

THEMIS

Revista de Derecho

INDICE

3	Presentación
5	Entrevista a Rolando Murgas Torrazza
10	Jorge Del Busto Vargas Etica tributaria
16	Alfredo Ostoja López-Alfaro La autonomía del crédito documentario
22	Teodoro Hampe Martínez Vida académica en la Facultad de Derecho: Setenta años de historia (1917-1987)
28	Jorge Caillaux Zazzali Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental
33	José Ugaz Sánchez Moreno La nueva ley de extradición, visión crítica a partir de un proceso
40	José Antonio Olaechea Alvarez-Calderón El surgimiento de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte)
46	ACTUALIDAD: COMERCIO EXTERIOR Enrique Cornejo Ramírez Hacia una política integral de desarrollo de exportaciones
48	César Guzmán-Barrón Sobrevilla Rol del comercio exterior en el desarrollo del país
52	José Daniel Amado Vargas Zonas Francas Industriales en el Proyecto de Ley General de Comercio Exterior
60	COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Manuel de la Puente y Lavalle Pago de intereses usurarios
65	Fernando de Trazegnies Granda El Derecho Civil y la lógica: los <i>argumenta a contrario</i>
72	Carlos Cárdenas Quirós La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer
78	Beatriz Boza Dibós La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña (Segunda parte)
85	COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA Carlos de la Torre Ugarte Traslado del trabajador de acuerdo a la jurisprudencia actual
89	RESEÑAS DE TESIS

THEMIS 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 Quiñón 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 P., Carlos Garatea 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.

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: Víctor Humareda
"Arlequín Acusado"

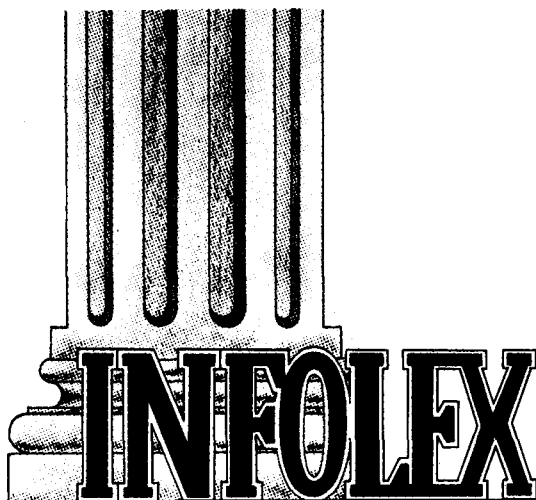
Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial Nº 072-88-JUS
del 15 de febrero de 1988

THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3	Presentación
5	Entrevista a Rolando Murgas Torrazza
10	Jorge Del Busto Vargas Etica tributaria
16	Alfredo Ostoja López-Alfaro La autonomía del crédito documentario
22	Teodoro Hampe Martínez Vida académica en la Facultad de Derecho: Setenta años de historia (1917-1987)
28	Jorge Caillaux Zazzali Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental
33	José Ugaz Sánchez Moreno La nueva ley de extradición, visión crítica a partir de un proceso
40	José Antonio Olaechea Alvarez-Calderón El surgimiento de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte)
46	ACTUALIDAD: COMERCIO EXTERIOR Enrique Cornejo Ramírez Hacia una política integral de desarrollo de exportaciones
48	César Guzmán-Barrón Sobrevilla Rol del comercio exterior en el desarrollo del país
52	José Daniel Amado Vargas Zonas Francas Industriales en el Proyecto de Ley General de Comercio Exterior
60	COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Manuel de la Puente y Lavalle Pago de intereses usurarios
65	Fernando de Trazegnies Granda El Derecho Civil y la lógica: los <i>argumenta a contrario</i>
72	Carlos Cárdenas Quirós La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer
78	Beatriz Boza Dibós La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña (Segunda parte)
85	COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA Carlos de la Torre Ugarte Traslado del trabajador de acuerdo a la jurisprudencia actual
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 Ríos ponen hoy a su disposición.

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



Cosapi Data
El Universo de la Tecnología

En asociación con
REY & DE LOS RÍOS

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

PRESENTACION

El número que ahora sale a la luz recoge valiosas colaboraciones ligadas a diversas áreas, con lo cual persistimos en el objetivo de promover un esfuerzo creativo e interdisciplinario a partir de las Ciencias Jurídicas.

Ofrecemos también una interesante entrevista al laboralista panameño Rolando Murgas. Esperamos contribuir por medio de la misma al mejor conocimiento del tratamiento que, dentro del Derecho Comparado y, particularmente, en el ámbito iberoamericano, se otorga a cuestiones de tanta trascendencia.

Asimismo, a través de la sección de Actualidad volvemos a sumarnos al diálogo suscitado en torno a temas de especial significación. Esta vez hemos escogido lo relativo al comercio exterior, debido al intenso debate acerca de la futura ley que lo regule y a la necesidad de propiciar una inserción más eficiente del Perú en la nueva división internacional del trabajo.

Finalmente, al momento de dejar la condición de miembros directivos de la revista, deseamos reiterar nuestra confianza en quienes nos sucederán y agradecer a todos los que prestaron su apoyo para que THEMIS siguiera siendo una realidad.

Lima, setiembre de 1988
El Comité Directivo



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 llévase el banco en el bolsillo.

Latino
TARJETA BANCO

Entrevista a Rolando Murgas Torrazza

Terminando la serie de entrevistas que sobre materia laboral hemos venido presentando, ofrecemos en esta ocasión las esclarecedoras opiniones de don Rolando Murgas T.

El Dr. Murgas ha sido Ministro de Trabajo de Panamá y, dentro del campo de su especialidad, se encuentra entre las más reputadas figuras del continente. En este sentido, contar con las apreciaciones de tan destacado especialista supone un verdadero honor para nuestra revista.

Las labores de elaboración y edición correspondieron a Cecilia Blume, Mariana Cazorla, María Teresa Quiñones, Juan José Ruda y Rosario Saco.

Thémis: ¿Qué opinión le merece el hecho de que, aun en la actualidad, en algunos países el ordenamiento laboral establezca distingos entre empleados y obreros?

Murgas: Considero que ya no es apropiado hacer distinciones entre obreros y empleados, sobre todo si esa distinción está dirigida a conceder diferentes regímenes de garantías mínimas para unos y para otros. Ciertamente, son pocas las legislaciones que todavía establecen esa diferencia. La venezolana, por ejemplo, es una de ellas, y esto obedece a unos antecedentes que en gran medida ya han sido superados. La propia OIT aconseja utilizar la expresión "trabajador", la cual, genéricamente, comprendería tanto al obrero como al empleado; sin embargo, hay una dificultad adicional cual es establecer el preciso deslinde entre unos y otros.

Se suele decir que en el trabajo del obrero prevalece la actividad manual y en el del empleado la actividad intelectual, inclusive algunos establecían la diferencia con un matiz más específico, entendiendo que el empleado ejerce funciones de colaboración más directa con el empleador. En todo caso, es evidente que en cualquier trabajo manual hay también un aporte intelectual y, viceversa, el trabajo intelectual también tiene un ingrediente manual. Yo diría que el punto a discernir en esto, y para llegar así a una conclusión, no es tanto si se pueden establecer las diferencias entre uno y otro tipo de trabajo, sino, si esto amerita el discriminar al obrero o al empleado, reconociéndoles beneficios menores que los reconocidos a otros trabajadores.

Thémis: ¿Cree usted que es posible que los trabajadores puedan renunciar mediante negociación colectiva a los derechos adquiridos a través de una anterior negociación colectiva y que, a su vez, éstos puedan ser recortados?

Murgas: Al respecto hay algunas opiniones discrepantes en la doctrina. El año pasado, en el segun-

do curso de Derecho Comparado en México, me tocó escuchar a algunos expositores que planteaban la posibilidad de que mediante el Convenio Colectivo pudiera negociarse la reducción de las condiciones de trabajo. Yo discrepo de esa posición, básicamente por dos razones: una, por que la Convención Colectiva es un instrumento de orden reivindicativo, ya que no se celebra para reproducir lo que ya está en la ley, sino para mejorar las condiciones de trabajo por encima de los mínimos fijados por la ley. Eso por sí solo demuestra que la función de la Convención Colectiva es reivindicativa y que es un instrumento para servir, fundamentalmente, los intereses reivindicativos de los trabajadores. Por supuesto, que insertada la Convención Colectiva en un sistema de relaciones laborales, puede entenderse como un instrumento también válido para el empleador, en tanto puede canalizar su relación con los trabajadores a través de entendimientos colectivos conduciendo a una situación de estabilidad en la empresa y a una menor conflictividad obrero-patronal. Evidentemente, es una función que cumple la Convención Colectiva, pero siempre en la medida que ésta responda a una gestión, a una actividad reivindicativa de los trabajadores, a través de un entendimiento mutuo que interesa al patrono para encontrar paz y estabilidad en sus empresas, y que a fin de cuentas también interesa a la nación y al Estado. Nada de esto va en desmedro de que el punto de partida original de la Convención Colectiva sea nacer y desarrollarse como un instrumento reivindicativo. De allí, que considere que es incompatible con su función reivindicativa que los trabajadores se sienten a negociar un desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, sobre todo en países en vías de desarrollo, como los nuestros, donde las condiciones de vida distan mucho de satisfacer hasta los niveles decorosos de aquélla.

Además, hay un segundo argumento: en la mayoría de nuestros países se ha consagrado a nivel constitucional, el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, en consecuencia es un principio que ni siquiera la ley podría desconocer. La

irrenunciabilidad no toca sólo a la voluntad individual, sino que condiciona también la autonomía de la voluntad en el orden colectivo; es así, que el sindicato no puede disponer de derechos, los que de por sí son indisponibles, ni de condiciones de trabajo porque cuando entran a la categoría de derechos adquiridos asumen esa condición. Sin embargo, si es dable que en una Convención Colectiva se pueda sustituir algunas prestaciones, algunos beneficios de los trabajadores por otros. Hay autores que señalan que ello es posible en la medida que sean material o económicamente equivalentes. Puede ser una alternativa razonable, siempre que se trate de una situación real y no se busque disfrazar un despojo a los trabajadores.

Por cierto, esto puede presentar cierta rigidez en la Negociación Colectiva, pero es muy peligroso poner en manos de un sindicalismo todavía débil —como el de América Latina—, un instrumento a través del cual se podría negociar una reducción de las condiciones de trabajo, ya que desnaturalizaría por completo el papel que está llamada a desempeñar.

Thémis: Usted ha hablado de confrontación social ¿le parece que en un momento dado podría evitarse? ¿Podrían establecerse fórmulas de concertación como a las que se ha llegado en España, por ejemplo, donde las fuerzas productivas se ponen mas o menos de acuerdo sobre la proporción en la que se han de aumentar salarios a fin de evitar que la inflación alcance niveles muy elevados?

Murgas: La concertación social es un recurso que se ha utilizado en Europa, los ejemplos más recientes y más cercanos a nosotros son los de España e Italia. Este es un instrumento válido para enfrentar la inflación y el desempleo pero requiere una serie de presupuestos que en muchos países no se han alcanzado, quizás porque no existe la madurez suficiente. Por ejemplo, debe haber un absoluto respeto a la libertad sindical, y si ésta no es respetada y garantizada, es imposible hablar de una concertación social. Tiene que haber además, una representatividad de las Centrales Sindicales que van a negociar o participar en la concertación, es decir, no se puede escoger al azar a una central a fin de concertar. El Estado no puede decidir quién es más o menos representativo, son los trabajadores quienes tienen que decidir quienes serán sus representantes. Igualmente, las organizaciones de empleadores deben ser representativas, escogiéndolos a sus representantes. Por otro lado, el sector empresarial tiene que aceptar como valiosa la presencia y la participación de los sindicatos. En la medida en que se considere que esa participación es perturbadora, no se darán las condiciones para la concertación social. Los trabajadores deben entender que concertación social, significa contención de algunas expectativas salariales y tanto empresarios como gobierno deben entender que la concertación social es un ejercicio de sacrificio compartido donde todos tienen que ceder algo.

El problema es que se habla de concertación social cuando se llama a los trabajadores para que discutan en los términos en que será reducida o aniquilada la Legislación Laboral. Eso no es concertación social. En ella se trata de que, tanto el gobierno como los empleadores y los trabajadores hagan sacrificios a través de concesiones recíprocas.

Creo que concertación básicamente significa consenso, es decir, no es mayoría de votos ni procurar mayorías artificiales para imponerle a un sector determinadas condiciones. Todos deben estar convencidos a pesar de que no les parezca óptimo todo el acuerdo esa es la idea del consenso, hay cosas en que uno está de acuerdo y otras en las que no lo está, pero en su conjunto, el balance lleva a aceptar el acuerdo. El consenso es una necesidad básica para la concertación y requiere madurez de los tres sectores.

Thémis: ¿Hasta qué punto en un momento de crisis la existencia de una estabilidad absoluta como la que se da en el Perú puede ocasionar una falta de flexibilidad en el mercado de trabajo imposibilitando que otras personas puedan acceder al empleo?

Murgas: Esta es una pregunta que requiere respuestas muy elaboradas porque es una discusión que se da en todas partes: si la estabilidad, allí donde se da, ha provocado los problemas de desempleo, o si con la estabilidad se impiden que se mejoren los niveles de empleo. No creo que necesariamente la estabilidad por sí sola empeore o mejore los niveles de empleo. Resiente al empleador la estabilidad en el empleo porque afecta su poder de decisión y de dirección dentro de la empresa, pero no hay que olvidar que todo el Derecho del Trabajo y una serie de instituciones no hacen otra cosa que limitar el poder del empresario de muy diversas maneras y hay hechos incluso que escapan a la posibilidad normativa misma y que se imponen por sí solos, como son la huelga y el sindicato. Tendrá que vencer temores para invertir, por que habrá siempre temor del sindicato y de la huelga. Se repite muchas veces que empleadores, especialmente en países desarrollados, prefieran automatizarse por que las máquinas no hacen huelga. La máquinas no tienen sentimientos y carecen de una serie de cosas que sí tenemos los hombres y que pueden compensar las desventajas del sindicalismo.

Evidentemente, la estabilidad no hace feliz a un empresario y difícilmente en nuestros países un sindicato o una huelga o la limitación de la jornada o tener que pagar recargos por horas extras u otras cosas por el estilo, hacen felices a los empresarios. Pero, todo el Derecho Laboral implica ir reduciendo el espacio que tiene el empleador en orden a su poder dentro de la empresa, y por cierto, tanto la propiedad como la empresa —específicamente— están llamadas a cumplir una función social, en la que no se puede entender el Derecho de Propiedad como el de libertad de empresa en los mismos términos en que se entendían en el siglo pasado.

Yo no veo relación entre desempleo y estabilidad en el empleo. Personalmente acepto que es un ingrediente que un empleador puede valorar al momento de hacer una inversión pero, en definitiva, los factores decisivos pueden ser, en su conjunto, de mayor peso que la propia estabilidad así considerada; a fin de cuentas, la estabilidad también trae ventajas para el empleador. Ventajas que olvidan muchas veces los empleadores al estar obsesionados por el plazo que hay para la estabilidad, lo cual tratan de burlar buscando las fórmulas de contratos temporales que disfrazan las relaciones en cuanto a su duración. Se llega incluso a despedir a los trabajadores para que no lleguen a la estabilidad. Se olvidan que un trabajador con años de servicio con años de experiencia es un trabajador que tiene un potencial mucho más grande en cuanto a la productividad. Olvidan que el trabajador que más tiempo está en una empresa y que se siente seguro en ella, quizás puede desarrollar un mayor sentido de identificación y lealtad. Se puede reducir la conflictividad en una empresa sobre la base de ese entendimiento y en orden a la permanencia en el empleo. Evidentemente, esto es muy fácil de decir, pero es mucho más difícil el llevarlo a la práctica. No creo que la mejor manera de incentivar la producción y al trabajador sea el temor, el miedo al despido, creo que en el mundo de hoy hay tantos temores y miedos que las empresas no deben agregar uno más en la mente de sus trabajadores. Una filosofía de relaciones laborales centrada en la idea de que para que el trabajador produzca debe estar temeroso de perder su puesto de empleo me parece una concepción demasiado primitiva. Debemos empeñarnos en encontrar fórmulas que se fundamenten en factores mucho más humanos y más deseables para justificar las instituciones y las normas.

Thémis: ¿Cómo definiría usted a la estabilidad laboral?

Murgas: Voy a aprovechar la pregunta, no sólo para decirles qué es la estabilidad, sino para decirles a mi juicio, cuál puede ser el modelo de estabilidad deseable a grandes rasgos, sin identificar concretamente los detalles.

Para mí la estabilidad es un sistema jurídico que asegura al trabajador la permanencia en el empleo mientras no incurra en falta grave a sus obligaciones. La estabilidad debe descansar sobre una prohibición del despido injustificado, para lo cual se requiere una lista razonable de causales de despido que no desnaturalicen esa prohibición inicial y un derecho del trabajador a optar entre ser reincorporado o ser indemnizado. Debe estar abierta la posibilidad procesal de que el juez pueda ordenar en la sentencia la reincorporación del trabajador y esa orden puede imponerse o ser cumplida por encima de la voluntad del empleador; o sea, al final, el empleador no podrá desentenderse de esa orden pagando una suma de dinero porque si ello ocurre, a mi juicio, no habrá estabilidad en

el empleo. La ley debe tener la suficiente precisión para garantizar esos presupuestos, pero también la suficiente flexibilidad para no ser un sistema rígido y cerrado. En este sentido, creo que debe haber categorías de trabajadores que siendo realistas no pueden estar incluidas en un régimen de estabilidad. El caso más relevante, por ejemplo, es el de las trabajadoras del servicio doméstico quienes desde un punto de vista humano e ideal de justicia también deben tener derecho a la permanencia; sin embargo, ocurre que en nuestros países subdesarrollados el servicio doméstico no sólo se presta en el hogar de una persona, sino que el sirviente doméstico convive con ella, entonces allí hay un factor que desborda lo que puede ocurrir en una fábrica o en un establecimiento comercial. Igualmente, la ley debe identificar de una manera muy precisa, y no muy elástica, supuestos de excepción en los cuales pese a que no haya causa justa de despido y pese a que el trabajador quiera ser reincorporado, ello le pueda ser negado por el juez y sustituido por una indemnización. Por último, yo diría que la estabilidad en el empleo, tanto del punto de vista del trabajador como del empleador, requiere un sistema procesal adecuado para que el trabajador de una manera rápida haga efectivo su derecho; pero también el empleador debe tener la garantía de que el Estado, a través de su aparato jurisdiccional, le diga de una manera rápida y oportuna que cometió un error y que ese trabajador debe ser reincorporado. Se suele decir que el mal está en la idea de estabilidad y lo que ocurre es que en realidad no se ha cerrado por completo el círculo normativo de la estabilidad, que no sólo requiere de normas de derecho material sino también normas de carácter procesal. Ambas son fundamentales para hacer efectiva la estabilidad desde las dos perspectivas: la del trabajador y la del empleador.

Thémis: ¿Cómo ubicaría usted a la estabilidad relativa o impropia?

Murgas: Depende, creo que lo que tradicionalmente se ha llamado estabilidad relativa o impropia en América latina no es estabilidad en el empleo, porque supone, lisa y llanamente, que si el empleador no comprueba la justa causa de despido se le condena al pago de una indemnización. Creo que, a estas alturas del desarrollo del Derecho del Trabajo ya está superada esta idea y son simples restricciones al despido. Al respecto dice el jurista argentino Ruprecht o el mismo Rusomano que en el fondo la estabilidad o es absoluta o no es estabilidad, es decir, es exclusivamente aquella que garantiza la permanencia en el empleo mientras no exista una justa causa de despido y conduce a la ineficacia jurídica del despido en violación de esa prohibición. Esa es la verdadera estabilidad. Pero yo creo que podría hacerse una distinción entre la estabilidad absoluta y la relativa. Podría decirse que estabilidad absoluta es aquella que por un lado cubre a todos los trabajadores y por el otro da al trabajador el derecho a la reincorporación; en tanto,

la relativa, vendría a ser aquélla que, partiendo de una regla general de ineficacia jurídica del despido injustificado, por un lado excluye algunos trabajadores (caso de los empleados domésticos, por ejemplo) y por otro, haya algunos puestos en los cuales, a pesar de la injusticia del despido o de la no justificación del mismo, el trabajador no pueda ser reincorporado a pesar de pedirlo, lo cual le daría un carácter relativo.

Thémis: ¿Estaría de acuerdo con la existencia de una estabilidad absoluta inclusive para los casos de pequeñas empresas?

Murgas: Esa es una de las excepciones tradicionales, por ejemplo en el sistema italiano de estabilidad. En Panamá la tenemos ahora mismo y yo creo que es razonable. Sin embargo, depende de algo que no resulta fácil de identificar: qué se entiende por pequeña empresa. Se toman varios factores, por ejemplo, la cantidad de trabajadores o el capital. Creo que hay un conjunto de factores que pueden variar en sus modalidades de un país a otro pero que pueden ser términos comunes de referencia. Existe un peligro en toda norma que diga, por ejemplo: "no hay estabilidad en las empresas que tengan menos de cinco trabajadores", ya que el mensaje indirecto será decirle al empleador "no contrates más de cinco porque si contratas más vas a tener problemas de estabilidad". En el fondo eso puede constituir un freno a la creación de nuevas plazas de empleo en las empresas existentes. No creo que el número de trabajadores, por sí solo, defina lo que es pequeña empresa, también puede ser el capital pero hay países en los que el capital es difícil de precisar. En Panamá, por ejemplo, tenemos un tipo de sociedades anónimas que pueden poner medio millón de dólares de capital y no tener un centavo de capital pagado. También existen empresas que con pocos trabajadores y con una inversión en bienes de capital realmente mínima tienen un gran margen de rentabilidad. Entonces, creo que allí es difícil de hablar de ese pequeño empresario tan agobiado que necesita asistencia crediticia, modificaciones al sistema impositivo, e incluso un régimen laboral especial.

Otro ingrediente que hay que tener en cuenta, es la atención personal del negocio por su propietario o su familia. Es evidente que las empresas familiares son típicos casos de pequeñas empresas donde el dueño está al lado de sus trabajadores. Todas estas cosas en su conjunto pueden llevarnos a identificar lo que es la pequeña empresa y no únicamente el número de trabajadores.

Thémis: ¿Considera necesario que la legislación recoja un período de prueba para la adquisición de la estabilidad laboral?

Murgas: Hay cosas que distinguir. La primera es el periodo de prueba que tradicionalmente existe

en muchas legislaciones, en el cual el empleador puede, en cualquier momento, sin ninguna responsabilidad, pre-aviso ni indemnización poner término a la relación laboral y no tiene que probar la causa, es decir, un sistema teóricamente recíproco de prueba. En el fondo, el período de prueba sirve al empleador. Esto habría que verlo con carácter restrictivo, creo que las legislaciones laborales muchas veces pecan de un exceso, deben ser un caso para determinados tipos de trabajo por un período establecido y necesariamente corto. En segundo lugar que el período probatorio no es en sí una justa causa. De este planteamiento puede derivar una discusión interesante: cuándo la Constitución habla de que el despido sólo puede tener justa causa, ¿no estaría el período probatorio violando esa idea, porque no es una justa causa?

Thémis: ¿Existe en su país algún tipo de protección por parte del Estado para evitar el despido masivo?

Murgas: Sí, nosotros tenemos un grupo de causales que son las de tipo económico, por las cuales el empleador no puede cerrar su empresa ni reducir su personal si primero sobre la base de aquellas causales definidas no obtienen la autorización previa de carácter administrativo que otorga el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social y, además tiene que indemnizar pese a que el despido es justificado. Si pasan 60 días y el Ministerio no ha decidido esta situación, se sobreentiende que fue concedida la autorización, a diferencia de lo que ocurre en España, en donde vencido el plazo se entiende que fue denegada.

Creo que en Panamá con todos los vaivenes que implican estas causales, en términos generales, se autorizan despidos por causas que evidentemente no son difíciles porque los Ministerios de Trabajo son organismos que en algún sentido reflejan situaciones políticas y a veces el manejo de estos problemas colectivos no suelen ser fáciles.

Thémis: En el Perú, el Fuero Sindical no tiene mayor significación en tanto existe precisamente la estabilidad absoluta. ¿Cómo se entiende el Fuero Sindical en su país y cómo se protege al dirigente sindical de la posibilidad de un despido?

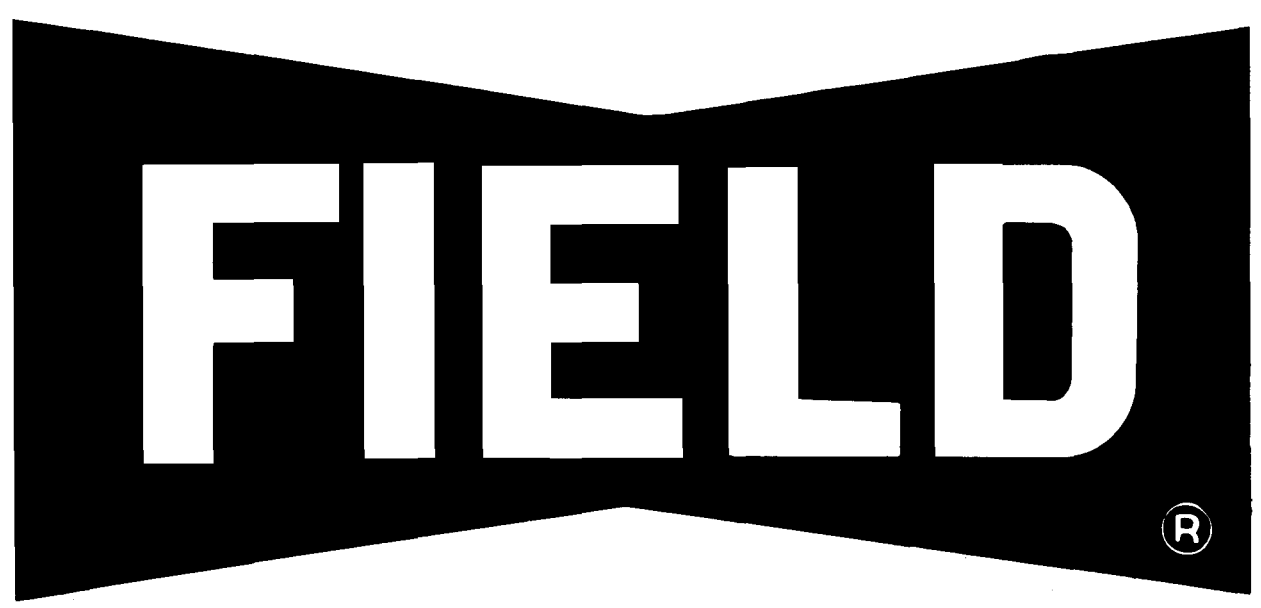
Murgas: Creo que aún en un sistema de estabilidad en el empleo es necesario el Fuero Sindical, siempre que no descanse en la autorización previa, evidentemente. Si hay autorización judicial previa desaparece un tanto la necesidad del Fuero Sindical, aunque no en su totalidad. Por consiguiente, el Fuero Sindical es una protección a la libertad sindical no un fuero de orden patrimonial, ni una protección pecuniaria a su beneficiario inmediato o personalmente individualizado. El verdadero depositario es el sindicato, a quien se trata de proteger a través de la protección a sus dirigentes. Entonces, el Fuero Sindical consiste en mi país, por ejemplo, en que el despido

tiene que fundamentarse en causa justa. Dado que en Panamá hay trabajadores que pueden ser despedidos sin justa causa, aún estando en estas excepciones el trabajador ya no podría ser despedido porque tiene el Fuero. Pero, al mismo tiempo significa exigir un requisito adicional para el despido, que no se exige para los demás trabajadores, que es que mediante sentencia ejecutoriada se autorice el despido, y además, que se mantenga al trabajador trabajando mientras se tramita la autorización, porque puede darse el caso de empleadores que no les importe pagar salarios indefinidamente con tal de mantener a los dirigentes fuera de la empresa y eso es precisamente lo que trata de evitar el Fuero.

En Panamá, tenemos el Fuero Sindical que protege a los miembros de la Directiva de los Sindicatos,

Federaciones y Confederaciones Centrales durante todo el período y hasta un año después, y a todos los miembros de un sindicato en formación mientras estén en trámite de registro y hasta tres meses después de haberse registrado a sus representantes sindicales. El Fuero los beneficia desde el momento de la elección y aún desde la candidatura, siempre que sea notificada a la empresa o al Ministerio de Trabajo, cubriéndolos desde un mes antes de las elecciones, el que pierde tiene un mes más después de las elecciones. Esa es la protección del Fuero Sindical. Repito, que creo que el Fuero Sindical en Latinoamérica es consustancial a la libertad sindical y mientras no exista la regulación jurídica del Fuero no habrá producción completa de la libertad sindical.

Siempre rico, siempre...

The logo for FIELD is presented in a large, bold, white, sans-serif font. The letters are set against a solid black background that has a distinctive shape, resembling a wide banner or a stylized field, with a slight inward curve at the top and bottom edges. The word "FIELD" is centered horizontally within this black shape.

FIELD



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

Etica Tributaria

Jorge del Busto Vargas

Abogado. Ex-profesor de la Pontificia
Universidad Católica del Perú

I. Ideas generales

El Código Social de Malinas, en su artículo 158º, al tratar del impuesto dice que "las leyes fiscales justas y justamente aplicadas obligan en conciencia".

Este texto, admirable por su concisión, resume prácticamente toda la ética tributaria: la del legislador a quien corresponde dar leyes impositivas justas; la del administrador que debe aplicar justamente dichas leyes, en los reglamentos que expida y en las acotaciones que practique, aplicación sobre cuya justicia toca pronunciarse al juez, en la litis tributaria; la del contribuyente, a quien obliga en conciencia el tributo justo y justamente aplicado, lo que se traduce en declaraciones juradas impositivas veraces, autoacotaciones tributarias justas y pago sin discusión de las acotaciones fiscales correctas; y la del abogado, que interviene en los tres momentos que se acaba de describir, asesorando al legislador, y asesorando o defendiendo al administrador o al contribuyente.

En todo lo dicho aparecen reiteradamente las palabras justo-justa y justamente, lo cual hace pertinente un sumario esclarecimiento de lo que es la justicia.

La justicia, como Jano, es bifronte: por un lado es una virtud moral que lleva a la perfección de quien la practica, y, por el otro, es un valor jurídico fundamental cuya realización causa una perfección objetiva contenida en la norma justa o en el acto justo. Por lo demás, estas dos acepciones tienen una raíz común: un acto de voluntad singular o varios actos de voluntad concordantes (caso del legislador) que llevan a un resultado justo. Tiene lugar aquí la concatenación descrita por Kelsen: un acto crea una norma, la que a su vez es aplicable por otro acto y así sucesivamente en los diversos niveles de la pirámide jurídica¹ con la diferencia que aquí la norma fundamental no es "hágase la coacción" como en el positivismo

kelseniano sino "da a cada cual lo suyo, no hagas daño a nadie", trasunto jurídico del primer principio de la ley moral "haz el bien, evita el mal".

Suele distinguirse, por el sujeto a que va dirigida, la justicia general, legal o social y la justicia particular.

La primera se llama general porque tiene un cierto imperio sobre las demás virtudes;² legal porque su instrumento es la ley u "ordenación de la razón para el bien común, promulgada por aquél que cuida de la comunidad" conforme lo expresa Santo Tomás de Aquino³ y social porque el bien común es el fin de la sociedad, lo "suyo" de la sociedad que puede reclamarlo de cada uno de los individuos y grupos que la integran.

La justicia particular busca lo "suyo" de los individuos y grupos que forman la sociedad y se subdivide en justicia distributiva que rige los derechos de individuos y grupos frente a la sociedad con un criterio de igualdad geométrica, y justicia correctiva, sinálgmática o conmutativa que se refiere a los derechos de individuos y grupos frente a otros individuos y grupos, con un criterio de igualdad aritmética.⁴

El tributo, por una parte, es una exigencia de la justicia general, legal o social y, por otra, de la justicia distributiva. En efecto, por un lado, la ley lo crea, modifica o suprime; es requerido por el bien común, fin de la sociedad, para el mantenimiento de los servicios públicos; y, para su efectuación, la generalidad de la justicia exige, además, el cumplimiento de otras virtudes como por ejemplo la veracidad. Por otro lado, al contribuyente le asiste el derecho de no tributar más allá de su capacidad impositiva y al Fisco, la

1. Kelsen Hans: "Théorie Pure du Droit", Seconde Edition, ps. 6-13, Dalloz, París, 1962.

2. Aristóteles: "Ética Nicomaquea", 1129B, 15-35.

3. Santo Tomás de Aquino: "Suma Teológica", Ia, IIa, cuestión 90, artículo 4º.

4. Aristóteles: Op. cit., 1131 a 10-1132 b 20.

obligación de respetar este derecho, todo lo cual pertenece al terreno de la justicia distributiva.

La clasificación de la justicia así expuesta, se cruza con la distinción entre lo justo por naturaleza que tiene en todas partes la misma naturaleza y no depende de la aprobación o desaprobación del legislador, como es, por ejemplo el principio de legalidad de la tributación; y lo justo puramente legal que es "todo lo que en principio puede ser de este modo o de otro, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto",⁵ lo que explica las variaciones de la legislación tributaria por razón de país, tiempo, personas, etc.

II. El tributo justo

Las dos vertientes de la justicia de las que deriva el tributo explican los caracteres del tributo justo o principios que rigen su creación.

Así, de su dependencia de la justicia general, legal o social resulta que el tributo justo ha de tener legalidad; y si el tributo justo nace de la ley, ha de tener no solo la formalidad de ésta sino también los caracteres materiales de la ley justa, o sea, tiene que ser, como ésta, general, obligatorio o imperativo, cierto y publicado. Del origen legal del tributo, como la ley tiene por fin el bien común, resulta que el tributo justo debe ser para el servicio público y económico en su recaudación.

Por otro lado, encontrándose también en la raíz del tributo la justicia distributiva, de aquí derivan otros caracteres del tributo justo como son su pluralidad, su igualdad proporcional, geométrica, a la que se opone el privilegio, su progresión y, a la vez, como límite de ambas, su carácter no confiscatorio.

La legalidad de la tributación es un principio cuyo origen se encuentra en la Magna Carta que los nobles ingleses reunidos en 1215 impusieron a Juan sin Tierra, en la que establecieron que, en lo sucesivo, no pagarían al rey ningún tributo que no hubiese sido aprobado por sus representantes. En Inglaterra y Estados Unidos de América el principio se enuncia con la frase "no taxation without representation" y, en los países de derecho escrito se ha acuñado el neolatínismo "*nullum tributum sine lege*". Con razón expresa Guiliani Fonrouge, recogiendo ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia de ese país, que "el cobro de un impuesto, sin ley que lo autorice, es un despojo y viola el derecho de propiedad".⁶

Hay que advertir que la mera legalidad, formal y no material aunque es condición necesaria del tributo

justo no es condición suficiente del mismo, como lo revela la existencia de tributos formalmente legales pero materialmente injustos.

Veamos ahora los caracteres del tributo justo implicados en su legalidad plena.

En primer lugar, la generalidad, que deriva de la misma ley, pues si ésta es una "ordenación racional" ello implica que tenga que ser una ordenación general, dado que la razón trabaja siempre con conceptos generales y de allí que Aristóteles refiriéndose al saber de su tiempo, afirmase que no había ciencia de lo particular. Además, el destino de la ley que es el bien común,⁷ impone también la generalidad del tributo justo.

Pero la generalidad no es la universalidad estricta. La generalidad admite casos en los que el tributo deja de aplicarse, no por razones personales sino por requerirlo ciertas situaciones objetivas de bien común y así tenemos las llamadas inmunidades previstas en la ley constitucional (v. g. la del art. 32º de la Constitución en favor de la educación) y las exoneraciones establecidas por la ley tributaria, con carácter temporal.

En segundo término, otra característica del tributo justo es la obligatoriedad. Hablar de un tributo voluntario o facultativo es una "contradictio in adjecto", aunque alguna vez se haya dado entre nosotros.⁸ Y esta obligatoriedad no solo es moral sino también jurídica, lo que explica la potestad especial coactiva del Fisco excepcionalmente rápida para el cobro de tributos, que hoy se ha desnaturalizado extendiéndola a otros objetos no tributarios.⁹

En tercer lugar, como es obvio, el Fisco no podría exigir el tributo al contribuyente o al tercero responsable si la existencia del tributo no fuese un hecho cierto y publicado.

También la generalidad legal del tributo que tiene como fin el bien común impone que sea, como lo decía el artículo 8º de nuestra Constitución de 1933, "para el servicio público" y que su recaudación sea económica, esto es que el producto de su cobranza supere en cierta medida a los gastos incurridos en ella, pues, de lo contrario, se trataría de un derroche contrario al bien común.

Entre los caracteres del tributo justo relacionados con la justicia distributiva, el primero es la pluralidad, o sea, la existencia en cada país de una diversi-

5. Aristóteles: Op. cit., 1134 a 10-1135 a 5.

6. Guiliani Fonrouge, Carlos: "Derecho Financiero, Vol. I, p. 284, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

7. Las leyes que se dan para casos particulares tienen la formalidad de la ley pero no la sustancia de la ley.

8. Artículo 14 del Reglamento del FONAVI aprobado por Decreto Supremo Nº 113-79-EF de 14 de agosto de 1979.

9. Ver Decreto Ley 17355 de 31 de diciembre de 1968.

dad de tributos que integran su sistema fiscal. El tributo único, como ciertos teóricos han propuesto en algún país que lo sea el impuesto a la energía, no se puede aplicar a todos en una medida justa y de aquí que los administrativistas franceses digan "impôt unique, impôt inique".

Un segundo rasgo del tributo justo relacionado con la justicia distributiva es la igualdad proporcional geométrica que pide gravar a todos por igual, no con una igualdad proporcional aritmética, como fue la antigua capitación o modo más primitivo de cobrar el impuesto a la renta, sino con una igualdad proporcional geométrica, esencial de la justicia distributiva según Aristóteles.¹⁰ Esta proporción geométrica, según los modernos tributaristas se basa en la llamada "capacidad tributaria" de cada cual y explica no solo los impuestos de tasa proporcional sino aún los de tasa progresiva, justificados por la conocida teoría de la igualación del sacrificio que el pago del tributo significa para el hombre pobre, para el de mediana condición y para el rico.

A la igualdad proporcional tributaria se opone el privilegio por razón de la persona que existió en el llamado "Antiguo Régimen" francés en el que las personas pertenecientes a determinados estamentos sociales —nobleza y clero— no tributaban y todo el peso de los tributos recaía sobre el tercer estado o "estado llano" constituido por la burguesía.

En tercer término, si desde el punto de vista de la justicia distributiva el tributo toma una parte de la renta, o del patrimonio del contribuyente, de aquí se sigue que no puede tomar la totalidad de los mismos. Hacerlo sería una confiscación que impediría al contribuyente seguir subsistiendo, trabajando y produciendo.

En cuanto a saber cuando comienza la confiscación, la prudencia del legislador debe tenerlo presente en cada tipo de tributo. En el impuesto a la renta, por ejemplo, puede estimarse que si por la aplicación acumulativa de una escala de tasas progresiva el Fisco tomase más de la mitad de la renta de una persona individual, nos hallaríamos frente a un caso de confiscación.¹¹ Podríamos decirle entonces al Fisco lo que los contribuyentes de cierto país expresaban sarcásticamente que su administración tributaria merecería que le dijeran: "Llévese la renta y déjeme el impuesto".

III. El tributo justo y justamente aplicado

La justa aplicación del tributo justo tiene dos momentos: uno primero, abstracto y general que es el

reglamento y otro siguiente, concreto y particular, que es el acto de acotación.

Supuesta la justicia de la ley que crea el tributo, el requisito fundamental del reglamento tributario justo en el que señala nuestra Constitución para todo reglamento, esto es, que no debe transgredir ni desnaturalizar la ley, pues en la pirámide jurídica kelseniana los reglamentos deben estar subordinados a las leyes.¹² En este sentido, el reglamento no debe hacer más gravoso el tributo ni contemplar exoneraciones no consideradas por la ley.

El acto de acotación es la aplicación del tributo a un contribuyente particular. Hay casos en lo que esto es muy simple y pasa desapercibido para la generalidad de los contribuyentes, como es por ejemplo el de los impuestos al consumo en que el tributo forma parte del precio de un bien. Pero hay otros más complicados, como es el caso de los impuestos directos que hoy en día el contribuyente se autoacota, mediante una declaración jurada, y el Fisco sólo interviene o a posteriori revisando lo declarado por el contribuyente o lo retenido y pagado por un tercero responsable, o, supletoriamente, acotando a los omisos.

La administración pública tiene dos clases de actos: los actos reglados, que se ejecutan con sujeción a unas regulaciones legales y reglamentarias o simplemente reglamentarias y los actos discrecionales en los que goza de mayor libertad. Así por ejemplo, el otorgamiento de la buena pro en una licitación de adquisiciones o de obras es un acto reglado, mientras que, en las adquisiciones dispensadas de licitación, escoger al proveedor en un acto discrecional.

La acotación de un tributo, hecha por el contribuyente, o por el Fisco, o por un tercero responsable es un acto reglado y, más concretamente, un acto de justicia legal y distributiva, sujeto no solo a la ley sino también a la moral, por ser la justicia un punto de encuentro entre la disciplina jurídica y la ética. Cabe observar, sin embargo, que hay algunos casos en los que, sin desaparecer el carácter reglado de la acotación, tiene cierta cabida la discrecionalidad, como por ejemplo, la programación administrativa de los contribuyentes que deben ser fiscalizados o la acotación a un contribuyente por los signos exteriores de riqueza.

Así considerado, el acto de acotación tributaria pone en movimiento en el contribuyente, en el profesional que lo asesora y en el revisor las siguientes virtudes: la virtud intelectual del saber, exigida por la complejidad cada vez mayor y por los frecuentes cambios en la legislación y en la práctica tributaria; la virtud moral de la veracidad, requerida por la justicia legal, que obliga a declarar o a informar acerca de

10. Aristóteles: Op. cit. 1131 a 10-1131 b 15.

11. Pérez Luque, Mario: "Deberes tributarios y moral", pp. 108-113, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980.

12. Constitución Política del Perú, artículo 211, inciso 11 y artículo 87.

todas las circunstancias relevantes del caso para llegar a una acotación justa; la virtud moral de la honradez o probidad exigida por la justicia distributiva, o recta disposición de dar o reconocer lo debido en cada caso al Fisco y al contribuyente; y la virtud intelectual y moral de la prudencia o correcta estimativa de los factores que deben ser objeto de una apreciación discrecional.

Como muestra de honradez o probidad tributaria cita Maquiavelo el siguiente ejemplo, sacado de las ciudades alemanas de su época:

"Es costumbre en aquellas repúblicas, cuando precisa hacer gastos públicos, que los magistrados o consejos, con facultades para ello, impongan a los ciudadanos un tributo de uno o dos por ciento de lo que poseen. Dictada la orden, según la forma establecida, cada cual se presenta al recaudador del impuesto y bajo juramento de pagar lo que le corresponde, deposita en una caja destinada al efecto, sin más testigos que su conciencia, la cantidad que debe."¹³

Esta cita nos lleva como de la mano al siguiente tema de este artículo.

IV. La obligación en conciencia de pagar el tributo justo y la evasión tributaria

Una teoría que en el pasado tuvo bastante difusión y a la que aún se recurre para justificar la evasión de ciertos tributos indirectos, como por ejemplo los de aduana, es la que afirma la existencia de "leyes meramente penales", dentro de las que se encontrarían las leyes tributarias.

Una "ley meramente penal" sería aquella que no nos obligase en conciencia a cumplirla, esto es, que su infracción no constituyese un ilícito moral, un pecado del que nuestra conciencia nos acusaría y del que seríamos culpables sino, más bien, una ley que nos constriñese a cumplirla tan solo por temor a la pena que se nos impondría si la incumpliésemos y si nuestro incumplimiento fuese descubierto, pero que no generaría en nosotros ningún sentimiento de culpa. La "ley meramente penal" no obligaría pues "ad culpam" sino únicamente "ad penam".

La teoría nació en el siglo XIII en el campo religioso y no referida precisamente a leyes sino a las constituciones internas de la Orden de Santo Domingo, para disminuir la presión moral y la ocasión de pecado a que estaban sujetos los religiosos de la Orden por cualquier inobservancia de la Regla durante las veinticuatro horas del día.¹⁴

13. Maquiavelo, Nicolás: "Discurso sobre la primera década de Tito Livio", en *Obras Políticas*, pp. 140-141, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.

14. Pérez Luque, Mario: Op. cit., pp. 57-58.

Según el jurista español Antonio de Luna, esta teoría fue aplicada a las leyes civiles en general por Enrique de Gante.¹⁵

En el caso de las leyes tributarias tal aplicación se explica porque el tributo fue, originariamente, una exacción que los pueblos vencedores imponían a los vencidos y, más tarde, una fuente de recursos que incrementaba el patrimonio del príncipe o del señor feudal.

En el siglo XIX la referida teoría cobró gran auge, por el carácter individualista de dicha centuria, pero en el presente siglo se encuentra en franco retroceso.

Nuestra conciencia moral o razón práctica descubre en nosotros el imperar de la ley natural o ley moral que nos rige no solo en cuanto individuos sino también en cuanto miembros de una sociedad a la que estamos llamados por naturaleza. Esta sociedad no podría realizar su fin que es el bien común y que en el orden administrativo se expresa en los servicios públicos, si no contase para ello con los recursos necesarios, cuya fuente más importante son los tributos, exigibles, como ya hemos visto, por razones de justicia legal y distributiva. La conciencia de todo hombre honesto experimenta este llamado de la justicia a tributar; los que no lo sienten es porque no han formado debidamente su conciencia o porque la fuerza de las pasiones o las reiteradas violaciones de la ley natural han terminado por acallarla. Como dice Rousseau, hay que "escuchar la voz de la conciencia en el silencio de las pasiones".¹⁶

A la luz de las consideraciones expuestas, resulta claro que la evasión tributaria es no solo un ilícito jurídico sino también un ilícito moral. Este acto ilícito, que no hay que confundir con la llamada elusión tributaria que en ciertos casos es lícita moralmente, tiene lugar cuando se emplean medios que la moral reprueba —mentira, ocultamiento, omisión maliciosa a la espera de ganar la prescripción, etc.— para escapar al tributo. En cambio, en la elusión tributaria el medio empleado no es reprochable jurídicamente, pero desde el punto de vista ético debe usarse sólo en los casos de injusticia tributaria.

V. El tributo justo injustamente aplicado

Cuando tal cosa ocurre, al contribuyente le asiste el derecho de formular una reclamación.

No es ético formular reclamaciones frente a un tributo justo y justamente aplicado, cuando el contri-

15. De Luna, Antonio: "La doctrina de las leyes meramente penales", en *IX Semana de Derecho Financiero*, Madrid, 1981. Citado por Pérez Luque, Mario; Op. cit., p. 58.

16. Rousseau, Juan Jacobo: "Discursos a la Academia de Dijon", p. 68, Ediciones Paulinas, Madrid, 1977.

buyente pretende con ello simplemente "ganar tiempo". Ello era muy frecuente en época pasada en la que no existían los recargos e intereses que hoy sancionan el pago tardío. Si no se tiene por el momento fondos para pagar el tributo, lo correcto es pedir el aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda tributaria y no hacer una reclamación improcedente.

Tampoco es ético que el Fisco, por alegaciones de penuria fiscal posponga indefinidamente las devoluciones de tributos pagados en forma indebida por el contribuyente.

Está dentro de la ética formular reclamaciones no solo en el caso que exista certeza acerca de la justicia de las mismas sino también cuando solo hay probabilidad de que la reclamación sea amparada y esto es lo que ocurre en la mayor parte de los casos, en que las razones a favor del contribuyente no excluyen otras que el Fisco podría tener a su favor. Como dice Couture: "El litigio está hecho de verdades contingentes y no absolutas. Los hechos más claros se deforman si no se logra producir una prueba plenamente eficaz; el derecho más incontrovertible tambalea en el curso del litigio si un inesperado e imprevisible cambio de la jurisprudencia altera la solución. Por eso, la mejor regla profesional no es aquella que anticipa la victoria sino la que anuncia al cliente que *probablemente* podrá contarse con ella".¹⁷

En los casos de duda, la ética aconseja procurar salir de dicho estado por todos los medios al alcance del contribuyente y/o de su consejero legal por cuanto los aforismos "in dubio contra Fisco" e "in dubio pro Fisco" son igualmente insostenibles.

Las virtudes éticas exigibles de los litigantes, abogados y jueces en el proceso tributario son las mismas que ya hemos examinado al tratar de la aplicación del tributo justo. En este artículo, dirigido a los estudiantes de Derecho, nos permitimos insistir en que, según el profesor Antonio de Luna, "la primera obligación del abogado es saber".¹⁸

Y llamamos la atención también sobre la virtud ética fundamental del juez tributario: la imparcialidad, esto es, que esté por encima de las partes, que no se identifique con ninguna de ellas, que se encuentre en una libertad cuya única pasión legítima sea el amor a la justicia, para determinar a cuál de las partes le asiste el derecho, o si ambas a la vez tienen y no tienen razón en parte. Por ello, en otra ocasión escribimos sobre la necesidad de que la justicia tributaria en todas sus instancias no fuera dependiente de la

entidad revisora de las declaraciones de los contribuyentes y acotadora de los tributos.¹⁹

VI. El tributo injusto

¿Qué hacer frente a un tributo injusto?

¿Negarse a pagarlo? Ello daría lugar a una ejecución coactiva con intereses y recargos. El remedio sería peor que el mal.

¿Pagarlo, pues como decía Sócrates "el buen ciudadano debe seguir aún las leyes malas para no estimular al mal ciudadano a violar las buenas"?²⁰ Parece que este consejo sería demasiado conformista.

¿Hacer una huelga tributaria? Para ello sería necesario:

1. Que la situación tributaria que motiva la huelga sea insostenible;
2. Que se haya agotado todas las posibilidades de una solución pacífica o que sea evidente que el ponerlas en práctica sería inútil;
3. Que exista proporción entre la medida violenta que se asume y el mal que se trata de evitar y que la huelga sea practicable; y
4. Que haya fundadas probabilidades de éxito.

Sería extremadamente raro que en la práctica se diesen conjuntamente todos los requisitos enunciados. Hay leyes tributarias injustas pero que no llegan a ser insoportables. Los recursos pacíficos contra las mismas pueden reiterarse indefinidamente, sin que sea posible señalar a ciencia cierta cuándo están agotados. No parece haber proporción entre la huelga tributaria y los males que la puedan motivar, aparte de que es impracticable respecto de ciertos impuestos indirectos, por exigir del contribuyente que se abstenga de consumir bienes y de utilizar servicios indispensables. Por último, la unanimidad de pareceres y de actitudes entre los contribuyentes, requisito indispensable para el éxito de la medida, es punto menos que imposible.

Si tanto el conformismo socrático como las medidas violentas en esta materia no son aceptables, queda como única posibilidad el empleo de medios pacíficos de lucha tales como la organización de foros, de grupos de presión, la publicación de artículos en los periódicos y revistas especializadas, los

17. Couture, Eduardo J.: "Los mandamientos del abogado", pp. 45-46, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1962.

18. De Luna, Antonio: "Conferencia sobre la moral del abogado citada por José María Martínez Val en *Abogacía y Abogados*, p. 234, Barcelona, Bosch, 1981.

19. Ver al respecto en el N° 9 de la Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario correspondiente a diciembre de 1985 el artículo del autor "Ética tributaria (El impuesto-II)".

20. Citado por Giorgio del Vecchio: "Filosofía del Derecho", T. II, p. 7, Uteha, México, 1946.

contactos políticos, etc. Como hemos advertido ya en el artículo citado, en algunas ocasiones tales medios de lucha han dado resultados.

VII. El tributo, justo o injusto, exigido a destiempo

Tratamos aquí del aspecto ético del acogimiento a la prescripción extintiva de la deuda tributaria.

No está aquí en discusión el valor jurídico de la seguridad que justifica la prescripción.

Es lícito moralmente que el contribuyente que pagó un tributo pero que no está en situación de probarlo por haber destruido o extraviado los comprobantes se acoja a la prescripción. También lo es si el tributo es injusto.

No es lícito moralmente que el que omitió cumplir sus deberes tributarios, a la espera del cumplimiento del plazo prescriptorio se acoja a la prescripción una vez cumplido dicho término. Lo ético es que, en armonía con un conocido precepto de nuestro Código Civil, renuncie a la prescripción ya ganada y pague su deuda justa y justamente determinada.



DEPOSITOS ADUANEROS AUTORIZADOS

CARLOS ALBERTO IZAGUIRRE 283-289
KM. 16 AUTOPISTA ANCON
TELEFONO 326010 - 328271
SAN MARTIN DE PORRES - LIMA

La autonomía del crédito documentario

Alfredo Ostoja L. A.

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

Es bien conocido que el crédito documentario tiene un rol particularmente significativo en las transacciones internacionales no sólo de compra-venta sino también de mutuo. Es así que vendedor y comprador, interesados en reducir los peligros que para el primero supone entregar las mercancías y transferir la propiedad sin la certeza de cobrar el precio oportunamente, y para el segundo, recibir bienes que no se adecúen a lo convenido, respecto de los cuales ha debido pagar el precio por adelantado, acordarán que el pago del precio se verifique mediante el crédito documentario. El comprador recurrirá a un banco del lugar en el que domicilia para que, en coordinación con un banco del lugar en el que opera el vendedor, abra en favor de este último una *carta de crédito* representativa del precio, pagadera contra la presentación de determinados documentos a dicho banco por parte del vendedor. Tales documentos (i.e. la factura comercial, el conocimiento de embarque, la póliza de seguro de riesgos de transporte, certificados de origen, de calidad, de peso, entre otros) acreditarán el cumplimiento por parte del vendedor de las obligaciones que surgieron para él de la celebración del contrato de compra-venta.

Igualmente, cabe emitir una carta de crédito —denominada en este caso *stand by*— con la finalidad de que el mutuuario devuelve al mutuante el dinero objeto del contrato de mutuo.

Quienes no estén familiarizados con la terminología propia del crédito documentario deberán tener en cuenta que el comprador o el mutuuario y el vendedor o el mutuante se denominarán, respectivamente, *ordenante* y *beneficiario* y los bancos que intervienen, *banco emisor* y *banco corresponsal*, según se trate de aquél situado en la plaza en la que opera el ordenante (que emite la carta de crédito "ordenada" por éste) o en la que domicilia el beneficiario.

A su vez, la carta de crédito podrá ser, en principio, *revocable* o *irrevocable*. Dado que la primera es raramente usada, no me referiré a ella, a

diferencia de lo que haré más adelante con la segunda. Adicionalmente, la carta de crédito irrevocable podrá ser también *confirmada*. En el caso de la carta de crédito irrevocable la promesa de pago obligará únicamente al banco emisor. El banco corresponsal —más propiamente llamado, en este caso, *banco avisador*— se limitará a "avisar" el crédito existente en favor del beneficiario. Si la carta, en cambio, fuera irrevocable y confirmada, la obligación de pago involucrará tanto al banco emisor cuanto al banco corresponsal, el que, en este supuesto, se denominará con más propiedad *banco confirmador*.

Ahora bien. Este breve estudio apunta a determinar los alcances reales de la autonomía del crédito documentario respecto del negocio causal que lo originó. Para ello he considerado de interés optar una aproximación inductiva al problema, a partir del examen del caso hipotético siguiente:

Se consulta si un banco domiciliado en el Perú (el banco emisor) que por cuenta de un cliente local (el ordenante), ha emitido una carta de crédito *stand by* irrevocable en favor de una empresa domiciliada en el extranjero (el beneficiario), pagadera contra la simple declaración de esta última en el sentido de que el ordenante no ha cumplido con pagarle una determinada cantidad de dólares de los Estados Unidos de América dentro de un plazo también determinado, formulada tal declaración en la forma y dentro del plazo convenidos, puede dicho banco rehusarse a honrar la carta de crédito, invocando que el ordenante ya pagó la suma que adeudaba al beneficiario.¹

1. El texto de la carta de crédito

Para la emisión de la carta de crédito no se han

1. El ordenante consignó en moneda nacional a la tasa del Mercado Unico de Cambios (en ese momento 1/. 33.00 por dólar) la suma adeudada (art. 1237 del Código Civil), no obstante que el pago de la carta de crédito suponía una transferencia bancaria de US\$ 100,000 en moneda de los Estados Unidos de América.

utilizado los formatos tipo propuestos por la Cámara de Comercio Internacional para esta clase de instrumentos (Publicación 416) sino un telex. Dicha comunicación está dirigida por el banco emisor a un banco filial de los Estados Unidos de América (el banco avisador).

El texto de la carta de crédito es el siguiente:

"REF.: N/M CFE 517C550J VCTO. 15.6.88

Por la presente, les rogamos notificar urgentemente a los señores ACME & Co. de 401 Biscayne Boulevard, Suite 301, Miami, Florida, que hemos establecido en su favor nuestra carta de crédito stand-by irrevocable num. CFE 517C550J, garantizando el pago de parte de los intereses devengados a marzo 15, 1988, sobre el saldo del préstamo a Sine Nomine S.A., hasta por un monto agregado que no podrá exceder de US\$ 100,000 (cien mil dólares americanos).

Esta carta de crédito stand-by es pagadera en los mostradores del Banco Iberoamericano-Servicios Generales, sito en Unicentro Núcleo C, piso 4, Carrera Quince, Bogotá, Colombia, contra presentación por un representante con poder suficiente otorgado por ACME & Co. en nuestra oficina regional del Perú en Paseo de la República N° 2275, San Isidro, de una declaración escrita del beneficiario, indicando que Sine Nomine S.A. no ha cumplido con abonarles la suma de US\$ 100,000.00 dentro del período que termina el 31 de mayo de 1988.

Tan pronto como la oficina regional de Lima reciba y encuentre conforme el documento mencionado en el párrafo precedente, avisará por telex a nuestras oficinas de Servicios Generales de Bogotá, Colombia, para que por transferencia cablegráfica les remita los fondos a la cuenta num. 288801Z365 del Chase Bank International, 100 Chopin Plaza-1100 Miami Center, Miami, Florida 33131.

Esta carta de crédito stand-by expirará en Lima el 15 de junio de 1988.

Este crédito se encuentra sujeto a las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios (Revisión 1983), Publicación C.C.I. N° 400 (las RUU).

Este es el instrumento operativo, no seguirá ninguna confirmación posterior."

2. La ley aplicable a la carta de crédito

La carta de crédito está sometida a las RUU. Dichas reglas constituyen la costumbre mercantil más generalizada en materia de crédito documentario, por lo que cuentan con la aceptación de la mayor parte de los bancos del mundo, los que las incorporan de manera expresa a los créditos documentarios en los que participan. Desde que las RUU fueron puestas en vi-

gencia por primera vez en 1962, han sido materia de sucesivas revisiones por parte de la Cámara de Comercio Internacional, siendo la más reciente la llevada a cabo en 1983 (Publicación C.C.I. N° 400).

El origen consuetudinario de las RUU y su universal utilización explican la influencia que tienen en la doctrina y en la jurisprudencia sobre crédito documentario, las que, en la mayor parte de los casos, son consonantes con aquellas precisamente porque representan la costumbre mercantil más generalizada sobre la materia.

3. La naturaleza jurídica de la carta de crédito

La doctrina propone hasta una veintena de teorías respecto de la naturaleza jurídica de la carta de crédito. Duccio Ciabatti² hace referencia, entre otras, a las de la delegación, de la "anweisung" o indicación de pago, del contrato en favor de tercero, del "accollo cumulativo dei debiti altrui" (asunción de deudas), de la novación, de la cooperación en el contrato ajeno, de la apertura de crédito, del mandato de crédito o "kreditauftrag", de la cesión de crédito, de la promesa de la obligación de un tercero y del hecho de un tercero, del negocio jurídico complejo o de los contratos coligados, de la fianza, de la garantía, de la "independent promise of payment", del "estoppel", de la oferta y de la obligación cambiaria.

Sin embargo, abstracción hecha de la adhesión a una determinada teoría respecto de la naturaleza jurídica del crédito documentario, en la doctrina hay unanimidad tanto sobre que él es autónomo respecto de los contratos que constituyen su base causal cuanto que el banco emisor, una vez cumplidas las condiciones estipuladas, está obligado frente al beneficiario a honrar la carta de crédito pagándola o comprometiéndose a hacerlo.

En este sentido, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 3 y 10 de las RUU que, respectivamente, dicen:

Artículo 3:

"Los créditos son, por su naturaleza, operaciones comerciales independientes³ de las ventas o de cualquier otro contrato, los que en ningún caso obligarán⁴ a los bancos aún cuando una referencia a dicho(s) contrato(s) esté incluida en el crédito."

2. Ciabatti, Duccio: "Algunos aspectos jurídicos sobre el crédito documentario", Pontificia Universidad Católica, Programa Académico de Derecho, Lima, 1982.

3. "Separate" y "distinctes" en las versiones en inglés y francés de las RUU.

4. "... and banks are in no way concerned or bound by such contracts".

Artículo 10:

"a) En cuanto se cumplan las condiciones del crédito y los documentos estipulados sean presentados, un crédito irrevocable constituye un compromiso en firme⁵ para el banco emisor.

I. Si el crédito prevé el pago a la vista, de pagar o que dicho pago se efectuará.

(...)"

Adicionalmente, habría que tener en cuenta que la doctrina asimila al crédito documentario a los títulos-valores, lo que supone reconocerle estar sujeto a los principios de certeza, literalidad, abstracción y transmisibilidad.

En los acápites 4, 5 y 6 me referiré a la certeza, a la literalidad y a la abstracción del crédito documentario.

4. La certeza del crédito irrevocable

El crédito documentario irrevocable está caracterizado por el alto nivel de seguridad y certidumbre que representa para el beneficiario. Las cartas de crédito irrevocable "y los efectos aceptados que circulan derivados del mismo, no obstante su función eminentemente crediticia, adquieren en la comunidad mercantil un alto grado de liquidez gracias al prestigio de quien las emite o acepta. La liquidez de la promesa incorporada al crédito documentario es, por ello, consecuencia de su certeza o seguridad jurídica.

La certeza o seguridad jurídica del crédito documentario irrevocable resulta de un triple principio. El primero establece que quien emite el crédito no puede modificarlo ni cancelarlo sin el consentimiento del ordenante y del beneficiario. El segundo impone una interpretación estrictamente literal a los términos y condiciones del crédito, de modo particular por lo que se refiere a la forma en que el beneficiario debe dar cumplimiento a los requisitos documentarios. El tercero establece una absoluta separación e independencia entre el crédito documentario y los negocios jurídicos subyacentes".⁶

5. La abstracción

Es un principio generalmente aceptado que el tomador de buena fe de un título-valor no se halla sometido a las acciones y excepciones que puedan ejercitar sus anteriores titulares, con prescindencia de

que conozca o no la existencia de dichas acciones. Hoy, pues, nadie discute que los títulos-valores son, por su propia naturaleza, instrumentos autónomos o independientes de las relaciones jurídicas subyacentes y que, como tales, están sujetos a los principios de la literalidad y la abstracción en cuanto a los derechos incorporados en los mismos.

Como se verá más adelante, con arreglo al principio de la literalidad, tanto los derechos como las obligaciones deben nacer "literalmente" del documento mismo.

Por su parte, el principio de la abstracción presupone que la obligación incorporada a un título-valor en circulación se considere eficaz con prescindencia de que exista o no causa suficiente para su emisión. Su tenedor no necesita probar la existencia de una causa subyacente que acredite la existencia de la promesa asumida por quien se encuentra originariamente obligado. Es más, el instrumento incorpora una presunción *iuris tantum* de que el tenedor lo ha adquirido de buena fe y con justa causa. Es por ello que las excepciones oponibles a este último generalmente se limitan a aquellas que sean ajenas a la relación jurídica subyacente o a las que, refiriéndose a ésta, atañen únicamente a su ilicitud o, en algunos casos, a su inexistencia.

El crédito documentario, tal como se le conoce hoy en día, participa plenamente de la característica de la abstracción propia de los títulos-valores.

Es más, hasta por consideraciones puramente operativas los bancos deben evitar verse involucrados en el negocio subyacente que, por lo general, es una compra-venta documentaria, situación de la cual surgió el principio de que "los bancos negocian documentos, no mercancías" contenido en el artículo 4 de las RUU ("En las operaciones de crédito todas las partes que intervienen negocian sobre documentos y no sobre mercancías, servicios y/u otras prestaciones que pueden tener relación con los documentos").

Como puede inferirse, la naturaleza abstracta del crédito documentario tiene particular relación con los derechos del beneficiario que ha cumplido con las condiciones de crédito.

Es en razón de dicha naturaleza que el beneficiario no requiere de la existencia de una causa que fundamente la obligación del banco emisor para con él. La sola posibilidad de que dicho banco pudiera alegar la inexistencia de causa como excepción frente a la acción del beneficiario restaría toda confiabilidad a los créditos documentarios.

Igualmente, el banco emisor, por el carácter abstracto de su obligación, está impedido de oponer al beneficiario excepciones que nazcan de la solicitud de apertura o del contrato de apertura del crédito.

5. "Definite undertaking" y "engagement ferme" en las versiones en inglés y francés de las RUU.

6. Kozolckyyk, Boris: "El crédito documentario en el Derecho Americano, Un estudio comparativo", Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1973, p. 486 y ss.

Es por ello que la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha consagrado tanto que el banco que abre un crédito documentario irrevocable está impedido de negarse a honrarlo fundándose en las relaciones contractuales existentes entre él y su depositante (el ordenante)⁷ cuanto que, una vez abierto, el crédito documentario sólo puede ser modificado previo acuerdo entre el beneficiario y el ordenante.⁸

Sin embargo, desde el punto de vista de un sector de la doctrina y la legislación comparada, el principio de la abstracción debería estar sujeto a ciertos límites. Al respecto, resultará ilustrativo examinar brevemente cuáles son aquellos supuestos excepcionales en los que la doctrina y la legislación comparada cuestionan la abstracción del crédito documentario, no sin adelantar que hay posiciones que propugnan la autonomía irrestricta aún en aquellos supuestos considerados "excepcionales". Estos últimos son el fraude del beneficiario en relación con la legitimidad de los documentos que presenta; la frustración del objeto del negocio causal; y, la nulidad del negocio causal.

En relación con el supuesto del fraude del beneficiario consistente en falsear los documentos representativos de las mercaderías, se sostiene que ello podría estar poniendo de manifiesto la inexistencia de aquellas y, por lo tanto, la de la causa en la relación ordenante-beneficiario (comprador-vendedor en la compra-venta). La regla general adoptada por el derecho norteamericano en casos como éste es que los riesgos de la conducta dolosa del beneficiario deben ser asumidos por el ordenante, de modo tal que el banco que, para efectos de realizar el pago, se atiene a la apariencia de los documentos, queda liberado de toda responsabilidad.⁹ Sin embargo, dicha regla general admite la excepción consistente en que el ordenante pueda adoptar medidas precautorias para evitar o impedir el pago cuando éste pueda probar la inminencia de un perjuicio irreparable, dando aviso anticipado al banco respecto del hecho fraudulento antes de que se produzca el pago del crédito o la aceptación de una letra de cambio en virtud del crédito documentario. No obstante, si el tenedor de los documentos o de la letra de cambio fuera un poseedor legítimo de buena fe ("holder in due course") la excepción bajo comentario no podría serle opuesta. Finalmente, debo señalar que la adopción de las medidas precautorias a que se viene de hacer referencia tiene efectos transitorios mientras se discuten los derechos y las

obligaciones de las partes.¹⁰

Igual ocurre, por ejemplo, en el derecho belga, el mismo que en estos casos permite la adopción por el ordenante de una medida judicial de retención o suspensión de pago (*saisie conservatoire* o *saisie-arrêt*). Sin embargo, legislaciones como la chilena o la argentina se pronuncian sobre la absoluta independencia del crédito documentario aún en casos como el descrito.

De otro lado, se sostiene que uno de esos supuestos de excepción respecto del principio de la autonomía irrestricta del crédito documentario es el de la frustración del objeto del contrato subyacente cuando el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes resulta imposible sin que medien causas imputables a ninguna de ellas. Al respecto, interesa tener en cuenta la decisión judicial recaída en el caso *American Steel Co. con Irving National Bank*. El negocio causal que dio origen a la emisión de la carta de crédito —la exportación de planchas de hojalata— se frustró a raíz de la prohibición puesta en vigor en el país del beneficiario (el comprador) respecto de la realización de transacciones de esa naturaleza. Aún cuando era evidente que tal prohibición constituía una causal de resolución del negocio subyacente, el banco fue compelido a honrar la carta de crédito.

Cabe señalar que la doctrina desarrollada en los Estados Unidos de América a raíz del caso jurisprudencial citado ha sido objeto de duras críticas por parte de tratadistas franceses y españoles, quienes advierten que de prevalecer la tesis "American Steel", desaparecerán las garantías que para los bancos constituyen las mercancías —o los documentos que las representan— al no poder ser utilizadas por ellos para resarcirse en los casos de incumplimiento o insolvencia del ordenante en la relación existente con este último (el reembolso de la carta de crédito).

Kozolchik,¹¹ con quien coincido, sostiene que la rigurosidad de la tesis "American Steel" es necesaria para preservar intactas la certidumbre y la abstracción del crédito documentario, atributos sin los cuales éste dejaría pronto de tener sentido.

Queda por examinar el supuesto de la nulidad del negocio causal, situación sobre la cual tampoco hay unanimidad en la doctrina, en la legislación comparada y en la jurisprudencia.

Hay autores franceses como Stoufflet¹² para quienes la obligación del banco no se ve alterada por

7. Ernesto Foglino & Co. con Webster y American Steel Co. con Irwin National Bank.

8. Lamborn con National Park Bank y Dulien Steel Products Inc. con Bankers Trust Co.

9. Código de Comercio Uniforme (Uniform Commercial Code), Sección 5-114,2.

10. Finkelstein, Herman: "Legal aspects of commercial letters of

credit", Columbia University Press, p. 171.

11. Ob. cit., p. 576.

12. "Le crédit documentaire", citado por Kozolchik, ob. cit., p. 578.

la nulidad del negocio causal, sin perjuicio de la posibilidad de interponer medidas precautorias como la *saisie conservatoire* o la *saisie-arrêt* ya mencionadas, antes de que el crédito haya sido realizado. El italiano Colagrosso¹³ hace un distingo entre la nulidad y la anulabilidad, sosteniendo que la primera es la única que puede afectar las expectativas del beneficiario. Por su parte, la legislación chilena y argentina, consecuentes con su posición respecto de la autonomía, niegan todo efecto a la nulidad en relación con los derechos del beneficiario.

6. La literalidad

Es también inherente a la naturaleza del crédito documentario irrevocable y a su certidumbre y confiabilidad que los términos en que ha sido redactado sean considerados suficientes para determinar con claridad la intención del banco emisor. Es por ello que los derechos y obligaciones del banco emisor y del ordenante, de un lado, y los del beneficiario, del otro, tienen que inferirse del contenido del propio instrumento.

En lo que respecta a los créditos documentarios, el principio de literalidad se expresa a través de dos reglas: aquella de que el beneficiario debe atenerse estrictamente al texto del crédito documentario al momento de cumplir con las condiciones del mismo; y, aquella otra de que el banco debe limitarse a comprobar dicho cumplimiento a partir de la "pura revisión de la regularidad externa y formal de los documentos entregados por el beneficiario, impidiendo que el banco pueda valorar el cumplimiento acudiendo a elementos de juicio extrínsecos derivados del contrato o relación jurídica subyacente".¹⁴

De ello se sigue que cuando el beneficiario ha dado cumplimiento exacto a lo exigido en el crédito documentario el banco emisor (o el confirmante, si el crédito fuera confirmado) está obligado a honrarlo. "Si el banco se niega a dar cumplimiento a esta obligación, nace para el beneficiario inmediatamente el derecho de ejercitar una acción la cual, no obstante ser comúnmente conocida como acción de resarcimiento de los daños ocasionados, constituye realmente una acción obligando al cumplimiento de lo convenido (in specific performance)".¹⁵

7. Las obligaciones del banco emisor respecto del cumplimiento de los requisitos del crédito

Interesa determinar ahora cuál es el alcance de las obligaciones del banco emisor en relación con el

cumplimiento de los requisitos o condiciones del crédito por parte del beneficiario.

La carta de crédito del caso hipotético propuesto era pagadera contra la presentación por un representante con poder suficiente otorgado por ACME & Co. en la oficina regional del banco emisor en el Perú de "una declaración escrita del beneficiario indicando que Sine Nomine S.A. no ha cumplido con abonarles la suma de US\$ 100,000 dentro del período que termina el 31 de mayo de 1988".

Asimismo, la carta de crédito expresaba que "tan pronto como la oficina regional de Lima reciba y encuentre conforme el documento mencionado en el párrafo precedente" se avisaría por telex a las oficinas del banco emisor en Bogotá, Colombia, para que se transfirieran cablegráficamente los fondos respectivos a una determinada cuenta bancaria abierta en el Chase Bank International de Miami, Florida.

No hay duda, pues, sobre cuál era la condición del crédito a satisfacer por el beneficiario. Este debía cumplir con formular una simple declaración escrita en el sentido de que el ordenante no había cumplido con abonarle US\$ 100,000 hasta el 31 de mayo de 1988.

Dicha declaración fue presentada al banco emisor el 1º de junio de 1988, dentro del plazo de vigencia de la carta de crédito, de lo que se sigue que el beneficiario cumplió con sus obligaciones a cabalidad. Corresponde ahora preguntarse qué significa la expresión "encuentre conforme" contenida en la carta de crédito en relación con la recepción de la declaración por parte del banco emisor.

La doctrina sostiene en este sentido que para determinar cuáles son los elementos fundamentales de la obligación que el banco tiene frente al ordenante de examinar la adecuación con que se ha dado cumplimiento a los requisitos del crédito, es necesario precisar los orígenes de dicha obligación. No puede olvidarse que las instrucciones contenidas en la solicitud de apertura del crédito constituyen la fuente de las obligaciones del banco. Igualmente, debe tenerse en cuenta que los alcances de las obligaciones tanto del banco cuanto del beneficiario están determinados por el contenido de la carta de crédito, la misma que ha sido redactada por el banco emisor.

Kozolchik¹⁶ clasifica las obligaciones del banco emisor del crédito en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario en positivas, negativas y discrecionales.

La obligación positiva del banco, dice el autor citado, consiste, primeramente, en examinar y verificar con todo rigor la regularidad formal o aparente de

13. "Le operazioni bancarie su documenti", citado por Kozolchik, ob. cit., p. 578.

14. Kozolchik, ob. cit., p. 512.

15. Ibidem, ob. cit., p. 545.

16. Kozolchik, ob. cit., p. 330.

los documentos aportados por el beneficiario y, después, pagar.

La actitud del banco, continúa diciendo, que se niega a aceptar o a pagar al crédito cuando, por su parte, el beneficiario ha dado cumplimiento a sus obligaciones conforme a los términos del crédito, constituye un quebrantamiento de los deberes del banco contra el que puede dirigirse tanto el beneficiario como el ordenante del crédito. La jurisprudencia sobre la materia es abundante.

La obligación de carácter negativo, dice Kozolchik, es consecuencia de la anterior: el banco debe abstenerse de pagar si los documentos presentados por el beneficiario no reúnen las condiciones exigidas en cuanto a su regularidad formal o aparente.

Las obligaciones de carácter discrecional o facultativo del banco, están referidas, fundamentalmente, a los casos de cartas de crédito utilizadas como mecanismos de pago en compra-ventas documentarias y apuntan a que el banco aplique criterios de razonabilidad en la apreciación de las características de los documentos presentados por el beneficiario.

A estas obligaciones se refiere el artículo 15 de la RUU que establece que "los bancos deberán examinar todos los documentos con razonable cuidado para comprobar que su apariencia concuerde con los términos y condiciones del crédito. Se considerará que no presentan apariencia de conformidad con los términos y las condiciones del crédito los documentos que, cuando menos en apariencia, contengan contradicciones o incongruencias".

No puede dejar de mencionarse a propósito del tema materia de esta parte del presente trabajo, el artículo 17 de la RUU en el sentido de que "los bancos no asumirán ninguna obligación ni responsabilidad respecto a la forma, la suficiencia, la exactitud, la autenticidad, la falsificación o el valor legal de ningún documento ni respecto a las condiciones generales y/o particulares que se indiquen en los documentos o que se agreguen a ellos... Tampoco asumirán responsabilidad alguna respecto... a la solvencia, al cumplimiento de las obligaciones o a la reputa-

ción de los remitentes transportistas o aseguradores de la mercancía o de cualquier otra persona, quien quiera que sea".

Es claro, pues, cuál es, desde la perspectiva de las RUU, el alcance de la actitud y de las responsabilidades del banco emisor frente a los documentos presentados por el beneficiario.

En el caso hipotético propuesto el beneficiario cumplió estrictamente con lo dispuesto por el crédito y el banco emisor debió limitarse a apreciar el documento presentado por éste en cuanto a su regularidad formal o aparente, la que, por lo demás, coincidía con lo exigido por la carta de crédito.

Es evidente, pues, que en casos como éste el banco emisor está protegido aún del supuesto —nada común, por lo demás— de que el ordenante haya pagado efectivamente la obligación materia del negocio causal o alegue haberlo hecho. En ese supuesto, el banco debería cumplir con honrar la carta de crédito en la seguridad de que podría reclamar lo pagado de parte del ordenante. Por el contrario, abstenerse de honrar la carta de crédito en un caso como el descrito supondría para el banco emisor arrogarse facultades de las que carece y contravendría la propia racionalidad de la institución del crédito documentario.

Lo que cabría en un supuesto como este hubiera sido dejar sin efecto la carta de crédito en razón de que la obligación que le dio origen ya había sido pagada, lo cual hubiera requerido, inevitablemente, de la anuencia del beneficiario.

8. Conclusiones

De lo expresado precedentemente se concluye que el banco emisor debió pagar la carta de crédito stand-by irrevocable abierta en favor del beneficiario contra la presentación por parte de éste de la declaración relativa a que Sine Nomine S.A. no había cumplido con pagarle la suma de US\$ 100,000 hasta el 31 de mayo de 1988 y que su alegación en el sentido de que no pagaría la carta de crédito en razón de que dicha empresa ya había pagado su obligación al beneficiario, carece de sustento legal.

Vida académica en la Facultad de Derecho: Setenta años de Historia (1917-1987) (Primera parte)

Teodoro Hampe Martínez

Doctor en Historia. Profesor del Departamento
de Humanidades de la Universidad Católica

La Facultad de Derecho es, junto con la de Letras, una de las más antiguas unidades académicas que integran la Pontificia Universidad Católica del Perú, pues existe desde el momento de su fundación en 1917. Cabe afirmar que gracias a las enseñanzas que ha brindado a cientos de profesionales del ámbito forense, educación sustentada en un constante afán renovador, esta Facultad ha ganado mercedamente un sólido prestigio tanto en nuestro país como en el extranjero. A lo largo de los párrafos siguientes (en ésta y en la próxima entrega de *Thémis*) vamos a analizar la evolución que ha ocurrido en sus planes de estudio y en su esquema administrativo, vamos a mencionar algunos de sus profesores y alumnos más notables, vamos a señalar, en fin, la obra de extensión cultural que ha desarrollado mediante investigaciones, conferencias, publicaciones, etc. Una importante tarea que puede medirse numéricamente en los más de 1,500 abogados que han salido de dicho organismo durante las últimas siete décadas.

1. La enseñanza de jurisprudencia en sus inicios (1917-1943)

El propósito de constituir un centro de estudios jurídicos se halla en la misma raíz de la Universidad Católica, ya que es sabido que la intención original del P. Jorge Dintilhac y los demás fundadores era establecer en Lima un "Curso de Leyes" similar al que regentaban los padres de los Sagrados Corazones en Valparaíso. Ello determinó que el decreto supremo de 24 de marzo de 1917, que significa la carta fundacional de la institución, autorizase a organizar esta nueva "universidad libre" con las Facultades de Letras y Jurisprudencia. De inmediato, pues, surgió la necesidad de formar el personal docente dentro del ámbito jurídico, y el Comité Organizador tomó un acuerdo importante al respecto en su reunión del 1º de abril de dicho año: el P. Mariano Aguilar asumiría la cátedra de Filosofía del Derecho, Carlos Arana Santa María la de Derecho Romano y Toribio Alayza y Paz Soldán la de Derecho Constitucional.

Sin embargo, la incertidumbre creada por las críticas hechas en torno a la fundación de la Universidad Católica impidió que vinieran alumnos en número suficiente como para poner en actividad la rama de Jurisprudencia, por lo cual quedaron en suspenso las mencionadas cátedras. Cuando la vida del naciente organismo pareció encontrarse mejor asentada, los miembros del Consejo Superior resolvieron, el 24 de noviembre de 1918, inaugurar formalmente en abril del año venidero (1919) la Facultad de Jurisprudencia.

Asimismo, el 19 de enero de 1919 se acordó ofrecer en el primer año de estudios las asignaturas de Derecho Civil I, Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, y posteriormente se designó como catedrático de Derecho Civil I al joven abogado Jorge G. Velauchaga Menéndez, quien era el secretario de la Universidad. Las otras asignaturas quedaron reservadas para los docentes que previamente se había escogido. De tal modo, muy precariamente —quizá con una veintena de alumnos—, comenzó la existencia de esta unidad académica. Tuvo como sede primigenia un par de aulas del edificio del Colegio de La Recoleta, en la Plaza Francia, cedidas por los superiores de la orden de los Sagrados Corazones.

¿Quiénes fueron los primeros estudiantes de Jurisprudencia? Aunque la escasez de documentación conservada no permite tratar minuciosamente el asunto, cabe efectuar un seguimiento de aquellos alumnos que, habiendo pertenecido al grupo de fundadores de la rama de Letras en 1917, estudiaron después la carrera de las leyes. En 1922 se graduaron de bachilleres *legistas*, rindiendo examen ante el jurado especial de nuestra Universidad, el limeño Carlos Franco Vargas (29 de abril), el ancashino Manuel Pizarro Hidalgo (31 de agosto) y el cuzqueño Juan Mariano Velasco Segura (27 de diciembre).¹ El pri-

1. Archivo Central, Actas de exámenes del Jurado Especial, 1922-1924, pp. 1, 3 y 35.

mero de los nombrados recibió su título de abogado en 1925 y dos años más tarde obtuvo la misma titulación el tercero de ellos. Velasco Segura se vinculó posteriormente a la Facultad de Jurisprudencia en condición de catedrático de Derechos Industriales y vocal del Consejo Directivo y, además, llegó a ser presidente del Banco Minero del Perú; ya nonagenario, murió en febrero de 1987.

Disponía la reglamentación vigente que para ingresar a esta Facultad era necesario haber terminado los dos años preparatorios de Letras. El bachillerato en Jurisprudencia se podía obtener luego de tres años de estudios especializados, y el título de abogado estaba —previo examen— al alcance de quienes hubieran aprobado los cinco años de cursos en la Facultad y hubieran realizado adicionalmente dos años de práctica profesional. El programa de cursos válido hacia 1927 (antes de que se impusiera una reforma motivada por nuevo Estatuto universitario) comprendía un total de veinte asignaturas, de las cuales tres eran de Derecho Civil, otras tres de Derecho Procesal y dos de Derecho Comercial; lo restante del plan incluía materias jurídicas de tipo constitucional, internacional, administrativo, penal, económico, financiero, etc. Podemos notarlo con detalle a través del siguiente esquema:

PLAN DE ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA (1927)

1º año: Derecho Civil I, Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional General y Comparado, Economía Política y Legislación Económica.

2º año: Derecho Civil II, Derecho Penal, Derecho Constitucional Peruano, Derecho Internacional Público.

3º año: Derecho Civil III, Derecho Procesal I, Derecho Comercial I, Derecho Administrativo.

4º año: Derecho Procesal II, Derecho Comercial II, Derecho Romano, Ciencias de las Finanzas y Legislación Financiera.

5º año: Derecho Procesal III, Derecho de Agricultura, Minería e Industrias, Derecho Internacional Privado, Historia del Derecho Peruano.

En 1929 se impulsó a los alumnos de los últimos dos años la obligación de participar en la Academia de Práctica Forense, recién creada y dirigida por Raúl Noriega Ayarza, con el fin de sistematizar el trabajo profesional requerido antes de optar al título de abogado. Otras innovaciones efectuadas por ese tiempo en el currículum son la sucesiva apertura de las cátedras de Derecho Canónico, Filosofía de la Religión y Acto Jurídico y, en 1934, el establecimiento de círculos de estudio (centros de lectura e investigación comunitaria) de Filosofía del Derecho y Economía Polí-

tica. Las graves circunstancias de la segunda guerra mundial determinaron la promulgación, seis años más tarde, de la ley N° 8979, por la que se instituyó el curso obligatorio de Instrucción Militar en los dos años finales del plan de esta Facultad.

El primero en ocupar el decanato de Jurisprudencia fue el doctor Carlos Arenas y Loayza, ex-alumno guadalupano graduado en San Marcos (1908), catedrático de Derecho Civil (Persona y Familia) y, por largo tiempo, vice-rector de nuestra Universidad. Desempeñó el máximo puesto dentro de la Facultad —apoyado en su estrecha amistad con el rector Dintilhac— de manera más o menos informal hasta que en 1932, con arreglo a un nuevo estatuto interno, se constituyó en esta unidad académica una junta de catedráticos para elegir la terna de candidatos a decano; fueron nombrados entonces como tales el profesor Neptalí Chávarri, de Derecho Civil III, y los ya mencionados Arenas y Noriega.

El 19 de agosto de 1932 resolvió el Consejo Superior entregar a Arenas y Loayza el decanato por un nuevo período de tres años. Al terminar éste, se retiró finalmente el viejo maestro y pasó a desempeñar el Ministerio de Justicia. Fue elegido en su lugar Raúl Noriega Ayarza, catedrático de Derecho Procesal Civil, más tarde presidente de la Corte Suprema: se mantuvo como decano, con una reelección intermedia, hasta 1943.²

Importa señalar que en 1936 se introdujeron una estructura institucional y un plan de estudios novedosos en el ámbito que tratamos, pues nació la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con aptitud para otorgar el doctorado tanto en una como en otra especialidad. Cuando surgió, este organismo contaba con dieciocho catedráticos principales y dos auxiliares. Y se restringieron las vacantes de ingreso al primer año a solamente 50 alumnos, según norma estatal, dada evidentemente con el propósito de impedir que la Católica siguiera poblándose de estudiantes en la misma medida que alcanzó cuando estuvo recesada —por orden del gobierno de Sánchez Cerro— la Universidad Mayor de San Marcos.

El Consejo Directivo, órgano que ejerció durante más de tres décadas el gobierno de la Facultad, se instaló por vez primera el 23 de julio de 1938. Estaba compuesto del decano (Noriega), de tres vocales y de un secretario. Le tocó desempeñar inicialmente la secretaría a Ismael Bielich Flórez, profesor de Derechos Reales, y después ocupó este plaza el entonces joven Domingo García Rada, quien empezaba una brillante carrera docente; debido a su renuncia, en 1944, sirvió por breve tiempo las tareas secretariales José Luis González Suárez.

2. En torno a dicho período, pueden consultarse las remembranzas de Jorge del Busto Vargas sobre "La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica entre los años 1937 y 1941", en *Sinopsis*, 6 (1984), pp. 3-4.

Puede ser interesante reconstruir —siquiera en términos globales— la serie de abogados que se recibieron en esta Facultad durante el período más temprano de la enseñanza de jurisprudencia. Dejando aparte a los profesionales pertenecientes a la promoción fundacional (que egresó en 1923), observamos que la serie anual ininterrumpida arranca en 1931 con la titulación de cuatro nuevos abogados, cantidad que tiende a crecer paulatinamente en el curso de esa década; un crecimiento motivado, sin duda, por el traslado de estudiantes sanmarquinos a la Católica. El año más prolífico en el aspecto que contemplamos fue 1938, cuando recibieron su anhelado título 37 individuos. En toda esta etapa inicial (hasta 1943, inclusive) obtuvieron la abogacía un conjunto de 252 personas.³

2. Un cuarto de siglo de continuado desarrollo (1943-1968)

Víctor Andrés Belaunde, el ilustre internacionalista arequipeño, graduado de doctor en Letras y en Jurisprudencia por la Universidad de San Marcos, fue el tercer decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. La iniciación de su decanato, en 1943, marca el advenimiento de una fase distinta en la evolución histórica de este organismo: fase que se prolonga por espacio de 25 años y que halla unidad en la permanencia del cuerpo docente, en la similaridad de los programas de estudio y en la conservación de los factores políticos, económicos y sociales que rodean a la vida académica. Además, es significativo el apoyo que merece la investigación de diversos problemas jurídico-legales, sobre todo a partir del establecimiento del Seminario de Derecho, que nace en 1943 gracias al diligente impulso del profesor Hugo Piaggio Bértora.

La revista *Derecho*, publicación que ha caracterizado la imagen de esta unidad pedagógica frente al exterior, surgió en octubre de 1944 precisamente como órgano del Seminario de Derecho. Fueron sus primeros codirectores Hugo Piaggio y Xavier Kiefer Marchand, que eran a la sazón el director de estudios y el secretario de la Facultad, respectivamente; ambos permanecieron a cargo de la edición durante más de dos décadas. El propósito inicial fue que la revista tuviera una periodicidad trimestral, pero desde 1947 —cuando se transformó oficialmente en órgano de la Facultad de Derecho— empezó a publicarse sólo de manera anual. La primera época de *Derecho* comprende una serie de 25 números (1944 a 1966), en los cuales aparecieron valiosos trabajos de investigación, algunas tesis de bachillerato notables e informes sobre las actividades dentro del claustro.

3. Cf. el útilísimo catálogo de títulos de abogado que expone Filiberto Tarazona en su folleto N° 1 sobre la Facultad de Derecho (Lima, PUCP, 1984). Es realmente digna de encomio la aportación historiográfica que ha brindado este trabajador no docente de la Facultad, institución a la que se encuentra ligado con todo afecto.

Tras producirse la renuncia de Belaunde, hubo a principios de 1948 una nueva elección para cubrir el decanato, y a partir de esta fecha observamos una ordenada sucesión de catedráticos que asumen el puesto cada tres años. En la etapa siguiente actuaron como decanos Hugo Piaggio Bértora, profesor de Derecho Penal, en 1948-1950; Luis Echeopar García, profesor de Sucesiones, en 1951-1953; Ismael Bielich Flórez, profesor de Derechos Reales, en 1954-1956; Domingo García Rada, profesor de Derecho Procesal Civil, en 1957-1959; Raúl Ferrero Rebagliati, profesor de Derecho Constitucional, en 1960-1964.

Durante todo ese lapso Xavier Kiefer Marchand ejerció, con singular eficacia, el cargo de secretario, por lo cual su nombre ha quedado indisoluble y cariñosamente unido a los estudios de jurisprudencia en nuestra institución; formuló su dimisión a la secretaría el 13 de noviembre de 1967 y falleció en abril del año siguiente.

La difusión de los trabajos preparados en el seno de la Facultad se vio favorecida mediante la creación de un fondo para ediciones, que permitió sustentar la publicación de las obras de algunos profesores, como el *Derecho Comercial* de Andrés León Montalván y el *Poder Judicial* de Domingo García Rada (1944). Asimismo, el Seminario de Derecho inició la publicación de manuales para el estudio de grandes temas jurídicos, con el objeto de facilitar el aprendizaje e investigación de los alumnos y superar el deficiente sistema de las "copias" o apuntes de clase. En 1946, por otra parte, se formaron nuevos círculos de estudio en las áreas de Derecho Penal, Derecho Laboral e Historia del Derecho Peruano.

Este cuerpo académico ganó consolidación formal en 1947, al aprobarse cinco reglamentos internos largamente esperados: 1) el de catedráticos y alumnos, 2) el del Seminario de Derecho, 3) el del grado de bachiller, 4) el del título de abogado y 5) el de premios. Ese mismo año, merced a las gestiones del decano V. A. Belaunde, maestros y discípulos se trasladaron a la vieja casona de los Ramírez de Arellano, en la calle Lártiga, legada la Universidad por don José de la Riva-Agüero y Osma. Aquí utilizó la Facultad para sus distintos quehaceres el aula magna, el salón de grados y otras tres aulas más ubicadas junto al traspatio. Fue éste un escenario —por entonces— muy bien ubicado y agradable para el desarrollo de las actividades lectivas, que permitía a los docentes abandonar por unas horas su cercano bufete, en algún jirón del centro de Lima, y dedicarse en ese corto intervalo a la enseñanza de su especialidad...

En medio de aquel grato ambiente, no fue difícil que surgieran vínculos de solidaridad entre los antiguos muchachos que habían seguido carrera en este claustro, más aún cuando el número de egresados apenas llegaba a 40 o 50 cada año. Esto posibilitó

que en 1945 se fundara la Asociación de Abogados egresados de la Universidad Católica, cuyo primer presidente fue el ya mentado Andrés León Montalván, profesor de Derecho Comercial, Marítimo y Minero. Después se creó la Asociación de Graduados de la Facultad de Derecho, la misma que en 1957 fue reorganizada por Alberto Eguren Bresani.

¿Cómo era el régimen de estudios que seguían los aspirantes a juriconsulto en ese tiempo? La mayor parte de los cursos eran anuales, pues había sólo unos cuantos de duración semestral. No existía ninguna asignatura optativa y el currículum era el mismo para todos los alumnos de la Facultad: abarcaba cinco años, con un promedio de 15 a 17 horas de clase semanales. Dentro del programa de enseñanza vigente en 1956, apreciamos que el núcleo estaba formado por las cuatro asignaturas sucesivas de Derecho Civil (I. Personas, II. Derechos Reales, III. Acto Jurídico y Obligaciones, IV. Familia), las cuales se complementaban con tres cursos de Derecho Procesal Civil. Por otra parte, había dos años de estudio de Derecho Penal y uno complementario sobre procedimientos de dicha rama; no se descuidaba la formación en Derecho Romano y Canónico, y el resto del currículum comprendía diferentes sectores de la moderna disciplina jurídica: internacional, constitucional, administrativo, laboral, comercial, tributario, etc. Además existían materias afines, tomadas de la historia, la ética, la teología, la economía y la contabilidad.

Tal combinación de elementos pedagógicos puede apreciarse detalladamente en seguida:

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO (1956)

1º año: Teología Apologética, Introducción a las Ciencias Jurídicas, Derecho Civil I, Derecho Penal I, Derecho Romano, Economía Política.

2º año: Historia de la Iglesia, Derecho Civil II, Derecho Penal II, Derecho Procesal Civil I, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Economía Monetaria y Bancaria.

3º año: Derecho Canónico, Derecho Civil III, Derecho Procesal Civil II, Derecho Procesal Penal, Derecho del Trabajo, Medicina Legal, Historia del Derecho Peruano.

4º año: Derecho Civil IV, Derecho Procesal Civil III, Derecho Comercial, Derecho Tributario, Deontología Forense, Instrucción Militar.

5º año: Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho de Agricultura e Industrias, Derecho Marítimo y Minero, Práctica de Derecho Procesal Civil y Penal, Contabilidad Mercantil, Instrucción Militar.

Para ejercer públicamente la profesión legal era necesario, por cierto, cumplir los cinco años del currículum, elaborar una tesis de bachillerato y aprobar el examen para el título de abogado. Mas también estaba abierta la posibilidad —para quienes querían profundizar su jurisprudencia— de seguir posteriormente el ciclo de doctorado. Consta que la sección doctoral inició actividades en 1940, con especial dedicación a la Filosofía del Derecho, y que en 1958 volvió a ponerse en funcionamiento, brindando cursos avanzados de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Privado Comparado. De manera semejante, el Seminario de Derecho (que había perdido vigencia tras varios años de intensa labor) volvió a abrirse en 1957 bajo la dirección de José Merino Reyna, profesor de Derecho Procesal Civil.

Durante este cuarto de siglo la Facultad continuó ofreciendo a la sociedad peruana —año tras año— promociones de competentes abogados, hábiles en el manejo de la teoría del Derecho y avezados en la investigación de materias jurídicas. Las estadísticas del alumnado demuestran que éste creció desde alrededor de 200 matriculados (número correspondiente a 1943) hasta cerca de 450, que se contaban en las listas anuales de inscritos hacia el final del período. También hubo un continuado desarrollo en la magnitud de los títulos de abogados expedidos por la Universidad: sumaron en total 515 a lo largo de dicha época, habiendo sido 1964 —con treinta nuevos profesionales— el año más fructuoso al respecto.

Por el alto grado de objetividad que supone, es ciertamente valioso recoger el informe que en 1964 elaboró el profesor norteamericano George N. Shuster, responsable de la misión enviada por la Fundación Ford a fin de examinar la solicitud de ayuda económica planteada por nuestra Universidad para reformar su enseñanza y mejorar sus recursos de toda especie.

En primer lugar, destaca el informante que la Facultad de Derecho es el órgano académico que "goza de mayor prestigio" dentro del plantel, gracias a la notable cantidad de abogados de éxito y renombre que hay entre sus ex alumnos. Pero asimismo revela, quizá con una pizca de exageración, que "la Facultad de Derecho dicta sus clases en dos aulas decrépitas en un destartado segundo piso de la antigua residencia de Riva-Agüero...". Y a continuación, agrega el profesor Shuster: "Las clases por lo general se reúnen en oscuros salones en edificios ruinosos. Las aulas que usa la Facultad de Derecho, por ejemplo, le recuerdan a uno una de esas escuelas primarias primitivas de Nueva York que han sido declaradas inservibles como albergue humano. Los muebles ya no se podrían ni reparar ni redimir. Las instalaciones de la biblioteca son completamente inadecuadas. Como se ha indicado, los miembros del claustro dictan en las horas que pueden rescatar de sus otras obli-

gaciones y, por lo general, reciben un miserable sueldo".⁴

Era evidente, pues, que aun siendo positivo el balance de la enseñanza en esta unidad, se hacía imprescindible reformar sus instrumentos de servicio y su proyección social, haciendo que tuviera una vinculación más directa con la realidad circundante. Con tal intención, justamente, fue que se otorgó la ayuda de la Fundación Ford, la cual recibió en Derecho la benévola acogida de su nuevo decano, el joven abogado Jorge Avendaño Valdez. Limeño (nacido en 1933), este hombre de leyes hizo su educación escolar en el Colegio Santa María y después siguió carrera en la Universidad Católica, donde se recibió de abogado (1956), obtuvo el doctorado en Derecho y asumió la cátedra de Derechos Reales; fue elegido para ocupar el decanato en julio de 1964, sustituyendo a Raúl Ferrero Rebagliati.

A poco de tomar a su cargo dicha responsabilidad administrativa, el doctor Avendaño comentó en la revista *Derecho* acerca de la necesidad de modificar el régimen formativo en el campo de la jurisprudencia: "He aquí la tarea que hoy tienen por delante las Facultades de Derecho: la preparación adecuada de jóvenes abogados que deben cumplir un papel decisivo en el proceso de transformación y crecimiento del país. Dicho en otros términos, la obligación es formar los tipos de profesional que el país necesita, en este país y en esta hora. Abogados que tengan una sólida formación jurídica y, al mismo tiempo, los conocimientos necesarios de economía, planeamiento, estadística, demografía".⁵ Esa era la meta que debía orientar, según resultaba obvio, una profunda reforma curricular en el organismo que tratamos.

En 1965, respondiendo a una solicitud de las propias autoridades universitarias de la Católica, el doctor Carlos Fernández Sessarego, catedrático de Derecho Civil (Personas), elaboró un fundamental documento de "Bases para la reestructuración académica de la Facultad de Derecho". Señala en este texto que las finalidades básicas de dicho cuerpo deberían

ser: a) brindar formación integral a los futuros abogados en lo científico, técnico, moral y social; b) promover la investigación de asuntos jurídicos; c) patrocinar la extensión universitaria; d) mantener un cuerpo de profesores a tiempo completo. Propone que el plan de estudios comprenda cursos semestrales divididos en dos etapas, una inicial de seis semestres de formación básica, con asignaturas obligatorias, y otra complementaria de cuatro semestres de especialización, con asignaturas electivas. Y recomienda siete líneas de especialización para los nuevos profesionales, a saber, las de Ciencias Penales, Derecho Privado, Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho de la Empresa, Derecho del Desarrollo y Derecho Internacional y Diplomático.⁶

De tal forma quedaron diseñadas las líneas maestras del nuevo currículum y la diferente aproximación al entorno social que tendría esta Facultad en las décadas sucesivas. Para hacer realidad su novedoso carácter casi solo faltaba la indispensable aportación económica, y así, con la llegada de ésta comienza automáticamente un tercer período en la evolución histórica de la entidad (período que se proyecta hasta hoy y será materia de la siguiente parte de este artículo). En la tarea renovadora debemos apuntar sobre todo el dinámico empeño de Jorge Avendaño Valdez, quien recibió una significativa muestra de aplauso al ser reelegido en 1967 para un nuevo decanato de tres años.

Por su parte, los estudiantes también manifestaron preocupación por dar nueva forma y objetivos más profundos a su aprendizaje del Derecho. Su afán de innovación puede evidenciarse, por ejemplo, a través del surgimiento de la revista *Thémis*, cuyo primer número apareció en los meses finales de 1965; publicación de la cual fueron responsables los entonces alumnos Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva y Luis Stucchi Díaz. Su propósito era —igual que en la actualidad— difundir mediante la revista ensayos y trabajos de investigación realizados por juristas tanto experimentados como noveles.

4. *Una universidad que crece* (Lima, PUCP, 1965), pp. 65, 68, 87.

5. Nota editorial en *Derecho*, 24 (1965), p. iii.

6. Documento publicado en *Derecho*, 26 (1968), p. 103-131.

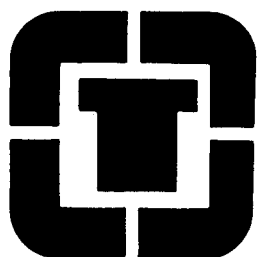
INVERSION + PRODUCCION = DIVISAS

**Entre 1978 y 1987
Southern Peru aportó a
la economía nacional nada
menos que**

US\$ 2,571'974,000

**(DOS MIL QUINIENTOS SETENTIUN MILLONES
NOVECIENTOS SETENTICUATRO MIL DOLARES)**

**Y cada día, con el producto de
las ventas del mineral, entrega
al Banco Central de Reserva
más de un millón de dólares que
incrementan las reservas
de divisas del Perú**



SOUTHERN PERU

Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental

Jorge Caillaux Zazzali

Abogado, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

"La función integradora del sistema nervioso es todavía un profundo misterio. A pesar de que los neurólogos han sido capaces de aclarar muchos aspectos de la función cerebral, todavía no comprenden cómo las neuronas trabajan entre sí, y cómo se integran al funcionamiento de todo el sistema." Fritjof Capra, 1982

1. El Derecho Ambiental no es un derecho nuevo. Si en los últimos años los abogados comenzamos a definir y utilizar el concepto se debe solamente al influjo de las teorías sistemáticas del ambiente, aquellas que integran —dentro de un marco de relaciones de interdependencia— los desarrollos legislativos alcanzados en el campo del Derecho Agrario, Derecho Minero, Derecho de Aguas, Derecho a la Salud, así como las normas jurídicas relativas al suelo, los bosques, la flora y la fauna entre otras más como las que regulan el desarrollo urbano. Estas materias se concibieron originalmente en forma separada sin considerar la complicada relación existente entre los diferentes elementos ambientales dentro de un intrincado conjunto de procesos ecológicos que hacen posible la vida en todas sus formas.

La preocupación por el ambiente se inserta en el proceso por el cual la sociedad —y por tanto el legislador— descubre que mucho antes que el Derecho incorporara como valores fundamentales **la libertad, la propiedad y la libre contratación**, el hombre de las comunidades primitivas había comprendido que, a diferencia de los animales y demás seres, el dominio del hombre sobre la naturaleza consiste en conocer sus leyes y en aplicarlas con inteligencia. En términos gráficos, hoy el hombre moderno vuelve sobre sus pasos e interpretando el sentimiento de "pertenencia al mundo" de sus antepasados añade a la libertad y a la propiedad un "nuevo" valor: el de la **solidaridad** entre los hombres, la naturaleza y el **medio ambiente** que ambos ocupan.

2. Una misma base metodológica explica, de un lado, la fragmentación de los recursos naturales como objetos de estudio y de gestión aislados y, de

otro lado, el desarrollo de sistemas económicos y de producción refidos con el ambiente. Se trata, como dice el puertorriqueño Jaro Mayda, del "reduccionismo filosófico positivista, de la especialización en aislamiento, que ha hecho posible el tremendo progreso de la investigación básica durante este siglo".¹ En efecto, si la tendencia de la ciencia a fragmentar y atomizar la naturaleza ha producido una tecnología sorprendentemente avanzada, generadora de importantes bienes y servicios y ha permitido, a su vez, descubrimientos valiosos respecto del hombre y la naturaleza; sin embargo, ha terminado siendo un fracaso ecológico rotundo.²

De tal modo que actualmente asistimos al surgimiento de una disciplina jurídica muy especial por cuanto es la expresión de una voluntad de revisar valores y principios filosóficos en el campo de la ciencia y tecnología, de la economía, el trabajo, las relaciones entre países y, en definitiva, el tipo de organización social que el hombre ha impuesto sobre el planeta. En lo estrictamente jurídico el Derecho Ambiental arremete contra los límites de lo público y lo privado, modifica las bases civilistas de relaciones patrimoniales inter-individuales para proponer el reconocimiento de los intereses colectivos y hasta globales, y la necesidad de inventar procedimientos alternativos para hacer posible el ejercicio de los nuevos derechos, aquellos que tienen por objeto la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente humano para las generaciones presentes y futuras, in-

1. Mayda, Jaro; en el Prólogo al libro de Guillermo J. Cano *Derecho, Política y Administración Ambientales*; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978. Mayda es profesor de la Universidad de Puerto Rico y tiene publicado varios trabajos sobre Derecho Ambiental.

2. Un análisis de la relación hombre-naturaleza en la historia desde una perspectiva ambiental y tecnológica puede encontrarse en la tesis "El medio ambiente y su protección jurídica en el Perú. Un primer análisis", elaborada por el autor y Javier Cayo de Abreu para la PUC en 1978; pp. 4 al 43.

cluyendo el derecho a la vida y a la integridad personal.³

Una nueva lectura del Derecho

3. Hemos dicho que el Derecho Ambiental no es un derecho nuevo. Esta frase puede llevar a confusión si se considera que, efectivamente, muchas veces "se ocupa de normas legales que se encuentran incorporadas en ordenamientos en torno a los cuales se han constituido 'antes' ciertas disciplinas jurídicas". Es el caso de las normas sobre los recursos naturales de que hablamos hace un momento. En este sentido podría afirmarse —equivocadamente— la falta de autonomía del Derecho Ambiental y pretender, como bien refuta el jurista chileno Raúl Brañes, negarle la especificidad de su objeto.⁴ El hecho de que las normas jurídicas sobre los recursos mineros, por ejemplo, sean analizadas desde el punto de vista del Derecho Minero no impide que esas mismas normas se observen a partir de su relevancia ambiental. Así, Brañes aclara que "ninguna norma pertenece, de manera exclusiva y excluyente a una disciplina jurídica determinada, si esa norma es susceptible de ser analizada desde perspectivas distintas". La nueva perspectiva de estudio que aporta el Derecho Ambiental tiene un rasgo característico fundamental: su vocación de sintetizar y reordenar hacia objetivos de coordinación y armonía la función del Derecho como instrumento regulador de la actividad del hombre, en tanto su acción u omisión afecte directa o indirectamente "los procesos de interacciones entre los sistemas de los organismos vivos" y el ambiente.⁵ Una concepción holística o totalizadora de las relaciones causa-efecto entre la conducta humana y los múltiples sistemas ambientales existentes en el planeta (el gran eco-sistema) está en la base del Derecho Ambiental en tanto pueda constituirse en instrumento importante del cambio político y social que requiere la humanidad para enfrentar con éxito lo que Engels llamaba la venganza de la naturaleza.

3. Los derechos ambientales, su relación con el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral y con los derechos humanos son objeto de preocupación de los países expresada en la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el Entorno Humano; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el Informe de Founex de 1971; la Declaración de Coyococ de 1974 y las Conferencias de las Naciones Unidas sobre Población, Alimentación, Derechos del Mar en los años 1974 y 1975. El informe Dag Hammarskjöld de 1975 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también son documentos importantes.

En el Perú, el Dr. Juan Alvarez Vita tiene interesantes ensayos sobre el tema.

4. Brañes, Raúl en *Derecho Ambiental Mexicano*, p. 44; Fundación Universo Veintiuno, 1987. Actualmente consultor del PNUMA, Brañes es uno de los juristas latinoamericanos más lúcidos en materia de Derecho Ambiental. Este libro es uno de los trabajos más completos publicados hasta la fecha de obligada consulta para los abogados.

5. Ibid. p. 47.

4. Es así que aquí se plantea, en coincidencia con Brañes, una nueva lectura de las normas jurídicas que sobre recursos naturales, problemas sanitarios, asuntos forestales y agrarios, asentamientos humanos, etc. El Derecho ha desarrollado sectorialmente, y no sólo eso, sino además una revisión sustancial de cómo el Derecho expresa un estado o una forma de las relaciones entre sociedad y naturaleza. De esta manera la proposición que lleva implícita la disciplina ambiental es atractiva: presupone otro análisis de nuestro desarrollo, la revisión de estilos y metas políticas y tecnológicos porque "el objetivo no puede ser repetir la historia económica de los países hoy día industrializados, sino más bien buscar vías diferentes para otro desarrollo".⁶

5. El contexto en que se inscribe el Derecho Ambiental es entonces, y de alguna manera, contestatario. Entendido como expresión de nuevos intereses sociales traduce o refleja un estado de ánimo social signado por el derecho a protestar o el derecho a apelar. Concebido como mecanismo impulsor de una modificación de conductas sociales coincide con algunos de los principios enarbolados por movimientos políticos alternativos que comienzan a popularizarse y a propalar slogans como el de "una sola tierra"; "no somos de izquierda ni de derecha, estamos al frente". Tal es el caso de Los Verdes en Alemania y Norteamérica.⁷

Rasgos distintivos de esta disciplina

6. Las características distintivas del Derecho Ambiental son, en resumen, tres: su carácter globalista o supra-sectorial como transposición legítima de los principios ecológicos; su propósito regulador de la actividad y conductas humanas en función de la potenciación de las condiciones de existencia de los organismos vivos humanos y no humanos; y, su naturaleza esencialmente social en tanto propone modificaciones profundas de los procedimientos actuales para acceder a la justicia, insertando entre el Estado y el individuo a la comunidad, pueblo o vecindad como sujeto activo de los derechos constitucionales.⁸

6. En el Informe Dag Hammarskjöld sobre el desarrollo y la cooperación internacional, preparado con ocasión del séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la ONU, se expone las bases conceptuales hacia "otro desarrollo" y un "nuevo orden internacional", con marcado énfasis en el factor ambiental.

7. Para un análisis de las ideas que inspiran al movimiento de Los Verdes véase: *The turning point. Science, society and the rising culture* de Fritjof Capra; el libro que éste escribió conjuntamente con Charlene Spretnak *Green Politics* y un libro de Brian Tokar *The green alternative*.

8. Acaba de sustentarse en la Facultad de Derecho de la PUC "La responsabilidad civil ambiental y la tutela de los intereses colectivos. Aspectos sustantivos y procesales", elaborada por Silvana Claudia Graf Málaga. El tema de los recursos procesales al alcance de los afectados por daños ambientales

6.1 El carácter globalista tiene que ver con esa necesidad de síntesis heredada de la ecología (del griego "oikos": casa o lugar donde se vive; y "logos": tratado o ciencia) y que aplicada al Derecho significa la necesidad de ordenar las diferentes normas jurídicas ya existentes en dirección a obtener un manejo adecuado del sistema jurídico, en términos de eficiencia social y económica. La misma idea de la interdependencia existente entre organismos y ambiente es válida al interior del Derecho: las normas legales forman parte de un sistema que no puede contener elementos autodestructivos por cuanto, por naturaleza, del equilibrio o coherencia existente entre ellas depende su validez como instrumento regulador de las conductas sociales. Por ejemplo, no es posible mantener exitosamente en el tiempo una disposición legal que otorgue amplísimos derechos de explotación a una actividad como la minera y pretender con otra norma tutelar el derecho de las comunidades vecinas a desarrollar labores agrícolas o pesqueras y a obtener niveles aceptables de bienestar y salud. En estos casos, el Derecho debe calibrar los distintos intereses jurídicos para ser eficiente en términos de mantener el orden social en forma pacífica.⁹

Se impone, por tanto, la interdisciplinariedad entre las distintas áreas del Derecho como un primer paso, antes de proponer para el conjunto de la actividad humana reglas o normas igualmente surgidas de un consenso interdisciplinario que integren economía, tecnología, ambiente y cultura.

6.2 Con relación a la función del Derecho Ambiental como impulsor del comportamiento social hacia el "ecodesarrollo", es importante definir algunos conceptos y subrayar que, en todo caso, no se trata de detener el desarrollo sino de hacerlo compatible con la base natural en que se apoya el progreso económico y el crecimiento. El término **ecodesarrollo** designa el desarrollo sostenido en base a estudios de impacto ambiental para tener un bajo costo ecológico y se opone al concepto de **maximar la tasa de ganancia en el corto plazo** que conlleva un alto grado de deterioro ambiental. Desarrollo sostenido a su vez, es igual a **conservación**, es decir el mantenimiento consciente de un recurso en condiciones adecuadas como para permitir su aprovechamiento continuado sobre largos períodos de tiempo. Sólo en los casos críticos de estabilidad de un recurso o de recursos muy frágiles o en peligro de extinción, el término conservación significa una verdadera protección o

preservación contra todo uso directo realizado por el hombre.

De otro lado, los conceptos de **ambiente y ecología no son equivalentes**. Brañes afirma que "la palabra ambiente se utiliza para designar genéricamente todos los sistemas posibles dentro de los cuales se integran los organismos vivos. Estos organismos, a su vez, se presentan como sistemas. En consecuencia la palabra ambiente no sólo se emplea para designar el ambiente humano —o más exactamente el ambiente del "sistema humano"— sino también todos los ambientes posibles de los sistemas de los organismos vivos en general".¹⁰ En verdad, será el contexto el que otorgue significado preciso al término y de allí la importancia de señalar los dos niveles semánticos.

En contraste, la palabra **ecología** se refiere a la disciplina científica que estudia lo que pasa realmente en la naturaleza, para repetir una frase simplísima de Philippe Dreux.¹¹ La ecología se ocupa de las relaciones de los organismos con su ambiente o sistema de ambiente. La observación directa y el trabajo de laboratorio son dos de sus métodos claves. La experimentación, sin embargo, resulta fundamental aunque más difícil, si se considera hasta qué punto puede ser complejo un sistema de ambiente (por más pequeño o simple que sea) en el que vive un organismo.

Finalmente la expresión que vienen adoptando los juristas, luego de un natural proceso de decantación, es la de **Derecho Ambiental** dejando de lado las de **Derecho Ecológico**, **Derecho de la Biósfera** o **Derecho del Entorno**. En cuanto a la la expresión **medio ambiente**, ésta ha quedado superada y simplificada por la palabra ambiente en razón de evitar una evidente repetición inútil del mismo concepto.¹²

Hasta aquí las precisiones idiomáticas. Veamos ahora dos definiciones del Derecho Ambiental que nos permitirán encuadrar su objeto de estudio. Para el tratadista argentino Eduardo A. Pigretti el Derecho Ambiental regula "la actividad del hombre en cuanto la misma influya sobre los ciclos generales de la energía, sobre los elementos químicos que hacen posible la conservación de la vida en la tierra y las perturbaciones que puedan crearse sobre el normal funcionamiento del sistema".¹³

Para el estudioso chileno Raúl Brañes, puede definirse como "el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de

es tratado en forma amplia y apropiada. Graf es Vice-Presidenta de la SPDA.

9. La situación de Ilo, al sur del Perú y la de Cerro de Pasco en la sierra central, por poner sólo dos ejemplos de grave contaminación minera, está generando en las poblaciones afectadas una reacción violenta que podría ser incontrolable si las autoridades no logran poner en marcha un programa realista de descontaminación y control ambiental en el más breve plazo.

10. Brañes, Raúl; op. cit. supra; pp. 26 y 27.

11. Dreux, Philippe; "Introducción a la Ecología", p. 10; Alianza Editorial, Madrid 1975, Nº 586.

12. En Argentina, Eduardo Pigretti habla del Derecho de la Biósfera y Guillermo J. Cano del Derecho del Entorno. En verdad la expresión Derecho Ambiental es más oportuna y más clara, en lo que coincidimos con Raúl Brañes.

una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se esperan una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos".¹⁴

Estas definiciones merecen dos comentarios. No toda conducta humana puede afectar la condiciones de existencia de los organismos vivos, y por tanto al Derecho Ambiental le preocupa solo aquellas conductas que interrumpen o aceleran negativamente los ciclos generales de la vida en un ambiente específico o en el gran ecosistema. De otro lado, las condiciones de existencia o los factores que hacen posible la conservación de la vida en la tierra aluden a los límites a los que está sujeta la relación hombre-naturaleza. No sobrepasar esos límites supone lograr que la actividad humana opere racionalmente sobre la naturaleza comprendiendo que una proyección creativa hacia el futuro es incompatible con la aceptación pasiva de las formas tecnológicas y económicas actuales. El Derecho Ambiental simboliza así el esfuerzo por preguntarse seriamente si Jean Cocteau tenía razón cuando afirmaba que es posible que el progreso sea tan solo el desarrollo de un gran error.

6.3 La naturaleza social o grupal de los intereses ambientales es la tercera de las características distintivas de esta disciplina. Pigretti lo dice claramente al afirmar que "la división del derecho público y privado, iniciada por los romanos y repetida por la revolución francesa, como garantía de distinción entre lo público y lo privado y en tiempos napoleónicos, como concepto teórico de libertad, no parece ser útil en el Derecho Ambiental. Todo lo contrario. Si en algún lugar tienen razón los críticos de esa división, es en materia ecológica. Aquí el derecho se presenta como un todo que debe regular una realidad".¹⁵

La relación del Derecho Ambiental con el insurgente Derecho Social ha sido tratada por el autor de estas notas en su trabajo de tesis.¹⁶ De ese análisis es importante rescatar las ideas de George Gurtvich recogidas también por Luis Bustamante Belaunde, quienes insisten en la existencia de una capa más profunda del derecho, que es el derecho espontáneo de los grupos sociales no organizados y que representa un punto de vista sobre la justicia y encarna un orden que posee valor autárquico o de autosuficiencia. Ello quiere decir que los intereses colectivos o de

grupo, a fuerza de establecer lazos de integración irrumpen en la vida jurídica y obligan al Estado a reconocerlos por los mecanismos legislativos propios de su ordenamiento. No es otra cosa lo que está pasando en el Perú con el problema de los trabajadores informales. Recientemente el Presidente de la República ha propuesto la dación de normas jurídicas de protección para los informales que en la práctica es otra manifestación más del llamado Derecho Social. Lo mismo pasa con los intereses ambientales que presionan al sistema jurídico vigente para modificar (cualitativamente) una tendencia estructural del desarrollo económico que, desde un tipo particular de ciencia y tecnología, dejó de lado un conjunto de intereses colectivos o sociales nunca antes valorizados en términos económicos y políticos.

En el Perú, Fernando de Trazegnies ha desarrollado el concepto, desde la perspectiva de la responsabilidad civil extra contractual, al anotar la existencia de una clase de "daños socialmente intolerables", entendidos como aquellos "que no agotan su efecto nocivo en una víctima determinada sino que tienen una acción continuada y se extienden a un número indeterminado de personas". Ante esta clase de daños la sociedad reacciona no sólo exigiendo su reparación sino además persiguiendo su eliminación como objetivo social fundamental.¹⁷ Los afectados por este tipo de daños ya no son siempre individuos perfectamente identificables sino grupos o colectividades que reaccionan solicitando de la justicia una atención especial aún no contemplada en nuestras normas legales.

El aporte de la Universidad

7. En realidad, como podrá apreciarse, la universidad tiene por delante un reto muy interesante: diseñar el contenido académico de esta moderna disciplina y ofrecerlo a la reflexión de profesores y estudiantes. Probablemente la tarea puede comenzar por la organización de seminarios para luego incluirse en los programas de estudio. En todo caso es importante tener presente algunos lineamientos de su contenido.

En primer lugar, un curso de Derecho Ambiental obliga a un análisis de las normas jurídicas que regulan el problema en su conjunto como es el caso de las normas constitucionales pertinentes, las normas civiles, penales y procesales y las posibles leyes generales actualmente en estudio que contemplan las funciones del gobierno central, de las regiones, municipios, instituciones privadas y del ciudadano común en la gestión ambiental. En segundo lugar, el estudio debe abordar las materias del llamado Derecho de los Recursos Naturales constituidas por la legislación sectorial vigente (aguas, suelos, bosques, flora y fauna, recursos energéticos, atmósfera, etc.) En este ni-

13. Pigretti, Eduardo A.; en "Derecho de los Recursos Naturales", Colección La Ley del Fondo Edit. de Derecho y Economía, Buenos Aires, 1982, p. 58.

14. Brañes, Raúl, op. cit.

15. Pigretti, Eduardo A.; en *Derecho Ambiental*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 1985, p. 14, publicación conjunta con Dino Luis Bellorio.

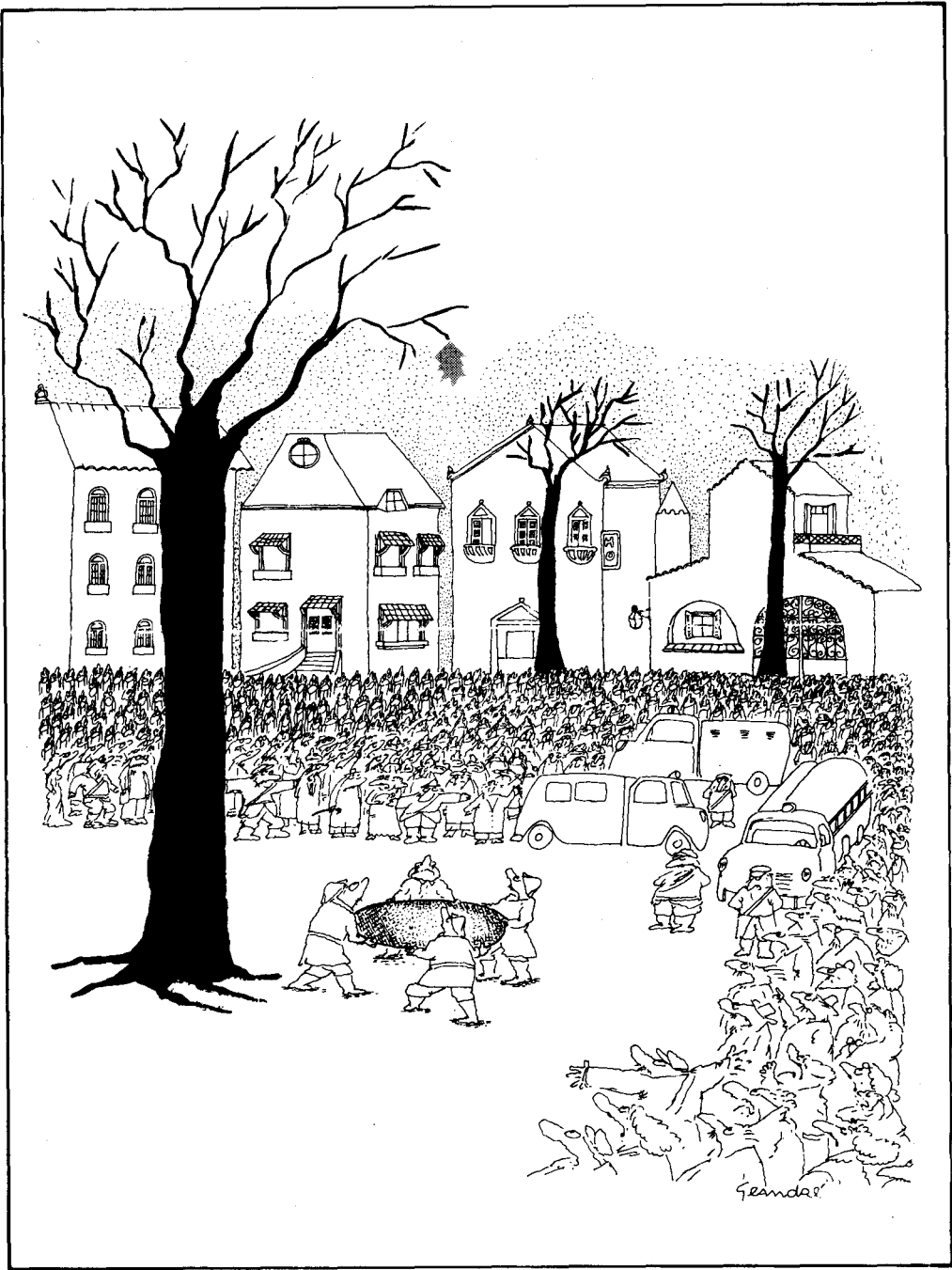
16. Caillaux, Jorge y Cayo de Abreu, Javier; op. cit. supra, pp. 79-85.

17. De Trazegnies Granda, Fernando; "De la Responsabilidad Civil no derivada de acto jurídico"; Anteproyecto del Código Civil 1984, Fondo Edit. PUC, Lima, pp. 384-385.

vel se incluyen las normas administrativas sobre transporte, desarrollo urbano, desarrollo industrial, etc., desde una perspectiva ambiental. Finalmente, es importante abordar la legislación relacionada con la salud, especialmente porque en el Perú han sido los ingenieros sanitarios los propulsores de las primeras consideraciones ambientales a partir de su preocupación de dotar a las ciudades de la infraestructura sanitaria que requieren para su sostenimiento. Además, siendo prioritaria la protección del ambiente humano

en países como el Perú las normas ambientales deben prestar especial atención a la salud del ciudadano.

Todo este conjunto normativo debe revisarse y presentarse al estudiante de Derecho como un sistema en interacción que requiere de una visión supra-sectorial capaz de mostrar la mejor forma de establecer una relación positiva y creativa entre sociedad y naturaleza que permita el desarrollo material y espiritual de nuestros pueblos.



La nueva Ley de Extradición, visión crítica a partir de un proceso

José Ugaz Sánchez Moreno

Profesor de Derecho Penal en la Facultad
de Derecho de la PUC

I. BREVES NOCIONES GENERALES

1. Antecedentes

Si bien es cierto la extradición se remonta a épocas antiguas de la humanidad, es recién en el siglo XIX (1880), cuando el Instituto de Derecho Internacional adoptó un reglamento con algunos principios comunes al respecto, que esta institución surge como principio de Derecho.

A partir de este momento, se generaron múltiples tratados bilaterales y multilaterales entre los distintos Estados, participando el Perú en algunos de ellos, entre los que destacan el de Montevideo (25 de octubre de 1889) y el "Código Bustamante" (21 de diciembre de 1928), que establecen reglas comunes sobre la extradición para los países de Sur y Centro América.

2. Definición

Este "acto de asistencia jurídica internacional" que constituye la Extradición a decir de Jiménez de Asúa,¹ ha sido definido por Billot en su "Tratado de la Extradición", como un:

"Contrato por el cual un Estado se obliga a entregar a un individuo acusado o reconocido culpable de una infracción cometida fuera de su territorio a otro Estado que le reclama y que es competente para juzgarle y castigarle."

Por su parte García Barroso,² lo define como el:

"Acto por el que un Estado hace entrega a otro de una persona inculpada o condenada por la co-

misión de infracciones de índole criminal, que se encuentra en el territorio del primero, para que el Estado requirente la juzgue o haga cumplir la sentencia impuesta."

De ambas definiciones se desprende que la Extradición consiste en la **entrega** de un Estado a otro, de una persona procesada o condenada por la comisión de algún delito, a fin de que el Estado receptor proceda al juzgamiento o cumplimiento de la sentencia.

Esta institución se fundamenta en la necesidad de auxilio y solidaridad internacional que permita evitar la impunidad de aquel que cometiendo un delito en determinado territorio nacional, se refugia en otro Estado a fin de eludir la acción de la justicia.

No son pocos los autores que se han opuesto a la existencia de la Extradición, alegando que ésta constituye un atentado contra la libertad personal del extranjero reclamado.

Pese a ello, ha primado la opinión de que esta institución se justifica por constituir un medio eficaz para hacer frente a la criminalidad, que con la aparición de delitos cometidos por organizaciones internacionales (caso del narcotráfico) y el desarrollo de los medios de transporte y comunicación, ha conseguido acrecentar las dificultades para su persecución. A ello se suma el hecho de que en el orden práctico, se facilita el juzgamiento si éste se produce en el lugar donde se cometieron los hechos.

3. Fuentes

Se reconocen como fuentes de la Extradición:

- a) Los Tratados, que comprometen a los Estados signatarios.
- b) Las leyes internas que cada Estado adopta como

1. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 884.

2. Casimiro García Barroso, *Interpol y el Procedimiento de Extradición*, Edersa, 1982, p. 160.

límite a su propio derecho.

- c) La práctica del principio de reciprocidad, que se aplica ante la ausencia de tratados.

4. Clases

Fundamentalmente existen dos tipos de extradición, la Pasiva cuando un Estado la concede y la Activa cuando la solicita.

En Doctrina se conocen además las llamadas extradiciones voluntarias, forzosas, en tránsito y la re-extradición.

A partir de las autoridades que deben resolver una solicitud de Extradición, se les puede clasificar en:

- a) Administrativa: Sólo intervienen las autoridades administrativas.
- b) Judicial: Acordada exclusivamente por el Poder Judicial.
- c) Mixta: Resuelven en etapas procesales distintas tanto las autoridades judiciales como las administrativas.

II. LA LEY 24710

El 27 de junio del año próximo pasado, se promulgó la Ley N° 24710, la misma que en su art. 46, deroga la Ley de Extradición de 1888 y los Arts. 345 al 348 del Código de Procedimientos Penales relativos a dicho proceso.

Resulta evidente que una ley promulgada en 1888 (23 de octubre), 100 años después, adolece de cierto anacronismo que dificulta su aplicación en tiempos modernos (a manera de ejemplo, el art. 4° impide la extradición de un esclavo, salvo que le Estado solicitante se comprometa a juzgarlo como hombre libre).

Como prueba de ello, basta observar que la nueva ley consta de 46 artículos, mientras que la derogada solo contenía 12, a los que se debían sumar cuatro artículos del C.P.P. que regulaban el procedimiento.

El legislador nacional ha querido adherirse a las tendencias modernas en materia de Extradición, las mismas que a decir de García Barroso³ se resumen en:

- a) Una estrecha cooperación por parte de las naciones destinada a ampliar el alcance de la extradición y acelerar el correspondiente procedimiento.

3. Op. cit., p. 64.

- b) Una mayor preocupación por salvaguardar los derechos del hombre y la libertad individual.
- c) Un mayor perfeccionamiento técnico del procedimiento de extradición.

A diferencia de la ley anterior, se advierte que en la 24710, el legislador ha sido particularmente cuidadoso en las posibilidades de una amplia colaboración con los diversos Estados (por tratados o reciprocidad, arts. 1° y 3°).

Sin embargo, en lo que se refiere al aspecto técnico y a la protección de los derechos de la persona, especialmente la libertad, encontramos graves vacíos y contradicciones, que como veremos más adelante, en la práctica permiten afectar la libertad de una manera arbitraria.

1. Algunas características de la Ley 24710

a) Procedencia

La extradición procede contra los autores, cómplices o encubridores de delitos, debiendo entenderse éstos con arreglo a lo dispuesto por los arts. 100, 331 y 332 del Código Penal (art. 1°), sean procesados o condenados.

Si bien es cierto, el principio de Doble Incriminación (que el delito esté sancionado como tal en ambos países) no es recogido expresamente por la ley, al remitirse ésta a los tratados internacionales, acoge dicho principio, contemplado en el art. 353 del Código de Derecho Internacional Privado de La Habana. Igualmente, de manera indirecta acepta la doble incriminación como requisito, en el inciso 3 del art. 6°, cuando se remite a la ley peruana para efectos de la prescripción. Este principio también es recogido por el inciso 2° del art. 5° del C. Penal.

En lo que se refiere a los delitos que dan lugar a la extradición, internacionalmente se aplican dos sistemas, el del "Repertorio", caracterizado por una enumeración taxativa de los delitos que se apoya en el principio "Nulla Traditiosine Lege" y el de "Gravedad" del acto incriminado.

Nuestro país ha utilizado ambos sistemas. En los tratados con España, Gran Bretaña, Bélgica y Estados Unidos, aplicó el sistema del repertorio, mientras que con Brasil y Chile, estableció el criterio de gravedad (todo delito penado en el país reprimido con un año o más de prisión) atendiendo en este último caso a lo prescrito por el art. 354 del Código Internacional de La Habana.

Si nos atenemos a que el Código de Montevideo exige simplemente que la infracción justifique la entrega por su "naturaleza y gravedad" (art. 19 inc. 20), creemos que el criterio de un año de prisión es

errado, pues dicha pena no corresponde a delitos graves (un delito culposo puede estar penado con dos años de prisión).

De los delitos que dan mérito a la extradición, han quedado expresamente excluidos los denominados políticos (y los hechos conexos), militares, contra la religión, prensa u opinión, los perseguibles de parte (salvo estupro y violación) y los delitos especiales relativos a violaciones de leyes monetarias y fiscales (arts. 6º y 7º).

Esta protección se extiende a los casos en que el Estado requerido tenga razones fundadas para presumir que la extradición se solicita para perseguir a una persona por su raza, religión u opiniones políticas o que por estos motivos se puede agravar su situación (art. 7º).

En lo que se refiere al lugar de comisión del delito, procede la extradición en los siguientes casos:

a.1 Extradición Activa(art. 4º)

- Cuando una persona ha cometido un delito (contemplado en el tratado o penado con más de un año de prisión) en el Perú y se encuentra en otro Estado.
- Cuando el solicitado ha cometido delito de piratería, traición y atentado contra la seguridad militar o falsificación de moneda, sellos, timbres o marcas oficiales en agravio del Estado Peruano, aunque se hayan perpetrado en el extranjero y se encuentre fuera del país (art. 5º del C.P.).

a.2 Extradición Pasiva(art. 5º)

- Cuando una persona haya cometido un delito en otro Estado y se encuentre en el Perú como residente, turista o de paso.

A este respecto, debemos señalar que prácticamente todos los países niegan la extradición pasiva de sus nacionales, amparándose en el deber de protección del Estado para con sus súbditos. Pese a ello y a que el código de La Habana establece la no obligatoriedad de entregar a un conciudadano (art. 345) la ley 24710 no dice nada al respecto, dejando abierta la posibilidad de que un peruano sea entregado a otro país para ser juzgado o cumplir condena.

Finalmente, cabe agregar que la Extradición tampoco procede cuando el Estado solicitante carece de competencia para juzgar el delito, éste ha prescrito o si el solicitado ya ha sido amnistiado, indultado, absuelto o fuera a ser juzgado por un tribunal de Excepción (art. 6º incisos 1, 2, 3 y 4).

El inciso 2 del art. 6º establece que no procede la extradición si el *extraditatus* ha sido "condenado",

supuesto que carece de todo fundamento y es abiertamente contradictorio con lo dispuesto por los arts. 1º, 4º y 5º de la propia ley, que facultan la extradición de un condenado para purgar su condena en el país solicitante. Esta contradicción sólo se explica por un error del legislador, el mismo que hasta donde tenemos conocimiento, no ha sido rectificado.

b) Regimen

El art. 2º de la ley, determina que la extradición se rige por los tratados internacionales y en lo no previsto por éstos, supletoriamente por la ley interna (24710).

De no existir tratado con algún país requerido o requirente, a manera de excepción, se puede reconocer la extradición por reciprocidad (art. 3º).

Cuando un país no tiene tratado de Extradición con otro y desea obtener de éste la entrega de un delincuente, puede firmar un convenio de reciprocidad en el que se compromete con el país requerido a darle el mismo tratamiento en una situación similar. En estos casos, el procedimiento se regirá por la ley interna de cada país en materia de extradición.

c) Solicitud

La solicitud de extradición debe realizarse por vía diplomática (art. 13), aunque en circunstancias de urgencia se puede pedir la prisión preventiva del *extraditatus* por cualquier vía (telefónica, telegráfica, etc.) antes de formalizar la solicitud de extradición, en cuyo caso el país requirente se compromete a presentarla dentro de 30 días de pedida la detención (art. 20).

d) Requisitos

Para declarar procedente una solicitud de extradición, la ley exige la concurrencia de determinados requisitos formales, entre los que destacan (arts. 16, 17, 18 y 19):

- Información sobre la filiación y demás señales del extraditado que permitan identificarlo.
- Acompañar copia auténtica de la sentencia condenatoria o decisión de prisión clara y cierta con indicación del delito y lugar y fecha de comisión, así como la situación procesal del inculcado.
- Acompañar copia autenticada del texto íntegro de la ley que tipifica el delito, establece la pena y el plazo de prescripción de la acción o la pena, según sea procesado o condenado.
- Pruebas que acreditan la comisión del hecho y la participación del reclamado.

Todos los textos deben ser remitidos con su correspondiente traducción al idioma español.

e) Detención Provisional

Como señalamos en el punto "c", en casos de urgencia, como el fundado temor de fuga del solicitado, el país requirente puede pedir la detención provisional antes de remitir la solicitud.

Llama la atención que en este caso, el legislador ha previsto un plazo de 30 días para presentar el pedido formal, el mismo que de no realizarse dentro de dicho término, dará lugar a la inmediata libertad incondicional del *extraditatus*.

Creemos que el mismo criterio (otorgar un plazo razonable) debió seguirse para definir la situación del detenido en virtud del pedido formal, ya que como veremos más adelante, la ausencia de un término específico para la tramitación de la extradición, en un país caracterizado por la morosidad en la administración de justicia, puede dar lugar a detenciones prolongadas que atentan gravemente contra la libertad y los derechos de las personas, más aún si del texto de la ley se desprende que el proceso debe ser sumario, en concordancia con las tendencias actuales en materia de extradición.

f) Procedimiento

El procedimiento de extradición establecido por la ley 24710, es de naturaleza mixta (cf. infra N° 4), resolviendo en etapas procesales distintas tanto las autoridades judiciales como las administrativas.

Formalizada la solicitud de Extradición ante el Poder Ejecutivo, vía el Ministerio de RR.EE., el Ministerio de Justicia correrá traslado al Juez Instructor de Turno, quien dictará la orden de detención correspondiente. Si la detención se produce por la Interpol, el detenido deberá ser puesto a disposición del Juez Instructor dentro de las 24 horas, previa manifestación, encontrándose facultado el detenido para interponer acción de *Habeas Corpus* si considera que su libertad ha sido vulnerada ilegalmente.

Recibido el detenido, el juez deberá tomarle su declaración en presencia de su abogado o el de oficio (art. 32).

Como quiera que no se establece un plazo para recibir la declaración, se entiende que supletoriamente rigen las normas del Código de Procedimientos Penales: comenzarse antes de cumplidas las 24 horas de la detención y terminarse antes del décimo día (arts. 85 y 135 del C.P.P.).

En lo que se refiere a la presencia del abogado defensor de oficio, creemos que ésta no deja de ser una afirmación lírica, ya que como lo señaláramos en

un trabajo anterior, no existen abogados de oficio a nivel de primera instancia (a pesar del D.S. N° 023-83-JUS), lo que constituye una violación al irrestricto derecho de defensa consagrado por la Constitución.⁴

En esta etapa, el *extraditatus* está facultado para actuar las pruebas que convengan a su derecho, a fin de acreditar la improcedencia de la extradición por defectos formales o sustanciales (inocencia o eximentes). El art. 32 amplía la prueba a demostrar los atenuantes. En nuestra opinión ello es irrelevante, ya que la extradición no implica un juzgamiento sobre la responsabilidad del solicitado o su *grado* de culpabilidad, sino una evaluación sobre la procedencia de la entrega para el posterior juzgamiento por el Estado solicitante.

Una vez culminada la declaración, el Juez deberá realizar una audiencia para escuchar los alegatos de la defensa y el representante del Estado requirente, en presencia del solicitado y el Fiscal Provincial, en un plazo no mayor de 15 días.

Culminada la audiencia, el juez tiene tres días para evacuar un informe opinando por la procedencia o improcedencia de la solicitud, debiendo elevar los actuados a la Corte Suprema, la que deberá dictaminar en Sala Plena en igual sentido.

A diferencia de la etapa actuada ante el Juez Instructor, en el caso de la Corte Suprema, la ley no establece plazos, omisión que frente a la actitud burocrática y morosa imperante en el Supremo Tribunal, se constituye en un peligro inminente para la pronta resolución de la Extradición.

Producido el dictamen de la Sala Plena (previo informe del vocal en lo administrativo) deberán remitirse los actuados al Poder Ejecutivo para que resuelva en Consejo de Ministros, no existiendo en ésta instancia tampoco, plazos que limitan el tiempo para resolver.

A este respecto, el legislador ha querido favorecer al *extraditatus* señalando que si el dictamen de la Suprema es por la improcedencia, el Gobierno queda *vinculado* (es decir, no puede variar dicha opinión, debiendo necesariamente resolver por la improcedencia), mas si el dictamen de la Suprema es a favor de la entrega, el Gobierno aún puede denegar la solicitud (art. 36).

La extradición pasiva deberá ser denegada si no existen garantías de una recta administración de justicia en el país reclamante o si otro Estado la negó anteriormente por considerarla con implicaciones políticas (art. 39). Una vez concedida una extradición pasiva el Perú se puede negar a entregar al solicitado si el

4. José Ugaz, *La defensa de Oficio en la justicia Penal Peruana*, Lima, 1983.

Estado requirente no se compromete a cumplir con determinadas exigencias contempladas en el art. 23 (respetar el principio de especialidad, no aplicación de pena de muerte, no ser entregado a tercer Estado, etc.).

Cabe señalar que el reclamado puede solicitar su libertad provisional ante el Juez si transcurrieron los plazos de la ley justificatorios del pedido de extradición (derecho inaplicable pues como hemos visto, la ley no establece plazos para resolver la extradición, sólo lo fija para regular la detención provisional) o si reúne las condiciones procesales exigidas por el art. 103 del C. de Procedimiento Penales (art. 34).

En lo que se refiere a la Extradición activa, el Juez o Tribunal la solicitarán a la Corte Suprema, para que decida en Sala Plena y a su vez la dirija al Consejo de Ministros para que resuelva finalmente.

Finalmente, en cuanto a la actuación de la policía, la ley establece que ni ella ni las autoridades políticas pueden efectuar o disponer capturas sin orden judicial, ni solicitar búsquedas o informaciones a Interpol sin comunicárselo al Ministerio Público (art. 45).

Si entregasen sin proceso de extradición a un reclamado o asilado, incurrirán en delito sancionado con prisión no mayor de tres años (art. 44).

2. La Ley 24710 y la libertad individual a propósito de un proceso real

El 8 de octubre de 1987, cuando salía de su casa, fue interceptado en la vía pública por dos policías, un ciudadano extranjero residente en el Perú hace varios años.

Al interrogar a los policías por el motivo de su detención, éstos le informaron que desconocían las razones, pero que la orden emanaba de un Juzgado de Instrucción de Lima.

Depositado en la carceletera de la Policía Judicial horas más tarde, toma conocimiento que la orden de detención expedida por el Juzgado, obedecía a una solicitud de extradición presentada ante el Perú, por un país europeo que le imputaba haber traficado con drogas en su territorio en cinco oportunidades.

Si bien es cierto la solicitud de extradición se sustentaba en una orden de detención dictada por un juez de primera instancia del país solicitante, no estaba acompañada de documento alguno que probara la existencia de los hechos, la participación del reclamado ni la prescripción de la acción o la pena, requisitos que como hemos señalado, constituyen condición de procedibilidad.⁵

5. Confr. *Infra* Nº

Pese a ello, luego de recibir la declaración del *extraditatus* y llevar a cabo la audiencia de ley, el juez evacuó su informe opinando por la procedencia de la extradición, elevando lo actuado a la Corte Suprema con fecha 26 de octubre (18 días después de la detención).

El 28 de octubre se remitió el expediente al Vocal Supremo en lo administrativo para que emita informe, el mismo que lo devolvió solicitando que previamente se pronuncie el Fiscal Supremo, a donde se envió el expediente el 4 de noviembre.

Con fecha 23 de noviembre, el Fiscal, luego de 19 días de tener el expediente en su poder, lo devolvió a la Corte Suprema con dictamen inhibitorio, ya que la nueva ley no prescribe pronunciamiento del Ministerio Público.⁶

Vueltos los autos al vocal informante el 23 de noviembre, emite informe opinando por la improcedencia de la extradición el 21 de diciembre.

Entretanto, había llegado al expediente el informe del movimiento migratorio del detenido, con el que se acreditaba que de las cinco fechas en que supuestamente había estado traficando drogas en Europa, en tres de ellas se encontraba en el Perú y en las otras dos, estuvo en dos países americanos.

Habiendo transcurrido tres meses y 19 días desde su detención y en vista de que la Sala Plena no resolvía la solicitud por falta de *quórum* o de tiempo (aparentemente habían asuntos administrativos más importantes), el 27 de enero del presente año, el detenido interpone acción de *habeas corpus*, argumentando que por el tiempo transcurrido desde su detención, ésta había devenido en arbitraria.

Si bien es cierto el *habeas corpus* se declaró IMPROCEDENTE, sirvió para que al día siguiente se reuniera la Sala Plena, la que resolvió de conformidad con el dictamen del vocal informante, por la IMPROCEDENCIA de la Extradición, por no haber cumplido el país solicitante con los requisitos antes referidos.

Igualmente, la resolución del *habeas corpus*, expedida por el doctor César San Martín Castro⁷ sirvió para determinar lo siguiente:

- a) No existe norma positiva que fije la delimitación temporal de la detención ni sancione con la libertad el exceso en la Decisión, aunque del propio

6. En el anterior régimen el art. 346 del C.P.P. establecía como requisito previo a la resolución de la Corte Suprema, el pronunciamiento del Ministerio Público.

7. Juez Instructor de Lima de reconocida trayectoria y profesor de Derecho Penal de la PUC.

esquema de la ley se desprende que se trata de un procedimiento sumario de rápida solución.

- b) El inciso 5 del art. 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificado por el D.L. 22231 y la 16ª Disposición Transitoria de la Constitución, que establece que "toda persona tiene derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable a ser puesta en libertad", no es aplicable por lo expuesto en el punto anterior.
- c) El proceso de extradición pasiva es jurisdiccional y no administrativo y como tal está sujeto a la cláusula del debido proceso.
- d) Las incidencias que surjan en el proceso (libertad provisional, atención médica, etc.), deben ser resueltas por la autoridad judicial a cargo del procedimiento (en este caso la Sala Plena).

Somos de la opinión que constituyendo la Convención Americana, ley con rango constitucional por mandato del art. 105 de la Constitución, cuando ésta establece la necesidad de "plazo razonable" para el juzgamiento o puesta en libertad, no se requiere de norma positiva que reglamente el plazo, estando el criterio de razonabilidad librado a la discreción del juzgador, atendiendo a la naturaleza del proceso.

Habiéndose admitido que el proceso de extradición es sumario y de rápida solución, resulta evidente que dilatar el pronunciamiento por más de tres meses debido a incoherencias burocráticas, carece de toda justificación y dista mucha de ser razonable.

Si a esto agregamos que desde que fue detenido el reclamado fue internado en la carcelita de la Policía Judicial (sótano de Palacio de Justicia) lugar de **reclusión transitoria**, que carece de la infraestructura mínima para albergar a un detenido por más de algunos días (carece de abastecimiento de alimentos, ambientes adecuados, luz, etc.), creemos que debió sancionarse el excesivo tiempo transcurrido con la libertad del solicitado.

En lo que se refiere a las incidencias, el *extraditatus* solicitó su libertad provisional y atención médica a la Sala Plena de la Corte Suprema por intermedio de su Presidente, no habiéndose resuelto ninguno de estos pedidos debido a que la Sala Plena no es un organismo jurisdiccional permanente (se reúne dos horas por semana si hay *quórum*), y no está dentro de sus funciones resolver pedidos formulados por los sometidos a procesos de extradición, quedando el expediente en una suerte de "limbo judicial", en el que un recurso puede demorar meses en ser proveído o simplemente no ser atendido.

Resuelta la Improcedencia de la Extradición por la Sala Plena de la Corte Suprema y en el entendido que por mandato del art. 36 de la Ley 24710 el Go-

bierno quedaba **vinculado**, es decir no podía variar dicho dictamen,⁸ el detenido solicitó su inmediata libertad, ya que al no poder variar el Ejecutivo el dictamen por la improcedencia, carecía de sentido mantener la medida cautelar de la atención, cuyo fin es asegurar la presencia del procesado. En otras palabras, si finalmente el Ejecutivo estaba obligado a confirmar la improcedencia, era absurdo mantener detenido al *extraditatus* por el tiempo que demora dicha resolución (a nuestro entender de carácter formal).

Pese a ello, el pedido de libertad fue denegado, lo que obligó a que el 1º de febrero se interpusiera un nuevo *habeas corpus* al amparo de los dispuesto por el inc. 16 del art. 12 de la ley 23505.

Curiosamente y contra el texto expreso del art. 36 de la Ley 24710, el juez instructor que conoció este segundo *habeas corpus*, lo declaró IMPROCEDENTE porque a su criterio:

"... interpretando *contrario sensu*, si el Gobierno puede denegar la solicitud extradicional no obstante la opinión favorable de la Corte Suprema, por su procedencia, también, pese a existir la denegatoria de la extradición (por la Corte Suprema) aquel puede opinar por la procedencia."

Olvidó el juez que la ley da un trato diferencial al dictamen de la Corte Suprema, favoreciendo al *extraditatus* al sujetar al Gobierno cuando el Dictamen Supremo es por la improcedencia y dejarlo en la libertad de variarlo cuando es favorable a la extradición.

Existiendo un texto expreso de la ley en este sentido, no cabe realizar una interpretación *contrario sensu*.

Contra todo pronóstico, la inverosímil resolución en comentario, fue confirmada por el Tribunal Correccional y la Corte Suprema, probablemente para evitar verse en la incómoda situación de tener que declarar FUNDADO un *habeas corpus* interpuesto contra el Presidente de la Corte Suprema.

Actualmente dicha acción se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Pese a que como lo señalara el Dr. San Martín su resolución comentada líneas arriba,⁹ el proceso de Extradición es **Jurisdiccional** y no administrativo, la embajada del país solicitante planteó un recurso de Reconsideración contra el dictamen de la Sala Plena de la Corte Suprema (recurso que sólo procede en la vía administrativa). La Sala Plena dio trámite a dicho recurso y volvió el expediente a recorrer el tortuoso camino de informe por el vocal administrativo y es-

8. Cf. *infra* N° II, 1-f.

pera de acuerdo de Sala Plena, confirmándose semanas después la improcedencia de la Extradición.

Al día siguiente de esta nueva resolución, la embajada presentó copias certificadas de declaraciones testimoniales actuadas en el proceso seguido en el país solicitante en las que se menciona la participación del reclamado.

Con esta nueva "prueba", la Sala devolvió el expediente al vocal informante quien ésta vez opinó la procedencia de la extradición, opinión que fue confirmada por la Sala Plena, revocando sus dos dictámenes anteriores.

Desde hace aproximadamente un mes y medio, el expediente de extradición se encuentra en el Ministerio de Justicia a la espera del informe correspondiente y la decisión final del Consejo de Ministros.

A la fecha, han transcurrido **nueves meses y medio** desde que fuera detenido el reclamado y éste se encuentra aún recluso en el sórdido calabozo de la Policía Judicial, hecho posibilitado por los vacíos de

la ley 24710 y que resulta lesivo a los derechos que acordes con su dignidad de persona humana le asisten, independientemente de si es o no responsable de los hechos que se le imputan.

La calidad de una ley, se prueba al momento de aplicarse a los casos concretos. La ley 24710 ha evidenciado adolecer de serios defectos, que expuestos ante una administración de justicia pesada e indolente, se convierten en nefastos instrumentos atentatorios contra los derechos inalienables de la persona humana que contradictoriamente es el fin último del Derecho.

Es por todo lo expuesto, que esperamos que puedan superarse los problemas técnicos de la nueva ley en comentario, pero sobre todo, compartimos con Landaño Jiménez⁹ "un profundo anhelo porque en el sistema sobre la detención y libertad individual, se HUMANICE el derecho". (Lima, julio 26 de 1988)

9. Landaño Jiménez, Hernando, "De la captura a la excarcelación", Temis 1983, p. XII.



"La Santa Inquisición"

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

(Segunda parte)

José Antonio Olaechea A. C.
Abogado

LA ESCUELA EUROPEA

Toda Europa Occidental está regida en mayor o menor grado por sistemas de libre competencia. Para evitar contradicciones en el sistema, estas naciones individualmente y en conjunto han legislado sobre la defensa de la competencia.²⁹

La Escuela Europea tiene una raíz diferente a la Escuela Norteamericana, pues responde a situaciones distintas. Sin embargo, tiene el mismo fin: salvaguardar la libre competencia. Mencionamos la diferencia de origen de ambas Escuelas puesto que la Escuela Europea no surge de la repulsa pública a un excesivo poder privado, sino como reacción al sistema de barreras y controles típicos de la etapa feudal, en rechazo a los controles gubernamentales sobre asuntos económicos internos y no incluyendo necesariamente la supresión de los monopolios de carácter privado, dado que la Europa de fines del siglo pasado y principios del presente no había alcanzado un alto grado de concentración en manos privadas ni tenía una estructura adecuada para el progreso técnico e industrial. En algunos sectores, el alto grado de atomización de las empresas impedía hacer frente a los perfeccionamientos que hoy exige el desarrollo industrial, haciéndose de vital importancia la unión o fusión entre las empresas para lograr unidades más eficientes y mejor preparadas para afrontar mercados internos y externos. De ahí que la legislación protectora del derecho de la libre competencia en Europa no puede ser tan intransigente y condenatoria hacia toda concentración económica como sí lo es la Escuela Norteamericana.³⁰

La Escuela Europea es el resultado de dos factores que trataremos a continuación: la "Escuela de Friburgo" y la Segunda Guerra Mundial. La primera surgió en Friburgo, Alemania, durante los años 30. De corte neoliberal, analiza diversos aspectos de la sociedad, entre éstos se encuentra la libertad de competencia. Sostenía que ésta sólo podía subsistir si se le protegía de su propia destrucción.³¹ A partir de este principio, el análisis de la competencia cambia, se entiende que el modelo perfecto es irreal y se le abandona como punto de partida. Hay un cambio de tendencia, se busca la competencia real, es decir, la efectiva, que someramente puede ser resumida como un modelo competitivo, con un número no tan grande de competidores como el supuesto por la competencia ideal, que tienen una cierta influencia en el precio, la cual es contrarrestada por los competidores, la innovación, el progreso técnico y el control.

Debido a las dos grandes guerras, el sistema de libre competencia se vio muchas veces coactado por la intervención estatal destinada a preparar la maquinaria bélica. La "Escuela de Friburgo" propugna una vuelta a la economía de mercado como rechazo a dichas doctrinas intervencionistas. Añade, además, que el no intervencionismo no implica que el sistema debe ser dejado a su libre albedrío por parte de los poderes públicos, sino que se precisa una vigilancia con el fin de que se mantengan las condiciones que permiten a las fuerzas del mercado un desenvolvimiento eficaz, con lo cual surge la necesidad de crear el marco legal para la existencia de auténticas condiciones de competencia. Sin embargo, no se trata de un sistema absoluto, pues pueden existir situaciones que lo hagan decaer. El modelo de Friburgo es conocido como economía social de mercado, término que esta escuela utilizó.³²⁻³³

29. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Inglaterra, Irlanda, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza y comunitariamente: la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (C.E.C.A.) y la Comunidad Económica Europea (C.E.E.). Ver: Defensa de la Competencia, Ministerio de Comercio, Secretaría General Técnica, Madrid 1970, p. 374.

30. Baylos Corroza, Hermenegildo, op. cit., p. 265.

31. Galán Corona, Eduardo, op. cit., pp. 35 y ss.

32. Por ejemplo Cartels de crisis. Ver: Galán Corona, Eduardo; op. cit. p. 80, nota 67.

33. La economía social de mercado tiene tres principios fundamen-

El segundo factor está relacionado con la derrota alemana por los aliados. Estos se propusieron suprimir las estructuras políticas y económicas del nazismo. Con tal fin, el punto 12, apartado B) de la Declaración de la Conferencia de Postdam señala el propósito de acabar con el sistema basado en el centralismo estatal y la excesiva concentración de poder económico, pues los consideraban instrumentos de preparación bélica.³⁴⁻³⁵

Esta declaración trajo como consecuencia la ley de ocupación americana sobre territorio alemán N° 56, de prohibición de la concentración excesiva del poder económico alemán. Esta ley contiene dos clases de preceptos: por una parte, los que prohíben las empresas, asociaciones y prácticas de fines monopolísticos o restrictivos de la competencia y, por otra parte, los que tratan de crear un órgano administrativo para el control de las prohibiciones.³⁶

Por consideraciones de política internacional (la Guerra Fría), en el año 1948 dejaron de aplicarse las leyes promulgadas por los ejércitos de ocupación; reconstituyéndose grupos de dimensiones parecidas a las de la preguerra.³⁷ A pesar de no haber sido derogada la Ley N° 56, su aplicación en ese período fue muy pobre. La vigencia de la misma terminó con la promulgación de la ley alemana contra las limitaciones a la competencia.³⁸⁻³⁹

La postguerra también trajo consigo la institución de organismos de cooperación económica, ellos fueron plasmados en el Tratado de París, que fundaba la comunidad europea del carbón y el acero (1951)⁴⁰ y donde se dedicaban los artículos 65 y 66 al tratamiento de la política comunitaria respecto a la competencia en tales materias. Posteriormente, surge el tratado de Roma que crea la Comunidad Económica

tales en lo relativo a competencia: 1) la presunción que el mercado es el mejor distribuidor de bienes y servicios escasos; 2) por ello se hace necesario cuidar la competencia; y 3) hay que corregir las desigualdades con el objetivo final del mercado. Fikentscher Wolfgang, *Las tres funciones del control de la economía*, p. 463.

34. Daranás Peláez, Mariano: "Concentración de empresas y defensa de la competencia", Madrid 1972, volumen II, p. 474.

35. La economía alemana debe ser descentralizada lo antes posible para suprimir la actualmente excesiva concentración de los medios de poder económico, que se manifiesta sobre todo en la existencia de cartels, sindicatos, trusts y otros convenios monopolísticos. Ver: Punto 12, apartado B, declaración final de la Conferencia de Postdam.

36. Daranás Peláez, Mariano, op. cit. p. 475.

37. Daranás Peláez, Mariano, op. cit., p. 478.

38. 27 de julio de 1957.

39. Baylos Corroza Hermenegildo, op. cit., p. 266.

40. Daranás Peláez, Mariano, op. cit., p. 390.

Europea (1957), en cuyos artículos 85 y 86 se protege principalmente la libre competencia.

El resultado de estos dos factores —la Escuela de Friburgo y los efectos de la Segunda Guerra Mundial— ha hecho que muchos países adopten medidas para defender la competencia. Sin embargo, creemos que dentro de los derechos internos de cada país, el alemán es la cantera de donde ha salido una gran parte del material de los otros. En el marco de los acuerdos, el de Roma 1957 (CEE) nos da un índice de consenso entre los países de Europa Occidental acerca de la política de libre competencia. Es por eso que vamos a hacer un breve análisis sobre la legislación alemana y sobre los artículos 85 y 86 del Acuerdo de Roma.

EL DERECHO DE LA LIBRE CONCURRENCIA EN ALEMANIA

Durante el siglo pasado, la Corte Suprema alemana permitió los cartels en tanto éstos fuesen hechos de buena fe, sin ánimo de perjudicar a nadie. En 1904, el Parlamento (Reichstag) inició un proyecto de ley destinado a regular los cartels. Este sólo estuvo listo en 1923. La política planteada por esta ley reguladora no era la de prohibir los cartels, sino evitar abusos, mediante el registro y control de los mismos. En 1933, el gobierno Nacional Socialista (nazi) en forma compulsiva carteliza la economía, quebrando el principio de la ley de 1923 y logrando así un control gubernamental absoluto. Como ya lo hemos mencionado en el punto precedente, con la derrota vinieron las fuerzas de ocupación que dictaron leyes de descartelización y prohibición de restricciones a la competencia, que siguieron vigentes incluso cuando Alemania recuperó su soberanía.⁴¹ El 1° de enero de 1958 entró en vigencia la ley contra las restricciones a la competencia ("Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen" o GWB), que estuvo muy influenciada por la teoría económica de la Escuela de Friburgo. Esta norma es sumamente detallada y contiene una combinación de elementos. Por un lado, las prohibiciones y, por otro, el control del abuso de posición dominante. Hasta la fecha ha sido ratificada cuatro veces. La primera, en 1965, en la cual se facilitó la cooperación entre pequeñas empresas. En 1973, cuando el control de la posición dominante en el mercado fue ampliada. En 1976, cuando se introdujo el control de fusiones en la empresa y, en 1980, para poner más presión contra los monopolios.

El concepto central de la ley alemana es la restricción a la competencia, ya sea porque se le lesione, se le acabe o simplemente porque ésta no existe. Al primer y segundo tipo de restricciones se les conoce

41. Fikentscher Wolfgang, artículo referente a la ley alemana de restricciones a la competencia publicado por el Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, p. 162.

como restricciones a la competencia debido a una conducta. A la tercera, como restricción a la competencia debido a una circunstancia.⁴² Típicos ejemplos para los dos tipos de conducta son los cartels de precios y los monopolios naturales. El sistema alemán se basa en prohibir de plano estos dos tipos de restricciones, teniendo el atenuante de una gran lista de excepciones contempladas por la ley. Ampliando un poco más estos conceptos la ley Alemana o, como se le denomina familiarmente, ley de cartels (nombre incorrecto pues no sólo trata este tipo de restricción) tiene como finalidad reprimir los contratos y acuerdos cartel, el abuso de la posición de dominio, las uniones de empresas, las conductas restrictivas y discriminatorias.⁴³ Además, crea un órgano estatal de supervisión y, llegado el caso, de dirección de la economía.⁴⁴

PROHIBICION DE CONTRATOS Y ACUERDOS CARTEL

El artículo 1º de la ley sanciona con la nulidad los acuerdos entre empresas o uniones de empresas con una finalidad común y los acuerdos de las uniones de empresas en la medida que puedan influir mediante una limitación a la competencia en la producción o en el tráfico de bienes y servicios.⁴⁵ Además es importante aclarar que el legislador no ha definido el concepto "cartel", pero es entendido como toda asociación de empresas —ya sea duradera u ocasional— que tiene su base en un contrato o acuerdo. Las excepciones declaradas a este principio son las siguientes: 1) artículo 98 y siguientes, relacionados con servicios públicos, transportes, bancos, cajas de ahorro, compañías de seguros, etc.; 2) artículo 2º, los acuerdos que tienen por objeto la aplicación uniforme de condiciones generales comerciales de adquisición y pago, en tanto no estén referidas a los precios o a los elementos de éstos; 3) artículo 3º, que trata acuerdos relacionados a rebajas en los precios, cuando representan una contraprestación de un servicio y no un trato discriminatorio; 4) artículo 4º, que permite vulnerar el principio del artículo 1º, en caso de crisis (cartels de crisis); 5) artículo 5º, que persigue la aplicación uniforme de normas o tipos; 6) artículo 6º, sobre los cartels de exportación; 7) artículo 7º, los cartels de importación. Estas excepciones, salvo las de los artículos 98 y siguientes de la ley, no son automáticas. Se hacen a solicitud del interesado; en unas opera el silencio administrativo y en otras es necesaria la autorización administrativa expresa para casos especiales, o sea, los no comprendidos por los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º. El Ministro de Economía puede autorizar acuerdos contra el principio del artículo 1º,

cuando por razones excepcionales la limitación a la competencia resulte necesaria para la economía nacional y el bien común. Esta facultad del Ministro de Economía está sometida a control por parte del poder judicial.

ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE

El artículo 22 de la ley considera como posición dominante en el mercado a cuando, para una determinada clase de mercancías o servicios, una empresa carece de competidor o no está sometida a una competencia sustancial.

El abuso de la referida posición se verifica por medio de acuerdos como el concierto encaminado a elevar precios, imponer determinadas condiciones en el mercado o "atar" las ventas. Estos acuerdos pueden ser declarados nulos, por parte de la autoridad administrativa, y las conductas que los originaron son susceptibles de sanción.

UNIONES DE EMPRESAS

Previstas en los artículos 23 y 24, que disponen que toda unión de empresas tiene que ser notificada a la autoridad administrativa en tanto represente más del 20% del mercado.

CONDUCTAS RESTRICTIVAS Y DISCRIMINATORIAS

En los artículos 51 y siguientes, se prohíben a las empresas una serie de actos caracterizados por sus efectos limitativos de la competencia o su finalidad discriminatoria del mercado. Por ejemplo, amenazar a un competidor con algún daño o prometerle alguna ventaja para que incurra en algunas de las prohibiciones de la ley.

EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

Como ya se ha señalado, de la teoría norteamericana sobre el derecho de la libre competencia y de las teorías de la Escuela de Friburgo surgieron también los artículos sobre el derecho de la competencia contenidos en los Tratados de la Comunidad europea del carbón y del acero y de la Comunidad Económica Europea. Los artículos 65 y siguientes del Acuerdo de París (CECA) no son tan elaborados como los artículos 95 y siguientes del Acuerdo de Roma (CEE).⁴⁶

NORMAS PROTECTORAS DE LA LIBRE COMPETENCIA CONTENIDAS EN EL TRATADO CREADOR DE LA CECA

Este instrumento entró en vigor el 23 de julio de

42. Fikentscher, Wolfgang, *idem*, p. 164.

43. Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, p. 267.

44. Reich Norbert, *Mercado y Derecho*, p. 217.

45. Artículo I, Ley contra las restricciones a la competencia.

46. Fikentscher, Wolfgang, *Revista de Derecho Mercantil*, abril-agosto 1984, Madrid, "Las tres funciones del control de la economía", pp. 463-464.

1952. Es el antecedente inmediato del tratado de la CEE. Su política de competencia está básicamente centrada en dos artículos: el 65 y el 66. El primero, prohíbe las restricciones a la competencia surgidas de la colusión, tales como acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, con el atenuante que si se logran determinados efectos benéficos, sí se podría incurrir en dicha práctica, previa autorización de la autoridad administrativa. El segundo, trata acerca del control de concentraciones y del abuso de posición dominante. Según este artículo, la autoridad administrativa debe autorizar las concentraciones que tengan lugar en los sectores del carbón y acero. Para el caso que se produzca abuso en la posición dominante en los ramos antes mencionados, se autoriza a la autoridad administrativa a dirigir recomendaciones a dichas empresas ya en caso de no ser atendidas, imponerles determinada conducta, como fijarles precios y condiciones de venta o establecer programas de fabricación a la empresa que está abusando de una posición de dominio.⁴⁷

NORMAS PROTECTORAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

El Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 es el punto de partida de la Comunidad Económica Europea. Tiene entre sus principios esenciales el que dentro del mercado común la competencia no se vea falseada.⁴⁸ El acuerdo consta de 248 artículos y está distribuido en tres partes. La tercera está dedicada a la política de la comunidad y es en esta parte que se encuentran las reglas sobre libre competencia (artículo 85 y 86), referidas a acuerdos restrictivos, prácticas concertadas y abuso de la posición dominante, respectivamente.

ACUERDOS RESTRICTIVOS Y PRACTICAS CONCERTADAS

Conocidas también como prácticas restrictivas provenientes de la colusión (acuerdos, decisión, práctica concertada),⁴⁹ es decir, aquéllas que tienen como efecto obligar a una conducta,⁵⁰ están señaladas por el artículo 85. Se consideran incompatibles con el mercado común y el sistema de libre competencia planteado por éste. Haciendo una breve enumeración, encontramos que está prohibido: el establecer condiciones comerciales;⁵¹ las restricciones directas a la competencia;⁵² la imposición a los contratantes de

cláusulas atadas, etc.⁵³ Si se incurre en alguna de estas prácticas, la sanción es la nulidad de pleno derecho.⁵⁴ Estas prohibiciones pueden ser declaradas inaplicables a aquellos convenios, asociaciones o prácticas concertadas que contribuyen a mejorar la producción o la distribución de productos o promover el progreso técnico o económico, siempre que se reserve una parte equitativa de los beneficios que se obtengan y si con ellos no se imponen restricciones a las empresas que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos. No se les da la posibilidad de suprimir los productos de que se trate.⁵⁵ Esta excepción se hace "a priori", es decir, previa autorización de la autoridad competente.⁵⁶

En conclusión, el artículo 85 prohíbe los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas por su mera existencia, no importando si se produce o no un resultado nocivo pues basta "que tenga por objeto o produzca el efecto" de restringir la competencia.⁵⁷ El régimen de excepciones de la Comunidad Económica Europea no contiene una lista detallada como la del sistema alemán. Es más, si consideramos que estas excepciones⁵⁸ muestran la influencia de la Escuela Norteamericana por intermedio de la regla de la razón (punto que será analizado más adelante) y que en este caso se trata de una "regla de la razón tipificada" por el numeral 3, que no es de aplicación automática, sino solamente después de una revisión administrativa.⁵⁹

EL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE

Tratado por el artículo 86, este tipo de práctica genera un daño estructural en el sistema de libre competencia, por lo que también se considera incompatible con el mercado común y, por ende,⁶⁰ está prohibido "el hecho de explotar de manera abusiva por una o más empresas una posición dominante sobre el mercado común, o en parte sustancial del mismo". Las prácticas abusivas consisten básicamente en la imposición de modo directo o indirecto de precios de compra y venta y otras condiciones no equitativas de transacción (artículo 86, a); en limitar la producción, la salida de productos o el desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores (artículo 86, b); en aplicar a sus contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocándolos con ello en una

47. Galán Corona, Eduardo. op. cit., pp. 97 y ss.

48. Artículo 3, apartado f), Acuerdo de Roma.

49. Galán Corona, Eduardo, op. cit., pp. 99.

50. Daranás Peláez, Mariano, op. cit., p. 433.

51. Artículo 85 1 a) del Acuerdo de Roma.

52. Artículo 85 1 b) y c) del Acuerdo de Roma.

53. Artículo 85 1 e) del Acuerdo de Roma.

54. Artículo 85 2 del Acuerdo de Roma.

55. Acuerdo 85 3 a) del Acuerdo de Roma.

56. Galán Corona, Eduardo, op. cit., p. 99.

57. Galán Corona, Eduardo, op. cit., p. 100.

58. Contenidas en el numeral 3 del artículo 84.

59. Fikentscher, Wolfgang, publicación del Max Planck Institute, p. 166.

desventaja competitiva (artículo 86, c); en los contratos con cláusulas atadas que no guarden relación con el objeto de los contratos (artículo 86, d).

El artículo 86 no ha tenido como intención señalar una definición de la posición dominante. Se preocupa fundamentalmente de prohibir el abuso derivado de la misma. A través de esta prohibición, se introduce una vía de control hacia las grandes concentraciones.

Los supuestos del artículo 86 no son muy distintos de los del artículo 85. Ambos son, en realidad, el ejercicio abusivo del poder económico, que tiene como resultado la restricción de la acción concurrencial. Se diferencian en la medida que el artículo 85 trata acerca del concierto o acuerdos entre empresas y el artículo 86 trata sobre la acción de una o más empresas que ya poseen esa posición dominante.⁶¹

Las normas de la comunidad económica sobre la libertad de competencia también incluyen disposiciones sobre la entrada en vigor de las mismas y la forma de asegurar su cumplimiento.

PRINCIPIOS APLICABLES DE LA ESCUELA EUROPEA

Son fundamentalmente dos principios: el prohibitivo y el del abuso de la posición dominante. Los examinaremos por separado a continuación.

EL PRINCIPIO PROHIBITIVO

Creemos necesario hacer preliminarmente una breve explicación en abstracto de este principio pues como se verá hay ligeras mutaciones entre las diversas legislaciones de la Escuela Europea. Fundamentalmente, el principio se basa en una prohibición general a todo tipo de restricción a la competencia de origen conductual (acuerdo, decisión y práctica concertada). Pero ésto no es lo único que encierra el principio. Si interpretáramos que sólo existe una prohibición absoluta, cometeríamos un error pues lo estaríamos refiriendo a un mercado estático, sin posibilidad de cambio. Además, estaríamos suponiendo que todos los agentes en ese mercado son iguales. No se daría, por ejemplo, oportunidad a las pequeñas empresas para agruparse y mejorar la producción, sin lo cual no podrían competir con las grandes. Dentro de esa interpretación restringida, el principio de la prohibición sólo lograría un "statu quo" totalmente negativo. El principio contiene también las excepciones orientadas a flexibilizar la prohibición e ir adaptándola a los constantes cambios.⁶²

60. Artículo 86 del Tratado.

61. Baylos Corroza, Hemenegildo, op. cit., p. 279.

62. Goldman Berthold, *Derecho Comercial Europeo*, p. 314.

Resulta así que podemos hacer una distinción entre las de la Ley Cartel alemana y los artículos del Acuerdo de Roma. En tanto que, como ya vimos, la ley alemana contiene un principio de prohibición al cual se le agregan una serie de excepciones previstas en ella (de ahí que cuando alguien quiere estar considerado dentro de las excepciones tiene que notificar a la autoridad administrativa), mientras que las normas de la CEE contienen igualmente un principio de prohibición, pero no tienen las excepciones señaladas en forma taxativa. Es por eso que no usan un sistema de notificación,⁶³ sino que, al tener "una regla de control tipificada",⁶⁴ deben recurrir a un sistema de control "a priori"⁶⁵ y la autoridad administrativa puede ver si están dentro del supuesto del numeral 3 del artículo 85 y dar la autorización.⁶⁶

EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE

"El monopolio no es en sí malo, tiene el poder de ser bueno o malo."

Harold Wilson, Ministro laborista inglés

Con la intención de ver las variaciones que hay sobre este principio en la Escuela Europea, nos parece útil hacer un análisis sobre los conceptos que incluye y que, a nuestro entender, son la posición de dominio en el mercado y el abuso de esta posición.

LA POSICION DE DOMINIO EN EL MERCADO

Se considera que existe cuando un agente tiene o adquiere de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos sujetos a su jurisdicción, una posición de dominio que los sustrae de una competencia efectiva.⁶⁷ Es interesante también tener en cuenta la decisión tomada por el tribunal de la CEE en el caso "Continental Can", que establece que "las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar

63. Daranás Peláez, Mariano, op. cit., pp. 47 y ss.

64. Fikentscher, Wolfgang, publicación Max Planck Institute, p. 166.

65. Gómez Sagade, José Antonio, "Panorámica al Derecho de la Libre Competencia en la CEE", p. 72 en *actas de Derecho Industrial*, Editorial Montecorvo S.A., tomo 5, año 1978.

66. Cabe mencionar en forma referencial un tercer sistema de excepciones que es el belga. Este no recoge ninguna prohibición general y sanciona los abusos cometidos en virtud de los mismos. Ver: Goldman, op. cit., p. 344.

67. Numeral 7, artículo 76 del Tratado de la CECA, numeral 1, artículo 22 de la ley alemana que se promulgó el 27 de julio de 1957 y que entró en vigor el 1º de enero de 1958.

sin tener en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores".⁶⁸

EL ABUSO DE LA POSICION DE DOMINIO

El abuso de la posición de dominio puede calificarse según lo que éste perjudique, ya sea en el abuso en los resultados en la estructura. El primero está

68. Goldman, Berthold, op. cit., p. 397.

relacionado con el hecho que una empresa en situación de dominio abuse de su poder para obtener ventajas que, en caso de competencia efectiva, no hubiese podido contar (precios discriminatorios). El segundo tipo de abuso no es sentido de manera inmediata por los competidores o usuarios, pero sí podría ser a largo plazo al afectar las estructuras de la competencia.⁶⁹

69. Goldman, Berthold, op. cit., p. 408.



Receptour

Perú

EL DERECHO A VIAJAR SIN PROBLEMAS

Camino Real 1106
San Isidro, Lima

Teléfono: 41-9194
Telefax: 41-9245

Hacia una política integral de Desarrollo de Exportaciones

Dr. Enrique Cornejo Ramírez
Presidente del Instituto de Comercio Exterior (ICE)

Que nuestro país debe dejar de ser principalmente exportador de materias primas, es un concepto que ha alcanzado consenso a todo nivel, pasando por todas las tiendas políticas hasta los mismos gremios empresariales. El problema viene a complicarse cuando se trata de caminar en la práctica para conseguir este objetivo; para ello, el Estado debe aportar incentivos adecuados y permanentes dentro de una política coherente de desarrollo de nuestro comercio exterior.

Si damos un vistazo a nuestra historia republicana encontraremos etapas claramente delimitadas que llevan el nombre de productos de exportación y que significaron aspectos importantes dentro de la vida del país; como por ejemplo los casos del guano y del salitre.

Con los años, la dependencia de nuestra economía y la poca intención política de nuestros diferentes gobiernos no permitió que se trazara una planificación a mediano y largo plazo de nuestras exportaciones como una fuente efectiva de captación de divisas; la deuda, tomó entonces una concepción gravital y determinante sobre nuestros pueblos.

A finales de la década del 60 se dan varios intentos para propiciar la exportación de productos con mayor grado de elaboración. Así, en 1968 se promulgó el Decreto Supremo Nº 227-68 que declara de preferente interés nacional las exportaciones de productos no tradicionales, estableciéndose una serie de beneficios para las empresas exportadoras, tales como, el primer sistema de reintegro tributario. Posteriormente, se promulgó el Decreto Ley Nº 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, mediante la cual se otorgan una serie de exoneraciones tributarias y otros incentivos para propiciar el desarrollo de industrias de exportación, complementándose esta medida con nuevos aportes en cuanto a líneas de financiamiento.

Esto logró un cambio estructural en nuestras exportaciones. De 90% en productos tradicionales y 10% no tradicionales; en la década del 70, se cambió sustancialmente hacia los 80, con 70% en tradicionales y 30% en no tradicionales.

Sin embargo, se debe remarcar que este 70 o 75% de nuestras exportaciones está constituida por 10 productos básicos y que en el otro nivel, la posibilidad de incrementar la participación de las exportaciones no tradicionales, es limitada.

Si nos orientamos hacia el futuro, se calcula que para el año 2000, las exportaciones alcanzarán un nivel de US\$ 9 mil millones, de los cuales 5 mil millones de dólares se darían debido al crecimiento por tendencia histórica, pero los US\$ 4 mil millones adicionales se lograrían como resultado de una estrategia agresiva de promocionar sectores y líneas de productos con alto potencial de desarrollo.

Por estos factores, el Instituto de Comercio Exterior ha propuesto para la discusión política un documento titulado "Bases para un Plan de Desarrollo de Exportaciones con vigencia hasta el año 2020" y que fue presentado con ocasión del IV Congreso Nacional de Gerencia organizado hace unos meses por IPAE.

En él se dimensiona la actividad exportadora del Estado como prioritaria, buscando situar al comercio exterior como propulsor de nuestro desarrollo económico, orientando una asignación correcta de los recursos, captando capitales extranjeros y tecnología y generando, sobre todo, nuevas fuentes de empleo.

Se supera entonces, la perspectiva que enfrentaba a los productos no tradicionales versus los tradicionales, considerando que todos los productos de exportación son sujetos al fomento y promoción por parte del Estado, de acuerdo a criterios como valor

agregado, saldo positivo de divisas, mayor valor agregado nacional, mayor grado de elaboración, efecto multiplicador en el aparato productivo nacional, tendencia de la demanda externa, entre otros.

Se introduce además la promoción selectiva, mediante la cual se potenciarán sectores productivos que por su dotación de recursos, técnicas de producción, posibilidad de desarrollar ventajas comparativas dinámicas, posibilidad de rápida respuesta al estímulo o beneficios que se le otorgue, se puedan insertar mejor y más rápido en el contexto internacional.

Este esquema de promoción selectiva conseguirá además una fuerte presencia en determinados sectores y líneas de productos, sin significar ello, que se dejen de lado o se eliminen los incentivos ya existentes para los sectores no incluidos en la promoción selectiva.

Otro elemento que se debe tener en cuenta para la consecución exitosa de este programa propuesto; es la estabilidad en el tiempo, para crear el horizonte adecuado y facilitar la inversión en la industria de exportación. Debemos tener en cuenta que se necesi-

tan "reglas claras y permanentes" para asegurar el incentivo empresarial.

También se incorpora un esquema que diseña mecanismos específicos para cada sector o producto seleccionado, de acuerdo a sus propias características, prueba de este acierto es el programa en marcha del sector de confecciones, en el que hemos pasado de 40 millones de dólares en exportaciones del año pasado, a 70 en el presente; además, ya está en marcha el programa de acuicultura y el de bienes de capital y otro de servicios.

Los sectores propuestos en este programa de desarrollo son: sector de confecciones de algodón, pelo fino de alpaca y lana; el sector agropecuario-agroindustrial; el sector pesquero; el sector de producción de maderas; el sector de derivados de metales no ferrosos y el sector de bienes de capital y servicios.

Entendido está, que sin una amplia concertación entre el Estado, el sector empresarial y las fuerzas políticas del país, en torno a estos propósitos, con propuestas concretas, no se podrá convertir a las exportaciones en un verdadero objetivo nacional.



COMPAÑIA DE SEGUROS

La Fénix Peruana

Rol del Comercio Exterior en el desarrollo del país

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC

Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del

Instituto de Comercio Exterior del Perú (ICE)

I. FUNCIONES DEL COMERCIO EXTERIOR

El desarrollo del comercio exterior de mercancías aporta en cuanto a las importaciones el abastecimiento de aquellos bienes esenciales para la producción y para el consumo, y en cuanto a exportaciones, por un lado genera las divisas necesarias para atender el abastecimiento, y por otro lado, facilita el desarrollo de la producción destinada a la exportación.

En ambos casos la actividad del comercio exterior incide en la industrialización del país toda vez que la producción requiere de bienes de capital e insumos extranjeros para la fabricación de productos tanto para el consumo interno como para la exportación.

El comercio exterior por tanto es el soporte fundamental para el desarrollo de la actividad productiva, y el desarrollo económico del país en general. Aporta a la industrialización, genera empleo, satisface las necesidades de consumo de bienes no producidos en el país. En una palabra el comercio exterior genera bienestar.

II. ROL DEL ESTADO

Siendo la función básica del Estado lograr el bienestar de la población, su accionar eficiente en el desarrollo del comercio exterior permitirá naturalmente que este bienestar se produzca. En este sentido, el Estado tiene fundamentalmente tres actividades que desarrollar:

1. Promover el comercio exterior a fin de lograr que se exporte cada vez más y con mejor calidad a precios competitivos, y que se importe según las necesidades reales de la producción y el consumo en las mejores condiciones de oportunidad, cantidad y calidad.
2. Regular el comercio exterior a fin de evitar que

se distorsionen los objetivos planteados de promoción del comercio exterior.

3. Participar a través de empresas estatales de comercialización directamente en las actividades de exportación e importación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 133 y 113 de la Constitución Política del país. Es decir, en este caso el Estado debe participar para promover la economía del país y de manera que no constituya un monopolio en la actividad.

III. MECANISMOS DE PROMOCION Y REGULACION DE COMERCIO EXTERIOR

Para cumplir el rol mencionado, el Estado hace uso de un conjunto de mecanismos de política económica que influyen directamente en el cumplimiento del objetivo de bienestar del país.

Es evidente la influencia que en el desarrollo del comercio exterior tienen la política tributaria, arancelaria, cambiaria, de infraestructura, financiera y de relaciones económicas internacionales que adopte el Estado.

1. Política tributaria

En materia de exportaciones la alternativa que adoptan los Estados suele dirigirse a la exoneración de los impuestos que gravan la exportación, así como a la devolución o exoneración de todos aquellos impuestos que gravan el proceso de producción y comercialización del bien antes de su exportación. Esta opción responde al principio fundamental de que los impuestos no se exportan, permitiendo así hacer más competitivo el producto en el mercado internacional.

En este sentido, los organismos y acuerdos internacionales como el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), aceptan la devolución de los im-

puestos indirectos, pero cuestionan la devolución de los impuestos directos. Sin embargo, este planteamiento desconoce la situación real de costos que inciden de manera peculiar en el proceso de producción y comercialización en los países en desarrollo, que precisados a desarrollar políticas de industrialización generan sobre-costos que necesariamente deben ser devueltos para que el producto sea competitivo en el mercado internacional. De allí que los países en desarrollo tienen que lograr fórmulas que permitan la devolución de estos sobre-costos que en muchos casos adquieren la condición de "reintegros tributarios".

En materia de importaciones se tiende a la exoneración de impuestos que gravan la importación de insumos y bienes de capital, así como de aquellos productos de consumo esencial para la población. Estos impuestos que así se exoneran, suelen consistir en gravámenes adicionales al arancel de importaciones, por lo que es importante analizar el otro mecanismo consistente en la política arancelaria.

2. Política arancelaria

El arancel juega un rol sustantivo en el desarrollo del comercio exterior. El arancel puede cumplir diferentes objetivos, constituir un simple ingreso fiscal, servir de mecanismo de protección a la industria nacional o promotor de dicha industria, así como facilitar las importaciones necesarias para el consumo.

El Estado puede asignar al arancel algunos de estos objetivos o todos ellos, dependiendo de la naturaleza del producto. Así tenemos que si se trata de productos no esenciales para el consumo y que no se producen en el país, el arancel puede ser fijado con un objetivo exclusivamente fiscal; si se trata de aquellos bienes de capital e insumos necesarios para el desarrollo de la industria tanto para el consumo interno como para la exportación podrán establecerse aranceles reducidos con el objetivo de promover el desarrollo de la industria y más bien fijar aranceles elevados para aquella producción que compita con la industria nacional. Hay que tener en cuenta que este mismo objetivo se puede obtener prohibiendo la importación de lo que se produce en el país, alternativa que muchas veces se utiliza en los países en desarrollo. Asimismo, para parte de los productos que no se elaboran en el país pero cuyo consumo es esencial (productos alimenticios y para la salud), el arancel se fija normalmente en niveles bajos a fin de facilitar dicho consumo.

Normalmente en materia de exportaciones no se establece un arancel sino que se fijan impuestos a la exportación, en cuyo caso la decisión suele ser, fijar dichos impuestos con fines fiscales para aquellos productos cuyos precios en el mercado internacional admiten fijar una tasa impositiva. Sin embargo, la tendencia en el comercio internacional se dirige a eliminar estos impuestos por las dificultades de acceso a

los mercados o en su defecto a devolver los impuestos a los productores de dichos bienes a fin de que destinen el monto de los mismos a actividades de desarrollo de la producción.

3. Política cambiaria

Las divisas constituyen el medio necesario para adquirir los bienes a ser importados, dividas que se obtienen como resultado de las exportaciones. Los Estados suelen regular el valor de las dividas, así como administrar la disponibilidad de las mismas a los operadores comerciales. En este sentido, las divisas fruto de las exportaciones son administradas por el Banco Central de Reserva, o la entidad que haga sus veces, y entregadas a los importadores de acuerdo a la política de importaciones que se hubiera adoptado.

El valor de la divisa puede dejarse al libre juego de la oferta y la demanda, puede ser regulado por el Banco Central de Reserva o fijado de manera expresa por dicha entidad. Un tipo de cambio libre supone que el precio de lo que se importa y de lo que se exporta se deja en manos del libre comercio, en cuyo caso serán los operadores y el mercado quienes definan qué importar y qué exportar; salvo que paralelamente se adopten otro tipo de medidas que regulen directamente las operaciones de importación y exportación. Un tipo de cambio regulado se suele adoptar cuando se tiene como objetivo racionalizar el uso de las divisas en función de la política industrial y de consumo del país. En este caso, será indispensable para el desarrollo de las exportaciones permitir la devolución del valor real de las divisas generadas por dichas exportaciones. Una política que estableciera tasas de cambio irreales desalentaría las exportaciones. Por otro lado, si el tipo de cambio es considerablemente bajo, generaría una presión especulativa en materia de exportaciones. En consecuencia adoptar una política cambiaria de regulación de tipo de cambio supondrá una adecuada determinación del valor de la divisa.

4. Política de infraestructura

No obstante la adopción de una eficiente política tributaria, arancelaria y cambiaria, si es que los costos de los servicios de puertos, aeropuertos, aduanas, transporte interno, relacionados con el comercio exterior resultan elevados, ello generará dificultades en la competitividad en los mercados internacionales. Por tanto la política en materia de infraestructura y servicios de comercio exterior debe estar dirigida a facilitar la comercialización eliminando todo sobre costo, de tal manera que los servicios no solamente sean eficientes sino también que sus costos correspondan a su verdadero valor.

5. Política financiera

El financiamiento a la producción y comercialización de productos tanto para consumo interno como para la exportación inciden directamente en las posibilidades de su desarrollo. En este sentido, los Estados procuran establecer mecanismos que faciliten el acceso al financiamiento tanto en relación a la disponibilidad de recursos como a la determinación de tasas adecuadas y promocionales, así también en referencia a las diferentes modalidades de acceso al financiamiento. La tendencia en el comercio internacional es que las modalidades de financiamiento se adecúen a los diferentes tipos de operación y direccionen el desarrollo de la actividad de la producción en función de los objetivos de política adoptados.

6. Política de relaciones económicas internacionales

La participación de un país en los diferentes foros internacionales vinculados al comercio tales como el GATT, UNCTAD, OEA, así como el resultado de los convenios internacionales y los procesos de integración, generan ventajas que necesariamente deben de aprovecharse por los operadores del comercio exterior, tanto para adquirir productos en las mejores condiciones como para exportar a nuevos mercados y nuevos productos. En este sentido, la interacción del Estado con los operadores comerciales resulta fundamental antes, durante y después de los procesos de negociación internacional.

Como se puede advertir de todo lo expresado, en la medida en que el Estado haga uso eficiente y coherente de los diferentes mecanismos de política económica mencionados, definiendo un rol prioritario al desarrollo del comercio exterior dentro de un proyecto de desarrollo nacional, se lograrán los grandes objetivos de bienestar nacional mencionados.

IV. ALTERNATIVAS DE POLITICA QUE EL ESTADO PUEDE ASUMIR

Frente a los diferentes mecanismos mencionados de manera ortodoxa o mezclando diferentes mecanismos se han ido asumiendo fundamentalmente dos opciones. Una consistente en una política de apertura donde se deja al mercado libremente a fin de que se desarrolle el comercio exterior en función de políticas de regulación donde el Estado participa solo bajo el principio de la subsidiariedad, es decir en aquellos campos de la actividad del comercio exterior donde no es posible la actividad del sector privado y donde los mecanismos fundamentalmente utilizados son los siguientes: en materia de importaciones el arancel, una política cambiaria de libre comercio, la política de financiamiento de libre acceso sin direccionalidad; y en materia de exportaciones, incentivos de carácter general sin mayor incidencia en la promoción de determinados sectores de la actividad.

Por otro lado, una política selectiva, donde el Estado juega un rol importante asignando recursos en función de prioridades para atender la producción de bienes esenciales y el desarrollo de la exportación de acuerdo a las mejores condiciones de la oferta y de la demanda internacionales, en la que los mecanismos no solamente son arancelarios sino también para-arancelarios en materia de importaciones, el tipo de cambio suele ser regulado y los incentivos a la exportación no sólo devuelven impuestos sino también sobre-costos. En este caso, suele orientarse la promoción de las exportaciones de manera selectiva en función de determinados criterios que atienden al uso de recursos nacionales, mano de obra nacional y balance neto de divisas.

V. EL CASO PERUANO

En el país se ha adoptado indistintamente por las dos alternativas mencionadas, aunque no en términos exactos. Así tenemos, que en la década del 70 la política asumida fue la de sustitución de importaciones con una franca protección a la industria nacional, con alguna selectividad en materia de desarrollo de la producción y con una promoción de carácter general y abierta a las exportaciones no tradicionales. Más bien, del 80 al 85 se adoptó una política de apertura en materia de importaciones, manteniéndose una promoción general aunque con menor incidencia en lo que se refiere al reintegro tributario.

A partir del 85 se observa una tendencia hacia una política selectiva del comercio exterior, protegiéndose a la industria nacional en algunos casos con el arancel y en otros mediante restricciones a la importación, con un tipo de cambio regulado y mediante la promoción de las exportaciones no tradicionales, aunque últimamente se ha iniciado un franco proceso de promoción selectiva de las exportaciones, tal es el caso del sector confecciones.

VI. REGIMEN JURIDICO DEL COMERCIO EXTERIOR

Los diferentes mecanismos de política de comercio exterior se materializan en normas legales, que naturalmente van cambiando en función de la modificación de la política económica. Así tenemos que en el régimen vigente en materia de importaciones aparte del arancel existe un presupuesto de divisas que se administra mediante la Licencia Previa y la Autorización de Cambio, y exoneraciones a las importaciones de bienes de capital e insumos para el desarrollo de la producción.

Por otro lado, a la exportación no tradicional dentro de un régimen general se le exonera de los derechos de exportación, del Impuesto General a las Ventas, otorgándoseles el CERTEX, así como incentivos dirigidos a la generación de industrias de exportación.

En materia cambiaria, el tipo de cambio responde a la política de importaciones adoptada mediante una modalidad de diferentes tipos de cambio, de acuerdo a la naturaleza de los productos que se importan y un tipo de cambio para las exportaciones que no necesariamente corresponde al valor real de la divisa, por lo que el CERTEX constituye en algunos casos un mecanismo de compensación de dicho tipo de cambio.

El régimen jurídico vigente se caracteriza por su naturaleza general y no selectiva y por su escasa incidencia en el desarrollo de una industria de exportación. Y en materia de importaciones ha generado una industria muy dependiente de las importaciones de insumos, debido al modelo de sustitución de importaciones.

El nivel de exportaciones no tradicionales ha alcanzado un promedio general de 700 millones de dólares al año. Sin embargo, su mayor crecimiento dependerá de promover el incremento de la base productiva, los incentivos vigentes no facilitan este objetivo por lo que será necesario buscar otros mecanismos. Asimismo, los permanentes cambios en los mecanismos que inciden en el comercio exterior dificultan el desarrollo de la inversión a largo plazo que requiere de estabilidad, por lo que resulta conveniente que el Estado ofrezca esta estabilidad mediante contratos que garanticen los mecanismos a cambio de determinados niveles de exportación y de inversión.

Se hace indispensable que con este objetivo, así como con la necesaria integración de los diferentes factores que inciden en el desarrollo del comercio exterior, se dicte una ley de bases que tenga directa relación con las políticas tributaria, financiera, arancelaria, cambiaria, etc., antes mencionadas.

Una ley de comercio exterior deberá fijar en primer lugar los principios y objetivos así como el rol del Estado. En segundo lugar los diferentes mecanismos de promoción del comercio exterior tanto de bienes como de servicios, y finalmente los mecanismos de regulación que tiendan a la administración eficiente del comercio exterior.

En cuanto a los mecanismos de promoción esta ley deberá responder a una estrategia de desarrollo de todas las exportaciones y de promoción y fomento de aquellas que de manera selectiva puedan generar resultados no solamente en materia de divisas sino también en el uso eficiente de los recursos naturales, en la utilización de la mano de obra nacional y en el desarrollo regional. En este sentido, deberán fijarse incentivos que incidan directamente en el desarrollo

de una industria exportadora que utilice las ventajas comparativas con que cuenta el país en sectores como el agrícola, minero, pesquero y fabril, teniendo en cuenta la riqueza nacional en cuanto a pescado, algodón, alpaca, cobre, zinc, productos frutales, etc. En el campo de la promoción deberá incentivarse la exportación de servicios en los que el Perú es eficiente como es el caso de la construcción y equipamiento. En cuanto a la infraestructura esta ley deberá facilitar la distribución física de los bienes y la generación de servicios colaterales dirigidos a la exportación.

En relación al tema de importaciones la ley debe señalar cuál es su orientación en cuanto al estímulo de la producción nacional y asegurar el abastecimiento de bienes esenciales para la población, el uso del arancel y de los mecanismos para-arancelarios, así como de la programación de importaciones. Asimismo, las importaciones deben ser vistas como un instrumento de desarrollo de las exportaciones en la medida en que faciliten el acceso de aquellos insumos y bienes de capital fundamentales para la industria que selectivamente se promuevan en el campo de la exportación.

Debe definirse para el desarrollo del comercio exterior el rol de mecanismos tan importantes como las negociaciones comerciales internacionales, el financiamiento, las formas no convencionales sea el comercio compensado o el pago de deuda en productos, así como el papel de las empresas de comercialización y de las ferias internacionales. Será importante incorporar como parte de la estrategia del desarrollo del comercio exterior las denominadas Zonas Francas Industriales de Exportación, como aquellas áreas destinadas exclusivamente a la instalación de industrias cuya producción se destine sólo a la exportación y que hagan uso de recursos naturales, con beneficios en materia tributaria, financiera, cambiaria y aduanera, de tal forma que generen inversión nueva, captación de tecnología extranjera y utilización intensiva de mano de obra nacional.

En cuanto a la administración del comercio exterior la ley deberá fijar claramente los mecanismos de regulación a utilizarse, así como la operatividad a fin de garantizar que éstos respondan al objetivo del desarrollo del comercio exterior y no a un control por sí mismo.

La formulación de una ley de comercio exterior que tenga en cuenta entre otros, los aspectos antes mencionados podrá significar así un aporte fundamental al rol que el comercio exterior puede y debe cumplir en el desarrollo del país: el bienestar de toda la población.

Zonas Francas Industriales en el Proyecto de Ley General de Comercio Exterior*

José Daniel Amado V.
Abogado y Magister en Derecho

Pocos instrumentos de política de desarrollo industrial han concitado la atención y el interés que las Zonas Francas Industriales (ZFIs) han despertado en las naciones en desarrollo. Basta con decir que en la actualidad operan unas 106 ZFIs en 50 países tercermundistas,¹ algunos de los cuales han alcanzado por esta vía un éxito relativo en generar empleo industrial, incrementar el ingreso de divisas, atraer capitales extranjeros, aumentar la actividad económica en regiones pobres y de regular las industrias orientadas a la exportación. Las ZFIs son, en general, áreas consideradas fuera del territorio aduanero de un país en las que se ofrecen facilidades e incentivos a inversionistas para el establecimiento de industrias orientadas primordialmente a la exportación.²

En este artículo se presenta un breve recuento del desarrollo histórico de la institución de las ZFIs en el mundo y de la iniciativa para implementarlas en el Perú. Después, se analizan algunas cuestiones generales y específicas en torno a la iniciativa de incluir la creación de ZFIs en el marco legal de la nueva Ley General de Comercio Exterior, como actualmente se proyecta. Finalmente, se incluyen algunas recomendaciones sobre los aspectos de las ZFIs que podrían ser incorporados en la Ley, así como sobre el manejo

que debería darse a la iniciativa de establecer ZFIs en el Perú de hoy.

1. LAS ZFIs EN EL MUNDO

El antecedente más remoto de las ZFIs es la antigua institución de los Puertos Libres (PLs), originados en los países mediterráneos durante el apogeo de los mercaderes fenicios.³ A través de la historia, Puertos Libres (PLs) fueron establecidos en localidades ubicadas en rutas comerciales internacionales importantes como Gibraltar (1704), Singapur (1819) y Hong Kong (1818). En 1888, Hamburgo se convirtió en el primer PL en autorizar actividades manufactureras orientadas al mercado externo.⁴ El moderno concepto de "Zonas" Francas, en contraposición al de "Puertos" Libres, fue introducido por la Ley de Zonas de Comercio Exterior de los Estados Unidos, promulgada en 1934.⁵ El auge de las Zonas Francas estadounidenses se inicia recién en la década del 50, cuando se autoriza la instalación de industrias exportadoras.⁶

* Nota de Redacción: Este artículo está parcialmente basado en el apéndice del libro del autor que bajo el título de "Zonas Francas Industriales: Un estudio de Derecho y Desarrollo" editará en breve la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. La cifra proviene de información consignada principalmente en W. Diamond y D. Diamond, *Tax-Free Trade Zones of the World* (Zonas Comerciales Libres de Impuestos en el Mundo), Nueva York, 1987; y en J. Currie, *Export Processing Zones in the 1980s: Customs-Free Manufacturing* (Zonas Industriales para la Exportación en los 80: Manufactura Libre de Derechos Aduaneros), Londres, 1985.

2. Los fundamentos de esta definición pueden ser hallados en J. Amado, *Free Industrial Zones Revisited: A Legal and Developmental Study* (Zonas Francas Industriales re-examinadas: Un Estudio de Derecho y Desarrollo), Tesis de Magister en Derecho, Universidad de Harvard, 1988, pp. 8-18.

3. Un puerto libre es un área que generalmente comprende todo un puerto y la localidad vecina a éste, en el cual bienes de origen extranjero pueden ser almacenados sin necesidad de abonar derechos de aduana o sujetos a un arancel mínimo, sea que dichos bienes estén destinados a ser re-exportados o a ser comercializados en el mercado local. Véase Departamento de Comercio de los Estados Unidos, *Free Trade Zones and Related Facilities Abroad* (Zonas Francas Comerciales y Facilidades Similares en el Exterior), Washington, 1970, p. 6.

4. Véase D. L. Jayawardena, *Free Trade Zones* (Zonas Francas Comerciales), 17 *Journal of World Trade Law* 427 (1983). Para una historia del origen de los puertos libres y de su desarrollo hasta la mitad de este siglo, puede verse R. Thoman, *Free Ports and Zones* (Puertos y Zonas Libres), New York, 1956, p. 11 y ss.

5. Véase *Foreign Zones Act of 1934* (Ley de Zonas de Comercio Exterior de 1934), Public Law N° 73-397, 48 Statutes 998, codificada en 19 United States Code 81a-81u (1982).

6. Para una historia de las zonas francas estadounidenses, puede verse D. de Kieffer y G. Thompson, *Political and Policy*

Algunos años después, en 1959, Irlanda dio un paso fundamental al combinar en la localidad de Shannon las características de una Zona Franca Comercial con la naciente institución de los Parques Industriales —áreas parceladas y habilitadas para el uso de una comunidad de empresas industriales de conformidad con un detallado plan de desarrollo—⁷ estableciendo de esta manera la primera ZFI del mundo. El modelo de ZFI ideado por Shannon fue casi inmediatamente adoptado por algunos países en desarrollo como Puerto Rico (1962) e India (1965), pero su verdadera difusión se inicia en 1967, cuando la Organización de las Naciones Unidas comienza a promover decididamente su creación como un medio idóneo para el incremento y la diversificación de las exportaciones de los países tercermundistas.⁸

A consecuencia de la adopción de la institución como instrumento de desarrollo se producen dos modificaciones importantes en el modelo de Shannon. En primer lugar, los países tercermundistas no se limitaron a ofrecer las facilidades de infraestructura y extraterritorialidad aduanera inherentes al concepto de ZFI, sino que sumaron a sus ventajas comparativas en sueldos y salarios una serie de incentivos tales como exoneraciones tributarias, créditos preferenciales y subsidios, destinados a hacer de las ZFI un paraíso para el capital transnacional donde los costos de producción industrial son los más bajos del mundo. De otro lado, debido a recientes tendencias en la inversión transnacional en manufacturas y en el comercio internacional, la mayoría de las ZFI ubicadas en países en desarrollo devinieron en zonas de ensamblaje orientadas a la exportación, con vínculos muy limitados con la economía interna del país, en tanto que la mayor parte de los insumos utilizados provienen del exterior y al mercado externo está orientada la mayor parte de la producción.

La vertiginosa expansión del concepto en los últimos años y el excepcional desarrollo de algunas zonas, como las ubicadas en México, Sri Lanka, Formosa y Túnez, parece estar muy vinculado con el

auge que en esta década ha alcanzado la integración vertical multinacional en la producción manufacturera.⁹ Mediante la integración vertical, las distintas etapas del proceso productivo se dividen en plantas industriales localizadas en dos o más países, instalándose en las ZFI las etapas que son intensivas en mano de obra. Así, mientras que en 1979 existían 57 zonas en naciones tercermundistas,¹⁰ hacia 1987 el número de ZFI operando en el mundo en desarrollo se incrementó a 106 zonas en 50 países.¹¹

El apogeo de las ZFI no sólo se debe a esa nueva división internacional del trabajo en la producción industrial, sino también al redescubrimiento de la asombrosa flexibilidad de la institución como instrumento de política industrial. La experiencia de diversos países ha revelado que las ZFI no son sólo un vehículo importante para la promoción de exportaciones, sino que también pueden constituir un medio idóneo para sustituir importaciones, generar empleo industrial, atraer capitales foráneos, aumentar la actividad económica en regiones pobres y de regular la actividad industrial orientada a la exportación, especialmente en naciones que han venido adoptando políticas proteccionistas de desarrollo industrial. Si bien diversos estudios coinciden en que las ZFI distan de ser una panacea y destacan que los efectos macroeconómicos de su implementación son de una importancia relativo, lo cierto es que en varios países se han constituido en un medio importante para alcanzar determinadas metas que son propias del desarrollo industrial.

2. PROYECTOS PARA ESTABLECER ZFI EN EL PERU

La iniciativa de crear ZFI en el Perú se remonta al inicio de la difusión del concepto entre los países en desarrollo, o sea hacia la segunda mitad de la década del 60. Sin embargo, el hecho de que el país adoptase durante la mayor parte de la década pasada una política industrial eminentemente proteccionista y de sustitución de importaciones, impidió que el interés por el tema se tradujera en una verdadera voluntad política de incorporar legislativamente a nuestra

Dimensions of Foreign Trade Zones: Expansion of the Beginging of the End? (Dimensión política de las Zonas de Comercio Exterior: ¿Expansión o el comienzo del fin?), 18 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 239, 240 (1985); y E. L. Russel, Note, *Foreign Trade Zones: "Everything except the Customs"?* (Nota, Zonas de Comercio Exterior: "¿Todo a excepción de las aduanas?"), 31 *University of Florida Law Review* 727 (1979).

7. Véase W. Bredo, *Industrial Estates: Tool for Industrialization* (Parques Industriales: Instrumento para la industrialización), Stanford, 1960, p. 1.

8. Véase, por ejemplo, las actas de la 1506ta. Sesión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del 4 de agosto de 1967. Véase también UNCTAD, *The Use of Free Zones as a Means for expanding and Diversifying Exports in Developing Countries* (El uso de Zonas Francas como un medio para expandir y diversificar las exportaciones en países en desarrollo), U. N. Doc. TD/B/C.2/144, 8 junio 1973.

9. La vinculación del actual apogeo de las ZFI con la nueva división internacional del trabajo en manufacturas, a través de arreglos de integración vertical multinacional en la producción, ha sido destacada en diversos estudios recientes. Véase, por ejemplo, UNCTAD, *Export Processing Free Zones in Developing Countries: Implications for Trade and Industrialization Policies* (Zonas Francas Industriales para la Exportación en países en desarrollo: Implicaciones de política comercial e industrial), New York, 1985, p. 12.

10. Puede verse J. Currie, *Investment: The Growing Role of Export Processing Zones* (Inversión: El rol creciente de las Zonas Industriales para la exportación), Londres, 1979, p. 7.

11. Para una relación actualizada de las ZFI existentes en países en desarrollo, puede verse el Anexo I de la tesis de Magister del autor, J. Amado, op. cit., pp. 138-142.

vida económica un concepto teóricamente vinculado con estrategias de orientación a la exportación.

Recién cuando el gobierno del general Morales Bermúdez concentra sus esfuerzos en promocionar las exportaciones industriales, la voluntad política de establecer ZFIs comienza a consolidarse. El fracaso del modelo de sustitución de importaciones había dado lugar al renacimiento del interés por aquellos instrumentos de política industrial orientados a incrementar y diversificar las exportaciones. Los efectos del modelo proteccionista y del endeudamiento externo en la balanza de pagos comenzaban a hacerse evidentes y el lema "exportar o morir" se acuñaba en los círculos empresariales nacionales. Es en ese contexto que al final de los años 60 el gobierno promulga un decreto ley autorizando la creación de ZFIs en el territorio nacional.¹² Si bien esta disposición no fue más que una declaración de carácter general y nunca fue aplicada, constituye obligado punto de referencia para posteriores esfuerzos de establecer ZFIs en el Perú.

Durante la administración del arquitecto Belaúnde, el Ministerio de Industria y Comercio remitió al Parlamento un proyecto de ley de creación de ZFIs elaborado por funcionarios del Fondo de Promoción de las Exportaciones No Tradicionales (FOPEX).¹³ Los estudios que el FOPEX había encargado a una empresa consultora indicaban que el lugar más apropiado para la instalación de una ZFI en el Perú era la región de Pisco, posición que fue posteriormente comentada en un ensayo que publicó la Sociedad Nacional de Industrias.¹⁴ El proyecto del Poder Ejecutivo no recibió el apoyo político necesario en el Congreso y quedó finalmente encapetado en alguna comisión parlamentaria.

Al instalarse el gobierno actual, el tema de las Zonas Francas ha vuelto a ocupar un lugar importante en el discurso político. Cuando menos tres proyectos de ley que contemplan la creación de ZFIs se están

debatendo en el Congreso, o sea los de Ley de Zonas Francas, Ley General de Comercio Exterior y Ley de Inversiones Extranjeras. El tema viene siendo trabajado por diversas comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados, así como por otros organismos e instituciones como el Ministerio de Industrias, el Instituto de Comercio Exterior, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras y la Sociedad Nacional de Industrias.

Demás está decir que las iniciativas actualmente en discusión difieren sustancialmente en la manera de concebir y estructurar las ZFIs, en los objetivos que con ellas se persiguen, en su número y posible ubicación, y en las facilidades e incentivos que se ofrecerían a los inversionistas, sólo para mencionar algunas discrepancias fundamentales. Lo lamentable no es la diversidad de opiniones sobre el tema —que es siempre saludable a pesar de esta inusitada manera de manifestarse— sino que la multiplicidad de proyectos pone en evidencia la descoordinación en la que se viene trabajando, en tanto que una lectura atenta de sus textos revela la carencia de estudios técnicos orientados a conocer la experiencia de otros países en el establecimiento y operación de las zonas y, lo que es más importante, a definir si en el Perú de hoy es viable y deseable el establecimiento de ZFIs.

3. ZFIs EN EL PROYECTO DE LEY DE COMERCIO EXTERIOR

Con el propósito de contribuir al debate técnico que debe iniciarse sobre la materia, vamos a analizar el tratamiento de la iniciativa de establecer ZFIs que se hace en el Proyecto de Ley General de Comercio Exterior elaborado por el Instituto de Comercio Exterior (ICE).¹⁵ El mencionado proyecto consta de 106 artículos divididos en una sección preliminar y cuatro títulos, además de disposiciones complementarias y transitorias. Las ZFIs son reguladas en el Título Tercero, denominado **Del Desarrollo del Comercio Exterior**, más precisamente en la Sección 3 del Capítulo I titulado **Del Fomento para la Exportación de Bienes**. La Sección trata del régimen de las Zonas Industriales de Exportación y consta de once artículos numerados del 28 al 38.

En primer lugar, es necesario destacar que la experiencia mundial sobre la materia indica que una Ley General de Comercio Exterior no es el marco legal adecuado para la creación de ZFIs. En efecto, dada la multiplicidad y diversidad de objetivos que motivan la creación de las ZFIs y dado el carácter particular del marco legal que rige la actividad económica en las zonas, éstas requieren de una ley especial en la que se estructure una política económica de

12. El Decreto Ley 22342 de noviembre de 1978 establece en su artículo 28 lo siguiente:

"Autorízase el establecimiento de Zonas Francas en el territorio nacional con la finalidad de fomentar la instalación y/o funcionamiento de industrias cuya producción se destine exclusivamente a la exportación. Asimismo, para facilitar el abastecimiento de insumos y repuestos industriales, se autoriza a establecer instalaciones para el almacenamiento de mercancías y Almacenes Generales de Depósito".

13. El Proyecto fue comentado en una publicación de esta entidad, véase Zonas Francas Industriales, Revista Peruana de Comercio Internacional 13 (1981), y en una exposición del asesor legal del FOPEX, véase C. Guzmán-Barrón, Revista del Foro, N° 1, año 1981.

14. Véase E. Ciriani, Zonas Francas Industriales, en Sociedad Nacional de Industrias, Proyecto Perú: Hacia un plan nacional de desarrollo a mediano y largo plazo, Lima, 1985, p. 252.

15. El texto analizado corresponde al manuscrito difundido por el ICE, Ley General de Comercio Exterior: Ante-Proyecto para debate nacional, Lima, 11 de abril de 1988 (en adelante será citado como ICE, Ante-Proyecto).

aplicación exclusiva, distinta de aquélla que regula la actividad industrial en el resto del territorio. El establecimiento de ZFIs implica la combinación de una serie de políticas de desarrollo y descentralización industrial, de captación y tratamiento de inversión extranjera, de incentivos fiscales, de facilidades para la generación de empleo, de comercio exterior, de desburocratización y de regulación administrativa, de adquisición y uso de moneda extranjera, entre otras, que van a determinar la vigencia de una política económica especial y compleja, que necesariamente debe plasmarse en una normatividad particularmente simple y coherente.

Además, la importancia de las ZFIs para el desarrollo del comercio exterior y su incidencia en la balanza de pagos, no constituye sino uno entre varios aspectos relevantes en su implementación en un país. Otros objetivos vinculados a la descentralización industrial, la generación de empleo, la captación de inversiones foráneas y al desarrollo regional, pueden ser tanto o más importantes de acuerdo a lo que el país defina como sus intereses primordiales. En consecuencia, mal podría una ley expresamente consagrada a definir la política de comercio exterior del país,¹⁶ extender su ámbito regulatorio hasta englobar una serie de cuestiones que escapan a su objeto, sin que antes se haya definido y jerarquizado los objetivos que el país persigue con el establecimiento de ZFIs. De la misma manera y por fundamentos análogos, no parece acertado encargar al ICE —organismo ejecutor de la política nacional de comercio exterior—¹⁷ la evaluación y supervisión de la política nacional de ZFIs, como se hace en el proyecto.¹⁸

De otro lado, merece comentarse la opción que toman los autores del proyecto de regular únicamente determinados puntos relevantes relacionados con el establecimiento y la operación de las ZFIs, dejando "la organización y los aspectos operativos del régimen" para ser "determinados en el Reglamento" de la Ley.¹⁹ Fuera de que algunas cuestiones de organización y aspectos operativos son de hecho incluidos en el proyecto, es necesario anotar que la decisión de remitir la regulación de puntos fundamentales del régimen a un Decreto Supremo puede determinar la frustración definitiva de la iniciativa de establecer ZFIs en el Perú. En efecto, diversos estudios han demostrado que dentro de un marco económico especial, como es el de las ZFIs, la estabilidad política del régimen legal aplicable constituye uno de los elementos fundamentales para la captación de inversiones. Demás está decir que en un país que padece una ines-

tabilidad crónica en el orden jurídico, el establecimiento de un régimen legal de excepción, como es el de las ZFIs, debe implementarse a través de los canales legales que otorguen la mayor seguridad a los inversionistas potenciales y de ninguna manera plasmarse en un instrumento legal de alta vulnerabilidad política.²⁰

Antes de pasar a comentar determinados puntos específicos del proyecto, se hace necesario advertir que una lectura atenta del mismo parece revelar que el articulado no constituye una excepción al lamentable apresuramiento e improvisación que parece caracterizar al proceso de implementación legislativa de las ZFIs en nuestro país. En efecto, es poco lo que en el proyecto nos permitiría suponer que aquél es el resultado de un estudio técnico y actual sobre la viabilidad y deseabilidad de establecer ZFIs en el Perú de hoy, ni que se hayan tenido en consideración la experiencia internacional en la materia y las más recientes tendencias en el comercio internacional y la inversión transnacional. Ciertamente es que los expertos del ICE deben haber tenido acceso a los estudios de factibilidad que hiciera el FOPEX a principios de esta década, pero no es menos cierto que el panorama económico internacional ha variado mucho desde entonces y que la experiencia reciente de otros países en desarrollo en materia de ZFIs ha sido particularmente aleccionadora.

4. COMENTARIO AL ARTICULADO DEL PROYECTO

Dejando de lado por un momento las cuestiones generales sobre la incorporación en el proyecto de la normatividad sobre ZFIs, pasemos a examinar brevemente algunos puntos relevantes del articulado. En primer lugar, llama la atención la falta de una definición del concepto de ZFIs, o Zonas Industriales de Exportación como las llama el proyecto. Al respecto, debe advertirse que existe cierta discusión a nivel conceptual, especialmente en cuanto al tema de la "extraterritorialidad" que algunos autores atribuyen a las zonas, a la "exclusividad" de la orientación a la exportación y al carácter intrínseco del paquete de incentivos y facilidades que se ofrecen en las zonas, puntos que harían aconsejable la inclusión de una definición que evitara polémicas que inclusive han sido objeto de controversias judiciales y administrativas en algunos países.²¹

Los objetivos señalados expresamente en el articulado —"el desarrollo de actividades productivas de

16. ICE, Ante-Proyecto, artículos I y 1.

17. ICE, Ante-Proyecto, art. 3.

18. ICE, Ante-Proyecto, art. 35.

19. ICE, Ante-Proyecto, art. 38.

20. En mi opinión, en el Perú de hoy, el instrumento legal más adecuado a la realidad concreta de las ZFIs es el de las leyes orgánicas, que para su modificación requieren del voto aprobatorio de la mitad más uno de los miembros de cada Cámara legislativa. Véase, Constitución Política del Perú, art. 194.

21. Al respecto, puede verse la definición que se sugiere en la tesis de Magister del autor. Supra, nota 3.

exportación y de empresas que brinden servicios conexos a las mismas"—²² debería ser ampliado a otros, como los de descentralización y desarrollo industrial, generación de empleo, utilización de recursos naturales, creación de polos de desarrollo, captación de inversiones foráneas, incremento del ingreso de divisas e incorporación de la industria nacional a la nueva división internacional del trabajo. Obviamente algunos de estos fines se hallan implícitos en el objeto consignado en el proyecto, pero su enorme relevancia justifica su incorporación expresa, que podría además constituirse en un importante elemento para la interpretación de la ley.

De otro lado, dado el alto costo que representa la puesta en operación de una ZFI, los criterios para seleccionar su ubicación geográfica que se consignan en el proyecto —contribución a la utilización de recursos humanos y materiales de la región, infraestructura básica, generación de empleo y captación de inversión y tecnología—²³ deberían ser tratados como "condiciones mínimas" para la autorización de su creación. En ese caso, deberían agregarse otros elementos de similar relevancia, como son la cercanía a puertos adecuados para el comercio internacional, la existencia de estudios técnicos que revelen la factibilidad económica de una ZFI en el área escogida, la disponibilidad de los recursos necesarios para financiar su construcción, la existencia de la infraestructura requerida para la operación de industrias exportadoras, la disponibilidad de mano de obra en el área, entre otros criterios. Cabe anotar que la experiencia internacional en la materia indica que no debería permitirse la implementación simultánea de ZFIs, ni la creación de más de una zona en una misma región geográfica.

Es necesario mencionar que la virtual inmunidad tributaria que se establece en el proyecto en favor de las empresas instaladas en las ZFIs²⁴ no constituye un atractivo importante para potenciales inversionistas, principalmente debido a su fácil removilidad y a su frecuente neutralización por las normas tributarias del país de origen del inversionista, en el caso de extranjeros.²⁵ La experiencia de otros países parece sugerir que el atractivo de las ZFIs no se vería mermado por la inclusión de un impuesto único de tasa fija inferior a un 10% de las utilidades, reforzado por un régimen de contratos-ley de estabilidad tributaria que podría basarse en una combinación de las disposiciones con-

tenidas en los artículos 1357 del Código Civil²⁶ y 17 del proyecto.²⁷

En el proyecto, se establece que el personal que labore en las empresas instaladas en las ZFIs estará sujeto al régimen laboral actualmente vigente para el sector privado.²⁸ Demás está decir que dicho régimen, que incluye estabilidad laboral y comunidad industrial, va a resultar un gran escollo para atraer inversiones foráneas. La inclusión de esta norma resulta inexplicable en un régimen de promoción destinado precisamente a generar empleo, más aún cuando lo más coherente hubiese sido establecer la vigencia del régimen laboral a plazo fijo que rige actualmente a las empresas exportadoras.

Por otro lado, se considera en el proyecto que las ventas de bienes y servicios realizadas a empresas instaladas en las ZFIs serán tratadas como exportaciones.²⁹ Esta disposición es sin duda plausible y conceptualmente coherente con el elemento de la extraterritorialidad aduanera que caracteriza a las ZFIs. Sin embargo, queda en duda de si también se considera en el proyecto como exportaciones las ventas al exterior de bienes producidos por las propias empresas instaladas en las zonas, una cuestión relevante para efectos de los incentivos establecidos en el proyecto y en otras disposiciones.

Se establece en el proyecto que las Empresas Multinacionales Andinas "serán privilegiadas en la selección para instalación de unidades productivas" en las ZFIs.³⁰ Resulta difícil entender el propósito de esta disposición que aparentemente pretende vincular la creación de las zonas con el proceso de integración subregional,³¹ posiblemente como una suerte de desagravio al conflicto jurídico que evidentemente existirá entre el régimen promocional de inversión de las ZFIs y el régimen común del tratamiento a los capitales extranjeros del Pacto Andino.³² Lo más coherente

22. ICE, Ante-Proyecto, art. 29.

23. Ibidem.

24. Se les exonera de todo derecho y tributo creado o por crearse. ICE, Ante-Proyecto, at. 31, literales a y c.

25. Véase al respecto, UNCTAD, op. cit., p. 25 y las opiniones de D. Wall, *Export Processing Zones (Zonas Industriales para la Exportación)*, 10 *Journal of World Trade Law* 487, 483 (1976) y J. Currie, *El rol creciente de las ZFIs*, p. 22.

26. "Por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato."

27. "Facúltese al Poder Ejecutivo a que por Decreto Supremo celebre contratos de largo plazo orientados a garantizar la estabilidad tributaria a favor de las empresas que desarrollen proyectos de inversión con fines de ampliar la base productiva de exportación."

28. ICE, Ante-Proyecto, art. 32.

29. ICE, Ante-Proyecto, art. 33.

30. ICE, Ante-Proyecto, art. 34.

31. La institución de las Empresas Multinacionales Andinas fue creada por la Decisión 169 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y fue incorporada a la legislación peruana por Decreto Supremo 020-82-IT/IG del 21 de mayo de 1982.

32. Aprobado por la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena e incorporado automáticamente a nuestra legis-

hubiese sido establecer que la prioridad en la autorización para instalarse corresponda a aquellos proyectos industriales que representen un mayor ingreso de divisas, la generación de más puestos de trabajo, una mayor utilización de insumos y recursos locales y, en general, a aquellos que se adecúen más a los objetivos de la creación de ZFI.

Es necesario advertir que varias omisiones colocan al proyecto a la zaga de las más recientes tendencias en materia de ZFI. Entre las más importantes debe mencionarse el hecho de no contemplarse el concepto de sub-zonas, es decir, aquellas empresas aptas para participar del régimen de las ZFI, pero que por sus dimensiones o por la necesidad de mantenerse próximas a la fuente de un determinado insumo, están imposibilitadas de instalarse dentro del perímetro de una de las zonas, por lo que debe asignárseles un status legal análogo.³³ A pesar de las dificultades de control que la proliferación de sub-zonas podría conllevar, la experiencia de otros países indica que la institución debería ser incluida fijándose ciertos requisitos en cuanto a la creación de puestos de trabajo, la generación de divisas y la utilización de insumos locales, que justifiquen el gasto administrativo adicional.

Otra omisión relevante está constituida por la falta de un régimen que permita la construcción de ZFI por empresarios privados, previa autorización de la autoridad de zonas francas, mecanismo que ha sido adoptado en varias de las legislaciones más modernas sobre la materia.³⁴ Además, una disposición en este sentido podría devenir en un ahorro considerable para el Estado, teniendo en consideración el alto nivel de inversión que la infraestructura básica de una moderna ZFI requiere.³⁵

lación en virtud de la dispuesto por el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia.

33. Para una explicación del funcionamiento del sistema de sub-zonas en su país de origen, o sea los Estados Unidos de América, véase A. Atkins, D. Doyle y S. Schwidtzky, *Foreign Trade Zones: Sub Zones, State Taxation and State Legislation* (Zonas de Comercio Exterior: Sub-zonas, Tributación Estatal y Legislación Estatal), 8 *Denver International Law and Policy Journal* 445, 448 (1979). El sistema sub-zonas se ha implementado con éxito en varios países en desarrollo como Colombia (Plan Vallejo), México (Programa de Maquiladoras) y Malasia (Licensed Manufacturing Warehouse Programme).

34. Véanse, por ejemplo, el artículo 39 del Estatuto de Zonas Francas de Colombia de 1985, Ley N° 109 de 1985, publicada en Colombia Exporta, julio/agosto 1986, Suplemento Especial, pp. 5-11; y la Ley de Zonas Francas de Uruguay de 1988, 330 diario oficial de la República Oriental del Uruguay, pp. 75 y ss.

35. El costo por hectárea que tendría la infraestructura básica de una ZFI en la región de Pisco se calculó a principios de esta década en US\$ 314,000. Véase E. Ciriari, op. cit., p. 252.

Algunos otros puntos importantes que no han sido incluidos en el proyecto y que la experiencia internacional sobre ZFI aconsejaría examinar, son los siguientes:

- Considerar expresamente la participación de empresas ensambladoras integradas a un proceso de producción transnacional en las ZFI, estableciéndose que tendrán preferencia aquellas que ensambren bajo la modalidad de subcontratación de empresas locales³⁶ y las que utilicen el mayor porcentaje de recursos e insumos nacionales, generen más empleo, tengan un efecto más positivo en la balanza de pagos y, en general, las que se adecúen más a los objetivos del régimen de ZFI.
- Prohibir la reubicación en las ZFI de empresas actualmente en operación, salvo que se trate de industrias exportadoras en peligro inminente de quiebra y que se compruebe que la mudanza les devolvería viabilidad económica. Cuando la actividad industrial que desarrolla una empresa sea de interés nacional podría concedérsele el régimen de una sub-zona, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la creación de estas últimas.
- Fijar requisitos generales para dar acceso al mercado local a la producción de empresas instaladas en las ZFI. La sustitución de importaciones y la utilización de insumos locales deben ser las consideraciones principales. En todo caso, el acceso debe limitarse a un porcentaje de la producción cuyo valor total sea inferior al de los insumos locales utilizados. Disposiciones análogas podrían incorporarse para el uso de cuotas de exportación preferencial a terceros países, siempre que las industrias instaladas en el territorio aduanero del país no puedan cubrir la totalidad de las mismas.
- Facultar a la entidad encargada de la administración de las ZFI para coordinar con sus similares de países de la región y en otros países en desarrollo, para la uniformización de los incentivos ofrecidos. Asimismo, dicha entidad debe cumplir importante labor en la promoción en el exterior de nuestras ZFI y debe estar autorizada para recomendar la suscripción por el país de tratados

36. En términos comerciales y de inversión transnacional, "subcontratación internacional" ha sido definida como el acuerdo mediante el cual un "contratante principal", usualmente domiciliado en un país industrializado, coloca órdenes o pedidos en un "subcontratante", típicamente domiciliado en una ZFI, para la producción de componentes o en ensamble de productos terminados con los insumos que proporciona el "contratante principal" o sus afiliadas. El producto final es normalmente comercializado por el principal, frecuentemente en su país de origen. Véase C. Oman, *New Forms of Investment in Developing Countries* (Nuevas Formas de Inversión en Países en Desarrollo), Washington, 1984.

y convenios internacionales que sean convenientes para que se obtengan mayores beneficios del establecimiento de ZFIs en el Perú.

5. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

La lista de observaciones al proyecto podría extenderse aún más, pero no es la intención de este comentario limitarse a un análisis detallado del proyecto de ley, sino poner en evidencia la forma poco acertada en que la iniciativa de crear ZFIs en el país está siendo manejada. Consecuencia de este planteamiento es proponer una vía alternativa que permita asegurar que la creación de ZFIs en el Perú de hoy no va a ser otro de esos casos donde el apresuramiento y la improvisación han frustrado una iniciativa que sobre el papel constituye una esperanza para cientos de miles de peruanos que actualmente están desempleados.

La propuesta consiste en poner fin al trabajo descoordinado e infructuoso en el que están actualmente sumidas una serie de instituciones. En su lugar, debería crearse una comisión técnica del más alto nivel, integrado por representantes del ICE, del Ministerio de Industrias, de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras y de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, que se encargue de recoger toda la información existente sobre la operación de ZFIs en países en desarrollo. Al mismo tiempo, la Comisión debería iniciar un estudio consciente sobre la viabilidad de establecer ZFIs en el Perú de hoy, haciendo uso de la información en poder de cada una de las instituciones que la conformen. La Comisión podría además escuchar la opinión de técnicos de todas las vertientes políticas y de representantes de las regiones interesadas en ser anfitrionas de una ZFI. Finalizados estos estudios, si la Comisión opinara por la creación de ZFIs, podría recién concentrarse en la selección de las localidades que albergarían las ZFIs y en la preparación de un proyecto único de ley orgánica de creación de ZFIs, que el poder ejecutivo presentaría al Congreso.

En cualquier caso, si se insistiera en incluir en la Ley General de Comercio Exterior normas relativas a la creación de ZFIs, el articulado respectivo podría limitarse a aquellas cuestiones vinculadas con la política de Comercio Exterior. Podría así considerarse que se dará preferencia a proyectos industriales cuya producción esté orientada a la exportación y que utilicen el mayor porcentaje de insumos nacionales; que en la selección de los lugares donde se establecerán ZFIs se tendrá en consideración —entre otros elementos— la cercanía a puertos adecuados para el comercio internacional y la existencia de la infraestructura básica requerida para la operación de industrias exportadoras; que las empresas industriales instaladas en las ZFIs y las empresas que las provean de insumos gozarán de los regímenes generales y especiales de incentivos a la exportación previstos en la Ley y en otras normas legales, etc.

De la misma manera, podría regularse la participación del ICE en la planificación y operación de las ZFIs, pudiéndose disponer, por ejemplo que tendrá participación institucional en toda entidad o comisión oficial cuyo objeto sea el estudio, la implementación o la administración de ZFIs; que se requerirá su opinión favorable para la creación y la reglamentación de ZFIs; que dicha entidad regulará el acceso a las cuotas preferenciales de exportación a otros países, etc.

Aunque las ZFIs distan de ser en sí una estrategia de desarrollo, en varios países se han constituido en un medio importante para alcanzar ciertas metas propias del desarrollo industrial. Algo más importante, las ZFIs constituyen una esperanza concreta para un gran número de peruanos actualmente sin empleo y para nuestras tantas veces proclamada necesidad de exportar más. Ningún proyecto de creación de ZFIs debería convertirse en ley sin que se hayan efectuado los estudios técnicos que nos permitan suponer que nuestra iniciativa no nos alinea con las decenas de países en desarrollo donde las ZFIs no han pasado de ser un gasto inútil de recursos.

¿El crecimiento de su empresa le ha dejado con demasiado peso encima?

IBM puede ayudarle a aligerar su carga.

A través de años de experiencia en América Latina, trabajando con empresas como la suya, hemos desarrollado las soluciones de computación que usted necesita.

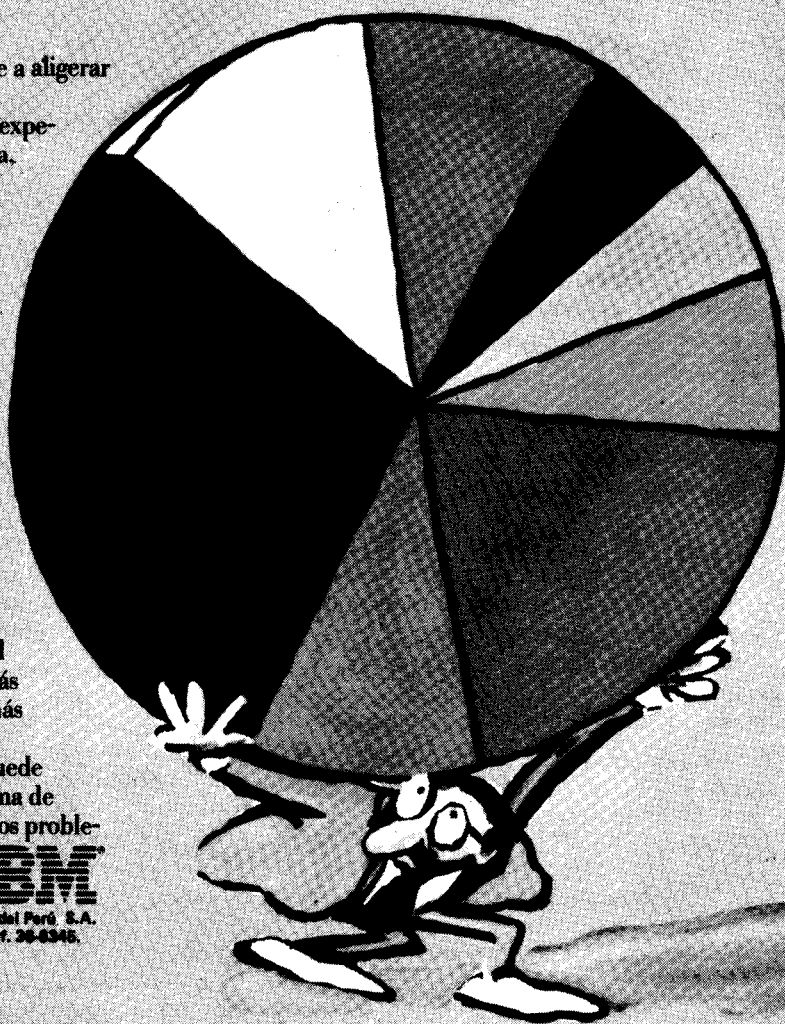
IBM o uno de sus representantes autorizados pueden ofrecerle una línea completa de equipos y servicios. Programas específicos para su tipo de negocio. Y el entrenamiento necesario para empezar de inmediato.

Poner un sistema IBM a trabajar para usted puede resultar mucho más económico de lo que jamás se imaginó.

Llámenos. Usted puede descubrir una nueva forma de eliminar en su empresa los problemas del crecimiento.

IBM

IBM del Perú S.A.
Telf. 36-6346.



Pago de Intereses Usurarios

Manuel de la Puente y Lavalle
Profesor del Area de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de la PUC

El presente trabajo tiene por objeto analizar si en las obligaciones dinerarias es legalmente posible pactar intereses superiores a los fijados como máximos por el Banco Central de Reserva del Perú.

ANTECEDENTES LEGALES

A. De conformidad con el artículo 7º de la Ley Nº 2760, será nulo todo contrato en que se estipule un interés superior al 14% anual si la cantidad prestada es de S/. 500.00 o más y 18% si es menor de esta suma.

B. Según el artículo 1º del Decreto Ley Nº 11078, el agio y la usura constituyen delito perseguible de oficio y denunciabile por acción popular.

El inciso a) del artículo 2º del mismo Decreto Ley establece que constituye agio y usura todo contrato, obligación o pacto sobre préstamos de dinero con o sin garantía prendaria, en que se estipule un interés, manifestado o no, superior al 14% anual, si la cantidad prestada es de S/. 500.00 o más; y de 18% al año, si es menor de esta suma.

C. El artículo 2º del Decreto Ley Nº 21504, tal como ha quedado modificado por el artículo 4º de la Ley Nº 23232, dispone que los tipos máximos de interés que al amparo de lo dispuesto en el artículo 58º de su Ley Orgánica fije el Banco Central de Reserva del Perú, regirán también para todas las obligaciones y contratos sobre préstamos de dinero a que se refiere el inciso a) del artículo 2º de la Ley 11078 y el artículo 7º de la Ley 2760.

D. De conformidad con el artículo 1243 del Código Civil, la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar

a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

EFFECTOS DE LA USURA

Puede observarse de las disposiciones citadas en el rubro "Antecedentes" que precede, que la inicial sanción de nulidad del contrato que imponía la Ley Nº 2760 cuando se estipulaba un interés superior al permitido legalmente, ha quedado tácitamente eliminada por el artículo 1243 del Código civil, ya que éste, al permitir la devolución del exceso sobre la tasa máxima o su imputación al capital, está reconociendo que subsiste la obligación dineraria en la que se ha pactado un interés mayor que la tasa máxima permitida.

Surge la duda respecto a si es válido pactar intereses mayores a los que señale como máximo el Banco Central de Reserva del Perú y si, en tal caso, el deudor sólo está obligado a pagar la tasa máxima si así lo pide.

En la Exposición de Motivos del artículo 23 del anteproyecto sobre el contrato de mutuo, preparado por el doctor **Max Arias Schreiber** en el mes de febrero de 1979, que es el antecedente legal del artículo 1263 del Proyecto de la Comisión Reformadora, preparado por el doctor **Felipe Osterling Parodi**, y del artículo 1243 del Código Civil vigente, se indica que el exceso sobre la tasa máxima se reputará como no puesto. Este concepto ha sido recogido literalmente en la Exposición de Motivos del citado artículo 1243 del Código Civil.

Conviene analizar el valor que debe darse a estos trabajos preparatorios, para lo cual se va a recurrir a la opinión de un tratadista tan reputado como **Coviello**¹, que se cita a pie de página.

1. Coviello, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México,

Coincidiendo con la opinión de este autor, debe entenderse el artículo 1243 del Código civil de acuerdo con el sentido natural y lógico que resulte de su propio texto, aun cuando lo expresado en los trabajos preparatorios sea distinto.

Para encontrar este sentido natural y lógico es preciso tomar en consideración que el Código Civil de 1984 está iluminado por el principio de la autonomía de la voluntad. El artículo 1354 de dicho Código (ubicado en las disposiciones generales sobre contratos) dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo 1356, por su parte, indica que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

Es cierto que el artículo 1355 del mismo Código dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

A la luz de estos principios, conviene determinar el verdadero significado del artículo 1243 del Código civil, desde el punto de vista del Derecho Civil.

Este artículo tiene dos párrafos. En el primero señala la tasa máxima del interés y en el segundo establece que es lo que ocurre si se pacta una tasa superior a la máxima, indicando que el exceso sobre la tasa máxima da lugar a su devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

Respecto al primer párrafo, que es una aplicación del artículo 1355 del Código Civil, surge la duda si se trata del interés máximo que se puede "estipular" o del que se puede "exigir". Las dos soluciones son posibles.

Si el segundo párrafo del mismo artículo contempla la posibilidad que exista un exceso sobre la tasa máxima, resulta evidente que este exceso ha tenido que provenir de un pacto y que este pacto ha producido efectos, desde que si no fuera así el exceso no podría haber existido como tal. Lo prohibido por la ley (nulidad virtual) no produce efectos jurídicos.

Es más, si se regula el destino del exceso (la devolución o la imputación al capital) es porque se reconoce que, aún existiendo el exceso en virtud del

pacto, el deudor puede o debe (ya se verá este punto) aplicarlo a una finalidad distinta de la convenida.

Consecuentemente, cabe válidamente interpretar-se que el sentido del primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil es que no está prohibida la estipulación de intereses superiores a los fijados como máximos por el Banco Central de Reserva del Perú, sino que el exceso, pese a existir, no es exigible (como intereses) por el acreedor.

Con relación al segundo párrafo del mismo artículo, es necesario determinar el verdadero alcance que tiene la expresión "a voluntad del deudor", esto es si el deudor sólo puede optar entre la devolución y la imputación al capital, o también está en aptitud de no ejercer esa opción y decidir el pago voluntario del exceso.

Obsérvese que el citado párrafo indica que cualquier exceso sobre la tasa máxima **da lugar** a la devolución o a la imputación al capital, **a voluntad del deudor**, de lo cual puede sensatamente inferirse que la devolución del exceso o su imputación al capital sólo tiene lugar si el deudor así lo quiere, dejándose abierta la posibilidad de que, por no quererlo el deudor, el exceso continúe como tal, o sea como intereses.

A esto hay que agregar que dado que el párrafo en referencia no señala que el deudor tiene que elegir entre la devolución y la imputación al capital, limitando así la amplitud de su voluntad a esos dos extremos, debe entenderse que el deudor puede, a su voluntad, decidir entre negarse a pagar el exceso de intereses —debiendo en este caso el acreedor devolver ese exceso o imputarlo al capital— o aceptar pagar el exceso por concepto de intereses. La expresión "a voluntad del deudor" colocada al final del segundo párrafo, que está indicando que todo lo anteriormente expresado en dicho párrafo es a voluntad del deudor, permite llegar válidamente a esta conclusión.

Puede establecerse, pues, que si bien la norma contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil es imperativa al señalar una tasa máxima de interés, ello es en cuanto al interés que el acreedor puede exigir, pero no en cuanto al interés que se puede pactar de común acuerdo entre deudor y acreedor.

Tal interpretación conjuga armoniosamente el principio de la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes determinar libremente el contenido del contrato, y la protección al contratante débil (el deudor) contra la usura, autorizándolo legalmente a no pagar, si así lo quiere, el exceso de interés sobre la tasa máxima.

Esto responde a la naturaleza de las cosas. Lo que se busca es que el deudor no se vea obligado a

1938, p. 80 comenta la controversia sobre el valor de los trabajos preparatorios, llegando a la conclusión que "lejos, pues, de tener la autoridad de interpretación auténtica, que para ser tal, debe ser ella misma el contenido de una verdadera ley, no tienen siquiera la importancia que tiene el elemento sistemático, sino sólo la de cualquier precedente histórico. Convendrá tenerlo en cuenta cuando la opinión de ellos manifestada no se encuentre en desacuerdo con el sentido natural y lógico que resulta del texto de la ley; que si tal desacuerdo existe, manifiesto o latente, la opinión expresada en los trabajos preparatorios no deben tener valor alguno".

pagar un interés usurario, defendiéndolo así contra su propia debilidad, causada por un estado de necesidad, que puede haberlo llevado a pactar un interés injustificablemente elevado. Pero no puede negársele al deudor el derecho de estipular un interés superior a la tasa máxima cuando, con entera libertad y por estimar que así lo justifican las circunstancias, considera que está celebrando un contrato que responde a sus intereses.

Algo análogo sucede con la lesión. Se sanciona con la rescisión del contrato la desproporción entre las prestaciones que resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Pero como ni el contrato ni el exceso que rompe el equilibrio de las prestaciones son nulos, el supuesto lesionado puede respetar la obligatoriedad del contrato cuando considere que la desproporción entre las prestaciones está, a su juicio, justificada por las circunstancias y no obedece al abuso de su estado de necesidad.

Históricamente, la usura ha sido tratada como un caso de lesión.

Hay que estudiar, sin embargo, si pese a la clara justificación de la interpretación que planteo, existe en nuestro ordenamiento legal algún elemento que invalide el pacto de intereses superiores a la tasa máxima.

Debe tenerse presente, sobre el particular, que el sistema del Código Civil de 1984 es no admitir las nulidades tácitas, esto es que las únicas nulidades que rigen son las contempladas en el artículo 219 de dicho Código.²

En estas condiciones, para que el pacto de intereses superiores a la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva del Perú fuera nulo, sería necesario que tal pacto estuviera comprendido en alguna de las causales señaladas en el artículo 219 del Código Civil.

Si el propósito del artículo 1243 del Código Civil hubiera sido que el pago en exceso sobre la tasa máxima fuera nulo, la manera más fácil y lógica de lograr ese propósito era declararlo así, con lo cual habría podido invocarse el inciso 7) del artículo 219 del mismo Código, que dice que el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo. Al no haberlo hecho así, debe entenderse que, al menos por esta causal, el pacto sobre el pago en exceso no es nulo.

Otra posibilidad de que fuera nulo el pacto respecto al pago del exceso sobre la tasa máxima de

interés, es que su fin sea ilícito (inciso 4 del artículo 219 del Código Civil).

Para que un acto jurídico tenga una finalidad ilícita se requiere que la voluntad de sus otorgantes esté orientada a violar el ordenamiento legal. Si bien es cierto que el artículo 1243 del Código Civil establece que la tasa máxima del interés es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, ya se ha visto que una razonable interpretación de dicho artículo permite establecer que se trata de la tasa máxima exigible por el acreedor y no de la tasa máxima que se puede estipular. No se trata, pues, de que el ordenamiento legal prohíba pactar una tasa superior.

Por lo tanto, el pacto sobre pago de intereses superiores a la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva del Perú no tiene un fin ilícito, de tal manera que tampoco por esta causal dicho pacto es nulo.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 19 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar (nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres), salvo que la ley establezca sanción diversa.

Debe entenderse que el orden público está conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico (y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación).³

Ya se ha visto que el artículo 1243 del Código civil, dada la existencia de su segundo párrafo, es una disposición imperativa en cuanto no se pueden exigir intereses superiores a la tasa máxima señalada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero no lo es en lo que respecta a la posibilidad de estipular tales intereses, por lo cual no puede considerarse una ley que interesa al orden público en este último aspecto.

Aun en el supuesto de entenderse que la fijación de tasas máximas de interés interesa al orden público, debe tomarse en consideración que el artículo 1243 del Código Civil contempla una sanción distinta de la nulidad del pacto de intereses superiores al máximo legal, indicando que cualquier exceso da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

Cabe, por lo tanto, llegar a la conclusión de que, dentro de la sistemática de nulidades del Código Civil (*numerus clausus*), el pacto de intereses superiores a la tasa máxima no es nulo.

2. Vidal Ramírez, Fernando (*Teoría general del acto jurídico*, Cultural Cuzco S.A., Lima 1985, p. 518) dice: "El acto nulo, pues, sólo puede serlo por las causales enumeradas con carácter taxativo. No pueden haber otras causales que las señaladas en la ley".

3. Rubio Correa, Marcial: *Para leer el código Civil*, III. Título Preliminar. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1986, p. 100.

ción del exceso o a su imputación al capital, no pueda el deudor optar también por cumplir voluntariamente el pacto, desde que según el inciso 20) del artículo 2º de la Constitución, nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.

Puede llegarse, pues, a la conclusión que, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en las obligaciones dinerarias las partes contratantes pueden pactar cualquier tipo de interés, pero que sólo es exigible por el acreedor el interés hasta el límite de la tasa máxima establecida por el Banco Central de Reserva del Perú.

Ocurre aquí algo muy similar a la obligación natural, que se caracteriza por, no obstante ser una obligación, carecer del efecto más importante de todos, cual es el de ser exigible entre deudor y acreedor. El deudor que paga una obligación natural lo hace simplemente porque su conciencia jurídica lo lleva a ello.⁴ El acreedor carece de acción para exigir el cumplimiento.

La diferencia con la obligación natural radica en que en ésta el deudor no puede repetir lo pagado, mientras que en el caso del artículo 1243 del Código Civil el deudor, pese a haber pagado los intereses superiores a la tasa máxima, puede exigir que el exceso le sea devuelto o se impute al capital. Cae, en realidad, dentro del marco de las obligaciones imperfectas.

Lo que no resulta tan claro es si el cobro de intereses mayores a los permitidos continúa constituyendo delito perseguible de oficio y denunciante por

acción popular, desde que el artículo 2º del Decreto Ley Nº 11708 no ha sido expresamente derogado.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el inciso 4) del artículo 85º del Código Penal establece que está exento de pena el que practica un acto permitido por la ley.

Comentando este artículo, José Hurtado Pozo⁵ dice que "cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que él actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita".

Si el artículo 1243 del Código Civil debe entenderse en el sentido que si el deudor lo desea el exceso sobre la tasa máxima sigue rigiendo y que, por lo tanto, se trata de una obligación lícita, aunque no exigible.

Siendo lícito el convenio para el pago de intereses superiores a la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, resulta que esta estipulación ha dejado de ser delito perseguible de oficio y denunciante por acción popular.

Debo reconocer que no soy experto en Derecho Penal, de tal manera que este aspecto del problema debería quedar a la decisión de un penalista.

4. Colmo, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Editorial Guillermo Kraft Ltd., Buenos Aires 1944, p. 54.

5. *Manual de Derecho Penal*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima 1987, p. 389.

TABACALERA NACIONAL S.A.

El Derecho Civil y la Lógica: *los argumenta a contrario*

Fernando de Trazegnies
Profesor de Filosofía del Derecho
en la Facultad de Derecho de la PUC

I. LA LOGICA DEL DERECHO

Contrariamente a una difundida opinión, los hombres de Derecho solemos tener una cierta desconfianza por la lógica; cuando menos bajo su modalidad abstracta, matemática, meramente formal. La sentimos como demasiado fría, demasiado empobrecedora de la realidad. La lógica formal no parece preocuparse de los problemas de los hombres sino de las relaciones entre esqueletos descarnados que comparan el largo de sus delgados huesos y llegan a conclusiones simples en un cementerio conceptual antes que en la riqueza y complejidad del mundo vivo. No es que sus conclusiones no sean correctas; simplemente no son suficientes para el jurista.

El hombre de Derecho es ante todo un hombre práctico, que tiene que tratar con situaciones cargadas de contenido y frente a las cuales debe encontrar una solución concreta aceptable. Por eso, las cosas no pueden plantearse en términos de "S es P": es preciso verle la cara a S, saber qué piensa, qué quiere, qué emociones ha introducido en la situación, cuáles son los otros S con los que interactúa; y hay que conocer cuáles son las circunstancias específicas de su actuación que constituyen tal P. De otro lado, el Derecho no es un sistema formal y cerrado que permita inferir conclusiones por el sólo mérito de sus premisas normativas: por el contrario, tiene siempre una "textura abierta", como dice H. L. A. Hart;¹ el jurista tiene que inventar a cada paso su camino, la aplicación de la norma es siempre una creación de sentidos y no una mera aplicación deductiva de su contenido como quien demuestra un teorema geométrico. Finalmente, en el terreno de la contratación civil, la voluntad de las partes juega un rol muy importante: no es posible enmendarle la plana a los contratantes y decirles que eso que ellos efectivamente quisieron y libremente acordaron, no es aceptable en razón de las reglas de la

lógica; particularmente si, como sucede muchas veces en el razonamiento de los juristas, se trata de una mala lógica. No es lícito sustituirse a la voluntad de los contratantes o desconocer la expresión de esta voluntad personal en nombre de una lógica impersonal mal aplicada: sólo consideraciones de interés social podrían justificar una restricción de la voluntad de las partes.

Pero pese a todo ello necesitamos de la lógica: los argumentos que utiliza el Derecho no son meros esqueletos de razones, pero tampoco dejan de tener esqueleto; de ahí que sea importante conocer sus límites de tolerabilidad y sus condiciones de funcionamiento antes de usarlos, si no queremos rompernos un hueso conceptual. La lógica constituye la estructura de todo razonamiento; y, si bien el razonamiento jurídico no puede limitarse a inferir y demostrar sino que también tiene que crear y persuadir,² no cabe duda de que los planteamientos jurídicos tienen que ser lógicos. La lógica que requieren los juristas no opera axiomáticamente ni toma la ley como un dogma, como lo pretendía el decano Aubry cuando definía el plan de estudios de la Facultad de Derecho de París en 1857 de la siguiente manera: "Toda la ley, tanto su letra como su espíritu, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que de ello se derivan, pero nada más que la ley. Tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón".³ Después de la embriaguez del positivismo jurídico que causó el Código Francés y que tiene su máximo exponente en la

1. H. L. A. Hart: *The concept of Law*. At Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 121.

2. Chaim Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Editorial Civitas, Madrid 1979); *Le champ de l'argumentation* (Presses Universitaires de Bruxelles, Bélgica 1970); *Droit, Morale et Philosophie* (Bibliothèque de Philosophie du Droit. L. G. D. J. Paris 1968); con L. Olbrechts-Tyteca: *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*. Université Libre de Bruxelles, Bélgica 1970.

3. Cit. p. Chaim Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, Madrid 1979.

Escuela de la Exégesis, el Derecho se orienta nuevamente hacia perspectivas más dinámicas y creativas: la exégesis no es ya un método adecuado a nuestros tiempos, como tampoco lo fue para el Derecho Romano ni para los grandes juristas medievales (que desarrollaron el Derecho sin pretenderlo) ni aún para los inspiradores del *Code Napoléon*, todos ellos verdaderos creadores de Derecho y no meros exégetas de un texto dogmático.⁴

Sin embargo, aun cuando dejemos de lado la anacrónica exégesis y asumamos sin ambages la dimensión creativa del intérprete, la lógica —es otra lógica no formal, argumentativa, persuasiva, tópica o retórica, como se la prefiera llamar— no ha sido puesta fuera de la agenda. Por consiguiente, debemos aprender a usarla bien y no artesanalmente.

II. LOS ARGUMENTA A CONTRARIO

Uno de los procedimientos lógicos que más perturbaciones causa en el razonamiento jurídico es el *argumentum a contrario*.

Es un recurso indispensable y aparentemente basado en uno de los pilares centrales de toda lógica: el principio de no contradicción. Sin embargo, es muy frecuente encontrar una utilización "pop" de este argumento, carente de rigor lógico y muchas veces encubriendo una falacia de razonamiento que puede llevarnos por caminos equivocados. Como dice Claude du Pasquier, el argumento *a contrario* puede convertirse fácilmente en un razonamiento especioso que incurre en falsedad cuando se presentan ciertas condiciones,⁵ que analizaremos a continuación.

¿En qué consiste la argumentación *contrario sensu*? Dentro de su expresión más sencilla podemos decir que es un procedimiento discursivo conforme al cual la existencia de una norma o de una estipulación contractual en un determinado sentido excluye todos los sentidos contrarios. De esta forma, podemos concluir que, si la norma establece que los peruanos tienen el derecho y la obligación de votar en las elecciones nacionales, los extranjeros (los "no peruanos") carecen de tal derecho y no están sometidos a tal obligación.

El argumento es impresionante por su sencillez y por su elegancia: suena extraordinariamente efectivo,

4. Al hablar de la exégesis, nos estamos refiriendo a su sentido estricto, es decir, al método dogmático preconizado por la Escuela de la Exégesis que se desarrolló en Francia en el siglo pasado. Evidentemente, la "exégesis" no ha perdido validez en su sentido lato, como simple sinónimo de "interpretación".

5. Claude du Pasquier: *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, 3ra. versión francesa, 2a. ed. española. Librería Internacional del Perú S.A., Lima 1950, N° 201, p. 184.

ya que sus conclusiones parecen irrefutables. Sin embargo, esta inferencia está llena de trampas en las que podemos caer muy fácilmente sin advertirlo. Vamos a ilustrar estos peligros lógicos en dos campos diferentes: la interpretación de la ley y la interpretación de los contratos.

1. La interpretación de la ley

Toda norma legal implica dos partes estructurales: a) una "proposición condicional que determina la situación de hecho cuya realización suscita la aplicación de la regla", que es llamada "hecho inicial" o *tatbestand*;⁶ y b) la proposición afirmativa o negativa que "consiste en la consecuencia que la regla atribuye a los hechos jurídicos", que es llamada dispositivo o *rechtsfolge*.⁷ Ahora bien, para que el razonamiento *a contrario* sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el *tatbestand* como el *rechtsfolge* constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el *tatbestand* admite otros hechos ajenos a la polaridad o si el *rechtsfolge* admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla.

Por consiguiente, el argumento *a contrario* es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria.⁸ Por ejemplo, dice Claude du Pasquier, si la ley prevé que todo mayor de edad que se siente incapacitado puede ser provisto de un curador si lo solicita, no puede deducirse *contrario sensu* que no se puede nombrar curador a un mayor de edad incapaz si éste no lo solicita. Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una persona tenga gripe (*tatbestand*), debe administrársele aspirina (*rechtsfolge*); pero de ello no se sigue que sólo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele aspirina.

Veamos la aplicación de estos criterios a la interpretación de una norma legal concreta.

El artículo 1365 del Código civil establece que "En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de 30 días". ¿Puede deducirse de ello que el Código Civil de 1984 ha limitado por ley la posibilidad de una rescisión unilateral a sólo los contratos de duración indeterminada? Pensamos que no; y que pretender aplicar aquí el *argumentum a contra-*

6. Claude du Pasquier, *op. cit.*, N° 112, p. 105.

7. Claude du Pasquier, *op. cit.*, N° 112, p. 106.

8. Claude du Pasquier, *op. cit.*, N° 201, p. 184.

rio es absolutamente equivocado e incluso atentaría contra el espíritu mismo de nuestro Derecho Contractual.

El razonamiento *contrario sensu* consistiría en plantear que si la norma dice que se permite la rescisión unilateral en los casos de contratos de plazo indeterminado, esto significa que no se permite en los casos de contratos de plazo determinado. Pero este tipo de argumento sólo es válido cuando tiene fuerza de **necesidad**, es decir, cuando se cumplen las condiciones de contradicción que antes hemos reseñado. ¿Encontramos tal contradicción en el *tatbestand* y en el *rechtsfolge* de dicha norma, como para dar carácter **necesario** a la afirmación que se pretende concluir? No. En el caso del artículo 1365, la regla dice que los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo determinado pueden rescindirse mediante un preaviso de 30 días; pero ello no quiere decir **necesariamente** que las partes no puedan pactar en los contratos de plazo determinado que también puedan rescindirse antes del vencimiento del plazo mediante un preaviso convenido. Para que tal restricción fuera **lógicamente** necesaria, habría que probar primero que la norma encierra un "solo" implícito. En realidad, como señala Georges Kalinowski, el *argumentum a contrario* se basa en la introducción dentro de la regla de la expresión "sólo" en la introducción dentro de la regla de la expresión "sólo" o "únicamente" u otra similar", suponiendo que el legislador la ha dejado sobrentendida. El problema de interpretación estriba en determinar cuándo es legítimo suponer que el legislador ha dejado sobrentendido un adverbio limitante.⁹ Ahora bien, nada hace pensar en el caso del artículo 1365 sobre la existencia de tal sobrentendido; e incluso inferir tal restricción podría ser considerado como inconstitucional e ilegal.

En efecto, el principio que rige nuestro Derecho contractual es el de la libertad de estipulación, como lo establece con el carácter de derecho fundamental de la persona el inciso 12) del artículo 2º de la Constitución del Estado. Esa misma norma constitucional dispone también que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe". Por consiguiente, no es posible recortar por vía de interpretación estos derechos constitucionales, introduciendo supuestos adverbios de limitación que no han sido colocados por el propio legislador. El artículo 1365 faculta a rescindir mediante preaviso los contratos de plazo indeterminado; pero de ello no se deduce *a contrario* que las partes no pueden ejercer su derecho fundamental de pactar libremente condiciones resolutorias en la forma como lo estimen más conveniente a sus intereses siempre que no sean ilícitas, es decir, que no atenten contra una norma imperativa. Y no existe norma imperativa al-

guna que prohíba a los contratantes para que convengan en otorgarse recíprocamente facultades de rescisión ejercitables durante el plazo de un contrato, si así consideran que es útil para sus fines propios.

La confusión obedece a que se está pretendiendo dar a la regla del artículo 1365 un sentido restrictivo cuando verdaderamente tiene una finalidad facilitadora: no trata de decir que sólo en ese caso se puede rescindir unilateralmente sino más bien de facilitar la rescisión unilateral en los casos en que no se ha previsto forma de darle fin al contrato. Esa regla no hace sino suplir la ausencia de la voluntad de las partes en esta materia; de ninguna manera pretende sustituirla. El problema que ha dado origen a la inclusión de esta norma en que el Código estriba en que, si no se establece una forma de darle fin a un contrato de plazo indeterminado, éste resultaría eterno; lo que es manifestamente contrario al espíritu del Derecho moderno. Por este camino podríamos regresar a la esclavitud a través de la modalidad de un contrato de locación de servicios a plazo indeterminado, o a las vinculaciones laicales y otros tipos de enfeudamiento bajo diferentes formas contractuales "modernas". En algunos casos, el peligro era de tal naturaleza (como en el caso del arrendamiento) que el legislador ha previsto limitaciones legales al plazo (artículo 1688) y ha establecido también expresamente el derecho de las partes a rescindir el contrato de duración indeterminada (artículo 1703). Pero podían existir múltiples modalidades de contratos innominados que podrían ser desnaturalizados con visos de eternidad. Por eso era necesario colocar una norma genérica que permitiera a las partes la rescisión en tales casos, devolviéndoles precisamente su libertad contractual, la autonomía de su voluntad que corría el riesgo de quedar enfeudada: ése es el sentido del artículo 1365, que no tiene por objeto impedir las rescisiones sino permitir-las.

Por consiguiente, ese artículo tiene un carácter eminentemente supletorio: si las partes no han establecido plazo alguno, la ley supletoriamente les otorga el derecho de rescindir. La norma contiene una segunda parte relativa al procedimiento, que podría tener carácter imperativo; el contratante que quiere acogerse a esa regla supletoria para rescindir, tiene imperativamente que dar un aviso al otro contratante con una anticipación no menor de 30 días. Pero esto ya no es sino una consideración a la equidad que no afecta la naturaleza intrínseca (supletoria) de la regla ni su finalidad facilitadora. De ello se deduce que si la norma tiene un carácter eminentemente facilitador y en última instancia supletorio, no puede ser trasplantada, a través de un ilegítimo razonamiento *a contrario*, al campo de los contratos a plazo determinado con un efecto restrictivo, con el objeto de recortar la libertad de las partes e impedirles que fijen las condiciones de rescisión que más les convengan. A lo sumo podría decirse que si en los contratos de duración indeterminada se exige un preaviso no menor de

9. Georges Kalinowski: *Introduction a la Logique Juridique*. Bibliothèque de Philosophie du Droit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1965, p. 168-170.

30 días, este mismo preaviso debe regir los casos de pactos de rescisión unilateral, ya sea en los contratos de duración determinada o indeterminada. En este caso se trataría de un argumento no *a contrario* sino *apari ratione*: llegados a la situación de rescindir, cualquiera que sea el medio (legal o convencional), es justo darle un plazo a la otra parte cuando menos de 30 días.

En realidad, aún esta aplicación analógica de la segunda parte de la regla del artículo 1365 (el preaviso) sería discutible; podría decirse que las razones no son las mismas, lo que invalidaría la naturaleza del argumento *a pari ratione*. Es posible pensar que en un contrato a plazo indeterminado se requiere cuando menos 30 días de preaviso porque cuando las partes no han previsto nada sobre la rescisión, no han pensado sobre ello, y consecuentemente debe otorgarse un plazo razonable a la otra parte. Pero cuando el procedimiento de rescisión (ya sea en un contrato de duración determinada o en uno de duración indeterminada) ha sido expresamente previsto por las partes, estamos ante otra situación. Ellas han evaluado el tiempo que necesitaban para rescindir y han llegado a un acuerdo que corresponde a las circunstancias de la situación involucrada. Y podría suceder que, dada la naturaleza de ciertos negocios que suponen operaciones muy rápidas y frecuentes, las partes prefieran convenir que, en caso de rescisión, sea suficiente un preaviso de solo tres días para evitar que se sigan produciendo hechos dentro de un contrato que ya no hay interés en continuar. En ese caso, no parece haber razón alguna para impedir legalmente el libre pacto de las partes, aún en materia de plazo de preaviso.

De toda esta discusión pensamos que hay un punto que debemos enfatizar: el *argumentum a contrario* sólo es válido cuando se extrapola un dispositivo previsto por el legislador para un determinado *tatbestand* a otro *tatbestand* que debe ser opuesto a aquél contenido en la regla (polaridad), pero de naturaleza análoga: no es posible deducir *a contrario sensu* cuando el *tatbestand* al cual pretende aplicarse la regla es de naturaleza sustancialmente diferente. Ahora bien, como lo hemos destacado, el *tatbestand* del artículo 1365 se refiere al supuesto de que no existe pacto entre las partes sobre la forma de ponerle fin al contrato; y el dispositivo pretende precisamente suplir este vacío en la voluntad contractual. El *tatbestand* está constituido por la situación de tratarse de un contrato de ejecución continuada con plazo indeterminado, al que parece no haber forma de ponerle fin; el *rechtsfolge* está constituido por el otorgamiento a las partes de la necesaria —y omitida por las partes— facultad de rescisión, bajo un criterio y procedimiento elemental. Por tanto, la situación en la que las partes han previsto la forma de ponerle fin al contrato no es de naturaleza análoga a la contemplada en el artículo 1365; una norma prevista para solucionar un caso en el que no existe pacto no puede ser

utilizada para los casos en que existe pacto; menos aún si con ello se pretendiera invalidar tal pacto. No hay analogía en la situación de los contratantes (hecho inicial), por lo que no se puede razonar *a contrario*.

2. La interpretación del contrato

Asumamos ahora la perspectiva del contrato: ¿cómo funcionan los *argumenta a contrario* en el interior de las estipulaciones contractuales? ¿Es posible invalidar una estipulación contractual aduciendo que se opone a otra estipulación contractual?

Como puede apreciarse, este tipo de problema nos remite a una segunda serie de cuestionamientos: si una cláusula puede anular a otra con el argumento de que son contradictorias, ¿cuál anula a cuál? Sabemos que una de las dos no puede subsistir. Pero, ¿cuál? Esta es una discusión que no abordaremos en este artículo para no salir de los límites del tema propuesto. Por ello, nuestra averiguación conceptual se limita al problema de la contradicción. Y en ese sentido, la primera pregunta que debemos formularnos es más bien: ¿existe verdadera contradicción que permite aplicar el razonamiento *contrario sensu*? ¿Estamos realmente ante una situación en la que sólo una de las dos afirmaciones puede subsistir?

Tomemos un ejemplo que nos muestre los riesgos de este camino argumental. Para seguir dentro de las hipótesis sugeridas por el artículo 1365, imagine mos un contrato en el que se ha pactado tanto un plazo determinado como una cláusula de rescisión con carácter puramente potestativo. En otras palabras, la cláusula primera del contrato estipula que éste tendrá una duración de cinco años; y la cláusula segunda estipula que ambos contratantes pueden rescindir el contrato en cualquier momento, previo un aviso dentro de un plazo convenido. ¿Podemos decir que estamos ante una contradicción y que, consecuentemente, razonando *a contrario*, una de esas cláusulas es válida y la otra no lo es? ¿Puede afirmarse que hay una contradicción lógica entre el plazo y la facultad de rescisión unilateral, porque esta última convierte al contrato en uno de plazo indeterminado y, por consiguiente, pactar plazo y rescisión unilateral a la vez es contradictorio porque ello equivale a pactar un contrato por plazo determinado e indeterminado?

Ciertamente, no. Aquí no hay una verdadera contradicción, que es la base del razonamiento *a contrario*. La contradicción sólo existe cuando de dos proposiciones, una de ellas es verdadera y la otra es necesariamente falsa; y viceversa.¹⁰ En cambio, en el ejemplo hipotético estamos ante dos proposiciones normativas (estipulaciones) que pueden ser ambas

10 Delia Teresa Echave, María Eugenia Urquijo y Ricardo A. Guibourg: *Lógica, proposición y norma*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1980, p. 115

verdaderas: la cláusula que establece el plazo determinado y la cláusula que faculta la rescisión unilateral recíproca, no se oponen sino que se complementan dentro de un sistema contractual perfectamente integrado.

En efecto, en el mencionado ejemplo, el contrato es indudablemente a plazo determinado: la cláusula establece que rige por cinco años. Y el pacto adicional de una facultad de rescisión unilateral que puede ejercitar cualquiera de las partes en el transcurso de dicho plazo no es anómalo sino que complementa la regla del plazo; el contrato dura cinco años, salvo que las partes decidan darle fin antes, haciendo uso de la facultad de rescisión que se han concedido mutuamente. La estipulación que permite una rescisión unilateral dentro de un contrato a plazo determinado no significa, de ninguna manera, anular el plazo pactado y dejar el contrato librado a la indeterminación en materia de duración; los contratantes quieren que el plazo no sea superior a cinco años (salvo que se renueve, claro está; pero renovar es crear un nuevo plazo en virtud de una nueva voluntad, que puede ser implícita pero no deja de ser nueva voluntad).

En otras palabras, este plazo de cinco años es un acuerdo firme de voluntades. Pero, además, los contratantes se reservan el derecho de rescindir el contrato antes del vencimiento de tal plazo. Sin embargo, este segundo pacto no convierte al plazo en inexistente, porque si no se ejerce la rescisión unilateral y se cumplen los cinco años, el contrato fenece: no estamos ante una duración indeterminada ni la cláusula del plazo ha perdido sus efectos jurídicos. Tal cláusula mantiene su vigor detrás de la cláusula de rescisión unilateral; de tal modo que, si esa facultad de rescisión no se ejerce nunca por ninguna de las partes, la cláusula del plazo —que sigue vigente y que no ha sido afectada por ella— pone fin al contrato al vencimiento de los cinco años.

Esto quiere decir que, si la facultad de rescisión unilateral no se identifica con el plazo indeterminado, la relación lógica entre ella y el plazo determinado no es de contradicción. Por tanto, no cabe sostener, hablando con metáforas geográficas, que se trata de estipulaciones antipódicas; o, hablando con el lenguaje propio de la lógica, no puede decirse que se trata de proposiciones contradictorias (oposición en cualidad y en cantidad; si la proposición "Todos los hombres son mortales" es verdadera, la proposición "Juan no es mortal" es necesariamente falsa). Y si no hay contradicción, el razonamiento *a contrario* está limitado únicamente a demostrar la falsedad de la proposición cualitativamente contraria *de la misma cantidad* que la primera; lo que no nos ayuda mucho en este caso. Notemos que las proposiciones simplemente contrarias —y no contradictorias— presentan una oposición meramente en cualidad; si la proposición "Todos los hombres tienen 1.80 m. de altura es verdadera, no puede afirmarse la proposición "Ningún hombre tiene

1.80 m. de altura"; pero ambas podrían ser falsas porque, aunque no sean todos, cabe la posibilidad de que algunos hombres tengan 1.80 m. de altura). Así, es posible decir: "Este contrato es a plazo determinado, luego no puede ser a plazo indeterminado" (proposiciones subcontrarias: oposición en cualidad, pero conservando la misma cantidad particular). Eso no significa que no pueda estar sujeto a una condición resolutoria, pero ser a plazo determinado (fecha final de vencimiento del contrato, si no se ejerciera la condición). Dado que hay una mera contrariedad y no una contradicción, una tercera posibilidad no queda excluida.

Ello responde al hecho de que la condición y el plazo son elementos jurídicos diferentes, que pueden ser combinados en formas variadas: la introducción de una facultad de rescisión unilateral dentro de un contrato a plazo determinado no consiste simplemente en la negación del mismo sujeto y predicado, como lo exigirían los lógicos antiguos para la oposición (*affirmatio et negatio ejusdem de eodem*), sino en la intervención de una categoría jurídica nueva y distinta al plazo bajo la forma de condición. Por consiguiente, no estamos ante ningún imposible jurídico, dado que plazo y condición pueden coexistir sin problema alguno.

Dentro de este orden de ideas, no podemos decir que una cláusula elimina sustancialmente y de raíz a la otra y que las dos cláusulas juntas no pueden prevalecer. Esta metáfora botánica de la eliminación "de raíz" no encuentra sustento alguno porque es sustancial ambas proposiciones no tratan de la misma cosa: una se refiere al **plazo** y la otra a una **condición** de rescisión. Así como no se puede oponer papas y camotes aunque ambos tubérculos sean distintos, tampoco se puede oponer plazos y condiciones: las papas y los camotes son distintos pero no son lógicamente contradictorias. Ya presentar como "radicalmente" opuestas (es decir, de manera general, para todos los casos) dos proposiciones que no tienen la misma amplitud y consiguientemente pueden referirse a diversos aspectos del tema tratado, es un sofisma. Por ejemplo, decir: "los films que tienen tema policial son agradables; este film no tiene tema policial; en consecuencia, este film no es agradable", constituye un claro paralogsismo. La conclusión excede a las premisas, porque puede ser exacto que un film policial sea agradable, pero ello no agota la categoría de los films agradables; un film de tema histórico o de tema sentimental puede ser igualmente agradable a pesar de que es distintos al film policial (no contradictorio). En otras palabras, la preposición de que algo es agradable excede evidentemente la categoría de los films policiales. Pero presentar como contradictorias dos proposiciones que ni siquiera pertenecen al mismo plano (una es un plazo y la otra una condición), puede llevar a errores muy graves en el razonamiento lógico.

No podemos, entonces, decir: "Un contrato a plazo determinado tiene un término específico; la facultad de rescisión unilateral permite poner término al contrato en cualquier momento; luego, un contrato con una facultad de rescisión unilateral es incompatible con un contrato a plazo determinado". Este es un razonamiento como el de los films policiales, sólo que peor. Ni todos los films policiales tienen que ser agradables ni todos los contratos a plazo tienen que ser incondicionados. El plazo es un elemento diferente y, por tanto, más amplio, que la facultad de rescisión: aunque se pacte tal facultad, el plazo de cinco años sigue vigente y da fin al contrato si la condición no se ejerce. Los efectos del pacto del plazo determinado son mayores que los efectos que pueden ser cancelados con el pacto de la rescisión unilateral: si esa facultad se ejerce, quedan cancelados todos los efectos del plazo; pero si esa facultad no se ejerce, el plazo queda plenamente vigente. Por tanto, la facultad de rescisión unilateral no ha invalidado el plazo sino que, por así decir, le ha colocado encima una espada de Damocles.

Hay que tener mucho cuidado con estos razonamientos porque, a través de una poca matizada apreciación del contenido de las proposiciones, nos pueden conducir a la lógica del interruptor (*on* y *off*). Y, si bien esta lógica es perfectamente válida en los casos de juegos de elementos contradictorios, resulta absolutamente falsa cuando se aplica a elementos que no se reducen al blanco y al negro, sino que admiten varios matices de grises y además otros colores diferentes en otros planos de significación.

Recurrir al razonamiento *a contrario* en estas condiciones es incurrir en la falacia denominada "probar demasiado": "Alguien me acepta que un objeto que tiene en sus manos es en parte blanco y en parte negro, y entonces yo lo ataco enérgicamente afirmando que sostiene que hay un cuerpo que es a la vez blanco y negro".¹¹ El error consiste en que se ha asumido la situación como si rigiera en ella el principio del *tertio* excluido, cuando no es así. Este principio puede enunciarse de la siguiente manera; o bien es verdadera una proposición o bien es verdadera su negación; pero sólo hay dos posibilidades para una proposición, excluyéndose como inexistente cualquier tercera posibilidad que no sea su verdad o falsedad.¹² En el ejemplo que hemos puesto de razonamiento *a contrario* equivocado, encontramos el mismo error: el contrato es a plazo, pero contiene una cláusula que faculta la rescisión unilateral dentro de ese plazo; en consecuencia, el razonamiento *a contrario* (mal utilizado) lo ataca diciendo que es contra-

dictoriamente a la vez de plazo determinado (con plazo = blanco) y de plazo indeterminado (sin plazo = negro). Pero olvida que, además del blanco y del negro, existe toda una gama de grises.

Explicaremos nuestra objeción con más detalle. El argumento erróneo tiene los siguientes elementos:

Premisa mayor: El contrato es a plazo determinado y no admite una terminación anticipada.

Premisa menor: La facultad de rescisión unilateral es una condición que implica un desconocimiento del plazo.

Conclusiones: 1) Tales premisas son contradictorias y ambas no pueden subsistir. 2) Si una debe desaparecer, ésta tiene que ser la rescisión unilateral; por lo que la única conclusión posible es que "el contrato es a plazo determinado prorrogable; y este plazo es de cinco años".

No son válidas ni la mayor ni la menor; evidentemente, menos pueden ser válidas ninguna de sus conclusiones. Para que exista verdadera contradicción, debemos estar ante dos premisas generales de signo contrario, por lo que todo tercero queda excluido: *exempli gratia*, "Todos los hombres son mortales" y "Todos los hombres son inmortales" son dos proposiciones ambas generales, referidas al mismo sujeto y al mismo predicado, pero con sentido contrario, que no pueden coexistir. El alcance totalizante de ambas (todos los casos de hombres) no deja resquicio a una o a la otra para que, en algunos casos, pueda ser verdadera. Pero si digo "Algunos hombres son peruanos" y "Algunos hombres son suizos", no estamos ante proposiciones contradictorias (aunque sean distintas) porque cada una se aplica a hombres diferentes y nada prohíbe que existan otras categorías de hombres (chinos, norteamericanos, afganos o lesotianos). Por consiguiente, no toda diferencia permite la aplicación del razonamiento *a contrario*. La relación entre esas proposiciones es la misma que si decimos: "Algunos hombres son peruanos; algunos hombres no son peruanos". Estamos ante una situación de subcontrariedad, es decir, se trata de una oposición en calidad pero no en cantidad, siendo ambas proposiciones particulares. Pero en la medida en que cada una de las premisas no agota sus efectos en los casos regidos por la otra, no podemos excluir otras posibilidades y, por tanto, no puede razonarse *a contrario* a partir de una para llegar a la otra: además de los campos en que se oponen, hay otros que están al margen de la bipolaridad.

En el caso de los contratos, podemos decir que un mismo contrato no puede ser a la vez de plazo indeterminado y de plazo determinado. Pero caben una serie de otras figuras contractuales en las que no existe oposición lógica ni legal que autorice a excluir otras posibilidades, como aquélla que establece un

11. Walter Peñaloza Ramela: *Introducción a la Filosofía y a la Lógica*, 4ta. ed. conforme al Programa Oficial de 5to. año de secundaria. Editorial Colegio Militar Leoncio Prado, Callao, Perú, sin fecha, *circa* 1965, p. 293.

12. Delia Teresa Echave, María Eugenia Urquijo y Ricardo A. Guibourg: *Op. cit.*, p. 85.

plazo pero lo combina con una condición resolutoria que queda en manos de las partes. Desde esta perspectiva, vemos que los contratos de plazo determinado no suponen que en todos los casos se llegue hasta el final de su plazo. Muchas veces estos contratos se interrumpen por aplicación de una condición resolutoria (que puede estar vinculada o no al incumplimiento de una de las partes); lo que significa que la premisa mayor no es general sino particular. Por otra parte, la facultad de rescisión que se reservan ambas partes no implica un desconocimiento del plazo, como lo enuncia la premisa menor: se limita a dejar sin efecto en algunos casos el plazo estipulado, cuando ella se ejerce, pero no necesariamente será ejercida; por lo que su alcance también es particular. Ahora bien, de dos premisas particulares no es posible inferir una conclusión general; ello equivaldría a decir que si Juan no es peruano tiene que ser suizo; y habríamos recaído así en la lógica del interruptor. Ya Pothier había comprendido perfectamente que el plazo y la condición no son incompatibles; nos dice: "Las convenciones comprenden algunas veces una condición y un término".¹³ No hay contradicción simplemente, el plazo rige y tiene fuerza vinculatoria y liberatoria, mientras no se ejecute la condición resolutoria; en el caso que la condición resolutoria no haya sido finalmente ejercida, el plazo —que ha conservado toda su validez— pone fin al contrato al momento de su vencimiento.

III. CONCLUSIONES

La lógica es indispensable para cualquier disci-

plina intelectual; y, con la debida precaución, es un instrumento de enorme utilidad para el Derecho.

En principio, todos sabemos algo de lógica, sin tener plena conciencia de ello; como el burgués de Molière que hablaba en prosa sin saberlo, usamos de la lógica sin tener un conocimiento teórico de ella. Lo peligroso está en que los juristas caemos a veces en la actitud contraria; creemos saber mucho de lógica, cuando no sabemos más que el hombre común; con toda la posibilidad de errores que el saber vulgar importa. Y es entonces cuando pontificamos sobre el Derecho: recortamos posibilidades de sentido a las normas o creamos relaciones de necesidad ahí donde sólo existe una mera afinidad; obligamos a las partes contratantes a que quieran lo que no quisieron; prohibimos conductas que son lícitas y útiles. Todo ello en nombre de una lógica que combina *in luculentam consonantiam* el afán de evidencia de Monsieur de La Palice con la astucia de Bertoldo.

En resumen, los *argumenta a contrario* sólo son lógicamente lícitos cuando es de aplicación el principio del *tertio* excluido. Esto quiere decir que su uso conduce a resultados necesariamente ciertos en todos los casos de proposiciones contradictorias. También son válidos si se trata de proposiciones contrarias, siempre que se apliquen a una de ellas —de carácter general— para llegar a la otra que tiene necesariamente también carácter general. En cambio, el razonamiento *contrario sensu* es sofístico cuando se aplica a proposiciones subcontrarias, es decir, cuando de una proposición particular se intenta llegar por la vía negativa a otra proposición particular: de lo particular no se puede nunca deducir *a contrario* nada ya que, no habiendo generalidad, los terceros no quedan excluidos.

13. R. J. Pothier: *Tratado de las Obligaciones*. T. I. Editorial Atalaya, Buenos Aires 1947, N° 237, p. 134.

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"

La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer

Carlos Cárdenas Quirós

Profesor del Área de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de la PUC

1. Introducción

Constituye una idea generalizada, en relación con las obligaciones con prestación de no hacer,¹ que está totalmente descartada la posibilidad de que se configure la mora del deudor, pues se entiende que el solo hecho de ejecutarse la prestación, habiéndose comprometido el deudor a lo contrario, importa un supuesto de incumplimiento total.

Sin embargo, también es frecuente encontrar autores que por su parte sostienen que el incumplimiento de la obligación con prestación de no hacer provoca en forma automática la constitución en mora del deudor.

A su turno, ciertos Códigos Civiles como el italiano en 1942 (artículo 1222), niegan expresa y tajantemente la procedencia de la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. Otros códigos, sin embargo, como el del Brasil (artículo 961), inspirado en el Esbozo de Freitas (artículo 1072), la admiten.

Ante esta evidente disparidad de criterios, tanto en el plano doctrinario como en el legislativo, se hace necesario formular algunas precisiones con el objeto de desterrar conceptos equivocados acerca de la cuestión planteada, que se traducen en un incorrecto tratamiento de la materia en el orden legislativo.

1. Es preciso distinguir el objeto del contrato, que consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; del contenido de la obligación que es la prestación y que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer, el servicio o la abstención, según los casos. En este orden de ideas, es incorrecto referirse a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, pues estos son conceptos vinculados a la prestación y no a la obligación. La prestación es el comportamiento que se ha comprometido a ejecutar el deudor a favor del acreedor en razón del vínculo obligacional existente entre ellos y que puede traducirse en dar (por ejemplo, entregar un bien inmueble determinado), hacer (por ejemplo prestar un servicio de guardiana de autos) o no hacer (por ejemplo abstenerse de revelar un secreto) algo.

2. Clases de prestaciones de no hacer

Las obligaciones con prestación de no hacer son aquellas que imponen al deudor el deber de no realizar algo. Importan, pues, una abstención, una inactividad, de parte del sujeto pasivo de la relación obligatoria.² Constituyen la categoría de las denominadas "obligaciones negativas".³

Cabe distinguir distintas clases de prestaciones negativas, atendiendo fundamentalmente a las modalidades de su ejecución.

Así, la prestación de no hacer, puede consistir en una circunstancia cuyo cumplimiento se produce de forma instantánea y se agota en un solo acto.⁴ Es el caso, por ejemplo, de que una persona se comprometa frente a otra a no concurrir a un determinado acto protocolario con motivo de las fiestas patrias. En

2. Boffi Roggero plantea una distinción entre las obligaciones con prestación de no hacer "que constituyen una abstención pura (*non faciendo*), como en el caso de no instalarse dentro de un determinado radio del comercio vendido; y las que entrañan no impedir que otro actúe (*in patiendo*), como en el caso de no impedir que una persona se instale fuera del radio comercial mencionado" (Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 343).

En idéntico sentido opina Albaladejo, al señalar lo siguiente: "Obligación negativa es... aquella cuya prestación consiste en una omisión: bien, simplemente no hacer (no montar determinada clase de negocio, por ejemplo), bien tolerar que el acreedor haga algo, sin oponerse (por ejemplo, que el vecino saque agua de nuestro pozo)" (Albaladejo García, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 500).

3. En atención a lo expresado en la nota 1 anterior, lo propio será denominarlas "obligaciones con prestación negativa".

4. Von Tuher (*Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Reus S.A., Madrid, 1934, p. 37) las denomina "prestaciones aisladas" y se refiere al caso de la omisión de un acto realizable de una sola vez.

este caso, la prestación de no hacer "consiste en abstenerse de una sola actividad de carácter instantáneo."⁵

La abstención también puede ser duradera, lo que ocurre cuando se extiende en el tiempo por un lapso más o menos amplio. Será de carácter continuado cuando se debe desarrollar sin interrupción en el tiempo.⁶ Así, si una persona se obliga a no distribuir determinados productos en la sierra central durante dos años.

Como explica Moisset de Espanés,⁷ "con más frecuencia, las prestaciones negativas consisten en una abstención continuada, que tiene una proyección temporal bastante dilatada, a tal punto que podríamos hablar de esa abstención como de una 'situación' permanente, aunque es menester destacar que estas abstenciones siempre deben tener un límite en su duración y no pueden ser tan prolongadas que afecten la libertad del sujeto. ¡Recordemos que todo vínculo obligatorio es, por su naturaleza, temporal y las prestaciones negativas no constituyen excepción a esta regla!"

En cambio, será de carácter periódico, si la abstención debe efectuarse con intervalos iguales o desiguales en el tiempo.⁸ Por ejemplo, cuando un empresario se obliga a interrumpir la distribución de determinados productos en la ciudad de Lima, durante tres años, pero sólo en la segunda quincena del mes de marzo de cada año.

En estos casos, conforme lo anota Padilla,⁹ "no es tanto la abstención la que se extiende en el tiempo,

cuanto el deber mismo de ejecutar el que se repite, lo cual nos conduce a afirmar que no se trata de una prestación única... sino de tantas prestaciones independientes como número de años se haya pactado. Siendo, por tanto, independientes, su cumplimiento del modo pactado no quebranta la integridad del pago".

Tratándose de la prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, es posible distinguir entre aquellas que "tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter periódico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar".¹⁰

El primer supuesto se refiere, por ejemplo, al caso de una persona que se obliga a no continuar practicando determinada clase de actividad que venía realizando hasta ese momento por cierto tiempo. El segundo, al caso de quien se compromete a no revelar un secreto, por ejemplo.

Se trata pues de hipótesis de abstenciones que importan "empezar a no hacer" (lo que significa que antes se venía haciendo) y "seguir no haciendo", respectivamente, que plantean situaciones perfectamente diferenciales.¹¹

A su turno, la prestación negativa de ejecución duradera de carácter periódico puede consistir en una inactividad única que debe producirse en diversos momentos con intervalos iguales o desiguales. Así ocurrirá, por ejemplo, si el deudor se obliga a no abrir su establecimiento comercial los días 20 de cada mes durante un año. En este caso, cada abstención se agota instantáneamente.

Adicionalmente, la ejecución duradera de tipo periódico puede estar dada por una abstención que se prolonga en el tiempo, sin agotarse de forma inmediata, pero produciéndose con intervalos: v. gr. cuando el deudor se obliga a no difundir por televisión publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto por cuatro años.

Finalmente, la abstención puede ser de ejecución diferida, cuando su eficacia se posterga a un momen-

5. Moisset de Espanés, Luis: "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer". En: *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentos y Publicaciones Nº 14, abril-junio 1977, Madrid, p. 390.

6. Von Tuhr, Andreas (*op. cit.*, tomo I, p. 37), señala al respecto que las prestaciones continuas, como las llama, "se traducen en una serie constante de ... omisiones por parte del deudor" y agrega que, "en rigor, podría decirse que sólo cabe verdadera prestación continua tratándose de abstenciones ya que toda conducta positiva se descompone en una serie de actos aislados en el tiempo. Pero basta que estos actos puedan interpretarse como una conducta única, según el criterio de la práctica, para que se los clasifique jurídicamente entre las prestaciones continuas".

7. Moisset de Espanés, Luis. *op. cit.*, p. 390.

8. Dice Von Tuhr (*op. cit.*, tomo I, p. 38) sobre este tipo de prestaciones: "Hay obligaciones en que el deudor asume el deber de realizar una serie de prestaciones reiteradas (sea periódicamente o sin periodicidad), verbigracia ... abstenerse de realizar un acto en ciertas y determinadas ocasiones. Son todos casos en que concurren diferentes créditos, cada cual con su propia prestación, aunque aglutinados todos ellos en una obligación única y por consiguiente en una unidad jurídica y económica".

9. Padilla, René A.: *La mora en las obligaciones*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1983, p. 175.

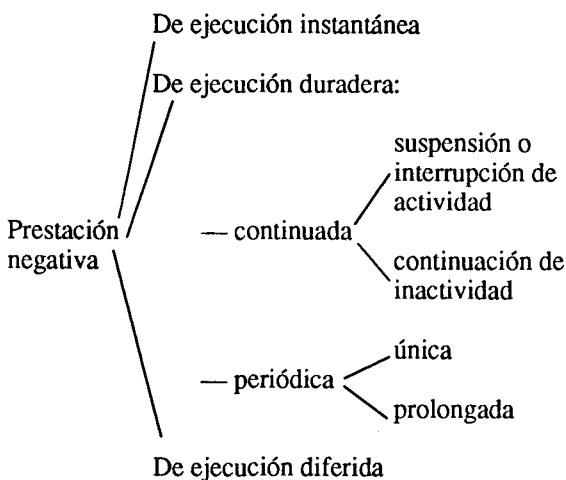
10. Moisset de Espanés, Luis: *op. cit.*, p. 390.

11. Estas dos categorías pueden presentarse también en el marco de las abstenciones de ejecución duradera periódica, pero con algunas limitaciones. Así, si se agota de modo instantáneo, carecerá de importancia que suponga la suspensión o interrupción de una actividad o la continuación de la inactividad. En cambio, si se prolonga durante un lapso más o menos considerable, con intervalos, parece descartable en principio que cada prestación, considerada autónomamente, implique un caso de continuación de una situación de inactividad, con excepción tal vez, en algún supuesto, de la primera prestación.

to posterior al nacimiento de la relación obligacional. Así, por ejemplo, si el deudor se compromete a no prestar determinado servicio durante seis meses, una vez transcurridos doce meses de la celebración del contrato respectivo.

En este supuesto, vencido el plazo, la ejecución podrá ser instantánea o duradera, siendo aplicables, por consiguiente, los conceptos expuestos párrafos atrás.

En síntesis, puede resumirse lo expuesto en el siguiente cuadro:



3. Mora del deudor e inexecución en las obligaciones con prestación de no hacer

Precisados los distintos tipos de prestaciones de no hacer, corresponde ahora definir si cabe o no que se plantee una situación de mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa.

Tratándose de aquellas obligaciones en las que la prestación de no hacer está dada por una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no hay duda acerca de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer se estará ante un caso de incumplimiento. Aquí, ciertamente, estará excluida la mora.

Si en el caso planteado líneas arriba, el deudor concurre al acto protocolario con ocasión de las fiestas patrias habiéndose obligado a no hacerlo, no cabe hablar de retraso en el cumplimiento por causas imputables a él, sino simple y llanamente de incumplimiento.

En cambio, tratándose de aquellas prestaciones cuya ejecución se extiende en el tiempo continuamente, es necesario distinguir los casos, sea que impliquen seguir con una situación de pasividad o suspender o interrumpir una situación de actividad.

En la primera hipótesis —continuación de una situación de pasividad (seguir no haciendo)—, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer constituirá un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto de que se trate.

Habrá incumplimiento, cuando la ejecución del hecho en contravención de lo pactado signifique la frustración definitiva del interés del acreedor. Así ocurre en el caso de que el deudor revele el secreto que se había obligado a no difundir.

En cambio, será sólo un caso de cumplimiento parcial o defectuoso, siempre que sea factible la destrucción de lo hecho o resulte posible la ejecución forzada y la realización de la prestación aún sea de utilidad para el acreedor. Si el deudor se obligó a no continuar levantando una pared a más de cierta altura y hace lo contrario, el acreedor puede obtener la ejecución forzada de la prestación y la satisfacción de los daños y perjuicios correspondientes.

Planteadas la cuestión en los términos expuestos, cabe sostener con Moisset de Espanés¹² que "los ejemplos que hemos mencionado, correspondientes a estas dos categorías de obligaciones de no hacer, son los que suele utilizar la doctrina para afirmar que la violación de estas relaciones jurídicas constituye un verdadero incumplimiento, y si la gama de las posibles abstenciones se redujese a estos casos deberíamos admitir que en las obligaciones de no hacer no existe la mora, pese a que el lector puede advertir fácilmente que hay diferencias muy marcadas, según que la abstención prometida sea un hecho permanente, y según que lo hecho pueda o no destruirse. Cuando lo hecho puede destruirse, estamos frente a la categoría de los cumplimientos parciales o defectuosos a los cuales la teoría y la jurisprudencia suelen aplicar por analogía el régimen jurídico de la mora, y ello explica el por qué más de un autor, después de afirmar que en las obligaciones de no hacer la violación significa siempre incumplimiento, propicia simultáneamente la aplicación del régimen de la mora automática".

Sin embargo, una situación distinta se suscita tratándose de las abstenciones que consisten en suspender o interrumpir una actividad, esto es, empezar a no hacer algo.

En tales hipótesis la mora sí es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar del retraso en iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento.

Así, si el deudor se obliga a partir de determinada fecha a no continuar suministrando cierto tipo de

12. Moisset de Espanés, Luis: *op. cit.*, p. 391.

bienes en determinada zona y durante un tiempo determinado, en caso de no iniciar la conducta omisiva podrá ser constituido en mora.

Bien afirma Moisset de Espanés¹³ que "lo curioso del caso es que esa categoría —en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a 'no hacer' en el futuro— descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como 'pacto de no concurrencia' al vender un negocio o empresa, mientras los ejemplos a que hecha mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios".

En el ejemplo planteado, si transcurre el término inicial fijado sin empezar la abstención, se configurará un caso de retraso en el cumplimiento, en tanto la ejecución aún sea posible y útil para el acreedor. En tal hipótesis, el acreedor reclamará el cumplimiento de la abstención prometida, así como la satisfacción de los daños y perjuicios moratorios irrogados.

En el caso de que el deudor cumpliera con iniciar la ejecución de la abstención prometida en el plazo pactado, pero durante el transcurso de éste interrumpiese dicha abstención, se planteará un caso de cumplimiento parcial, pudiendo el acreedor exigir la ejecución forzada siempre que el cumplimiento de la prestación fuera todavía útil para él.

Por otro lado, si la abstención duradera fuese de carácter periódico, para establecer si cabe que se configure la mora o no, habrá que analizar si se trata de una circunstancia única que debe producirse en ocasiones o de un comportamiento omisivo que no tiene esa calidad.

En la situación propuesta en primer término, la violación de la abstención en una oportunidad, no necesariamente afectará las restantes prestaciones singulares. Aquí cabe ubicar el ejemplo propuesto por Padilla:¹⁴ "la obligación de no concurrir a los actos patrióticos del 9 de julio durante cinco años". Si el deudor incumple la obligación el primer año o en otro posterior, ello supondrá la inejecución total de esa prestación singular. La mora estará excluida debido a la modalidad de ejecución de la prestación.

En cambio, si el deudor se ha comprometido a no hacer algo durante períodos con intervalos de tiempo, sin agotarse la prestación de forma inmediata, v. gr. en el supuesto planteado anteriormente,

cuando se obliga a no difundir por televisión publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto y por cuatro años, la mora puede presentarse respecto de cada prestación singular, siempre que se trate de situaciones que impliquen empezar a abstenerse, si el deudor no cumple con hacerlo a partir del término inicial pactado. En este caso, si bien es cierto la prestación es de ejecución duradera periódica, su cumplimiento debe prolongarse durante un lapso que permite el funcionamiento de la mora.

4. La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer en la legislación nacional

El Código Civil de 1984 no contiene norma semejante a la del artículo 961 del Código brasileño¹⁵ o a la de los artículos 1222 del Código italiano¹⁶ y 343 del Código boliviano.¹⁷

Sin embargo, de algunos de sus preceptos puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad de que proceda la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer.

El artículo 1160 del Código establece lo siguiente: "Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157".

Como es de verse del artículo transcrito, se excluye la aplicación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1154, según el cual: "La misma regla —la del primer párrafo, que señala: 'si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda' —se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor".

La explicación acerca del por qué se ha excluido la aplicación del segundo párrafo del artículo 1154 a las obligaciones con prestación de no hacer, la encontramos en la exposición de motivos correspondiente¹⁸ en la que se indica lo siguiente: "Conviene obser-

15. "Artículo 961.- En las obligaciones negativas, el deudor queda constituido en mora, desde el día en que ejecuta el acto del que se debía abstener."

16. "Artículo 1222.- Incumplimiento de obligaciones negativas. Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento."

17. "Artículo 343 (Obligaciones de no hacer).- Las disposiciones sobre la mora son inaplicables a las obligaciones de no hacer; cualquier hecho que contravenga a éstas importa incumplimiento".

18. Osterling Parodi, Felipe, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, Exposición de motivos y comentarios al Li-

13. Moisset de Espanés, Luis: *op. cit.*, p. 392.

14. Padilla, René A.: *op. cit.*: p. 174.

var que no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la constitución en mora del deudor, por cuanto ella es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar. Esta es la sana doctrina y la regla legislativa uniforme. Así, el Código italiano, en su artículo 1222, señala que las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer, pues todo hecho efectuado en violación de éstas constituye, de por sí, inexecución. Una excepción la constituye el Código Civil brasileño que, en su artículo 961, se refiere a la mora en las obligaciones de no hacer".

Convencidos como estamos ahora de la posibilidad de configurarse la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer, consideramos un error la no aplicación del segundo párrafo del artículo 1154 a tales obligaciones y por tal razón asumimos nuestra parte de responsabilidad.¹⁹

Puede suceder, por ejemplo, que el deudor se haya comprometido a no continuar la producción de un producto alimenticio a partir de determinada fecha y por un plazo determinado. Al no cumplir el deudor con iniciar la abstención debida es constituido en

bro VI del Código Civil. Las obligaciones en: Código civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, Lima 1985, p. 332.

En una edición posterior de la exposición de motivos y comentarios ("Las obligaciones", Biblioteca para leer el Código Civil, volumen VI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, pp. 66 y 67), el texto transcrito ha sido modificado en los siguientes términos: "Conviene observar que no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la constitución en mora del deudor, por cuanto se considera que ella es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar. A este respecto, el Código italiano, en su artículo 1222, señala que las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer, pues todo hecho efectuado en violación de éstas constituye, de por sí, inexecución. En contraposición con este planteamiento, el Código Civil brasileño, en su artículo 961, se refiere a la mora en las obligaciones de no hacer, institución ajena e impropia, a juicio del autor, en las obligaciones negativas".

19. Ya en agosto de 1985, menos de un año después de la entrada en vigencia del Código civil del Perú, manifestamos nuestro punto de vista sobre la posibilidad de que el deudor incurra en mora en cierto tipo de obligaciones con prestación de no hacer. Así aparece en la ponencia titulada "Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942", presentada por el autor de este trabajo, conjuntamente con el doctor Carlos Fernández Sessarego, con ocasión del Congreso Internacional sobre "El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano", celebrado en Lima entre el 9 y el 11 de agosto de 1985. Cfse. El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima 1986, p. 150, nota 79.

mora por el acreedor. Posteriormente ocurre que la prestación de no hacer se torna imposible, descartándose definitivamente que la abstención pueda materializarse.

Adicionalmente, confirma el temperamento expuesto por el legislador, lo establecido en el artículo 1333, segundo párrafo, inciso 2), del código civil. De acuerdo con esta norma: "(...) No es necesaria la intimación para que la mora exista: (...) 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla".

El precepto omite toda referencia a la prestación de no hacer, ocupándose sólo de las prestaciones de dar y de hacer, esto es, de prestaciones de carácter positivo, circunstancia de la que cabe derivar el propósito de puntualizar la imposibilidad de plantearse una situación de mora del deudor en las prestaciones negativas.

Esta apreciación la ratifica el texto de la exposición de motivos y comentarios al artículo 1333²⁰ donde se explica lo siguiente: "El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso, pero que ella queda descartada en las obligaciones de no hacer".

Por último, debe citarse la regla contenida en el tercer párrafo del artículo 55 del Decreto Ley N° 20236 que regula el juicio ejecutivo, que establece lo siguiente: "En la obligación de no hacer, el juez ordenará que el ejecutado se abstenga de hacer, destruya en su caso lo que indebidamente hubiera ejecutado y cumpla su obligación".

Teniendo en cuenta la redacción de la norma transcrita —la que no plantea exclusión alguna—, cabe afirmar que la misma comprende en sus alcances las hipótesis en las que está admitida la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer, lo que constituye un caso singular en la legislación nacional.

5. Conclusiones

- i. La prestación de no hacer puede consistir en una circunstancia cuyo cumplimiento se produce de forma instantánea —agotándose en un solo acto—, de forma duradera o de forma diferida.

20. Osterling Parodi, Felipe, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, *op. cit.*, p. 459.

- ii. La prestación de no hacer de ejecución duradera puede ser de carácter continuado o periódico.
- iii. Tratándose de la prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, debe distinguirse entre aquellas que importan "empezar a no hacer" y las que suponen "seguir no haciendo".
- iv. La prestación de no hacer de ejecución duradera de tipo periódico puede consistir en una abstención única que debe producirse con intervalos iguales o desiguales o puede estar dada por una omisión que se prolonga en el tiempo, pero verificándose con intervalos.
- v. La mora del deudor está excluida en las prestaciones de no hacer que consisten en una conducta omisiva instantánea.
- vi. En el caso de las prestaciones cuya ejecución se da en forma continuada, en el supuesto de que el deudor deba continuar una situación de pasividad (seguir no haciendo), si realiza el hecho que se obligó a no hacer, se planteará un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el caso.
- vii. En el caso de las abstenciones duraderas de carácter continuado que implican suspender o interrumpir una actividad que se venía realizando, la mora del deudor es perfectamente factible, en la medida en que, no obstante el retraso del inicio de la abstención, la ejecución de la prestación negativa resulte aún de utilidad para el acreedor.
- viii. Respecto de las abstenciones duraderas de tipo periódico, para definir la posibilidad de que pueda configurarse la mora del deudor, deberá establecerse si se trata de una inactividad única que debe producirse en ocasiones o de un comportamiento omisivo que no tienen esa calidad.
- ix. El Código Civil peruano de 1984 descarta la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer.
- x. Singularmente, el Decreto Ley N° 20236 que regula el juicio ejecutivo (artículo 55, tercer párrafo), comprenda implícitamente en sus alcances los supuestos en que la mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa es admisible.



"El Tribunal Correccional"

La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña

Beatriz Boza Dibos

Abogado y Master en Derecho.

Ex-miembro del Comité Directivo de *Thémis*

Durante largo tiempo tanto legos como letrados identificaron las labores de una organización no lucrativa con aquellas de una obra pía, institución de caridad o de ayuda a los menesterosos —conceptos que revelan la idiosincracia de la época. Pero los tiempos cambian y con ellos las instituciones creadas para satisfacer las necesidades propias de cada sociedad. La persona jurídica, en tanto construcción legal para la consecución de determinados objetivos sociales,¹ no escapa al paso de la historia.

En la primera parte de este ensayo, publicada en el número 11 de esta misma revista bajo el título "La persona jurídica sin fin de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?", llamamos la atención acerca del nuevo rol que esas entidades desempeñan en la sociedad moderna, resaltando su función fiduciaria. En efecto, sostuvimos que la presencia y actual auge de la asociación civil en el Perú podía entenderse como una alternativa destinada a suplir el vacío inherente al quehacer de la sociedad anónima: cual es, la ausencia de mecanismos contractuales efectivos tendientes a garantizar la aplicación de los fondos a la finalidad anunciada. La idoneidad de entidades tales como la Fundación por los Niños del Perú, La Liga Peruana de Lucha contra el Cáncer o la Cruz Roja radica en salvaguardar las expectativas de quienes gratuitamente contribuyen a financiar sus labores. La estructura no lucrativa desempeña, pues, un rol fiduciario. Las que antaño fueran entidades meramente altruistas y filantrópicas se yerguen hoy en día como promotoras del desarrollo, contribuyendo con su gestión en los diversos sectores de la actividad económica del país.²

1. De Belaunde, Javier: "Personas Jurídicas. Materiales de Enseñanza", PUC, Lima 1976, p. V.

2. Cfr. Luna Victoria, César: "El régimen patrimonial de las asociaciones civiles", *Thémis* Nº 5, 1986, p. 49 y ss.

1. PROTECCION DEL FIN NO LUCRATIVO

A fin de asegurar que las organizaciones no lucrativas cumplan su propósito no basta declarar que se prohíbe la distribución de utilidades a miembros, directores o funcionarios. El reto del legislador radica en diseñar los mecanismos necesarios para reforzar y hacer cumplir el propósito que inspira esta prohibición.

Con tal fin, se puede franquear el acceso al Poder Judicial en caso de "malos manejos", esto es, ampliar la titularidad para demandar; o aplicar normas severas a la gestión de los administradores de una asociación. Un tercer mecanismo sería exigir la publicación de los estados financieros; o restringir el monto máximo que pueda gastarse en el proceso de recaudación. Asimismo, sancionar la inscripción en los registros públicos como requisito constitutivo de la persona jurídica, etc. Cada una de estas posibilidades le proporciona al legislador los mecanismos necesarios para reforzar la prohibición de distribuir las ganancias a que hubiere lugar.

a) Titularidad para demandar

Recogiendo el principio constitucional que encomienda la defensa de la legalidad y de los intereses públicos al Ministerio Público, el Código Civil faculta a este Ministerio para solicitar la disolución de la asociación (art. 96) o del comité (art. 120), cuyas actividades contravengan el orden público o las buenas costumbres. Tratándose de una fundación, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones desempeña esa función (art. 109).³

En términos generales, aquellas condiciones de vida social instituidas en una comunidad jurídica que

3. Sería conveniente reflexionar acerca del rol que cumple el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones para entender porque, pese a su inoperancia, el Codificador del 1984 le atribuye funciones propias del Ministerio Público.

son fundamentales a la organización misma de la sociedad adquieren el rango de "orden público". A su turno, la noción de buenas costumbres está referida a los criterios de moralidad vigentes en una sociedad determinada.

La distribución del haber neto, por atentar contra la razón de ser de la asociación, cual es, su finalidad no lucrativa, transgrede un dispositivo legal y, por ende, cabría alegar que contraviene al orden público, dando lugar a la intervención del Ministerio Público en defensa del orden establecido.

Sin perjuicio de la acción que entable la Fiscalía ¿está el fundador, los asociados, benefactores y contribuyentes de una asociación, fundación o comité facultados para demandar en este caso? La situación de los asociados y del miembro de un comité no representa mayor problema: la ley les franquea la posibilidad de impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias (art. 92 y 117 respectivamente). Empero, luego de constituida la fundación el Derecho paradójicamente no le reconoce al fundador más derechos que a los terceros.

¿De qué mecanismo legal disponen los patrocinadores, benefactores o terceros en general ante la mala gestión de los administradores? Como cualquier otro ciudadano pueden dirigirse al Ministerio Público para que este tome cartas en el asunto. Esta sería, sin embargo, una manera indirecta de lograr su cometido. Podrían, acaso, participar de manera directa sin recurrir a la intervención del Ministerio Público? El Codificador de 1984 no se ocupa de este tema en el marco de las personas jurídicas. Sin embargo, el art. VI del Título Preliminar sanciona el principio del legítimo interés para accionar.

Desafortunadamente escapa a los alcances de este estudio detenemos a profundizar acerca de la compleja y polémica noción de legítimo interés. En términos generales podemos afirmar que todo aquel que de una u otra forma pudiese verse perjudicado o amenazado por determinado acto asume la categoría de legítimo interés. ¿En que medida puede resultar perjudicado el fundador por la dolosa gestión de los administradores? Económicamente de ninguna manera, a lo sumo moralmente. Aún en este último caso su acción corre el riesgo de no prosperar ya que los alcances del interés moral son materia de ardua discusión. ¿Por qué habría que negarle al fundador este mínimo grado de interés por el funcionamiento de "su" fundación? La solución adoptada no es feliz y amerita una reformulación de las normas y principios que rigen el Derecho de Fundaciones, tema que por su trascendencia merece un estudio minucioso y exhaustivo.

En cambio, los beneficiarios y patrocinadores parecerían gozar de mayores ventajas, ya que ellos si se ven, de manera directa e inmediata, afectados por

la dolosa gestión de los administradores. La solución de este punto supone un análisis más detenido del principio del legítimo interés para demandar, tema éste del que no podemos ahora ocuparnos.

Sin perjuicio de lo que se diga en el marco del legítimo interés para demandar, debemos preguntarnos en términos generales si el ordenamiento legal debe reconocer este derecho, por ejemplo a los patrocinadores y benefactores de la Cruz Roja o de la Fundación por los Niños del Perú. Al estudiar el rol que estas instituciones desempeñan en la sociedad moderna destacamos su labor fiduciaria, conceptualizando la prohibición de repartir utilidades como un mecanismo de protección a aquellas personas que confiando en la ausencia del espíritu de ganancia contribuyen a financiar las actividades de la institución.

A diferencia de la donación que realiza el tío a la sobrina preferida, quien contribuye de manera voluntaria y gratuita a la Cruz Roja o a la Fundación por los Niños del Perú tiene un interés especial en la organización: quiere que su patrocinio cumpla su cometido. En aras de fiscalizar y tutelar la naturaleza no lucrativa de estas instituciones, Hansmann sugiere se le reconozca a los patrocinadores la facultad de llevar a cabo una acción judicial contra quienes violen esta prohibición.⁴ A fin de evitar litigios superfluos, el referido autor propone, entre otros, que se le exija al demandante consignar una suma equivalente a las costas del juicio. Asimismo, que todo reembolso a que hubiere lugar se destine a financiar las actividades de la organización, negándole al demandante todo derecho sobre el mismo. Por último, invalidar toda transacción, en la que el demandante perciba una suma mayor a las costas propias del juicio.⁵

El caso de los beneficiarios es algo distinto ya que, como se ha dicho, la prohibición de repartir utilidades no apunta a su protección sino a la de los patrocinadores, que se valen de la estructura no lucrativa para asistir a los primeros.

Sin embargo, cabría alegar que los beneficiarios están en mejores condiciones de evaluar si la organización cumple o no sus fines y que, por ende, debe extenderse la facultad de demandar a ellos.⁶ En última instancia, estamos ante una opción legislativa. Dependiendo de cómo se conciba el principio del legítimo interés los beneficiarios gozarán o no de esta prerrogativa. En nuestra opinión los beneficiarios deberían quedar excluidos, ya que, a diferencia del contrato a favor del tercero (art. 1457 y siguientes) que

4. Hansmann, Henry: "Reforming Nonprofit Corporation Law", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 129, Nº 3, enero 1981, (en adelante citado "Reforming"), p. 606 a 609.

5. *Ibidem*, p. 610.

6. *Ibidem*, p. 611 y ss.

crea de manera directa e inmediata un derecho en el patrimonio del tercero (en la medida que éste conozca y acepte el hecho) el donante de la Cruz Roja no designa a los beneficiarios de su contribución, más aún, así quisiese, su designación no obliga a la Cruz Roja (a menos que se haga en el marco de una donación bajo cargo). El beneficiario en el contrato a favor de tercero tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato a título personal. Mientras que el beneficiario del contrato a favor de tercero es una persona determinada (o determinable al momento de contratar), los beneficiarios de la Cruz Roja son indeterminables. Cualquiera podría demandar a los administradores basando los cargos de mala gestión en el hecho que no se le incluye en la categoría de beneficiarios. Por las razones expuestas, estimamos que no debería reconocerse capacidad para demandar a los beneficiarios en estos casos.

b) Obligación de informar⁷

Según Hansmann las organizaciones sin fines de lucro deberían informar a sus patrocinadores (presente y futuro) el uso y destino que darán a los fondos recaudados, permitiendo así una mejor fiscalización de la prohibición de repartir utilidades. La manera más directa de transmitir esta información se da a través del estatuto. Cuando más restringido sea el objeto social mayor posibilidad de fiscalizar el uso a que se destinan los fondos recaudados. El principio de especialidad de las personas jurídicas adquiere en este campo su total eficacia —una diferencia más frente a las sociedades mercantiles que adoptan un objeto social tan amplio que ampara casi cualquier tipo de actividad.

Asimismo, podría requerirse que las organizaciones de cierta envergadura pongan a disposición del Ministerio Público y público en general copia de sus estados financieros.

c) Responsabilidad de los administradores por mala gestión

La comercialización del Derecho Privado y práctica profesional de nuestros letrados da pie a que se trate indistintamente a los administradores de una sociedad anónima y a aquellos de una asociación, aplicándoles las mismas normas y standards de conducta. Inconscientemente identificamos la situación del gerente de una sociedad anónima con la del "gerente" del club o máximo funcionario ejecutivo, por ejemplo, de la Cruz Roja, sin siquiera cuestionar el por qué de la relación. Este "a priori" descarta de plano todo cuestionamiento del tema,⁸ alejándonos de la pregunta central acerca del rol de las organizaciones no lucrativas frente a la sociedad anónima.

Luna-Victoria, es el primero en percibir la diferencia al referirse al problema de cómo determinar la responsabilidad de los administradores y cómo proteger el interés de la colectividad potencialmente beneficiaria. "Este es un aspecto que trasciende el nivel exclusivamente legal, para entrar a discutir sobre los modelos de control en la gestión de la persona jurídica." El mencionado autor considera que debe dejarse en libertad a la organización para que ella misma determine la responsabilidad de la gestión de sus funcionarios, descartando así todo mecanismo u organismo estatal que los controle. Concluye que debería existir una norma que prohíba la liberación de responsabilidad de los administradores por parte de los asociados. Libertad pero restringida sería la fórmula que propugna el autor.

Pero ¿cuáles son los alcances de esta tesis? ¿Si no se permite la liberación de responsabilidad que discreción tiene la organización en este campo? La respuesta sólo puede ser una: decidir acerca de los standards de conducta que se exigirán a los administradores; esto es, que tipo de negligencia debe probarse en su contra (¿culpa inexcusable, leve o levísima?), si puede delegar sus funciones y qué responsabilidad tiene en ese caso (¿derivada u originaria?), etc.

No obstante sus bondades, este planteamiento asume como universal el hecho que los patrocinadores ostentan el control de la asociación, es decir que administradores y administrados constituyen una unidad. La tesis parece hecha a la medida para las organizaciones mutuales, tales como los clubs, en que los socios (léase patrocinadores) eligen y fiscalizan de manera directa e inmediata a sus administradores. La situación es algo distinta si pensamos en la Cruz Roja, la Fundación por los Niños del Perú o la Telefón, por ejemplo, ya que en estos casos quienes financian las actividades de esas instituciones (léase patrocinadores) no tienen ningún tipo de acceso directo al control de la organización. De permitirse que la propia persona jurídica establezca los standards de conducta a que están sometidos sus administradores, los fundadores de la Cruz Roja o Fundación por los Niños del Perú en tanto tales incluirán en los estatutos normas benignas en materia de administración, y luego, en tanto administradores "se reirán de los peces de colores". Se estaría permitiendo por vía indirecta lo que la ley prohíbe de manera directa: el enriquecimiento de los administradores en perjuicio de los patrocinadores, beneficiarios y público en general.

Mientras los administrados tengan la posibilidad de elegir a sus administradores, tal como ocurre en

7. Este punto aparece en Hansmann, *Reforming*", p. 615 y ss., p. 620 y ss.

8. La agudeza y sentido crítico de Luna Victoria lo hacen "cuestionar hasta lo evidente" llevándolo a sugerir la posibilidad de aplicar distintos standards de responsabilidad a los administradores de una asociación frente a aquellos de la sociedad anónima (Luna Victoria, p. 56).

los clubs sociales o sociedades mercantiles —en nuestra nueva terminología, mientras los patrocinadores ejerzan control sobre la organización— puede dejarse en libertad a la persona jurídica para que ella misma determine los standards de conducta a que deberán atenerse sus funcionarios. *Contrario sensu*, si los patrocinadores no tienen acceso al control de la institución esta no puede decidir libremente y a discreción el grado de responsabilidad de sus administradores, ya que desnaturalizaría el carácter fiduciario de esta entidad.

Tanto los asociados de un club como los accionistas de una sociedad anónima tienen los mecanismos necesarios para velar por sus propios intereses (v. gr. derecho de voto, impugnación de acuerdos, derecho de información, etc.). La prohibición de distribuir utilidades, propia de toda organización sin fines de lucro, adquiere sentido precisamente cuando y porque los patrocinadores de la Cruz Roja o Fundación por los Niños del Perú no están en condiciones de supervigilar el cumplimiento del encargo. De allí que Hansmann propugne standards de conducta más estrictas tratándose de entidades no lucrativas.⁹ En tal virtud habría que prohibir todo tipo de "self-dealing" en que estuviese involucrado un administrador. Amén de las ventajas tan saludables de esa solución, con la misma pluma se estarían proscribiendo transacciones que pudiesen ser sumamente beneficiosas para la organización, v. gr. el hecho que en situaciones adversas un funcionario garantice cierta operación u obtenga crédito de una institución controlada por él.

El propio Hansmann reconoce la necesidad de flexibilizar esta norma, ya sea requiriendo una autorización judicial o gubernamental previa o al estilo del legislador californiano¹⁰ disponiendo que quien alegue la validez de la transacción debe acreditar: a) que beneficia a la organización; b) que es justo y razonable; c) que fue aprobada por la junta directiva; y d) que la institución no habría podido conseguir un contrato más beneficioso. La ventaja de esta salida radica en imponer la carga de la prueba sobre la parte acusada de mala gestión, a la vez que permite a la otra parte cuestionar la validez de los actos realizados por los administradores limitándose a demostrar la existencia de una operación más ventajosa que la celebrada.¹¹

d) Quiebra solicitada por los acreedores

Redundando en esta línea de pensamiento hay que considerar la solicitud de quiebra hecha por los acreedores como otro mecanismo de fiscalización de la gestión administrativa. La quiebra en términos generales se produce por la cesación en el pago de las obligaciones contraídas. Esto puede deberse, entre otros, a circunstancias coyunturales ajenas a la empresa, o a la ineficacia en la conducción del negocio. De prohibirse la solicitud de quiebra por parte de los terrenos, se estaría premiando la mala gestión administrativa y exponiendo a la organización a mayores costos transaccionales, ya que los acreedores en garantía de su créditos cobrarían tasas más altas, pactarían condiciones más drásticas, etc.¹²

e) Recaudación de fondos públicos

Para financiar sus actividades muchas organizaciones realizan colectas públicas. Algunas consultan y se asesoran por especialistas en la materia, llegando incluso a encomendarles la recaudación en su conjunto. La prohibición de distraer el haber de las organizaciones para fines ajenos a su constitución suscita en este contexto ciertas interrogantes.

¿Debe limitarse legalmente la remuneración que se abone al especialista? ¿No sería mejor, acaso, obligar a que se publicite el destino de los fondos y el porcentaje que cobra el especialista? ¿O debería exigirse una autorización administrativa previa?

Imaginemos el caso en que un joven y ambicioso administrador de empresas ofrece sus servicios a la Cruz Roja a cambio de un porcentaje determinado. Que tal si uno se obliga a llevar a cabo la recaudación y sea cual fuere el monto recolectado, uno se compromete a pagarle a la institución determinada suma de dinero, beneficiándose con el excedente a que hubiere lugar. (¿Sería un acuerdo lícito? ¿O es que, acaso, la prohibición de distraer los fondos de la asociación estaría siendo transgredido? Supongamos otro caso. La organización luego de consultar a sus asesores establece que si un 1% responde a su convocatoria cubrirían costos, todo lo demás sería la ganancia líquida. En su afán de llegar a un mayor grupo de posibles patrocinadores la entidad contrata avisos publicitarios en los distintos medios de comunicación. Al cierre del ejercicio los estados financieros no arrojan pérdidas pero tampoco ganancias. El dinero de los patrocinadores sirvió para financiar la campaña publicitaria. Al año siguiente ¿puede la institución continuar con esta política? En última instancia, el problema radica en determinar qué esfuerzos resultan

9. Hansmann, "Reforming", p. 567 y ss. Este es, quizás, el motivo por el cual las teorías de Hansmann no encuentran muchos adeptos entre los administradores de las "non profits" norteamericanas. En igual sentido de Belaúnde: "El proyecto del nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas", *Derecho* Nº 36, PUC, 1982, p. 172, propone normas de responsabilidad más severas tratándose de los administradores de un comité. También Fernández Sessarego, Carlos: *Derecho de las Personas*, 2a. ed., Lima 1987, p. 213.

10. "California Nonprofit Corporation Law", Cal. Corp. Code Art. 5000-10845 (West Supp. 1980).

11. Hansmann, "Reforming", p. 563 y ss.

12. Mason, Kenneth: "Exempting Nonprofit Corporations from Involuntary Bankruptcy: Misplaces Compassion", Yale Law School, EE.UU., dic. 1983, manuscrito no publicado.

razonables y cuál es el monto a que el especialista es acreedor.

Debemos proceder con cautela ya que la recolección pública de aportes importa algo más que el mero interés pecuniario. En efecto, la defensa pública de determinado objetivo, difusión de ciertas ideas, transmisión de información y el llamado a apoyar determinada causa están íntimamente vinculados al ejercicio de las libertades de prensa, opinión y conciencia. Por ello, cualquier medida que restrinja o circunscriba la recaudación pública de fondos debe estar referida a intereses de orden público o interés social que amparen la limitación de un derecho constitucional.

2. OBJETO SOCIAL

Nuestro estudio quedaría incompleto si no tocamos el tema relacionado a las actividades que pueden realizar las organizaciones no lucrativas. De lo que se trata es de determinar si el legislador debe restringir el campo de acción de estas entidades.

Nuestro sistema legal no ofrece una respuesta coherente ni menos satisfactoria al respecto, más bien parecería brindar posiciones contradictorias. En el caso de la asociación el legislador habla de actividad común (art. 80), para la fundación usa el término "objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otras de interés social" (art. 99) y tratándose del comité se refiere únicamente a la "recaudación pública" (art. 111).

Con anterioridad hemos comparado la actividad que realiza la Cruz Roja con aquella de una sociedad anónima dedicada al transporte y distribución de víveres, así como la actividad de la "nueva generación" con la de una academia pre-universitaria. A esta lista podríamos agregar un sinnúmero de otros casos, v. gr. la Asociación Tarea que se dedica a labores de publicación e impresión y Lluvia Editores S.R.L. cuyo giro social es el mismo. ¿Existe, acaso, alguna diferencia entre las actividades que realizan estas entidades? Según Luna Victoria, la diferencia no está en la actividad cotidiana, ya que las asociaciones civiles realizan actividad económica de modo habitual (y en algunos casos organizadas de manera más eficiente que cualquier empresa).¹³

La enumeración de objetivos en el caso de la Fundación resulta en sí misma meramente enunciativa ya que como "cajón de sastre" incluye cualquier actividad de interés social. La intención de la norma no es clara. Sin duda da cabida a una interpretación más genérica y liberal: la fundación puede dedicarse a cualquier cosa que ampare el interés social. Aún cuando este no fuese el caso, nos cuesta imaginar una justificación a contrario. En la medida que se respete

la prohibición de distraer el haber de la organización para fines ajenos a la misma no existe razón alguna para limitar o restringir de manera directa el campo de actividad de las entidades sin fines de lucro.¹⁴

Ahora bien, la Constitución en su art. 56 sanciona la participación de los trabajadores en la gestión, utilidad y propiedad de la empresa. ¿Restringe este dispositivo el campo de acción de las personas jurídicas sin fin de lucro? A primera vista parecería que no. Sin embargo, Luna Victoria, refiriéndose a la asociación, estima que el precepto también las comprende y que, por ende, limita su campo de acción.¹⁴ Escapa a los alcances de este breve estudio profundizar acerca de temas propios de otras ramas del Derecho; es importante, empero, resaltar, una vez más, la diferencia existente entre una organización no lucrativa y una sociedad. La estructura de la sociedad anónima, por ejemplo, enfrenta el afán de lucro de los accionistas con el bienestar de la clase trabajadora, oposición ésta que no está presente en el caso de las entidades no lucrativas. Mientras que en el caso de las sociedades la intervención estatal tiene por objeto dar prioridad a un interés social (la defensa de los trabajadores) frente al interés meramente pecuniario de los accionistas, en el caso de las entidades no lucrativas dos intereses sociales están contrapuestos: el de los trabajadores y el de los beneficiarios de la organización.

Pero ¿cuáles serían los alcances del precepto constitucional? Respecto de la participación laboral en la propiedad de la empresa la propia Constitución da la respuesta: los trabajadores tienen derecho a participar en ella en tanto la naturaleza de ésta así lo permita. El patrimonio de la persona jurídica sin fin de lucro está afecto a una finalidad determinada, no es, pues, de libre disposición ni objeto de derechos individuales. Parecería en cambio, que nada impide la participación laboral en la gestión de la empresa. Al respecto, debemos distinguir dos tipos de personas jurídicas: a) por un lado aquellas entidades creadas en beneficio de sus miembros, tales como el típico "club";¹⁶ y b) aquellas entidades que realmente cumplen un rol fiduciario (como la fundación, el comité y aquellas asociaciones receptoras de fondos públicos). Mientras que este último caso nada impide la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la organización, en el caso de la asociación-club el derecho de los trabajadores coligiría con el de libertad de asociación (art. 2, inc. 11 Constitución) de los miembros de la organización. Por último, debemos considerar si la participación de los trabajadores en el superhábit a que hubiere lugar desnaturaliza la finalidad no lucrativa. En la medida que la aplicación del precepto constitucional no de pie a fraudes la partici-

13. Luna Victoria, p. 49.

14. Así también Hansmann, "Reforming", p. 526 y ss.

15. Luna Victoria, p. 53 y ss.

16. Ver infra 4.

pación de los trabajadores se computaría como carga laboral y, en tanto tal, no contravendría la naturaleza no lucrativa de estas entidades. En consecuencia, podemos concluir que ni la naturaleza jurídica ni la estructura organizativa de estas instituciones (salvo en el caso de las asociaciones-club) impiden cumplir con los mecanismos de participación de los trabajadores que garantiza la Constitución.

3. TRATAMIENTO FISCAL

Con frecuencia las instituciones no lucrativas gozan de beneficios tributarios, anhelados y enviados por las sociedades mercantiles. ¿Cuál es el fundamento para ello? ¿Por qué habría el Estado de subvencionar el quehacer y desarrollo de estas instituciones?

Hansmann¹⁷ ofrece una respuesta singular: los beneficios tributarios son una manera de aliviar la dificultad de estas entidades para acceder a fuentes de capital. En efecto, la prohibición de distribuir utilidades excluye toda omisión de acciones, quedando como únicas alternativas de financiamiento las siguientes: a) donaciones —que dependen de factores coyunturales generalmente que escapan a las predicciones de los administradores, además que su monto siempre es incierto; b) utilidades acumuladas —en caso las hubiere, pues por lo general toma mucho tiempo para que una entidad cuente con este tipo de reservas, quedando las asociaciones recién constituidas al margen de esta fuente de capital; c) endeudamiento —que, también, es limitado, ya que generalmente los activos de una universidad, centro de investigación o iglesia no son fungibles ni de fácil comercialización, sino complejos y muy especializados, amén de la dificultad moral (y repercusión que tendría en la sociedad) de ejecutar coactivamente a una de estas instituciones "para que pague sus deudas". En suma, estas entidades "tienen un limitado" —por no decir limitadísimo— acceso a capital. La exoneración tributaria es un mecanismo para aligerar la carga financiera de estas personas jurídicas.

En tanto subsidio, la exoneración fiscal sólo debe concederse a entidades que sean operativas y necesarias. Dicho en otros términos, cada vez que una institución provea servicios que el mercado no pueda ofrecer en condiciones competitivas, el Estado ha de intervenir de manera directa (tomando a su cargo la prestación de esos servicios) o indirecta (v. gr. subsidiando esa actividad). Qué opción tomar depende de consideraciones de otra índole, trascendiendo al campo de la toma de decisiones políticas. En la eventualidad que el Estado opte por no suplir de manera

directa el vacío, su presencia indirecta subsidiando el quehacer de la iniciativa privada no sólo es bienvenida sino imperativa.

Cabe destacar que no toda entidad sin fines de lucro debe ser exonerada por el sólo hecho de no perseguir ganancias. Más bien sólo aquellas instituciones que presten servicios de manera eficiente y que requieran del subsidio para lograr esa eficiencia serán acreedores de la exoneración.

Los beneficios tributarios suscitan otra cuestión: que sean la razón de ser de la institución. Es decir, mientras que en otras circunstancias la firma hubiese tenido que cerrar sus puertas y liquidar su actividad, gracias a este tratamiento fiscal benéfico no se inmoviliza un patrimonio que debería disolverse. Es el caso de una entidad científica que tiene un volumen considerable de activos pero cuyos servicios ya no son demandados por el público en general. En vez de obligársele a transferir esos bienes a una institución de mayor utilidad y beneficio para la comunidad, la exoneración tributaria estaría manteniéndola ficticiamente a flote, quedando esos bienes al margen de la actividad productiva del país.

De lo expuesto podemos colegir que la exoneración tributaria, en tanto subsidio, cumple un papel fundamental tratándose de entidades sin fines de lucro: aligera su difícil situación financiera. Es, por tanto, esencial para su desarrollo y subsistencia.

4. EL CASO DE LOS CLUBS

En diversas oportunidades a lo largo de este estudio hemos destacado el carácter especial de los clubs frente a las demás figuras no lucrativas. En concreto, señalamos que los socios están en una posición más ventajosa en relación al común de los patrocinadores, ya que en tanto "miembros" tienen la facultad de designar, fiscalizar y remover a sus administradores. Los socios al igual que los accionistas pueden pues, velar por sus propios intereses, cosa que no ocurre con los donantes de la Cruz Roja o quienes contribuyen al desarrollo de la Fundación por los Niños del Perú. Los clubs más que intermediarios investidos de calidades fiduciarias responden a necesidades extra-económicas, son el producto del deseo natural de los individuos de agruparse. Los clubs no responden, pues, a una imperfección del mercado;¹⁸ no ameritan, por tanto, de mayor intervención estatal para garantizar su normal desenvolvimiento.

De ahí que no sea necesario someter a los administradores de un club a standards de conducta rígidos y severos como en el caso de las demás entidades no lucrativas. Este es el terreno propicio para aplicar la tesis de Luna Victoria: debe dejarse en libertad al

17. Hansmann, Henry: "The Role of Nonprofit Enterprise", *The Yale Law Journal*, vol. 89 Nº 5, abril 1980 (en adelante citado "Role"), p. 877. Hansmann, Henry: "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from Corporate Income Taxation", *The Yale Law Journal*, vol. 91, 1981, p. 54 y ss.

18. Hansmann, "Role", p. 845.

club para que determine por si mismo en junta general de socios el grado de responsabilidad y diligencia que exige de sus funcionarios.¹⁹

El club se parece más a una cooperativa²⁰ o sociedad de personas que a una fundación o asociación al estilo de la Cruz Roja. Los clubs, al igual que las sociedades tienen miembros y se constituyen para velar, fomentar y mejorar la condición de estos. Ellos contribuyen al sostenimiento del club, ellos financian los proyectos de expansión, ellos se benefician de sus instalaciones excluyendo a los terceros y a la comunidad en general. No habría, pues, en principio reparo alguno ante la distribución de activos entre los miembros del club al momento de la disolución.²¹ Sin embargo, nuestro legislador niega rotundamente esta salida.

Sea por desconocimiento de las diferencias esenciales existentes entre un club y las demás asociaciones o por convicción, creemos que el Código ha recogido la solución más acertada. Lo contrario podría dar lugar a fraudes y "vivezas" por parte de los administradores de un club, especialmente en una sociedad como la nuestra donde son pocos quienes se comprometen a trabajar por los demás. Por otro lado, sería injusto que algunos socios disfruten de la inversión hecha por las anteriores generaciones de socios. Además, los clubs como unidades primarias de orga-

nización y esparcimiento benefician a la sociedad en su conjunto. Debe, pues, tratar de garantizarse su existencia.

Ocurre que en nuestro medio la asociación civil es un ente bicéfalo: por un lado proporciona la estructura necesaria para constituir un club, mientras que por el otro sirve de marco legal para administrar fondos suministrados por terceros, como, por ejemplo, en el caso de la cooperación técnica internacional. El articulado del Código Civil parece haber sido diseñado teniendo en mente la primera versión, debemos proporcionar ahora el tratamiento legal que la segunda requiere.

4. CONCLUSION

La persona jurídica sin fin de lucro, y con ella la asociación, ha dejado de ser una entidad meramente altruista para erigirse, en muchos casos, como promotora de desarrollo, complementando e incluso supliendo eventualmente la labor gubernamental. Luego de una detenida reflexión acerca del rol que estas instituciones desempeñan en la sociedad moderna concluimos con el profesor Hansmann que estas entidades cumplen un papel fiduciario. Queda ahora en manos de nuestros legisladores saber promulgar la reglamentación adecuada.

19. Cfr. Luna Victoria, p. 56.

20. Hansmann, "Reforming", p. 587, 598 y ss.

21. Ibidem, p. 583, 589 y ss.

Traslado del trabajador de acuerdo a la jurisprudencia actual

Dr. Carlos de la Torre Ugarte
Abogado

Antes de pasar a analizar esta institución debemos considerar cuál es su tratamiento actual de acuerdo a la ley de estabilidad laboral.

El art. 25 de esta ley considera como causal de hostilidad equivalente al despido indirecto:

" c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que por la naturaleza de su ocupación, hábito o contrato de trabajo preste servicios, con el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio."¹

Una de las primeras ejecutorias dictadas sobre esta causal de hostilidad es la resolución subdirectorial (R.Sd.) de 14 de setiembre de 1979,¹ la cual señaló con claridad que "las empresas que realizan labores de carácter rotativo, como las agencias de policías particulares, tienen la facultad de señalar a sus servidores el lugar donde prestan sus servicios".

Para entender (*ratio legis*) esta ejecutoria que data de nueve años atrás, debemos analizarla dentro de su contexto histórico. No hacía mucho que se había dictado el D.L. 22126, norma que ampliaba el término para generar la estabilidad laboral y que restringía la facultad del empleador para trasladar a un trabajador. Asimismo, existía una estricta normatividad del contrato de trabajo, si se tiene en cuenta que por casi 10 años había regido la ley de estabilidad laboral (D.L. 18471) que al disponer como hoy, la generación de ese derecho al cabo de tres meses de trabajo continuo, restringía severamente el principio de libre contratación que siempre había caracterizado al contrato laboral.

Dentro de ese contexto rígido hay quienes sostenían que en el contrato de trabajo la ubicación del centro de trabajo era una condición tácita del mismo y que no se podía modificar salvo acuerdo de partes.

Esta ejecutoria estableció que determinadas empresas (las que realizan actividades de carácter rotativo) sí tenían amplia facultad para trasladar a sus servidores, pero se refirió básicamente a traslados dentro de una misma ciudad. Quedaba así en duda si el resto de las otras empresas tenían esa facultad.

Vamos a ver en adelante, que posteriores ejecutorias han aclarado que el traslado del trabajador es una facultad inherente y derivada del denominado *jus variandi* (facultad de dirección y variación) que tiene automáticamente cualquier persona o empresa que tenga a otra persona bajo su cargo en forma subordinada. Se analizará también que esta facultad abarca inclusive los traslados al extranjero, pero en todos los casos limitada a las restricciones que señala actualmente el art. 25 de la Ley 24514, aclarado en forma parcial por las distintas ejecutorias tanto del Tribunal de Trabajo como del Fuero Administrativo de Trabajo.

La resolución del Tribunal de Trabajo (R.T.T.) de 12 de marzo de 1980 interpreta el inc. c, del art. 25 (antes inc. d del art. 19-D.L. 22126) sobre "cambio de lugar", aclarando que se trata en realidad del traslado de la **ubicación geográfica** del local.

"1) La causal estipulada en el inciso d) del art. 19 del D.L. Nº 22126 se refiere al traslado de la ubicación geográfica del local.

2) La exigencia del inciso c) del art. 19 del D.L. 22126, se refiere a prestar servicios en forma permanente en una labor distinta a la habitualidad siempre y cuando implique rebaja de categoría".²

Entendemos entonces por cambio geográfico básicamente el cambio de una ciudad a otra. Aunque

1. De la Torre Ugarte, Carlos: "Jurisprudencia del Trabajo" 1980, Perú, tomo I, Ejecutoria Nº 310.

2. De la Torre Ugarte, Carlos; Op. cit., tomo II, Ejecutoria Nº 738.

el texto de la ejecutoria no excluye la posibilidad que sea dentro de una misma localidad, difícilmente se podría demostrar el ánimo o deliberado propósito perjudicial al trabajador que exige la ley en este último caso, ya que, salvo la movilidad, el costo económico de laborar en distintos puntos de la ciudad probablemente sería casi el mismo.

La R.T.T. de 28 de setiembre de 1982, establece concretamente como ejemplo de "cambio geográfico", criterio que ya comienza a ser aceptado dentro del ámbito jurisdiccional, el caso del traslado de un trabajador entre dos ciudades o localidades vecinas; de Tumbes a Piura.

"La decisión de cambio geográfico del área de Tumbes, en la que laboraba el accionante, a la de la ciudad de Piura, puede ser perjudicial para el trabajador por poderle generar un desequilibrio económico o de salud".³

De la lectura de esta ejecutoria se deduce sin embargo que la cercanía o distancia implicada en el cambio es un factor que por sí solo no es suficiente para tipificar el ánimo perjudicial del empleador. Esta ejecutoria aclara que dicho traslado puede implicar un "desequilibrio" para el trabajador. No bastará entonces, que se produzca cualquier cambio económico, sino que éste tendrá que ser significativo como podría ser por ejemplo, el encarecimiento sustancial del costo de vida del trabajador (alimentos más caros, aumento de alquiler de vivienda, etc.).

En mi opinión el concepto de "hostilidad" no puede aplicarse a cualquier cambio económico, éste debe implicar un perjuicio o daño "concreto", criterio puntualizado por la R.T.T. de 4 de mayo de 1987, referido a la causal de rebaja de categoría que debe aplicarse analógicamente al "traslado perjudicial" del trabajador.

"El cambio de labores obliga a acreditar la existencia de un perjuicio susceptible de verificarse en forma tangible y objetiva".⁴

En el caso de producirse como consecuencia del traslado, otros perjuicios económicos menores (encarecimientos mínimos), se podría hablar más bien de faltas menores, por incumplimiento del contrato de trabajo que implica tácitamente no encarecer las condiciones de vida ni de trabajo del trabajador (compra de ropa especial, herramientas, etc.), infracciones que podrían ser denunciadas ante la autoridad administrativa y ésta ordenar su cese bajo apercibimiento de multa, pero no considero que esos casos constituyan

hostilidad, falta sustantiva del empleador que puede equivaler al despido indirecto.

La ejecutoria de 1982 en análisis, exige además de manera alternativa la existencia de un perjuicio a la salud del trabajador trasladado. Este efecto puede deberse al cambio sustancial de las condiciones climáticas/atmosféricas que pueden crear una enfermedad o agravar otra en el trabajador. Como la carga de la prueba en materia de hostilidades corresponde al trabajador, éste deberá probar por medios idóneos como certificados médicos, el empeoramiento de su salud, la adquisición de enfermedades o alguna complicación debido al nuevo habitat laboral.

Cabe preguntarse si para tipificar esta causal de hostilidad puede darse este perjuicio en los familiares del trabajador trasladado. Considero que la respuesta es negativa. El contrato de trabajo se suscribe sólo entre dos personas e implica contraprestaciones recíprocas. El empleador, por su lado, tiene obligación de pagar la misma remuneración por igual trabajo (no reducción) y como dijimos, la de no perjudicar al trabajador cambiando sus condiciones de trabajo presentes al momento de su contratación (condición tácita), por consiguiente el daño o perjuicio exigido debe ser ocasionado al trabajador.

Un ejemplo típico del traslado perjudicial podría darse en el caso del traslado de un servidor a una localidad en altura (compañía minera), que le puede ocasionar al trabajador daños bronquiales o respiratorios. Viceversa, un trabajador que es contratado y que está acostumbrado a laborar en la sierra en una localidad seca es trasladado a la costa cerca al mar y dada las condiciones de humedad extrema prevaletentes puede también adquirir una enfermedad.

La jurisprudencia no ha especificado aún que caso de enfermedad o mal debe presentarse. Considero, sin embargo, que ésta debe ser algo notoria, que disminuya al trabajador en sus capacidades productivas o en el desarrollo normal de su vida.

Merece un análisis especial y detenido el caso contemplado en la ejecutoria (R.Sd.) de 31 de diciembre de 1985.

"No constituye rebaja de categoría el traslado de un funcionario de un país al otro, con el mismo cargo o categoría, con el mismo sueldo básico en moneda nacional, pero con menor cantidad de 'remuneración al cargo' 'asignación por vivienda' y 'movilidad' en dólares, si el costo de vida del país al que es transferido es menor que el anterior".⁵

Este fallo se refiere al traslado de un funcionario de un país a otro, con el mismo cargo o categoría y

3. De la Torre Ugarte, Carlos: Op. cit., tomo II, Ejecutoria Nº 733.

4. Elías Mantero, Fernando: *Actualidad Laboral* (revista), enero-1988, pág. 52.

5. De la Torre Ugarte, Carlos: Op. cit., t. III, Ejecutoria Nº 686.

con el mismo sueldo básico pero con menores "remuneraciones complementarias" tales como: "remuneración al cargo", "asignación por vivienda" y "movilidad" en dólares, cuando el costo de vida del país al que es transferido es mayor al de origen.

Es discutible si en este caso se tipificaría la causal de hostilidad por traslado perjudicial (inciso c), o se trataría mas bien del de rebaja de categoría y remuneración. (inciso b).

Cualquiera sea ese resultado, lo importante es considerar que la facultad que tiene el empleador de trasladar a un trabajador, especialmente a otro país con costo de vida mayor, se ve también limitada por el hecho de no poder disminuir la remuneración básica del trabajador ni mucho menos, como lo indica esta ejecutoria, sus remuneraciones complementarias; es decir todas aquellas que no corresponden rigurosamente a la definición técnica de remuneración como "retribución de servicios remunerados" tales como, la remuneración o bonificación al cargo, los gastos de representación, movilidad, asignación por vivienda, etc., los que de suprimirse o encarecerse (en el caso de haberlos percibidos antes) o de no suministrarse en el caso que se requieran (movilidad si el traslado implica vivir en un lugar alejado del centro de trabajo o si el costo del transporte en la nueva ciudad es significativamente mayor) tipificarían sin duda una hostilidad.

A pesar de que esta ejecutoria se refiere a "funcionarios" (altos empleados de confianza o quienes ejercen cargos directivos), no debe interpretarse que señala limitaciones sólo para éstos. Debemos entender que esta ejecutoria está señalando limitaciones muy importantes para el traslado de cualquier trabajador (por ejemplo, un obrero que es trasladado a laborar a una plataforma marítima o a un campamento en la selva) ya sea dentro o fuera del país. Lo que sucede es que el factor económico es vital y determinante para medir el perjuicio del traslado del trabajador al extranjero, ya que los costos de vida varían con más frecuencia y sustantivamente de un país a otro.

Podemos concluir entonces, que el traslado de un trabajador a otra localidad o ciudad no puede implicar el encarecimiento de su costo de vida ni el de su familia pues sino se tipificaría claramente la hostilidad.

La ejecutoria del 3 de abril de 1986 ha establecido que el traslado a una ciudad distante, tal como de Trujillo a Yauli-La Oroya constituye acto de hostilidad.⁶

No considero que en este caso, el criterio del tribunal haya sido el más acertado. Como dijimos

antes, la distancia o lejanía por si sola no constituye un elemento suficiente que demuestre el ánimo de perjuicio, sin embargo, es un elemento o factor que puede dar indicios del ánimo de "alejar" al trabajador y de ocasionarle un perjuicio.

Podemos concluir también que el traslado de una ciudad de la costa a otra de la sierra como es el caso de las ciudades nombradas, puede implicar un ánimo perjudicial pero no podemos deducir que esta ejecutoria constituye una regla, pues existen otras ciudades de la sierra que gozan de climas secos y hasta templados que contribuyen por el contrario, y también por lo general, a fortalecer y mejorar la salud del servidor trasladado. Asimismo, tratándose de servidores trasladados de Lima a la sierra, tampoco se podría hablar de perjuicio económico, ya que es evidente que el costo de vida en la mayor parte de las ciudades de la sierra es significativamente menor que el de la capital.

Siguiendo el orden cronológico utilizado en este ensayo, analizamos la R.S.D. 316-86-2SD-DEN de 29 de diciembre de 1986, que establece que la facultad que tiene el empleador de trasladar al personal de un local a otro (dentro de una misma ciudad) que se deduce del denominado *jus variandi* o facultad de dirección y variación, está también limitado por el perjuicio que pueda ocasionar al trabajador, al rebajarlo de categoría.

"Corresponde al empleador en uso de su *jus variandi* efectuar cambios, siempre y cuando no irroguen perjuicio a los trabajadores en sus remuneraciones o categoría. En tal sentido, el cambio de lugar de centro de trabajo (de la cuadra tres de la Av. Arequipa a la Av. Sur en Chorrillos), no constituye acto de hostilidad, más aún si el empleador proporciona movilidad para facilitar el traslado de sus trabajadores".⁷

Se confirma aquí nuestra interpretación que el inciso c) en análisis se refiere básicamente a traslados a distintas ciudades o localidades fuera de una ciudad.

Considero como se señala en el texto de la R. Div. 327-86-1DV-DEN⁸, que este caso de traslado de local se debe entender más propiamente como una "rotación", facultad inherente de todo empleador tal como lo ha señalado acertadamente el doctor Fernando Elías Mantero en su análisis del texto legal de esta causal de hostilidad.⁹

6. De la Torre Ugarte, Carlos. t. III, Ejecutoria Nº 693.

7. Manual Laboral. Editorial Economía y Finanzas. Actualización Nº 65.

8. Confirmada por la R.Sd. Nº 316-86-2SD-DEN. Elías Mantero, Fernando. Op. cit. abril 1987, p. 56.

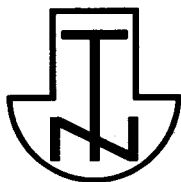
9. Elías Mantero. Op. cit., julio-87, p. 9 "Cambio del lugar de trabajo del servidor".

Finalizando el análisis de esta última ejecutoria se debe señalar que en virtud de lo previsto por el Art. 34 del D.S. 006-72-TR, así como múltiples ejecutorias, es el trabajador quién debe probar los hechos que invoca en su denuncia no existiendo una excepción a este principio de la carga de la prueba para el caso de hostilidad. Siguiendo ese criterio, el trabajador "trasladado" de acuerdo al significado esbozado en estas líneas, para tipificar la hostilidad, debe probar básicamente ya sea (1) el encarecimiento del costo de vida (incluyendo los gastos necesarios o desembolsos implicados en la realización de su trabajo) o (2) el perjuicio concreto en su salud.

No puede considerarse tampoco que constitu-

yen pruebas del perjuicio aludido, hechos distintos a los señalados por la jurisprudencia estudiada como serían por ejemplo: que el trabajador trasladado sea un dirigente sindical; que tenga impedimentos o dificultades para trasladar a su familia porque ésta ya está "afincada" en una localidad; que la esposa del trabajador deba renunciar a su trabajo, o que sus hijos tengan que interrumpir sus estudios. En estos últimos casos, el trabajador tiene el deber de cumplir con las condiciones inherentes al contrato de trabajo trasladándose con su familia y si este cambio le implica nuevos gastos por vivienda, educación, matrículas y análogos, éstos deberán ser solventados por el empleador, de lo contrario se tipificará plenamente la denominada hostilidad por traslado perjudicial.

***icalientitas
y mucho más deliciosas
ahora están en su hogar
las nuevas***



Las Galletas **Victoria** son las únicas
galletas en el Perú, que orgullosamente
ostentan el sello Itintec.

**Galletas
Victoria**

al calor del hogar

"LA ACCION DE AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA PROBLEMATICA DE LAS VIAS PREVIAS Y LAS VIAS PARALELAS "

Samuel Abad Yupanqui

Tesis sustentada en mayo de 1988 ante los doctores Domingo García Belaúnde, César Valega García y Francisco Eguiguren Praeli. Sobresaliente.

Es indudable que la incorporación de la acción de amparo a nuestra normatividad constitucional y legal ha significado un positivo avance para la defensa de un amplio conjunto de derechos fundamentales, pero también ha suscitado —principalmente por su novedad entre nosotros— diversos problemas de interpretación y aplicación de las normas sustantivas y procesales que regulan su ejercicio. Por el interés jurídico que el esclarecimiento de estos controvertidos problemas ha generado en los ámbitos académicos, profesionales y judiciales, no exageramos al afirmar que la temática del amparo concentra actualmente especial atención incluso más allá del terreno de los especialistas en el Derecho Constitucional.

Este es quizás el primer mérito importante de la tesis de Samuel Abad, pues contribuye decididamente al mejor conocimiento y comprensión de la institución del amparo, a la luz del tratamiento de algunos de los principales temas que hoy preocupan a los juristas, abogados, jueces y litigantes nacionales vinculados a este tipo de procesos.

No es por ello casual que la tesis se divida en dos grandes partes,

cada una de las cuales pretende abocarse al estudio de un problema central y controvertido en la utilización del amparo en el Perú. La primera parte está destinada al análisis de los alcances y requerimientos para la procedencia de las acciones de amparo promovidas contra resoluciones expedidas por magistrados del poder judicial, nada menos que el 60% del conjunto de los casos de amparo publicadas en *El Peruano* desde diciembre de 1982 (inicio de la vigencia de la Ley 23506) hasta diciembre del 86. Y, la segunda, dedicada a analizar la ubicación de la acción de amparo dentro del sistema procesal y judicial peruano, para determinar si tiene una naturaleza excepcional, extraordinaria o residual frente a otro tipo de acciones judiciales disponibles a los justiciables; o si, por el contrario, su empleo queda librado a la exclusiva decisión o elección del afectado, ante la amenaza o violación de alguno de sus derechos fundamentales.

Y es aquí donde reside un segundo mérito de esta tesis, pues para el estudio de los temas se ofrece un riguroso e integral esfuerzo de recopilación y análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, que abarca las principales tendencias y experiencias sobre la materia en países como México, España, Alemania, Argentina y, naturalmente, Perú. En el caso peruano destaca especialmente la evaluación que la tesis permite lograr sobre los antecedentes y la situación actual a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial en relación al amparo contra resoluciones judiciales y los problemas de las vías previas y paralelas.

Pero si el aporte al estudio de temas de interés actual y la integridad del enfoque son dos méritos

indudables de este trabajo, pienso que su principal logro (pese a mencionarlo como tercer mérito de la tesis) es la paciente tarea de recopilación, sistematización cuantitativa y cualitativa y análisis de la jurisprudencia nacional sobre el tema. Estamos ante un verdadero trabajo de investigación jurídica, cuyos resultados permiten apreciar con claridad, por ejemplo, cuáles han sido los criterios y razonamientos adoptados por el poder judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales al resolver estos procesos, así como las opciones interpretativas que han ido prevaleciendo en la magistratura en torno a estos problemas.

Creo necesario dar cuenta de la forma en que se ha elaborado esta tesis, de lo cual puedo dar testimonio como asesor de la misma, pues he conocido el entusiasmo y la seriedad con que Samuel Abad emprendió esta tarea de investigación que le ha tomado casi tres años. Las páginas de "THEMIS", siempre abiertas a las inquietudes académicas de profesores y estudiantes, recogieron en 1985 (en los números 2 y 3) los primeros esfuerzos de investigación desarrollados por Abad en el tema. Esta tesis es la culminación de aquellas inquietudes y, estoy seguro, un paso decisivo en la concreción de sus nuevos trabajos de estudio en materia del derecho procesal constitucional.

Finalmente, debo explicar que si me he limitado en esta breve reseña a presentar los principales aportes y el contenido general de la tesis, en vez de dar cuenta de sus principales planteamientos y conclusiones, es porque estoy convencido que quienes tienen interés por la problemática del amparo deben necesariamente leer y consultar dicha tesis que, en mi modesta pero

sincera opinión, constituye el trabajo de investigación más serio y riguroso que hasta el momento se ha realizado en el Perú en torno a la acción de amparo y su aplicación.

En una realidad universitaria y profesional donde muchos tienden a desmerecer e instrumentalizar el papel de la tesis, asumiéndola como un simple requisito a cumplir sin mayor creatividad ni rigor académico, este trabajo de Samuel Abad rescata para la tesis ese auténtico valor de incentivo a la investigación jurídica que no puede perderse en nuestra Facultad, pues no sólo conlleva un destacado aporte a la incipiente disciplina constitucional peruana, sino que sirve de ejemplo a seguir por aquellos estudiantes que saben que la elaboración de una tesis no es un incidente cualquiera en su vida universitaria, sino un componente decisivo en su formación académica, personal y profesional. (Francisco José Eguiguren Praeli)

"LA MÚLTIPLE NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES"

José Manuel Peschiera R.

**Tesis sustentada en julio de 1988
ante los doctores César Delgado
Barreto, Miguel de la Lama Eggerstedt y Francisco Eguiguren
Praeli. Sobresaliente.**

La motivación del graduando por dedicar su investigación de bachillerato al tema de la múltiple nacionalidad de las personas naturales, surge de una doble constatación: la novedad de la norma contenida en el artículo 92 de la Constitución Política del Perú, que establece que los latinoamericanos y españoles pueden naturalizarse peruanos sin perder su nacionalidad, así como que los peruanos que adopten la nacionalidad de otro país latinoamericano o la española no pierden la nacionalidad peruana; y la plena vigencia del Convenio sobre Doble Nacionalidad celebra-

do por la República del Perú y el Estado Español.

La tesis está estructurada en cuatro capítulos. En el primero se establecen las bases del marco teórico de la investigación, analizando el concepto; naturaleza jurídica, clases y aspecto internacional de la nacionalidad; su diferencia con el concepto de ciudadanía, así como una reflexión sobre la recuperación de la nacionalidad.

En el segundo capítulo, el graduando ingresa propiamente al tema de su investigación. Parte de la distinción entre los conceptos de doble y múltiples nacionalidad, para dedicarse a continuación a una revisión de la múltiple nacionalidad a través de la historia, particularmente en el área iberoamericana. Distingue la múltiple nacionalidad por el momento en que nace —clasificándola en múltiple nacionalidad originaria y múltiple nacionalidad adquirida— y por su juridicidad —en múltiple nacionalidad de hecho y múltiple nacionalidad de derecho—. Continúa con una reflexión sobre las consecuencias y efectos de la múltiple nacionalidad respecto a la protección diplomática y al servicio militar; para culminar el capítulo con algunas consideraciones sobre la prevención y solución de situaciones de múltiple nacionalidad de hecho.

Precisa el autor que la múltiple nacionalidad de hecho es una fuente generadora de conflictos y dificultades en la esfera del Derecho Internacional Privado, en relación con el estatuto personal. De otro lado, respecto a los casos de múltiple nacionalidad de derecho, el graduando plantea la necesidad que los Estados los regulen adecuadamente, sea a través de tratados, sea a través de la armonización de sus legislaciones internas. Cabe precisar que el graduando propone como solución a los casos de múltiple nacionalidad de hecho originaria, la celebración de tratados multilaterales que consagren el derecho de opción para los individuos que ostenten una polipatría original. Para los casos de múltiple nacionalidad de

hecho adquirida, propone en cambio que los Estados establezcan, a través de los convenios respectivos, las siguientes reglas básicas: La adquisición de una nueva nacionalidad debe acarrear, necesariamente, la pérdida de la nacionalidad anterior; la naturalización tiene sólo efectos individuales; los Estados deben reconocer e inscribir en el registro correspondiente, las naturalizaciones de sus súbditos o ciudadanos en otros Estados. Para efectos de esta última norma, el autor propone que los Estados otorguen naturalizaciones, informen de la misma al Estado de la antigua nacionalidad del sujeto naturalizado; información que debe efectuar, asimismo, el individuo naturalizado.

La múltiple nacionalidad en la esfera del Derecho Internacional Privado, es analizada por el graduando en el capítulo tercero de su investigación. Parte de un examen de la nacionalidad como factor de conexión en la norma de conflicto, y de su relación con elementos de conexión alternativos, tales como el domicilio y la simple residencia. Revisa el tratamiento jurisdiccional de los casos de múltiple nacionalidad tanto en el orden interno como por los tribunales internacionales; distinguiendo los conflictos entre nacionalidad del foro y otra u otras extranjeras, y los conflictos entre nacionalidades extranjeras. Así, el autor considera que la única manera de poder aplicar válidamente la doctrina de la nacionalidad efectiva, cuando el juez tuviese ante sí a una parte que ostente más de una nacionalidad siendo una de ellas la del foro, es que su norma de conflicto establezca que debe preferirse aquella con la cual el individuo se encuentre más vinculado. De otro lado, respecto al conflicto entre nacionalidades extranjeras, el graduando estima que debe prevalecer la nacionalidad que el individuo viva y sienta más que otra, para lo cual plantea determinados índices objetivos, tales como su domicilio, idioma, ejercicio de cargos públicos, prestación de servicio militar, lazos familiares, posesión de inmuebles, etcétera.

El cuarto y último capítulo de la tesis examina la nacionalidad en el derecho interno peruano, partiendo de un análisis del artículo 92º de la Constitución Política de 1979. Peschiera Rebagliati critica que este artículo contemple sólo los supuestos de múltiple nacionalidad adquirida, no encontrando la razón por la cual se han excluido los supuestos de múltiple nacionalidad originaria. Analiza el único Convenio sobre Doble Nacionalidad aprobado y ratificado por el Perú, examinando asimismo su Reglamento —aprobado por Decreto Supremo de 22 de julio de 1960—; la Ley 9148 —Ley de Nacionalización—; y su Reglamento —Decreto Supremo Nº 402-RE-40.

Crítica el autor que los nacionales naturalizados se vean privados de la posibilidad de acogerse a los beneficios del Convenio. Plantea que en los pasaportes se anote la condición de binacional. Por último, estudia tres instrumentos internacionales celebrados por la República del Perú: El Convenio sobre Ciudadanía celebrado con los Estados Unidos de América; el Acuerdo por Cambio de Notas con la República de Chile sobre Concesión de Pasaporte de Personas a las que se les atribuye Doble Nacionalidad; y el Acuerdo por Cambio de Notas celebrado con la República Federal de Alemania sobre Canje de Información de Naturalización. El capítulo concluye con un análisis del Decreto Supremo de 11 de julio de 1942, única norma vigente que regula —de manera unilateral— situaciones de múltiple nacionalidad de hecho. Critica el autor que dicha norma desconozca, implícitamente, la posibilidad que existan peruanos de nacimiento que, al mismo tiempo, ostenten una nacionalidad extranjera.

La tesis reseñada constituye un serio y exhaustivo trabajo de investigación sobre un tema que, pese a su importancia e interés académico, ha sido escasamente tratado por autores nacionales. Sus anexos, presentados como apéndices, son también particularmente útiles, tanto para la comprensión adecuada del

trabajo, como por constituir un valioso índice de los instrumentos internacionales y normas legislativas sobre la materia. (Miguel de la Lama Eggerstedt)

"LA DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA Y EL RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984"

Rolando Eyzaguirre

Tesis sustentada en el mes de julio de 1988 ante los Dres. Enrique Becerra Palomino, Ricardo Marcenaro Frers y Jack Bigio Chrem. Sobresaliente.

La declaración de muerte presunta, también conocida como declaración de fallecimiento o presunción de muerte por desaparecimiento, es definida como la "situación jurídica, por virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, se expresa la fecha a partir de la cual se considera la muerte de la persona y se abre la sucesión de la misma". (Luis DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid 1979, p. 338).

El actual Código Civil ha regulado en forma mucho más completa y sistemática que su antecesor esta figura jurídica, tratándola en el Título VII del Libro I, conjuntamente con la muerte, bajo el epígrafe "Fin de la Persona". Los supuestos previstos en el Código (artículo 63), se deben a la razonable presunción de que una persona desaparecida, por el transcurso del tiempo o por las circunstancias de riesgo en que se produjo la desaparición, ha dejado de existir, o "cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido". Entre los efectos jurídicos más importantes de dicha declaración se hallan la apertura de la sucesión y la disolución del matrimonio. Sin embargo, existe siempre la posibilidad de reaparición del declarado muerto presunto, lo que también es regulado por el Código.

La tesis que se reseña se refiere precisamente a esta problemática y está dividida en tres capítulos, los dos primeros referidos a la declaración de muerte presunta y el último al reconocimiento de existencia. En el capítulo I se tratan los problemas derivados de la falta de prueba o incertidumbre sobre el fin de la persona, es decir, sobre la muerte ("uno de los hechos de mayor trascendencia en el Derecho"), los antecedentes históricos de la institución de la declaración de muerte presunta, su concepto y naturaleza jurídica, así como sus diferencias con las figuras de la desaparición y la ausencia. En el capítulo II se analizan los efectos de la declaración de muerte presunta, distinguiendo entre los referidos a la persona, familia, sucesorios y patrimoniales. El capítulo III se refiere al reconocimiento de existencia, cuyo enfoque en cuanto a sus efectos sigue la misma perspectiva metodológica del capítulo anterior.

Entre los diversos aspectos analizados en este trabajo y que son sostenidos por su autor, merecen destacarse los siguientes:

a) Si bien la declaración de muerte presunta implica una presunción legal de carácter relativo (*iuris tantum*), puesto que puede ser enervada, por la reaparición de la persona o por la comprobación de la muerte efectiva (en cuanto al lugar y fecha probables), para el Código dicha institución genera, en algunos casos, efectos jurídicos definitivos, como por ejemplo la disolución del matrimonio de la persona cuya muerte presunta ha sido declarada. En el ámbito familiar la declaración de muerte presunta configura una identidad entre la muerte natural y la presunta.

b) La declaración de muerte presunta no implica la modificación de la capacidad o del estado civil del declarado presuntamente muerto, sino "una desconexión entre su persona y el círculo jurídico en el que antes se desenvolvía y del que ahora falta", alterando su situación familiar y escindiendo su patrimonio en dos partes: uno, el que

pasará a sus herederos y el otro, el que, de estar con vida, pueda haber constituido como su patrimonio personal (sobre este último no existirá ninguna limitación y la declaración sólo afectaría al primero).

c) El Código Civil, al regular la declaración de muerte presunta, ha incurrido en omisiones y en inadecuada redacción. Entre las omisiones significativas está el hecho de no haber previsto el caso en que se compruebe fehacientemente la muerte de la persona en una fecha distinta a la que figura en la resolución que declara la muerte presunta, lo que debería originar (si las circunstancias lo ameritan) un procedimiento rectificatorio que no ha sido previsto.

En cuanto a la redacción, por ejemplo, el texto del inciso 1 del artículo 63, da lugar a confusión y su interpretación literal determinaría que, tratándose de una persona próxima a cumplir los 80 años, habría que esperar diez años y no cinco, para la declaración de la muerte presunta, lo cual parece no ser la intención del legislador.

d) La hipótesis establecida por el inciso 3 del artículo 63 del Código Civil, no debió contemplarse como un supuesto para la declaración de muerte presunta, sino más

bien ubicarse en el capítulo primero del Título VII referente a la muerte, considerando que en el supuesto aludido "no hay duda ni incertidumbre alguna" sino una "facilitación de la prueba de la muerte".

e) En cuanto al art. 65, éste otorga al juez un margen demasiado amplio para fijar la fecha probable de la muerte y, por tanto, deben precisarse los criterios aplicables. La fecha probable de la muerte debe fijarse, salvo prueba en contrario, en el caso del inciso primero del artículo 63, el día de vencimiento de los plazos previstos en dicho inciso, y en el caso del inciso segundo del mismo artículo, el día inicial del plazo.

f) La declaración de muerte presunta, al producir la disolución del vínculo matrimonial, posibilita que vía fraude a la ley, se celebre un nuevo matrimonio aún sin que exista buena fe de parte de los contrayentes, (en el supuesto que ambos o uno de ellos conocieran que el declarado muerto está con vida).

g) En lo referente a la regulación de los efectos patrimoniales, tratándose del reconocimiento de existencia, las normas del código resultan fragmentarias e incompletas, habiéndose incurrido en omisiones en el artículo 69, ya que ha

debido hacerse mención expresa a la buena o mala fe con que hubieren actuado los poseedores de los bienes.

En síntesis, la tesis reseñada constituye un trabajo muy interesante respecto a esta problemática que, dada la situación del país, no solamente tiene importancia teórica. El graduando ha propuesto la reforma del Título VII del Libro I del Código Civil. Algunos planteamientos son muy sugerentes, como, por ejemplo, el referido a la ubicación del inciso 3 del artículo 63 que habla de la certeza de la muerte, pero tenemos que reconocer que, mientras no exista un cadáver plenamente identificado, es preferible hablar de muerte presunta y no de muerte comprobada. Para nosotros, tratándose de ubicación de normas, resulta más cuestionable que el Código se refiera a la apertura de la sucesión por muerte y muerte presunta, en el Título VI, correspondiente a la Ausencia (Artículo 60).

Podemos estar de acuerdo o no con las críticas y proposiciones del autor, pero es necesario recalcar que, éste no se ha limitado a cuestionar los artículos del Código, sino que ha formulado propuestas normativas concretas y ha defendido sus puntos de vista con conocimiento amplio sobre la materia. (Enrique Becerra Palomino)

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Jorge Avendaño, Mauro Calderón, Guadalupe Camarero, Aureliano Cóndor, Elena de Beaumont, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Silvia Granda, Luis Fuertes, Claude Mazet, Wally Joly, Esteban Laura, Daniel Le Fort, Rogelio Llerena, Aníbal Quiroga, Delia Revoredo, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas.

