. Si su oposición es de rechazo a la explotación del trabajo por parte del capital, una salida, tal vez más coherente sería constituir una Sociedad Anónima y repartir las utilidades entre los trabajadores a título de bonificación. Si, por el contrario, la oposición radica en la idea misma de llevar a cabo una Sociedad Anónima, el argumento guardaría consistencia. Habría que preguntarse, entonces, si ésta es la motivación de todas aquellas personas que conforman un club, que llevan a cabo la gestión de la Cruz Roja, que tienen a su cargo los museos, que se dedican a labores de alfabetización, a organizar comedores populares o a socorrer a los necesitados. Difícilmente, lograríamos al consenso.

c) Teoría Fiscal

Se ha sugerido, que los beneficios e incentivos tributarios inducen a la formación de organizaciones no lucrativas. Dada la crisis económica que afecta al país y la sofocante carga fiscal que pesa sobre la iniciativa privada, resulta plausible que algunos pequeños empresarios intenten garantizarse un ingreso mensual permanente a título de salario de una asociación —gozando además de beneficios tributarios— en vez de correr el riesgo de perder" el zorro y el moro" en caso se constituya como entidad mercantil. Este raciocinio puede explicar el desarrollo de ciertas asociaciones, especialmente aquellos constituídos durante los últimos años. Sin embargo, no explica el porqué de los clubs ni ofrece una respuesta sólida acerca de las demás entidades a que hemos hecho referencia con anterioridad.

d) Las organizaciones no lucrativas como entidades fiduciarias

De ahí que Hansmann descarte este enfoque (ver a las organizaciones sin fines de lucro como resagos históricos o investidas de calidades éticas o filantrópicas). En su opinión, responden a una serie de necesidades sociales que pueden ser descritas en términos económicos¹³: la Cruz Roja, la Fundación para la Lucha contra el Cáncer, la Asociación Sol Armonía o Fe y Alegría, son instituciones fiduciarias, es decir, surgen como protección a los patrocinadores.

(1) *Teoría Económica*.— Basándose en las enseñanzas de la teoría económica el mencionado autor explica que la sociedad de mercado requiere libre competencia, de tal manera que los consumidores puedan comparar calidad y precio antes de concluir una transacción, así como la posibilidad de determinar con posteriori-

10. Bitker, Boris y Rahdert, Georg: "The Exemption of Non-profit Organizations from Federal Income Taxation", *The Yale Law Journal*, vol. 85 N° 3, enero 1976, p. 305 y s. proponen una clasificación parecida al distinguir entre aquellas organizaciones de beneficio mutuo (clubs, cámaras de comercio, sindicatos) y aquellas que prestan un servicio a la sociedad en general (universidades, instituciones de caridad, etc.).

11. Asi Mason, Kenneth: "Exempting Nonprofit Corporations from Involuntary Bankruptcy: Misplaced Compassion", *Yale Law School*, dic. 1983, manuscrito no publicado.

12. Hansmann, "Role", p. 879 y s.

13. Hansmann, "Role", p. 896 y ss.

dad si el vendedor cumplió satisfactoriamente con los términos pactados o demandar el incumplimiento.

Hansmann descubre, que en determinadas circunstancias, los consumidores no están en aptitud de evaluar las bondades del bien adquirido; viéndose privados de la posibilidad de obtener la transacción más ventajosa. En estas circunstancias, cualquier Sociedad Anónima, se vería tentada a inflar los precios reduciendo la calidad de sus productos para lograr un mayor margen de ganancia, perjudicando en esa medida los intereses del consumidor. Si, por el contrario, contratan con una entidad no lucrativa, tienen por lo menos una garantía: la estructura organizativa de la institución que prohíbe cualquier distribución de utilidades. El estatuto de la Cruz Roja garantiza el destino que se le darán a los fondos recaudados. Lo mismo ocurre en el caso de Sol Armonía, Thémis o de los fondos que recauda Belmont en la Teletón. Desde esta perspectiva la prohibición de distribuir utilidades adquiere su total sentido y aporta nuevas luces acerca de su razón de ser ¹⁴.

(2) "Imperfección del mercado"¹⁵. - Las circunstancias que dan lugar a esta "imperfección del mercado" son diversas. Por un lado la naturaleza misma del producto (p. ej. complejidad de los servicios personales, naturaleza pública del bien, etc.), por otro, las circunstancias propias de la transacción (p. ej. divorcio entre el patrocinador y el beneficiario de los servicios).

Permítasenos graficar lo expuesto comparando la actividad de la Cruz Roja con aquella realizada por firmas comerciales. De uno u otro modo ambas venden un servicio: la Sociedad Anónima transporta y distribuye medicamentos a cambio de un precio; la Cruz Roja procura socorro a los necesitados con fondos de terceros. La diferencia radica en la falta de conexión entre quien patrocina los servicios de la Cruz Roja y los beneficiarios de los mismos. Mientras que en el caso de la Sociedad Anónima un contrato relaciona a las partes y protege sus intereses, el donante de la Cruz Roja se limita a confiar en la estructura organizativa de ésta: ella garantiza las expectativas del donante que contribuyó en la colecta.

El caso de los bienes públicos presenta iguales alcances. Quien contribuye para la protección de la fau-

na y la naturaleza ignora si su patrocinio está siendo destinado a ese fin. La virtud de la forma no lucrativa radica en asegurarle al contribuyente esta conexión.

El caso de las representaciones artísticas (teatro, ballet, música, etc.) los patrocinadores subvencionan el precio de los boletos permitiendo que un mayor número de personas tenga acceso al espectáculo.

A su turno, la estructura no lucrativa también garantiza la adecuada prestación de aquellos servicios que dada su complejidad y especialidad (p. ej. salud) escapan al común entender del ciudadano promedio. Es el caso de los hospitales, guarderías, etc.

(3) *Diferencias con la Sociedad Anónima*. - La prohibición de distribuir utilidades se yergue así como medida de protección a los patrocinadores. Mientras que la estructura corporativa de la Sociedad Anónima está destinada a proteger los intereses de los accionistas frente a quienes ejercen de manera directa el control de la sociedad (directores, administradores, grupo mayoritarios, etc.), la estructura de las instituciones sin fines de lucro tiene por objeto proteger los intereses de los patrocinadores frente a quienes ejercen el control.

Hansmann¹⁶ concluye, de esta manera, enfatizando el papel fiduciario que desempeñan las organizaciones no lucrativas. Ante la incapacidad del mercado de ofrecer mecanismos contractuales suficientes para garantizar el cumplimiento del encargo (destinar los fondos recaudados al fin propuesto) la prohibición de distraer el haber de la institución suple el vacío. De ahí que el Derecho deba velar por garantizar el fiel cumplimiento de esta prohibición.

El camino ha sido algo arduo y tedioso para arribar a una conclusión que, mal que bien, nos suena familiar: la asociación, fundación o comité manejan fondos ajenos, sirven de intermediarios entre los patrocinadores y los beneficiarios, simplemente: son "gente de confianza". La bondad de la tesis propuesta por Hansmann radica en proporcionar un marco teórico que explica el rol de estas entidades y fundamenta los principios que deben inspirar la legislación que las regula.

14. Esta es la tesis propugnada por Hansmann en diversas publicaciones, particularmente en "Role", "Reforming" y "Economic Theories of Nonprofit Organizations", The Nonprofit Sector. A research Handbook edited by Walter Powell, Yale Press, New Haven, 1987. La idea central se encuentra desarrollada en "Role", p. 843 y ss., 896 y ss. y "Reforming", p. 504.

15. Hansmann, "Role", p. 846 a 871.

16. Hansmann, "Reforming", p. 508 y s.

Conclusión del contrato de arrendamiento de duración determinada

Fernando Cantuarias S.

Miembro del Comité de Directivo de THEMIS.

El artículo 1699 del Código Civil establece que el contrato de arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo estipulado, sin necesidad de aviso previo. Es decir, al vencimiento del plazo, el arrendatario estará obligado a devolver el bien, sin que sea necesario requerimiento alguno. Sin embargo, el artículo 1700 preceptúa que, vencido el plazo si el arrendatario continúa en posesión del bien, habrá una continuación del arrendamiento —bajo sus mismas estipulaciones— hasta que el arrendador solicite su devolución, y el artículo 1704 establece que, exigida la devolución del bien, el locador tendrá derecho a cobrar la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo anterior hasta su efectiva devolución, sin que ello importe la continuación del arrendamiento.

¿Cómo concordar los tres artículos citados? ¿Si el arrendamiento concluye al vencimiento del plazo sin necesidad de aviso, cómo se entiende una continuación del mismo; es más, qué objeto tendría el exigir la devolución del bien?

Sobre este asunto existen dos interpretaciones: La primera, parte del hecho que el contrato de arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo estipulado sin necesidad de requerimiento, que, además, no existe renovación tácita del contrato; por tanto, desde el día siguiente al vencimiento del plazo, el arrendatario ha incumplido su obligación de devolver el bien y, en consecuencia, el arrendador podrá iniciar en cualquier momento la acción de Desahucio por vencimiento del contrato y demandar además el cobro de la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta su entrega efectiva. La segunda posición sostiene que, si bien dicho contrato concluye al vencimiento del plazo establecido, existe un periodo de hecho durante el cual continuará el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución y, a partir de dicho requerimiento, tendrá derecho a cobrar la cláusula penal pactada.

En nuestra opinión, la segunda posición es la acertada, es decir, el contrato concluye al vencimiento del plazo establecido, pero mientras el arrendatario permanezca en el uso del bien y el arrendador no solicite su devolución, el contrato continuará bajo sus mismas estipulaciones y recién a partir del pedido de devolución, el arrendador tendrá derecho a cobrar la penalidad convenida o, a falta, una prestación igual a la renta pagada, sin que ello importe la continuación del mismo. Basamos esta opinión en los siguientes fundamentos:

1) Si bien el contrato concluye al vencimiento del plazo, el Código Civil ha reconocido un estado de hecho y es que en general los arrendatarios no desocupan el bien hasta que el arrendador los requiere. Ahora bien, el Código Civil ha cuidado de establecer que esta continuación no implica renovación tácita del contrato. Como sabemos, el artículo 1532 del Código Civil derogado establecía que, si dentro de los 15 días a partir del vencimiento el locador no solicitaba la devolución del bien, el contrato se convertía automáticamente en uno de duración indeterminada. En ese supuesto, el arrendador necesitaba dar aviso extrajudicial o judicial de despedida para lograr la efectiva devolución del bien. Hoy, el arrendador, a partir del vencimiento, puede requerir al arrendatario en cualquier momento para que le devuelva el bien y, en todo caso, podrá interponer acción de Desahucio por vencimiento del contrato. Es decir, el contrato continuará bajo sus mismas estipulaciones, mientras no se le requiera al arrendatario para que devuelva el bien, sin que ello signifique renovación tácita del contrato.

2) Una vez requerido el arrendatario para que devuelva el bien, la continuación del arrendamiento se interrumpe y queda expedito el derecho del arrendador para cobrar la penalidad establecida o una prestación igual a la renta pagada. Es importante señalar que el legislador ha establecido una "prestación" igual a la renta del periodo precedente, por cuanto entiende que, a partir del aviso de devolución, ya no hay continuación del arrendamiento y, por tanto, lo que debe pagar el arren-

datario a falta de pacto, es una penalidad legal diferente a la renta, pero cuya valorización se determina por ella.

3) Si se aceptara la primera posición, tendríamos que llegar al absurdo que el art. 1700 es inaplicable, por cuanto, si el arrendador pudiera cobrar la cláusula penal desde el vencimiento efectivo del plazo del contrato, no sería necesaria la existencia de la famosa "continuación del contrato" y menos el requerimiento al arrendatario para que devuelva el bien.

A modo de conclusión: El contrato de arrendamiento de duración determinada concluye al venci-

miento del plazo estipulado, sin necesidad de aviso previo. Pero, mientras el arrendatario permanezca en el uso del bien arrendado y el arrendador no solicite su devolución (la cual puede solicitarla en cualquier momento), el contrato continuará bajo sus mismas estipulaciones, sin que ello implique la conversión a un contrato de duración indeterminada.

Una vez requerido el arrendatario para que devuelva el bien, el contrato deja de continuar y, por tanto, se extingue, pudiendo el arrendador cobrar la penalidad convenida o una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta su efectiva devolución.



¡Ah... y no se olvide no es mineral!!!

Concepto de desistimiento

Juan Monroy G.

Profesor de Derecho Procesal Civil en la facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad de Lima.

1. Hay que distinguir entre el desistimiento como acto de disposición del derecho sustancial, acción o pretensión y el desistimiento como acto de renuncia del proceso.

2. En la primera hipótesis dicho acto tiene por efecto el poner término definitivo a la controversia, conforme a lo señalado por el Art. 266º del C.P.C.; mientras que en la segunda hipótesis el actor pone término al proceso, pero conservando su derecho sustancial, vale decir que el desistimiento del proceso no impide que la pretensión se pueda hacer valer nuevamente en un proceso ulterior.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. Nº 2270-86 - LAMBAYEQUE. Lima, veinticuatro de julio de mil novecientos ochentisiete. VISTOS: con el acompañado; por los fundamentos de la apelada; y CONSIDERANDO además: que, hay que distinguir entre el desistimiento como acto de disposición del derecho sustancial, acción o pretensión, y el desistimiento como acto de renuncia del proceso; que, en la primera hipótesis, dicho acto tiene por efecto el poner término definitivo a la controversia, conforme a lo señalado en el artículo doscientos sesentiséis del Código de Procedimientos Civiles, mientras que en la segunda hipótesis, el actor pone término al proceso, pero conservando su derecho sustancial, vale decir, que el desistimiento del proceso no impide que la pretensión se pueda hacer valer nuevamente en un proceso ulterior; que, en el caso de autos, de la interpretación del acto procesal contenido a fojas quince del acompañado, se infiere que lo que el actor estaba realizando era la renuncia de la demanda, como acto procesal, y no de la acción pretensión del retracto (sic), por cuanto, la causa de dicho desistimiento se concreta a replantear en otro proceso la misma pretensión, pero esta vez dirigida a los sujetos que la ley sustancial designa como legitimados pasivamente en el retracto, en aquellos casos en que hay más de una enajenación, vale decir, a los contratantes de la primera compra-venta; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cincuentisiete, su fecha dos de abril del año próximo pasado que declara insubsistente la apelada de fojas setentinueve fechada al dieciocho de junio de mil novecientos ochenticuatro, y nulo todo lo actuado e improcedente la demanda de fojas tres, reformando la resolución recurrida y confirmando la de primera instancia, declararon FUNDADA la demanda interpuesta a fojas tres; y en consecuencia, se declare que el demandante don Mamerto Custodio Pisfil, sustituye al comprador don Rodolfo Flores Chero, en todas y cada una de las obligaciones y derechos del contrato escriturario de compra venta contenido en la escritura pública de fecha diecinueve de julio de mil novecientos ochentidos, pasada ante Notario Público doctor Roberto Barturén Sánchez, respecto al inmueble que dicho demandante ocupa un inquilino, sito en la calle Tupac Amaru número cuatrocientos once del distrito de Monsefú; debiendo tenerse a partir de la fecha al nombrado don Mamerto Custodio Pisfil, como propietario único y exclusivo de dicho bien inmueble cuyo precio y demás gastos ha consignado en autos; sin costas; en los seguidos por don Mamerto Custodio Pisvil contra Toribio Gonzáles Gonzáles y otro sobre retracto; y los devolvieron.- SS. Espinoza S.- Castañeda.- Manrique D.- Silva Vallejo.- Vásquez V. Se publicó conforme a Ley. Bernardo del Aguila Paz, Secretario General de la Corte Suprema.

EL DESISTIMIENTO EN LA DOCTRINA

1. Entre renuncia y desistimiento hay, jurídicamente, una relación de género a especie. La primera en la dejación voluntaria de un derecho o facultad. Es, expresado de otra manera, la dimisión, rechazo o negativa ante una propuesta, ofrecimiento o petición. La renuncia como acto voluntario del titular de una facultad o derecho, tiene un ámbito vasto de aplicación. En cambio el desistimiento, sin dejar de ser un acto de dejación, se presenta con exclusividad en el proceso.

2. El desistimiento es el acto jurídico procesal por el que, a solicitud de una de las partes, se eliminan los efectos jurídicos de un proceso, de algún acto jurídico procesal realizado en su interior, o de la pretensión procesal.

3. Lo expresado en el párrafo anterior permite establecer un criterio clasificatorio del desistimiento. Así, es posible considerar un desistimiento del proceso y un desistimiento de la pretensión procesal.

4. El desistimiento del proceso tiene dos manifestaciones. Por un lado, puede concretarse respecto de toda la actividad procesal realizada hasta el momento en que una de las partes formula el desistimiento. Podemos decir que este es el desistimiento total del proceso. Por otro, el desistimiento del proceso se concreta respecto de actos o situaciones procesales específicas. Así por ejemplo, es factible desistirse de un recurso, de un trámite incidental, de una prueba ofrecida y admitida, etc.... Este es el desistimiento parcial del proceso.

5. Si bien resulta evidente que el desistimiento —en cualquiera de sus clases—, sólo puede ser pedido por el titular del derecho, facultad, acto o situación procesal; el hecho que la solicite dicho titular, no es suficientemente para su declaración por parte del juez. La declaración judicial de desistimiento exige el cumplimiento de ciertos requisitos.

6. Para la declaración de desistimiento del proceso es necesario el cumplimiento de dos requisitos.

En primer lugar, es exigible el consentimiento de la otra parte, es decir, de quien no formula el desistimiento. La razón de este requisito es consistente. Se trata de evitar que los derechos que eventualmente puede haber adquirido la parte contraria en el curso del proceso, no desaparezcan como producto del desistimiento. Por lo demás, es probable que el interés de la parte contraria no sea otro que acabar definitivamente con la molestia, angustia o desazón que le significa tener un proceso vigente.

En consecuencia, si se permite el desistimiento del proceso sin el consentimiento de la otra parte, ésta debe prepararse a recibir próximamente una nueva demanda, desde que el desistimiento del proceso no

afecta la misma pretensión procesal hecha valer en el proceso desistido.

En atención a este requisito es que algunos ordenamientos norman también el desistimiento del proceso como acto conjunto o bilateral.

Este requisito es exigible para las dos manifestaciones de desistimiento del proceso.

Asimismo, el desistimiento total del proceso se considera improcedente si es solicitado en segunda instancia, es decir, después de expedida sentencia en la primera. La razón de este impedimento se encuentra en el Principio de Adquisición. Según éste, pronunciada una decisión, el Órgano Jurisdiccional hace suyo el conflicto de intereses que originó el proceso.

Siendo así, y en atención a una concepción publicística del proceso, no es posible que las partes decidan la controversia con prescindencia del fallo judicial ya expedido, que inductivamente debe considerarse como la decisión del Estado respecto del conflicto de intereses.

7. En cuanto a los efectos del desistimiento del proceso podemos citar los siguientes:

- a. En el caso del desistimiento total, extingue el proceso sin afectar la pretensión procesal, la que puede ser intentada en un nuevo proceso, salvo que se vea afectada por la prescripción.
- b. Las actuaciones procesales realizadas y contenidas en el proceso materia de desistimiento mantienen su plena validez, es decir, no están afectadas por vicio alguno.
- c. El efecto del desistimiento parcial del recurso, es dejar firme —expedita para ser ejecutada—, la resolución que se encontraba recurrida.
- d. Si el desistimiento parcial es respecto de medios impugnatorios distintos al recurso, entonces se consiente en la validez, eficacia y procedibilidad del acto impugnado.

8. El titular de un derecho material o sustantivo (sea civil o comercial), puede exigir directamente a su presunto deudor el cumplimiento de una obligación derivada de su derecho. Esta facultad de reclamar directamente se llama pretensión material. Cuando ésta se torna inútil, el titular del derecho material no tiene otra alternativa que recurrir al Órgano Jurisdiccional para que declare o haga efectivo su derecho, según sea el caso. Esto se produce a través del ejercicio —por el titular— de su derecho de acción y se concreta en la presentación de su demanda.

Esta demanda tiene como contenido principal la pretensión material que la originó, ésta, al haberse canalizado formalmente a través del inicio de un proceso

judicial, se ha convertido en pretensión procesal.

El desistimiento de la pretensión procesal implica, entonces, una nueva declaración de voluntad, ésta consiste en la decisión de dejar de exigir judiciamente la pretensión emanada del derecho material o sustancial que le sirvió de sustento.

9. Igual que la otra clase de desistimiento, el de la pretensión procesal exige para su declaración el cumplimiento de ciertos requisitos. El primero de ellos fue expresado anteriormente, el desistimiento no es procedente después de haberse expedido sentencia; el fundamento se ha dicho ya, el Principio de Adquisición Procesal determina que el conflicto de intereses que subyace en el proceso sea adquirido en definitiva por el Órgano Jurisdiccional al haberlo resuelto, aunque sea provisionalmente.

El otro requisito está referido a la particular naturaleza que puede tener el derecho material que sustenta la pretensión procesal. Así, algunos ordenamientos sustantivos declaran la irrenunciabilidad de algunos derechos materiales o le otorgan una cobertura de seguridad adicional a otros, en estos últimos casos, la declaración de desistimiento es relativa.

Si se trata de derechos irrenunciables, nos parece que no existe posibilidad que el titular de ese derecho pueda desistirse de su pretensión; pensemos en casos referidos al llamado Derecho de Familia o al particular caso de los derechos del inquilino de vivienda dentro del ámbito del Decreto Ley N° 21938, entre otros.

Sin embargo, habra otros en donde el Órgano Jurisdiccional deberá decidir con arreglo al caso concreto la declaración de desistimiento. En algunos casos requerirá de prueba adicional, en otros de alguna formalidad accesorio, pero siempre será su discrecionalidad la que defina el amparo del desistimiento. Es el caso del desistimiento del representante legal de un incapaz, por ejemplo. En estos supuestos, es obligación de la jurisprudencia el generar una casuística que enseñe y delimite los casos en que sea posible declarar o rechazar un desistimiento de la pretensión procesal.

10. En cuanto a los efectos de esta clase de desistimiento, podemos citar los siguientes:

- a. El titular del derecho sustantivo en el que se sustenta la pretensión procesal, mantiene la calidad de titular de su derecho, sin embargo, no podrá intentar jamás convertir su pretensión material en pretensión procesal. En otras palabras, el titular del derecho sustantivo ha perdido la pretensión procesal —entendida ésta como manifestación emanada del derecho material— de manera definitiva, no pudiendo, en consecuencia, recurrir otra vez al Órgano Jurisdiccional respecto de la misma pretensión procesal.
- b. Si se quisiera encontrar un equivalente al desisti-

miento de la pretensión procesal, bien podría decirse que sus efectos son similares a los que emanan de una sentencia infundada con autoridad de cosa juzgada. Es decir, desistirse de la pretensión, equivale a haber perdido de manera definitiva el proceso.

- c. El símil es de tal naturaleza, que el desistimiento de la pretensión procesal va siempre acompañado de la imposición del pago de costas a la parte que se desistió.

11. Dos precisiones finales para concluir esta somera descripción del desistimiento. Para ser eficaz en cualquiera de sus clases, el desistimiento no puede condicionarse; la misma naturaleza de la actividad procesal rehúsa esta posibilidad.

Sí es factible, por otro lado, el desistimiento parcial en el caso de la pretensión procesal. Por cierto, este es procedente no respecto de parte de una pretensión, sino de una pretensión íntegra, a pesar de la cual el proceso bien puede proseguir. Esto podrá ocurrir, como resulta obvio, sólo en el caso de que la demanda contenga más de una pretensión procesal.

ASPECTOS DESTACABLES DE LA EJECUTORIA SUPREMA

1. La ejecutoria a comentar tiene una excepcional importancia. Se trata de uno de los actos más concretos del Tribunal supremo nacional para recuperar su múltiple función de orientador y creador del Derecho, abandonada lamentablemente en el contexto de una labor congestionada, relativizada por su calidad y finalmente contradictoria, en lo que va del siglo.

2. Cuando el Tribunal supremo se eleva encima de la aplicación mecánica de una norma procedimental anacrónica, y postula la necesaria vigencia de los aportes de la ciencia procesal civil que, contra lo que algunos creen, no es una construcción teórica destinada a perpetuar fórmulas vacías, sino más bien la permanente y dramática búsqueda de instituciones que concreten una Administración de Justicia eficaz, está creando las condiciones para que el tránsito del proceduralismo al procesalismo se empiece a producir en el Perú.

3. El tema del desistimiento tiene en el país una aprehensión mental generalizada. La enseñanza exegética de la norma ha plasmado en estudiantes, abogados, jueces, la idea que el desistimiento es la pérdida de todo derecho. Hasta hay una frase que suele ser repetida, "el desistimiento mata la acción". Por la abulia de no intentar otro conocimiento que no sea el que emana de la norma, el desistimiento — por obra de los exegetas del procedimiento civil vigente—, se ha convertido en una especie de asesino del proceso. Según parece, esto es todo lo que se debe saber en la materia.

La ejecutoria suprema establece con claridad didáctica la existencia de clases de desistimiento. Este sólo hecho marca un hito singular en el tratamiento del tema. Ahora, entonces, es posible desistirse del proceso sin que tal acto implique que aquello que pretendemos, no podamos exigirlo judicialmente más adelante.

Lo expresado no desconoce el hecho que la terminología utilizada — en nuestra opinión —, no haya sido la más adecuada. Siendo esto lo accesorio, vamos a intentar un análisis de cada uno de los tres considerando que conforman la ejecutoria, contrastándola con los aportes de la ciencia procesal civil.

4. CONSIDERANDO PRIMERO: "que, hay que distinguir entre el desistimiento como acto de disposición del derecho sustancial, acción o pretensión, y el desistimiento como acto de renuncia del proceso;"

- a. Este considerando plantea con claridad la diferencia entre el desistimiento definitivo (de la pretensión procesal) y el desistimiento que sólo alcanza al proceso.
- b. Lamentablemente la ejecutoria establece identidades entre tres conceptos que científicamente tienen un significado distinto.

El derecho sustancial no se ve afectado por el desistimiento, se trata del derecho material (civil o comercial) que sustenta la pretensión procesal que, como hemos afirmado, es el elemento central de una demanda.

La acción es el derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, sujeto de derechos, y que lo faculta a solicitar tutela jurisdiccional. Este derecho que permite transformar la pretensión material en pretensión procesal, no es tampoco materia de desistimiento porque su calidad de subjetivo y abstracto, lo coloca al margen de los avatares de un proceso, sólo ha servido para darle inicio.

Finalmente, nos parece acertada la clasificación propuesta, así como la afirmación que el desistimiento es de la pretensión. No compartimos la identidad que se hace entre pretensión, derecho sustantivo y acción por las razones aludidas.

5. CONSIDERANDO SEGUNDO: "que, en la primera hipótesis, dicho acto tiene por efecto el poner término definitivo a la controversia, conforme a lo señalado en el artículo doscientos sesentiséis del Código de Procedimientos Civiles, mientras que en la segunda hipótesis, el actor pone término al proceso, pero conservando su derecho sustancial, vale decir, que el desistimiento del proceso no impide que la pretensión se pueda hacer valer nuevamente en un proceso ulterior; ..."

- a. Nos parece discutible el uso del concepto hipóte-

sis para calificar las clases de desistimiento. La hipótesis es una afirmación supuesta destinada a ser comprobada o disprobada, y este no es el caso de la ejecutoria. Por lo demás, una decisión judicial está construida sobre la base de pruebas y razonamientos que generan en el juzgador una convicción, ésta no se obtiene en base a especulaciones.

- b. Debe advertirse que el desistimiento —cualquiera que sea su clase—, no pone fin al conflicto de intereses que originó el proceso, simplemente lo extrae —temporalmente o en definitiva— del ámbito judicial. El considerando afirma que el desistimiento de la pretensión procesal "pone término definitivo a la controversia..."

Si el concepto controversia está referido a la discusión judicial, la afirmación será exacta; si en cambio se refiere al conflicto de intereses que originó el proceso, la afirmación no se ajustará a la realidad.

- c. El considerando afirma con precisión que el desistimiento del proceso no afecta la pretensión, la que puede hacerse valer en otro proceso. Sin embargo, afirma que la parte "conserva su derecho sustancial". Nosotros expresamos que esto último no sólo caracteriza al desistimiento del proceso, sino también al desistimiento de la pretensión procesal.

6. TERCER CONSIDERANDO: "que, en el caso de autos, de la interpretación del acto procesal contenido a fojas quince del acompañado, se infiere que lo que el actor estaba realizando era la renuncia de la demanda, como acto procesal, y no de la acción pretensión del retracto, por cuanto, la causa de dicho desistimiento se concreta a replantear en otro proceso la misma pretensión, pero esta vez dirigida a los sujetos que la ley sustancial designa como legitimados pasivamente en el retracto, en aquellos..."

- a. Este es el considerando más importante. Prescindiendo de la falta de reconocimiento legislativo de las clases de desistimiento (el Código cita el desistimiento del juicio y, en otra norma, de la acción, sin que pueda saberse si estos conceptos están identificados o diferenciados); el Tribunal supremo aprovecha la circunstancia que la parte desistente declara que lo hace para iniciar nuevamente el proceso pero con otros demandados, para afirmar la existencia de un desistimiento que no cancela o extingue la pretensión, sino solamente el proceso.

Se trata, entonces, de la utilización —extraordinariamente positiva de parte del Tribunal supremo—, de un requisito en la conducta procesal de las partes, para aplicar los aportes de la ciencia procesal civil con dos propósitos: conseguir una decisión justa y cumplir con la función más im-

portante que puede tener el tribunal supremo de un país: la creación judicial del Derecho.

- b. No deja de ser curioso el hecho que la ejecutoria describe con precisión los efectos del desistimiento del proceso, sin embargo, en el considerando analizado se afirma que el actor estaba realizando una "renuncia de la demanda".

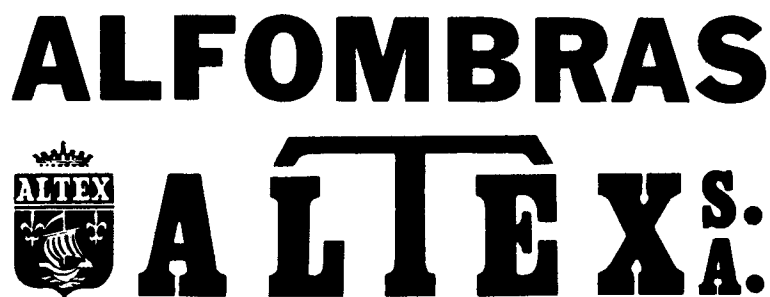
Admitimos la existencia de un desistimiento parcial del proceso (del recurso, de la prueba admitida, etc...), sin embargo, no creemos que sea el caso del desistimiento total del proceso.

Es importante esta precisión porque, como se ha expresado, la demanda es la envoltura externa de la pretensión procesal que a su vez, es su esencia. Entonces, referirse a un desistimiento de la demanda es peligrosos, complica una clasificación que en principio fue utilizada correctamente por la ejecutoria comentada.

- c. Hay una frase en el considerando que, probablemente, sea sólo producto de un error mecanográfico. Esta dice: "y no de la acción pretensión del retracto...". Tal vez la ejecutoria se haya querido referir a la pretensión de retraer, en todo caso, la referencia acción es, como ya se ha expresado, incorrecta y equívoca.

COMENTARIO FINAL

Concluimos este comentario destacando el singular mérito de la ejecutoria descrita. Adviértase su admirable correspondencia con los postulados de la ciencia procesal civil en materia de desistimiento. Asimismo, la ejecutoria descubre una actitud renovadora y creativa en el Tribunal supremo que esperamos que mantenga y profundice. La necesidad de una reforma procesal civil en el Perú, le impone al Tribunal la obligación de convertir actos jurisdiccionales como el de la ejecutoria, en una norma de conducta permanente.



FABRICA DE ALFOMBRAS

El mas amplio surtido de calidades y colores para su casa o su oficina

"33 Años de Experiencia"

Solicite Presupuesto
o visite nuestra sala de ventas al público

LOS NEGOCIOS 433
(SURQUILLO)

☎ 41-0766 41-0630

**"LA FECUNDACION
ARTIFICIAL:
Estudio jurídico de la
Fecundación In-Vitro.
Especial incidencia en el
Derecho de Familia"**

Maritza Mauricio Valdivia

**Tesis sustentada en febrero
de 1988 ante los Dres. Roger
Rodríguez, Aníbal Quiroga y
Benjamín Aguilar. Sobresalen-
te.**

Una temática de singular importancia aborda el presente trabajo de investigación, de gran actualidad en nuestros días.

En efecto, corresponde al derecho el expectante rol de conducir y reconducir el comportamiento humano a través de regulaciones normativas, ya sean estas escritas, orales o de costumbre. El innegable avance científico del presente Siglo, en particular de las últimas décadas, ha puesto al derecho frente a un verdadero reto; y el guante debe ser recogido por sus operadores: los juristas, hombres y mujeres del derecho de hoy con miras al mañana.

Este notable despliegue de la moderna ciencia el campo de la medicina, la genética y la reproducción humana es uno de los aspectos más audaces de ser enfrentados por la ciencia jurídica. Su actualidad ha desbordado, sin lugar a dudas, los márgenes de la formalidad del derecho como mecanismo social de regulación de las relaciones de familia y de regulación de las relaciones interpersonales.

La fecundación In-Vitro, o extracorpórea, ha posibilitado en gran medida la superación de los problemas físicos y médicos de la esterili-

dad y la ausencia de descendencia dentro del matrimonio. Pero al mismo tiempo, ha abierto una enorme vía por donde las relaciones de familia aparecen trastocadas con la posibilidad cierta de manipulación de los óvulos o espermatozoides de terceros a la relación matrimonial, los que luego serían llevados a las matrices de las gestantes involucradas en la relación matrimonial. Las interrogantes del futuro de esto son, pues, muchas y muy evidentes.

Si bien todo trabajo de investigación jurídica reposa en un análisis de las instituciones existentes y de sus antecedentes históricos, la verdadera riqueza que el derecho nos pone al alcance radica en la posibilidad de ser creativos, de adelantarnos al futuro y de diseñar estructuras jurídicas de comportamiento humano en el futuro inmediato y mediato. La tarea del verdadero jurista, como la de cualquier científico, no sólo supone el desentrañamiento de lo existente y su enseñanza sistemática, sino la posibilidad cierta de crear y recrear hipótesis que han de ser susceptibles de ser operacionalizadas en adelante.

Este es, quizás, el mayor mérito del presente trabajo de investigación. Como bien se apunta en el mismo, en el Perú ya es una realidad desde el punto de vista científico y médico la fertilización In-Vitro. Sin embargo, podemos afirmar con la autora y sin temor a equivocarnos que desde el punto de vista jurídico ello no se ha desarrollado con la misma dimensión y magnitud. Y un importante intento de ello lo constituye el presente trabajo realizado con gran esfuerzo y mejor esmero.

El presente trabajo pretende dar una visión general de la problemática de los métodos de inseminación artificial con especial énfasis en la

fecundación In-Vitro con transferencia embrionaria, apuntando todo ello hacia el Derecho de Familia. Es explícito que sobre la materia queda aún mucho por trabajar y estudiar sobre esto que es realmente novedoso, interesante, fascinante, apasionante y, a la vez, una gran interrogante a veces absuelta con temor por nosotros.

En el Capítulo Primero la autora aborda los aspectos generales de los métodos de fecundación artificial, con conceptos, clasificaciones y fundamento. También son desarrollados aspectos referidos a la admisibilidad de dichos métodos y al desarrollo mismo de la fecundación In-Vitro. En el Capítulo Segundo analiza la temática integrada de la fecundación In-Vitro y el derecho de disposición del propio cuerpo, sus alcances jurídicos y las relaciones obligacionales entre el dador, el receptor y el médico interviniente. En el Capítulo Tercero aborda aspectos de la fecundación extracorpórea y del Derecho de Familia, desarrollando la relación paterno filial y los problemas que le suscita aquella en el rubro general de la filiación paterna y materna, apuntando esbozos de solución jurídica a las hipótesis que en el propio trabajo se plantean. Es este último capítulo, si se quiere, el que contiene el meollo del trabajo de investigación, pues fija específicamente la posición de la autora respecto de esta temática. Ciertamente que son hipótesis de trabajo que un mayor estudio y reflexión deberán pulir con el tiempo. Pero no resulta menos cierto que implican un muy serio intento intelectual que demuestra con las soluciones que con toda claridad y precisión —sin rehuir su debate— plantea con profundidad la autora.

Puedo afirmar sin ambages que es un trabajo riguroso y solvente,

metodológicamente bien estructurado. En mi opinión muy bien redactado, lo que facilita su lectura. Las Conclusiones en número de 23 reflejan la magnitud del trabajo realizado y mención especial merecen los tres apéndices conteniendo, entre otros, las recomendaciones del Informe presentado por la Comisión especial de Estudio de la Fecundación In-Vitro y la Inseminación Artificial entre Cónyuges del Congreso de los Diputados de las Cortes Españolas; habiendo sido, además, consultada la más moderna bibliografía con que en el medio se cuenta.

En suma un muy interesante trabajo cuya lectura será provechosa para quienes deseen abordar la materia, un muy superior esfuerzo intelectual y una muy justa calificación para su excelente sustentación y defensa en el examen de grado. (Aníbal Quiroga León).

VIOLENCIA Y LEGALIDAD

Giulia Tamayo L.
Roxana Vasquez S.

Tesis sustentada en noviembre de 1987 ante los Dres. Jorge Price, Francisco Egui-guren y Francisco Ballón. Sobresaliente.

El tema de la violencia en nuestro país es abordado como un problema nodal para resolver las posibilidades de desarrollo y democratización en nuestra sociedad. La violencia plantea así una condición límite y crítica para la reproducción social e individual.

La concepción fundamental de la que parte la ciencia jurídica para pronunciarse respecto de la violencia, la misma que articula su existencia como saber y práctica social, es la de identificar al Derecho con una idea de orden que asegure la convivencia social. De esta manera se sostiene la premisa por la cual la legalidad es la única garantía de control de la violencia.

Giulia Tamayo y Roxana Vasquez desarrollan su tesis con el pro-

pósito de indagar sobre esta premisa, revisando la supuesta naturaleza antinómica entre violencia y legalidad así como la pretendida función pacificadora que le es adjudicada al Derecho. Obviamente tal intención excede los límites de una tesis, y no podría ser agotado a través de un problema nodal. No obstante, han considerado válido llevar adelante esta discusión a propósito de una investigación realizada en la quebrada de Canto Grande, en el Distrito de San Juan de Lurigancho, respecto del problema de maltratos a mujeres en relación de pareja (1).

Uno de los ejes que puntualizó dicho trabajo fue examinar la relación entre la demanda de las mujeres maltratadas por su pareja y la respuesta que nuestro modelo de Derecho, y su funcionamiento concreto les ofrece, encontrando que no hay concordancia entre la necesidad femenina demandada y la respuesta jurídica obtenida.

Esto por cuanto ni el objetivo punitivo, ni la condición de ruptura drástica son las buscadas por la mujer, menos aún por el varón; es más bien la búsqueda de espacios intermedios que propongan un conjunto de salidas para el procesamiento y recomposición del conflicto, para la producción de virtuales alternativas que apunten al tratamiento integral de la situación allí planteada, así como a la necesidad de un interlocutor externo, que legitime la validez de dicho proceso.

Sin embargo, el Derecho persiste en responder con dos tipos de acciones: la que está destinada a defender la integridad física y cuya racionalidad explícita es la sanción, y la otra, en donde reconoce que la existencia de estos hechos habilitan al agredido a separarse legalmente o a divorciarse, y en donde la racionalidad expresa una sanción de otra naturaleza, identificar al culpable de la ruptura matrimonial, situación que en términos sociales implica un costo mayor. De esta manera no pretende atender al conflicto como tal, ni apunta a su procesamiento, sino que impone categorías externas a él, bajo las cuales el conflicto deberá inscribirse, si las partes deciden apelar

a la acción legal como espacio resolutor.

Por otro lado, al entender como resultados idóneos de su intervención, los punitivos (sanción de privación de la libertad) y los reparativos (multa y reparación civil), inhibe su participación del ámbito preventivo, presupuesto básico para la afirmación de un derecho. Como consecuencia de esta racionalidad, la forma como se conduce el proceso judicial, necesita colocar a las partes en conflicto en situación de oposición, el litigio necesita un pre-condicionamiento de las partes, que apunte a la obtención de una victoria, que evidentemente se considera exitosa en tanto se cumpla con los fines punitivos y reparativos señalados.

Por lo demás, la indiferenciación que a nivel jurídico existe, al no tipificar específicamente los maltratos entre hombre y mujer en una relación de pareja, nos confirma su vocación de no atender ni registrar la exacta dimensión del problema planteado.

Las autoras de la tesis, ante este panorama, exploraron la posibilidad de encontrar espacios y procesos extra-legales, descubriendo que para las mujeres solo existe una opción: una de naturaleza pragmática y heterodoxa que condensa lo legal, lo ilegal y lo extra-legal, y se canaliza a través de la opción oficial.

Prueba de ello es que de los 104 casos analizados, ninguno de ellos fue tramitado o procesado de acuerdo a ley. Este alarmante dato es explicado por varios factores.

De entre ellos resalta el espacio y la relación principal que las mujeres entablan en su experiencia y contacto con el Derecho: las comisarias y las autoridades policiales. En él encontramos varios agravantes: uno, la minimización que hacen del conflicto, tratándolo como doméstico, secundario, por lo que descargan el impulso del proceso a las mujeres; otro, el someter a un juicio previo a la propia denunciante, culpabilizándola por su participación en el hecho; otro más, proponen un trata-

miento diferenciado al curso de las denuncias, distinguiendo donde la ley no lo hace; finalmente, desestimula el seguimiento normal del proceso al asumir como válido optar por informar o no, confrontar, conciliar, amonestar, sancionar o incluso resolver, influenciando en las partes en su elección de continuar el proceso conforme a ley.

La intervención de médico legista, ingresa adecuadamente a esta misma lógica, al constreñir su actuación a la valoración del daño físico ocasionado, ratificando en las mujeres la percepción de una atención parcial a su problema, expresada por una de las entrevistadas en términos de "es un médico que no cura, solo nos mira los golpes..."

Todos estos argumentos sirven para visualizar los cauces del tratamiento discriminatorio en razón exclusiva de su pertenencia al género femenino, y que para efectos del Derecho se traduce en una opción de privilegio de la institución familiar, que al impedir un tratamiento adecuado a la demanda femenina, evidencia un cuestionamiento a la relación de pareja al interior del núcleo familiar. Desde otro ángulo, todo este problema simboliza o refleja la anulación social de la percepción del sufrimiento femenino en la vida cotidiana, incluso para ellas mismas.

Enfrentadas a un "edificio conceptual" bajo el cual se reproduce la legalidad como factor aparentemente disociado de la violencia y de las relaciones de poder, Giulia Tamayo y Roxana Vasquez, intentan decodificar al Derecho, asumiendo como válido el deselaborar los conceptos tras los cuales el Derecho se presenta como conocimiento, interpretándolo tal como Nietzsche propone (el conocimiento es una invención) y que Foucault recoge para desarrollar la relación entre el sujeto y el conocimiento, todo ello a partir de una perspectiva histórica.

Para ello realizan una "historia externa" con la finalidad de mostrar la conexión entre violencia y legalidad, no ya como un simple dato anecdótico en su montaje, sino en tanto su código en común se repro-

duce haciendo la historia del presente, vale decir, que las relaciones de poder y la violencia no sólo impregnaron sino que continúan haciéndolo respecto de la práctica social y teórica del Derecho, así como la legalidad crea y recrea las condiciones para preservar las relaciones de poder y, por ende, la violencia.

Por otro lado, las autoras de la tesis, analizan las relaciones entre dominio y conflicto (todo acto de poder genera resistencia, esta dinámica es la que define al conflicto), a propósito de la desigual relación entre géneros. Esto, llevado a términos jurídicos, debe servirnos para entender al Derecho como ritualización de una guerra (expresión de conflicto), en donde no hay dos contrincentes, sino que el Estado ingresa en ella a título de defensor de la sociedad (¿coincidirá con el interés de uno de los géneros?). A criterio de ellas, pareciera que es evidente la parcialidad del Estado, ¿cómo sino la conciliación presume el perdón de la mujer y el olvido de la causa?, ¿por qué se supedita la conciliación al ofrecimiento, sin garantía, del varón? ¿por qué en caso de incumplimiento de éste la mujer tenga que reabrir la ruta desde cero?

Desde la perspectiva de una "historia interna" no encontraremos otra cosa que la constatación de que la legitimidad es un recurso del poder para producir compulsivamente el acatamiento a las normas, representa un rango de fuerza para oponer al eventual contrincante.

Para poder analizar el supuesto carácter antinómico entre violencia y legalidad, R. Vasquez y G. Tamayo desarrollan los elementos que puedan permitir una ruptura paradigmática de dicha antinomia, a partir del género femenino.

Estamos absolutamente convencidos de que la metodología utilizada, unida a una madurez de razonamiento, hace que podamos afirmar que la tesis sobre la que hacemos esta reseña no sólo debe ser anotada como de lectura necesaria para una cabal formación en el Derecho, sino como el punto de partida para posteriores investigaciones que, suplien-

do aquello que no pudo realizarse en ella, nos permita lograr la ruptura paradigmática, definitivamente. Como colofón sólo queda expresar que sin esta tesis muy difícil nos resultaría el camino. (Jorge L. Price)

"LA ENTREGA DE TITULOS VALORES: ANALISIS DEL ARTICULO 1233 DEL CODIGO CIVIL"

Enrique Ferrando

Tesis sustentada en noviembre de 1987 ante los Dres. Lourdes Flores Nano, César Pérez y René Ortiz. Sobre-saliente.

Es paradójico anotar cómo el trabajo exegetico de la ley es tenido por esencial en nuestro quehacer jurídico doctrinal y, sin embargo, no cuenta con muchos cultores fieles que desentrañen y proyecten a cabalidad el sentido de la realidad jurídica que postula la norma.

Si asumimos que una proposición normativa es, en realidad, una porción del mundo configurado por los legisladores que no necesariamente coincide con el mundo social, político o económico que nos circunda, admitiremos que sobre una norma reposan una serie de efectos propios —jurídicos—, fruto de una batería de supuestos que es preciso conocer si se quiere operar en el mundo del Derecho. La labor hermenéutica es, pues, indispensable y exigente.

Consciente de la paradoja primera y de la importancia de la tarea citada en segundo término, Enrique Ferrando nos ofrece un trabajo de tesis en el que se muestra fiel pero críticamente también los supuestos y efectos de la entrega de títulos valores como forma de extinguir las obligaciones.

Técnico y específico, el tema en mención es de aquéllos en los que se requiere aplicar dosis bastantes y suficientes de erudición, rigurosidad y originalidad para superar la medianía del mero reproductor de lo

expuesto en la norma y saltar hacia distintas posibilidades interpretativas.

Se avisa a la erudición al extender la investigación del área obligacional, que nos sugiere la ubicación de la norma sub-estudio (art. 1233 del C.C.), hacia las materias mercantil, de los títulos valores, y procesal, del juicio ejecutivo. Entendiendo que nuestro ordenamiento jurídico se integra en un sistema —aún cuando el resultado de esta integración no sea plenamente sistemático—, el Sr. Ferrando discute, por ejemplo, cuáles son los títulos valores que prevé la norma del art. 1233, a la luz de la Ley 16587 y del D.L. 20236, y de la doctrina, entendiendo que "se aplica a todo título valor que constituya, por su naturaleza, un 'título de pago'".

Por otro lado, el rigor académico exhibido en la tesis está graficado en una distinción aparentemente elemental en el esquema del trabajo: la separación de los contenidos desarrollados en los capítulos III y IV (los supuestos y los efectos). También está presente en el esclarecimiento de expresiones tales como "obligación primitiva", "pago documental" y "perjuicio del título valor", las cuales constituyen el corazón de la norma y cuya desinteligencia derivaría en más de un despropósito.

Finalmente, la originalidad, nota distintiva de las tesis, la advertimos en las posiciones personales sostenidas —y defendidas— por el autor más allá de las *auctoritas* de versados maestros. Ejemplos en este sentido los tenemos en una disputa sobre si los títulos valores se perjudican por efecto de la caducidad exclusivamente o también por la prescripción; y otra referente a si la

pérdida del mérito ejecutivo produce el perjuicio del título valor.

La tesis del Sr. Ferrando tiene la virtud de demandar una lectura exigente que acompañe al autor en el desenvolvimiento de su razonamiento. El lenguaje empleado no ha sido un estorbo para él y estimamos que tampoco lo será para los lectores que auguramos. (René Ortiz C.)

"OBLIGACIONES GENERICAS: ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA"

Horacio Gago P.

Tesis sustentada en mayo de 1987 ante los Dres. Carlos Cárdenas, Humberto Jara y Alfredo Ostojá. Sobresaliente.

La tesis presentada por el Sr. Horacio Gago Priale está dedicada al estudio de la institución que la doctrina denomina Obligaciones Genéricas. Se trata de un tema en el que no hay opciones tomadas sino más bien opiniones diversas que buscan determinar cuáles son los ámbitos y las características dentro de los cuales debe enmarcarse esta figura. En tal sentido, la tesis tiene como una de sus virtudes notorias el buscar esclarecer conceptos que permitan un mejor conocimiento a los que frecuentan el tema de las Obligaciones.

El tema es desarrollado por su autor en cinco capítulos. El primero, se detiene en los antecedentes romanos; el segundo ensaya una distinción entre los conceptos de género y especie y otros vinculados al tema; el tercero, estudia las distintas clases de obligaciones genéricas; y los capítulos cuarto y quinto se des-

tinan a un análisis exegético de las normas que sobre la materia se encuentran en los dos Códigos Civiles derogados de 1852 y 1936 y en el reciente de 1984. Finalmente, con un saludable sentido de la creatividad, el autor propone un proyecto de articulado para una materia que nuestro Código Civil omitió regular con detenimiento.

El capítulo tercero es el fundamental de la tesis. En dicha sección el Bachiller Gago efectúa, de manera sustanciosa, una distinción de las tres categorías de las llamadas obligaciones genéricas, esto es, con género incierto, con género fungible y con género limitado. Igualmente, efectúa, con claridad una distinción entre los conceptos elección e individualización, concluyendo acertadamente en que se trata de conceptos diferentes, que no son sino modalidades de la determinación.

Un mérito que vale destacar con marcado énfasis es la actitud del autor en ingresar sin temor a un trabajo de por sí arduo y complicado y de tratamiento bastante abstracto. Asimismo, debe notarse que el trabajo suple, doctrinariamente, una carencia del legislador del 84 que un tanto injustificadamente omitió efectuar una regulación detallada de las obligaciones en las cuales el objeto de la prestación consistiera en uno genérico.

La tesis tiene el indudable mérito de ser un trabajo de aporte no sólo porque es un tema no tratado en nuestro medio sino además por la calidad que fluye de sus páginas, lo cual acredita el mérito académico de Horacio Gago. Vale también mencionar que la sustentación oral influyó decisivamente en el fallo del Jurado, por la manera solvente en que se desarrolló (Humberto Jara).

Estando ya en imprenta el contenido de este número, recibimos del doctor Fernando Vidal la carta que aparece a continuación. La publicación de la misma responde al espíritu de pluralismo y apertura, que anima a nuestra revista.

San Isidro, 6 de junio de 1988

Señor
Fernando Cantuarias Salaverry
Thémis Revista de Derecho
Ciudad

Estimado Señor Cantuarias:

En el Nº 10 de la Revista, en un comentario crítico a mi libro *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano*, el Dr. Juan Monroy G. ha emitido algunas apreciaciones que me llevan a dirigirle estas líneas para, por su intermedio, solicitar al Comité Directivo la publicación de la presente.

No cuestiono el comentario del Dr. Monroy. Es más, es hasta satisfactorio para mí que un letrado tan acucioso le haya prestado tanta atención a mi trabajo y ponga en evidencia las discrepancias que su lectura le hayan suscitado. Eso es académico y conveniente, porque de las confrontaciones y discrepancias se enriquece la doctrina.

Pero lo que sí cuestiono y rechazo categóricamente es que se utilicen citas de mi libro fuera de contexto, arbitrariamente recortadas y en contradicción, y, más aún, que se deslice una falta de honradez intelectual al sugerir que me atribuyo conceptos y expresiones que son de otros autores. El Dr. Monroy pretende pontificar en lo que parece que es la disciplina por la que tiene especial celo. Es una lástima que lo haga sin modestia y sin altura.

Agradeciendo la atención que se dispense a la presente, me valgo de la oportunidad para reiterarle mi felicitación al Comité Directivo por el sentido pluralista y la amplitud de criterio que caracteriza a Thémis Revista de Derecho.

Fernando Vidal Ramírez

THÉMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Patricia Altuna, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Guadalupe Camarero, Ana María Cogorno, Aureliano Cóndor, Elena de Beaumont, Beatriz de Cubas, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paulla de Mallma, Silvia Granda, Luis Fuentes, Claude Mazet, Edgardo Mercado, Mariana Negri, Wally Joly, Esteban Iaura, Daniel Le Font, Rogelio Llerena, Susana Paniagua, Rafael Picasso, Aníbal Quiroga, Delia Revoredo, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas.

