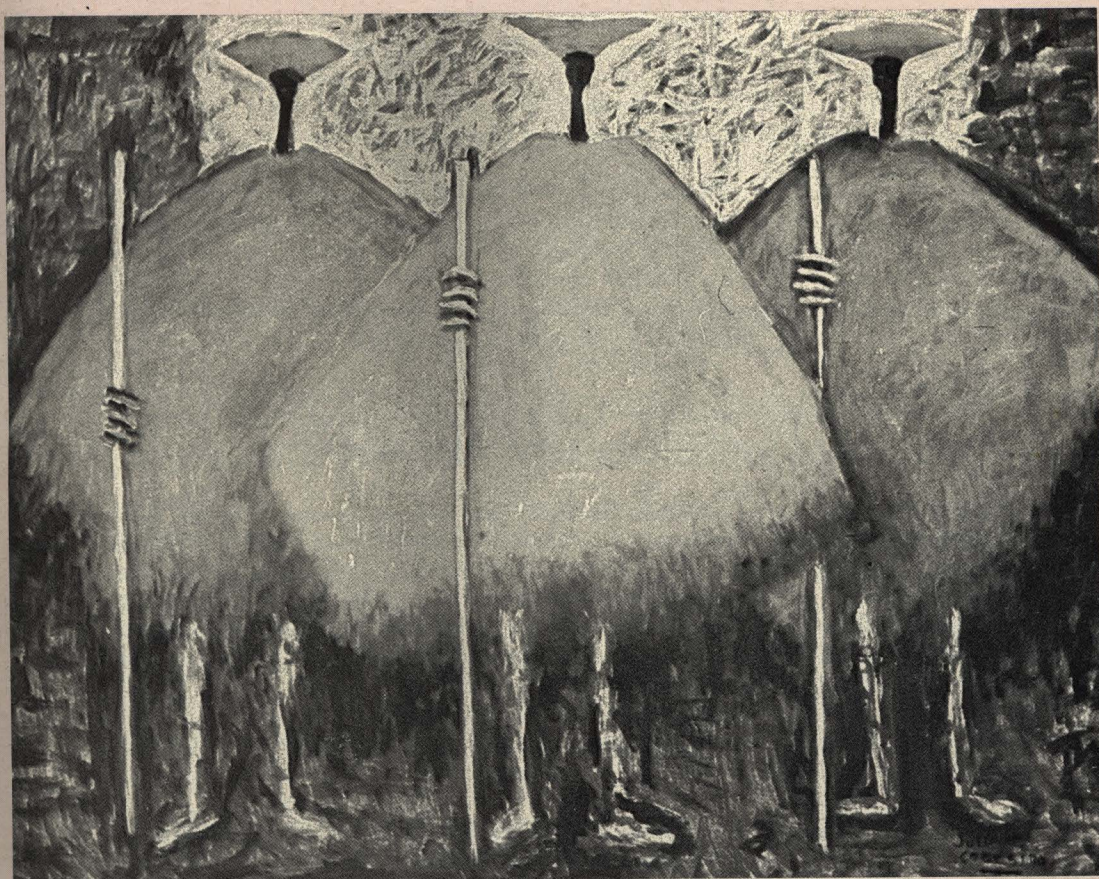


THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Aida Kemelmajer

Tomás Hutchinson * Guillermo García-Montúfar

Ramón Serrano Suñer * Enrique Bernalles * Alejandra Pérez

Teodoro Hampe * Leopoldo Caravedo * Inés Romero

Alberto Bustamante * Jorge Muñoz

Fernando Vidal

THEMIS Revista de Derecho

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

Comité Directivo: Javier Chocano Portillo, José Alfredo Jiménez García, César Parodi Martins. *Colaboradores:* Carolina Awuapara P., Cecilia Blume C., Mariana Cazorla Q., Carlos Garatea G., Juan García-Montúfar S., Alejandro Lira P., Juan Carlos Mejía C., Patricia Mendoza F., Bernardo Ortega M., Alejandro Peschiera B., Alberto Rebaza T., Rosario Saco O., Verónica Zavala L. *Comité Consultivo:* Jorge Avendaño Valdez, Manuel de La Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Anibal Quiroga León.

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial N° 072 S8-JUS del 15 de febrero de 1988

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Dirección: Casilla Postal 110711
Lima 11

Carátula: Julia Codesido (1892-1979)
"Los Tres Varayocs"

Esta edición es Auspiciada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

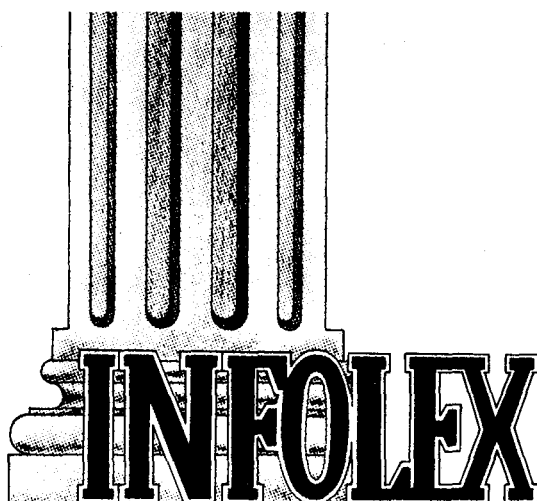
Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de Lluvia Editores.

THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3	Presentación
5	Entrevista a Aida Kemelmajer
10	Tomás Hutchinson
16	El Derecho Administrativo: concepto y naturaleza
20	Guillermo García Montúfar
25	Apuntes de Derecho Minero Común-atribuciones comunes de los titulares de derechos mineros
45	Ramón Serrano Suñer
49	Discurso a los abogados jóvenes
59	Enrique Bernales Ballesteros
62	La Ley 24723 y su aplicación
66	Alejandra Pérez
68	Problemas de acceso a la administración formal de justicia en Centroamérica
70	Teodoro Hampe Martínez
77	Vida académica en la Facultad de Derecho: Setenta años de historia (1917-1987) (Segunda parte)
83	Primer Congreso Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por estudiantes
86	César Azabache
88	Apuntes para la aproximación al tema de los niveles de Negociación Colectiva
92	Ricardo León
98	Algunos problemas del amparo a propósito de su proyecto modificatorio
102	INTERDISCIPLINARIA
104	Leopoldo Caravedo Molinari
106	Armarse : La Ley
108	Armarse
110	ACTUALIDAD: CONCERTACION
112	Alberto Bustamante Bclaunde
114	Concertación para el desarrollo
116	Inés Romero Bidegaray
118	La concertación social y sus límites jurídicos y políticos
120	COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
122	Fernando Vidal Ramírez
124	Apuntes preliminares para el estudio de la representación en el Código Civil
126	Jorge Muñoz Wells
128	Algunas notas sobre la simulación en nuestro Código Civil
130	JURISPRUDENCIA COMENTADA
132	Juan García-Montúfar Sarmiento
134	RESEÑAS DE TESIS
136	NOTAS



Finalmente, la informática está con la ley.

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

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

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



En asociación con
REY & DE LOS RIOS

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



PRESENTACION

"El poder de la ciencia se adquiere, gracias a una especie de pacto con el diablo: a costa de una progresiva evanescencia del mundo cotidiano. Llega a ser monarca, en efecto; pero cuando lo logra, su reino es apenas un reino de fantasmas". Esta frase de Ernesto Sábato, extraída de "Uno y el universo", aunque entendida en el contexto general de la ciencia, grafica nuestro sentir en relación al ejercicio cotidiano del Derecho, a aquello que aspiramos como estudiantes y profesionales del futuro. La investigación y la búsqueda del desarrollo de las Ciencias Jurídicas, no puede, ni debe, apartarse de lo real, de lo tangible, mucho más en países como el nuestro. No podemos vivir en un "reino de fantasmas"; no por ello, sin embargo, debe despreciarse algo fundamental para toda ciencia: su actitud totalizante, su vocación por lo abstracto y general, sin ello nuestro esfuerzo encaminado a evitar esos fantasmas se truncaría creando, quizá, un mundo de fantasmas reales. En estos momentos en que el país requiere unión sobre puntos fundamentales, al margen de posiciones partidarias respetables, es necesario —a través de medios como el nuestro— ser tribuna para esta ciencia creadora, para este saber abstracto y general, pero en correspondencia con nuestra particular e intrincada realidad.

Hoy, tomando la posta de nuestra revista, deseamos expresar nuestra gratitud, amistad y respeto a quienes nos precedieron. Nuestro propósito es poder continuar con su labor y con la de aquellos que han permitido que THEMIS sea hoy mucho más de lo que sus miembros podamos lograr individualmente.

Inauguramos en este número 13 dos nuevas secciones: en primer lugar, una interdisciplinaria que intentará enriquecer nuestra percepción con el aporte de otras disciplinas del saber en relación al Derecho, para ello contamos en esta ocasión con la colaboración del Dr. Leopoldo Caravedo, destacado psicólogo; y, en segundo lugar, una que se dedicará a informar sobre las más importantes publicaciones jurídicas de edición reciente, así como la programación de eventos a realizarse.

La actual situación económica que atravesamos, hace que la edición gráfica, como muchas otras actividades en el Perú, sea un reto quizá demasiado grande. No podemos dejar de agradecer el apoyo prestado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC), sin el cual este número no hubiese sido posible.

Finalmente, no podemos pasar por alto la reciente desaparición de nuestro Ex-Presidente Constitucional y destacado jurista, Dr. José Luis Bustamante y Rivero. Su deceso deja un vacío imborrable para los que crecemos en el Derecho y la Justicia como medios para el logro de la paz.

Lima, Diciembre de 1,988
El Comité Directivo

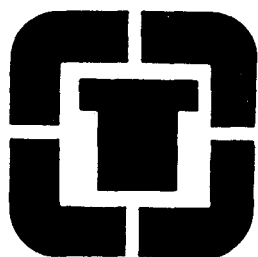
INVERSION + PRODUCCION = DIVISAS

**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

Entrevista a Aida Kemelmajer

La doctora Aida Kemelmajer, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Argentina, autora de libros como "La Cláusula Penal", "La Capacidad Civil del Menor que Trabaja", "Los Privilegios en el Proceso Concursal", "La Responsabilidad del Estado y los Errores Judiciales" entre otros; estuvo recientemente en Lima con motivo de la realización del Congreso Internacional sobre las Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano, evento que fue organizado por el Colegio de Abogados de Lima y la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA). Recibida a los 21 años de abogada, ingresó inmediatamente a la docencia en la Universidad de Mendoza, desempeñándose en la cátedra de obligaciones por más de 10 años, pasando luego a la cátedra de Familia y Sucesiones y a la de Derechos Reales. Asimismo, ha sido profesora en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual en los cursos de post-grado en la Universidad Paris XII. Actualmente se desempeña como profesora de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Económicas de la misma Universidad de Mendoza y es reconocida como una de los más eminentes juristas argentinos contemporáneos.

Para **THEMIS** constituye un honor presentar a continuación la entrevista exclusiva que, a pesar de sus recargadas actividades, nos concediera. Agradecemos la oportunidad que nos diera al conocerla y compartir con nuestros lectores sus esclarecedoras opiniones.

Las labores en la preparación y edición de esta entrevista correspondieron a Juan García-Montúfar, Alejandro Lira y Alejandro Peschiera.

Thémis: Existe una tendencia en el Derecho Civil moderno dirigida a socializar el contrato. En aras de reafirmar las teorías absolutistas de la autonomía de la voluntad, se ha ido cediendo paso a la incorporación de leyes en los contratos, contenidos de carácter social, figuras contractuales tales como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la incorporación de aprobaciones administrativas a las cláusulas generales de contratación, el análisis riguroso –a nivel jurisprudencial– de cláusulas de contratos de adhesión; es decir, con el objetivo de reforzar el contrato, no de extinguirlo –pensamos nosotros– es que, a todo nivel y en todas las legislaciones hay una nueva tendencia a socializar el contrato. ¿Considera usted que ésto obedece al desarrollo ideológico político de las sociedades? ¿Cuál sería la vinculación con ello?

Kemelmajer: Bueno, por supuesto hay siempre grandes conexiones entre el Derecho y las ideologías socio-económico-culturales, de no ser así las leyes se convierten en letra muerta y nadie las aplica. El Derecho está inmerso en una realidad socio-económica y cuando no responde a esa realidad, la gente se desentiende de él. Por eso, en Argentina todas estas figuras que mencionan, como la lesión, la imprevi-

sión, el abuso del derecho, fueron –antes de su incorporación en el texto legal– creaciones jurisprudenciales; es decir, ya estaban en el derecho argentino, se trataba de jurisprudencia pretoriana que, por ejemplo, en materia de lesión, iba en contra del propio texto legal. Vélez, en una nota del Código, se pronuncia expresamente en contra de la lesión, sosteniendo que –y lo mismo decía para la propiedad–, si le damos al juez la posibilidad de convertirse en el juez del abuso, va a ser próximamente juez del uso. No obstante eso, en su Código –pese a la época en que lo dictó– dejó válvulas abiertas y la jurisprudencia, por un lado o por otro, fue incorporando estas nuevas instituciones. La gran sapiencia del doctor Borda en el año 68, cuando incorporó estas figuras a la ley, fue recepcionar por un lado, lo que era el gran clamor de la doctrina nacional que, en jornadas como las que hemos tenido, venía sosteniendo la necesidad de incorporarlas al texto legal; y, por otro lado, llevar a la ley lo que la jurisprudencia había creado.

Thémis: ¿Qué opinión le merece a este respecto el Código Civil peruano?

Kemelmajer: Quiero confesar que no he hecho un estudio profundo del Código Civil peruano, es

una vergüenza decir esto viniendo al Perú, pero desafortunadamente no tuve conocimiento de las Primeras Jornadas que se hicieron aquí en el año 85, donde los juristas extranjeros vinieron especialmente a tratar el Código peruano. A mí francamente me hubiera gustado muchísimo estar acá en aquella oportunidad, pero creo que, en principio, por el conocimiento superficial que tengo de su código, ha seguido las tendencias que expresamos en la primera pregunta; sobre todo, conociendo ahora, como he conocido, a la gente que se encargó de su redacción, me parece obvio que está imbuído de esta nueva filosofía y que se ha volcado de una manera muy favorable en el nuevo código y con textos claros. En principio, tampoco creo que deban tener demasiados problemas a nivel jurisprudencial con estas normas.

Thémis: Para terminar con este tema, ¿considera usted que se ha producido una evolución del principio de la autonomía de la voluntad o que, más bien, éste ha entrado en decadencia?

Kemelmajer: Depende que se entienda por decadencia, de la misma manera, que lo que se entienda por crisis. Una vez escuche una frase que decía "sólo los cadáveres no entran en crisis". La crisis es un elemento esencial a la vida humana, sin crisis –en el sentido filosófico de la palabra– ella no existe realmente. Es obvio que el principio de la autonomía de la voluntad está en crisis, en el sentido que está en esa constante evolución. Si nosotros creyésemos en la autonomía de la voluntad sólo como aquél elemento que da fuerza absoluta de ley a cualquier cosa que las partes quieran pactar, es obvio que podríamos decir que ese principio está en absoluta decadencia. Pero ese no es el principio de la autonomía de la voluntad, ni aún en el sentido que quisieron darle los redactores del Código Civil francés. Hay una falsa creencia sobre lo que fueron sus principios, en realidad toda esta exaceración del principio de la autonomía de la voluntad no es propia de ese código, sino más bien de sus comentaristas, sus exégetas, y esto es lo que nos ha llevado a los latinoamericanos –siempre prestos a mirar a Europa– a creer que este principio estaba en total crisis. Pero si nosotros nos vamos en el tiempo y miramos incluso la literatura, en la famosa obra "El mercader de Venecia", se ve plasmado efectivamente este principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto el deudor se había comprometido a entregar una libra de carne y él no cumplió; así, había que mantener la palabra empeñada y entregarla. No obstante, el juez veneciano encuentra la alternativa para –aún aplicando a ultranza este principio del que venimos hablando– ceder ante la injusticia, porque le dice al acreedor "tienes derecho a tu libra de carne pero ni a una sólo gota de sangre". Entonces, aún dentro de una interpretación gramatical y de mantener a ultranza la autonomía de la voluntad, puede hacerse justicia como

nos lo muestra Shakespeare en su obra.

Thémis: Con relación a los Derechos Reales, nuestro Código Civil adopta un principio taxativo *numerus clausus* en lo que se refiere a su existencia. Según nuestro Código Civil, son exclusivamente derechos reales aquellos regulados por el Código y las leyes especiales. En consecuencia, la fuente de los Derechos Reales es la ley. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Kemelmajer: Este es el mismo sistema que tenemos en el Derecho argentino, el del *numerus clausus*. Es evidente que detrás de este sistema hay una ideología, o sea, volvemos a la primera pregunta que me formulaban, el sistema de *numerus clausus* es obviamente la gran influencia del Estado sobre la autonomía de la voluntad. En materia contractual, nos está diciendo puede elegir lo que quiera, pero ojo, aquí en la propiedad, en esta propiedad que queremos nosotros resguardar, sólo vamos a admitir como gravámenes, como cargas, aquellos que la ley autorice como tales. Es evidente que el sistema del *numerus clausus*, ha sido favorable para el desarrollo del derecho de propiedad, sobre todo en los códigos de principios de siglo y en países de corrientes inmigratorias como Argentina y Perú. Es evidente que nosotros necesitábamos códigos de este tipo, yo creo en la gran visión de nuestros codificadores y en la gran visión de Vélez Sársfield como codificador del siglo pasado que, advirtiendo las necesidades económicas de su época, sanciona el sistema de *numerus clausus*. El problema es hoy la creación de nuevas figuras que –como explicábamos en el marco de las Jornadas– significan por un lado derechos crediticios a la manera tradicional, porque lo fundamental en estas nuevas figuras son los servicios, las prestaciones que otro nos tiene que dar, como es por ejemplo en la multipropiedad el servicio de hotelería; en los cementerios privados, el sistema de inhumación; pero resulta que esto que es propio de los derechos crediticios, que es un hacer del deudor, necesita a su vez de una protección propia de los derechos reales porque necesita ser protegido *erga omnes*, frente a todos, algo que es propio de los derechos reales. De modo que, no es que nosotros estemos propiciando la eliminación del *numerus clausus*, por el contrario, creo que es un sistema que particularmente nos ha servido, aun cuando hay otros países también de economías capitalistas –como el caso de los del *common law* o España– que no se manejan por el *numerus clausus*. Para ellos ha andado bien el sistema de *numerus apertus*, para nosotros ha andado bien el sistema del *numerus clausus*. Lo que tenemos que entender, es que hay nuevas figuras que a lo mejor no son ni derechos reales a la manera tradicional, ni derechos crediticios tradicionales. Hace años, nosotros nos rasgábamos las vestiduras cuando hablábamos de las cargas reales, de las obligaciones *propter rem*, que no sabíamos donde ubicarlas; hoy nadie se

tortura pensando que son obligaciones inherentes a las cosas y que nacen, se transmiten y se extinguen con las cosas; y ya nos parece normal hablar de un *propter rem* o de una carga real. Creo que de la misma manera, ahora nos va a empezar a parecer normal hablar de estas otras figuras intermedias, que son in fasciando, pero que a su vez necesitan del apoyo que representa la garantía de la oponibilidad frente a todos.

Thémis: Nuestro sistema de transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en el código civil se da por el solo consenso, es decir, según el artículo 949 del C.C., la sola obligación de enajenar un bien inmueble hace propietario al acreedor. Ahora bien, la inscripción en el registro no es constitutiva del derecho real, sino es para seguridad jurídica en los casos de concurrencia de acreedores. ¿Cuál es su comentario sobre este sistema adoptado en el Perú para la transferencia de bienes inmuebles y la función de la inscripción en el registro?

Kemelmajer: Bueno, como decíamos al comienzo, las figuras jurídicas y las soluciones no son buenas o malas en sí mismas, hay que ver cómo responde la sociedad frente a ellas. Nosotros en Argentina tenemos el preconcepto y lo tenemos muy arraigado, del principio romano que no hay propiedad sin tradición. Para nosotros, tratándose de muebles como de inmuebles, no es el simple consentimiento de las partes lo que transmite la propiedad, esto sólo genera la obligación de transferir, pero no ha transferido la propiedad, ni aún entre partes. Como digo, esto está arraigado en el sentir del pueblo argentino, nosotros no nos imaginamos una propiedad sin tradición.

Ahora bien, en aquellos regímenes específicos que tenemos, como por ejemplo el régimen de los automotores, se ha creado un registro de tipo constitutivo donde la transferencia del automóvil se produce por la inscripción en el registro, exista o no la tradición, siendo constitutiva entre partes y con relación a terceros, que es lo que justamente diferencia un registro constitutivo de uno declarativo. En el registro declarativo, como es por ejemplo el de la propiedad inmueble en Argentina, tenemos el título, que es la Escritura Pública, la cual para ser oponible a terceros debe ser inscrita en el registro de la propiedad inmueble; como modo tenemos la tradición o entrega del bien inmueble. En cambio, en materia de automotores, por ejemplo, el registro es constitutivo, basta la mera inscripción del título en el registro.

¿Qué es lo que ha provocado este sistema? Como entre nosotros está tan arraigada la costumbre jurídica según la cual para que exista propiedad tiene que existir tradición, no entra todavía en el consenso popular esto de una propiedad que nace exclusivamente del registro. Y esto se ha visto, por ejemplo, en materia de responsabilidad por daños y

perjuicios producidos por automotores. En efecto, de acuerdo con el sistema legal que teníamos, el titular en el registro del automotor es quien debía responder por los daños y perjuicios causados por ese automóvil, porque como el C.C. dice que el que responde es el dueño y también el guardián, la titularidad en el registro crea dominio, entonces aunque ese señor no fuese el poseedor de la cosa, si figuraba como titular registral, tenía que responder frente al daño causado, sin perjuicio de las acciones rectorias que después tuviese él contra el conductor del vehículo, contra el guardián, etc. ¿Qué pasó?, como les decía los jueces, muy arraigados a la idea de que no hay propiedad sin posesión, empezaron a decir que sería injusto que este señor que figuraba como titular registral, –pero que a lo mejor había enajenado el vehículo antes del accidente–, respondiese por los daños y perjuicios cuando él en realidad ya se había desprendido de la posesión por que la había transmitido a un tercero y que lo único que quedaba era hacer la transferencia en el registro. Esto creó una jurisprudencia pretoriana contra *legem*, porque de la ley no surge que por el hecho de que yo enajene por documento privado un automóvil, me libere de la responsabilidad, pero la fuerza de esta jurisprudencia era tan poderosa que motivó nuevamente la modificación de la ley, y ahora, basta para liberarse de la responsabilidad hacer una denuncia al registro diciéndole: tome nota marginal en el registro que he enajenado este vehículo. Como ustedes pueden imaginar el nuevo sistema genera inconvenientes tremendos para las víctimas de los accidentes de la circulación, porque no saben a quien demandar, se encuentran con que en el registro hay un señor que es el titular registral pero que a su vez ha denunciado, por una denuncia unilateral que ha se ha desprendido del vehículo, y entonces esto ha sido producto de una falta de costumbre o adaptación frente al sistema moderno.

Yo creo que la reforma de la ley es mala, porque en esta materia debimos generar a través de la ley, la concientización de que en materia de automotores la inscripción en el registro es constitutiva, pero estaba tan arraigado el sistema de la tradición que vino a generar la reforma de la ley. En conclusión, yo creo que, hay veces en que son las costumbres las que llegan a la ley, pero hay otras veces en que la ley debe tener una función docente, cuando se advierte que hay intereses de terceros, como en el caso que estamos viendo de los perjudicados en accidentes de la circulación, en que es una ley la que debe modificar una costumbre cuando ello es necesario para hacer justicia. En Argentina el registro declarativo no ha generado problemas, tenemos en general buenos registros y funcionamos así, e insisto, para nosotros el mero consentimiento no puede generar nunca propiedad porque tenemos arraigado el principio latino de que es necesaria la tradición.

Thémis: Hay una tendencia desde hace años,

sobre la unificación del Derecho Comercial con el Derecho Civil. Hay quienes sostienen que el Derecho Mercantil se ha tornado civilista y quienes sostienen que el Derecho Civil se ha mercantilizado. ¿desde el punto de vista de la legislación argentina qué comentarios le merece esto?

Kemelmajer: Bueno, ustedes saben que existe actualmente un proyecto que unifica la legislación civil y comercial en la Argentina, yo soy una gran defensora de la unidad del ordenamiento y sobre todo de la unidad del derecho privado.

En Argentina, en este momento prácticamente no queda código de comercio, cuando tenemos que buscar algo en el código de comercio es un problema muy serio, porque la mayoría de la legislación comercial está en leyes especiales, como es por ejemplo la ley de seguros, la ley de sociedades, la ley del concurso, entonces toda esa es legislación separada y en el código de comercio no ha quedado prácticamente nada y lo que queda es obsoleto. Por ejemplo se habla de los libros de comercio, cuando hoy las empresas, por donde pasa el poder económico están totalmente computarizadas, ninguna de estas nuevas técnicas de registración contable aparecen en el código, en suma lo que queda ya no sirve. En consecuencia, me parece muy razonable el método seguido por la comisión que ha unificado ambos, trayendo al Código Civil los nuevos contratos comerciales como son el leasing y el factoring, y actualizando nuevamente nuestro Código Civil con las nuevas figuras contractuales. Esto ha motivado que algunos sostengan que no hay que unificar todo sino que lo que tendríamos que hacer es nada más unificar el régimen de las obligaciones y de los contratos. Yo creo que esto es un grave error, porque implica despedazar nuevamente el Derecho Privado, y entonces vamos a empezar a tener un código de la familia, un código del niño, un código de los contratos y esto no puede ser. El Derecho Privado es único y debe ser mirado como una unidad; de modo que los argentinos debemos seguir bregando por esta unificación de un proyecto que, si revisamos artículo por artículo, tiene muchas cosas para corregir pero que como método general es muy bueno, que es el método del código italiano del 42.

Thémis: Con frecuencia se observa que las exigencias de la sociedad moderna rebazan las hipótesis previstas por el legislador, dando lugar a la revisión de la norma, situación de la que no ha escapado el C.C. peruano. De manera general, ¿Cómo enfrenta esta situación el codificador argentino?

Kemelmajer: Yo creo que el moderno derecho tiende a normas abiertas, no a normas excesivamente reglamentaristas. Hay en esto al parecer, una gran contradicción, porque por un lado tenemos una gran inflación legislativa que todo regula, todo reglamenta; esto se ve especialmente en el Derecho Público,

donde hay decretos, decretitos, reglamentaciones, etc. Por un lado, nos damos cuenta que no podemos estar en un reglamentarismo tan absoluto, porque la realidad desborda todas estas previsiones.

En esto, creo yo que está el código peruano. Por ejemplo, si comparamos el número de artículos del C.C. peruano y el número de artículos del C.C. argentino —que es del siglo pasado—, vemos que éste supera los cuatro mil artículos. De modo que, advertimos que el derecho moderno tiende hacia lo que llamaríamos las normas marco, una ley que fija los lineamientos, pero dando la posibilidad, por un lado, a los sujetos del derecho a modificar aquellas normas meramente reglamentarias, a poner su propia voluntad para reglar de acuerdo a sus propias necesidades y, por otro lado, al tener estas normas abiertas, no estamos requiriendo de una constante modificación de los códigos. También pienso que la ley necesita ser absorbida por su destinatario final, que es el hombre. Entonces, si nosotros estamos modificando nuestra ley en forma permanente resulta malo para la sociedad, porque el sujeto no conoce sus leyes y mal puede cumplirlas cuando no las conoce. Entonces, tenemos que tener normas que tengan cierta estabilidad para que el hombre las conozca y las acepte, y de esta manera pueda cumplirlas y, por otro lado, que sean lo suficientemente abiertas como para que vayan captando todas estas nuevas realidades.

Thémis: Un problema central en las sociedades latinoamericanas modernas, es aquél en que el abogado se enfrenta ante dos mundos, dos sociedades: una sociedad moderna occidental que se regula por un sistema jurídico románico germánico y una sociedad tradicional, comunitaria e indígena, que sin llegar a adaptarse a ella se regula por sus propias normas, escapando a la regulación formal que estamos acostumbrados. En especial esto se da con mucho énfasis en el Perú. ¿Cómo ve este problema?

Kemelmajer: En Argentina este problema sólo se presenta en el Derecho de Familia para las comunidades rurales, pero en muy escasos sectores de la población. Nuestro régimen concubinario, por ejemplo, de los medios rurales no tiene en Argentina la extensión que puede tener en países como el Perú o como Bolivia. Entonces, en alguna medida, podemos decir que el juzgador no se enfrenta con el problema, dado que esa gente no acude a la justicia. Arregla sus problemas por su lado, de la misma manera que vive al margen de esta ley, no por que quieran, a veces por que la desconocen, otras porque viven lejos de los centros donde tienen los juzgados y de los funcionarios que aplican la ley. Entonces, esta gente se desentiende del sistema y hace su propio sistema. Les insisto que en Argentina el problema no tiene la extensión que tiene aquí. En primer lugar, la justicia llega a todos los sectores porque tenemos lo que llamamos los juzgados de paz legos en los lugares dis-

tantes que ofician a la manera de amigables compo-
nedores y que arreglan incluso los problemas fami-
liares que puedan tener. Hay defensorías de pobres,
donde la gente cree que se separa, que se divorcia, y
resulta que ni se ha separado, ni se ha divorciado,
simplemente lo han arreglado para que se devuelvan
a sus casas y no se peleen. Pero no tenemos el pro-
blema que tienen ustedes.

Thémis: Para terminar, una pregunta un poco
más general. La imagen del abogado, en tanto pro-
fesional, ha sido para la sociedad —en casi todo tiem-
po— la de un mal necesario, cuando no ha llegado a
postularse su eliminación. Hay una frase en una obra
de Shakespeare que dice: "lo primero que tenemos
que hacer es matar a los abogados". Para quienes así
piensan, obedece, hoy como antes, a un exceso cuan-
titativo en los abogados, que acarrea —a diferencia de
otras profesiones— una reducción cualitativa de la ca-
lidad profesional. En su calidad de jurista y abogado
nos interesarían las ideas que le suscitan este proble-
ma constante y cuál sería su posible solución prácti-
ca a él.

Kemelmajer: Evidentemente, la masificación
en nuestra profesión genera disminución de la cali-
dad y esto empieza en la Universidad, no sólo por la
masificación a nivel estudiantil, sino también por la
que existe a nivel profesoral, y esto es lo grave. Hay
países donde hay masificación estudiantil, pero co-
mo el profesor no está masificado y tiene jerarquía
académica e intelectual, entonces eso lo traslada al
alumno y su exigencia y sapiencia impide, en definiti-
va, la masificación profesional, porque sale de la
universidad solamente la gente que debe salir. En-
tonces, en nuestros países, esto es un problema ge-
neral. A los profesores se nos exige que seamos
imaginativos, que enseñemos en forma personaliza-
da, pero desgraciadamente el sistema no nos permi-
te hacer esto, por mucha imaginación que podamos
tener. Cuando yo tengo 500 alumnos en una clase o
mil, como en Buenos Aires, o incluso, cuando estu-
ve en París donde algunas clases se dictan en audito-
rios donde caben 2,000 alumnos, los alumnos lo que
hacían era tomar apuntes frente a un profesor bri-
llante, pero el alumno no tiene ninguna posibilidad
de llegar a ese profesor. El profesor termina de dar
la clase dictada por un micrófono y se levanta. Por
ahí, se para un alumno y, en lo que llamaríamos el re-
creo, viene y le hace alguna pregunta. Pero obvia-
mente esa educación no puede ser personalizada.
Entonces, yo creo que lo primero que debe cuidarse
es el ingreso a la universidad; aunque pueda parecer

muy antipático, yo creo que la universidad es para los
mejores, los mejores en el sentido de la gente más ca-
pacitada. Por eso no soy amiga de los numerus clau-
sus en la universidad es decir, este año entran
noventa o entran cien. En Rusia, por ejemplo, hay un
número limitado que cada año fija la universidad.
Ellos por ejemplo dicen: el Estado necesita 80 médi-
cos; entonces no interesa si la Universidad de Lenin-
grado tiene mil quinientos profesores, entran
ochenta. Ahora en Cuba, por ejemplo, fijan un pro-
medio mínimo que hay que tener frente a los exáme-
nes: entran todos los que superen el 9.90 sobre 10. Es
curioso, los jóvenes izquierdistas de nuestros países
nos piden el ingreso irrestricto y tendrían que ir a es-
tos países comunistas para que vean como es el asun-
to. Claro, ellos dicen cuando les decimos esto, que
no se pueden trasladar las instituciones parcializa-
das, que hay que transplantar todo el sistema, es la
excusa. Pero yo pienso que las cosas buenas de los
países, aunque uno no esté de acuerdo con la ideo-
logía en general, hay que trasladarlas. La realidad no
se puede negar. Pienso, como dije, que no hay que fi-
jar un cupo, porque hay veces en que hay personas
de muchísima capacidad que quedan relegadas por
esto. Esto es injusto y ha pasado en mi país durante
los regímenes militares. Pienso que la universidad
debe ser muy estricta en materia de ingreso, es decir,
los exámenes de selección deben ser muy rigurosos.
Esto en cuanto a los estudiantes. En cuanto a los pro-
fesores, se debe ser más estricto aún; creo que la se-
lección a nivel profesores debe ser la primera que
debe de cuidar la universidad, antes que la selección
a nivel alumnos. Claro que para poder seleccionar a
nivel profesores, la Universidad tiene que estar do-
tada económicamente, porque sino la mejor gente no
se queda en la universidad y se va a la actividad pro-
fesional, a la magistratura, a otros niveles. Pero no-
sotros estamos acostumbrados en Latinoamérica a
que el profesor universitario sea el profesor por vo-
cación, entonces no importa si les pagan o no les pa-
gan y así, los que estamos en la universidad lo
estamos de esa manera. Creo que en esto debemos
mirar a Europa y hay que jerarquizar al profesor. En-
tonces, jerarquizado el profesor y entrado en la uni-
versidad el mejor alumno, porque no todos tienen
porque ser profesionales en la sociedad, aunque es-
tamos acostumbrados a la idea del inmigrante que
quería al hijo doctor y le parecía que si el hijo no lo
era entonces había fracasado al venir a la América.
Nosotros tenemos que tener la conciencia que el pro-
fesional es aquél que la comunidad necesita y por eso
mismo tiene que ser responsable y para serlo tiene
que haber sido bien formado en la universidad, lo
que se ve perjudicado por el número.

El Derecho Administrativo

Concepto y Naturaleza

Tomás Hutchinson*
Abogado y Magistrado Argentino

I. PRELIMINAR

El Estado, que ha visto crecer ininterrumpidamente su campo de actuación —y con ello sus atribuciones—, se ha encontrado en la necesidad de llamar a participar de su "poder" a grupos sociales o intermedios, tratando de asociarlos a sus tareas más que imponerse a ellos.

Como consecuencia de ello, se hizo necesario dotar a cierto tipo de entes de prerrogativas exorbitantes al Derecho privado, que les permitieran cumplir, con la mayor eficacia, las funciones asignadas; circunstancia, esta última, que se vincula con la problemática general de la publicidad del Derecho, fenómeno universal en la época moderna.

La cuestión bajo análisis, obviamente, se vincula con la cuestión del rol que actualmente cumple el Estado en la comunidad y que se manifiesta con la ampliación de sus funciones; y con la atribución de otras que les son propias a personas jurídicas diferenciadas.

Que la Administración Pública no gestiona por sí misma todas las funciones de que es titular es una verdad evidente. Para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de ciertos intereses de la sociedad, se acudió a la técnica de reconocerles a algunos entes —como es el caso de los colegios profesionales— ciertas atribuciones propias del Estado, en virtud de las cuales la gestión de los intereses de la profesión como grupo se entregan a estos entes bajo ciertas condiciones, reteniendo el Estado la titularidad última de la atribución concedida y con ello las potestades de policía necesarias.

(*) Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Buenos Aires-Argentina); Director del Curso de post-graduación en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

Este ejercicio por el colegio profesional de las potestades de policía delegadas, se traduce en actos (imposición de sanciones, p. ej.), cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, en el caso, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el colegio profesional *actúe en lugar* de la Administración.

Este fenómeno de delegación se produce también fuera del campo de estos colegios —p. ej. en la concesión de servicios públicos— y con similares efectos¹. El "delegado" actúa en el ámbito de la "delegación" como si fuera la propia Administración Pública "delegante". Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traten entre el delegado y los particulares serán también administrativas, aunque éste formalmente sea un ente privado o público, no estatal.

No parece ocioso, entonces, el tratamiento del posible ejercicio de la función administrativa de estos entes, tanto más que la postura que sobre esta cuestión se adopte incide directamente en el posible arrumbamiento del criterio subjetivo² como delimitador del concepto de Administración Pública, y, por ende, un ensanchamiento del concepto de Derecho Administrativo.

II. FUNCION ADMINISTRATIVA DE CIERTOS ENTES PRIVADOS

1. Posibilidad de que ejerzan función administrativa.

1. Hutchinson: "Las cooperativas prestatarias de servicios públicos. Algunos aspectos de su régimen jurídico", en la obra colectiva "Las cooperativas de servicios públicos. Un enfoque jurídico", ed. Intercoop, Bs. As. 1987, pág. 114.

2. Lo que ha encontrado recepción en nuestro Derecho. Ver SUPREMA CORTE de la Provincia de Buenos Aires, causa 48.160 "Villar de Puenzo" del 20-II-84, en La Ley 1984-D-141. Ver, al respecto, el comentario de Grecco, Carlos, "Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial", La Ley, 1984-D-141.

Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el campo del Derecho Administrativo, no ya como administrados³ simples, o incluso como administrados calificados, sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa –junto con la Administración Pública y como sustitutos o auxiliares de la misma– es algo indiscutible en nuestra realidad actual. La creciente complejidad en la vida social y la gran expansión de los fines administrativos llevan a ello. Pues bien, en este plano es necesario situar la figura de estos entes, que implica la realización de función administrativa por particulares.

Un ejemplo de ello lo demuestra el hecho de que en nuestro derecho provincial, las corporaciones o colegios que regulan la actividad profesional han pasado a ocupar un lugar preponderante, ya que, por disposición estatal han tomado a su cargo el control del ejercicio de la profesión, este hecho de la realidad también ha encontrado recepción, últimamente, en el orden nacional⁴.

El análisis de las distintas posiciones asumidas por los doctrinarios sobre el tema, ofrece, como en la mayoría de los asuntos de nuestra materia, dificultades serias. Algunas veces ellas se deben al hecho de que no se tiene presente el criterio rector que inspira al autor, otras, las más, obedecen a problemas de índole metodológico o terminológico.

Esas dificultades se presentan en el tema que nos toca tratar agravadas por la circunstancia de que gozan estos entes de ciertas prerrogativas ajenas al ámbito del Derecho privado. Algunos autores, a pesar de ello, las consideran ajenas a los conceptos y principios tradicionales del Derecho Administrativo –Derecho *solamente* de la Administración Pública–. Por ello se acude frecuentemente a la remanida frase de la "crisis del Derecho Administrativo" sin recabar que dicha "crisis" no es nada más que una parte de la que afecta a todo el sistema de valores y creencias recibidas y que se eleva, por ello, a elemento definitivo y global de la sociedad actual y de cada una de sus manifestaciones.

No podemos seguir abordando el tema sin partir del concepto mismo de función administrativa, puesto que de su extensión, depende a quien o a quienes se les reconoce su ejercicio. Es aquí donde nos encontramos con la primera dificultad, en la me-

da en que salvo raras excepciones⁵, el análisis y determinación del concepto de función administrativa, es referido exclusivamente al Poder Ejecutivo. No sólo se excluye de su tratamiento a entes como los que nos ocupan, sino que también se lo hace con las funciones administrativas de los Poderes Legislativo y Judicial⁶, y con entes típicamente estatales⁷ que prestan un servicio público⁸.

2. Criterios para definir la función administrativa

Según el criterio que se adopta para definir la función administrativa, variará la conclusión respecto a si entes que no son estatales la ejercen o no. Es lógico que no va ser lo mismo si se adopta un criterio material, que si se acepta uno mixto o un criterio orgánico. Cabe aclarar que difícilmente encontraremos criterios puros –material u orgánicos– para definir a la función administrativa, sino primordialmente material u orgánico. Esto último dificulta la sistematización; sin embargo, partiendo de los principios generales, podemos tratar de sintetizar las principales doctrinas al respecto.

2.1.- Doctrina negativa

Encontramos aquí la opinión mayoritaria en nuestro país. Agrupando las distintas posiciones sobre la base de los argumentos que se invoca, puede advertirse que la mayor parte se basa en la circunstancia de que: a) los entes privados no integran los cuadros de la Administración. Aquí encontramos a Marienhoff y Diez. Puede verificarse en esta postura algunas contradicciones. Así, el primero adopta un criterio material de función administrativa –lo que presupone, por lo menos, que los otros poderes del Estado ejercen dicha función– y luego sostiene que los entes no estatales no la ejercen porque no integran la Administración –lo que implícitamente también excluye a los otros Poderes del Estado⁹– y b) no son órganos estatales. Así Fiorini¹⁰ y Escola¹¹.

5. Linares, Juan F.: "Fundamentos de Derecho Administrativo", Bs. As. 1975, págs. 27 a 28; 44 a 66; Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo" t. I, Cap. VII.

6. Hutchinson, Tomás: "El Poder Judicial y su función administrativa" R.A.D.A. 13:35.

7. Por ser totalmente estatales. Ver Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., sala IV, voto mayoritario, causa 8381, "Gas del Estado c/Ultraocean" del 26-III-85.

8. Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala IV, voto mayoritario en las causas 8135 "Transportadora de Caudales Zubdesa" del 4-VII-85; 12.908 "Prieto de Zárate" del 19-XII-86.

9. Un ejemplo de esta posición la encontramos en la posición mayoritaria de la Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala III, causa 5272 "Alonso" del 16-II-83.

10. Fiorini, Bartolomé: "Teoría jurídica del acto administrativo", Bs. As., 1969, págs. 13, 18 y 19.

11. Escola, Héctor: "Tratado general de procedimiento administrativo", Bs. As., 1973, pág. 1.

3. Empleamos el término "administrado" por respetar el uso común, aunque es preferible el vocablo "particular" pues se "administran" bienes, cosas, etc. 'pero no personas'.

4. Con la creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, resistido por algunos abogados, a tal punto que hubo varios juicios planteando la inconstitucionalidad de la ley de creación.

Pensamos que quienes así opinan caen en una petición de principios. Ello en la medida en que comienzan por definir a la función administrativa como la propia de tales órganos; luego quien no reviste ese carácter no puede ejercerla. Así, se da por sentado lo que es, precisamente, el tema a investigar.

Como crítica conjunta a estas doctrinas negativas, podemos decir que las mismas no pueden resolver el problema de haber sido investidos estos entes de prerrogativas ajenas al Derecho privado - facultad de suspender el servicio, cobrar por vía de apremio, etc.- como propias y derivadas del poder de imperio de Derecho Público.

2.2.- Doctrina positiva

En la doctrina nacional quienes más se han ocupado del tema son Gordillo y Linares. Si bien no hay identidad absoluta entre ellos, lo cierto es que el argumento básico está dado por el hecho de que ciertos entes y aún personas privadas, gozan de prerrogativas exorbitantes al Derecho privado y que son típica manifestación del poder de imperio¹².

Es de destacar que esta doctrina considera que el ejercicio de la función administrativa de estos entes no constituye la regla respecto de todos sus actos, "...sólo pueden considerarse como tales aquellos que aparezcan claramente como una derivación expresa de la potestad pública"¹³. De lo que resulta que no en todo momento ejercerán función administrativa, sino solamente en aquellas oportunidades en que ejercieran las prerrogativas de derecho público que le fueron conferidas por el Estado.

A semejanza de lo que ocurre entre los autores que adoptan la tesis negativa, aquí tampoco encontramos identidad en cuanto a los criterios adoptados para definir la función administrativa. Así, mientras Linares sigue básicamente un criterio material, aunque con elementos residuales¹⁴, Gordillo adopta un criterio mixto u orgánico-material¹⁵.

2.3.- Doctrina ecléctica

Quizás no sea el título más apropiado para caracterizar a esta doctrina, pero no cabe duda que la misma lleva un apartamiento de las dos posturas más radicales. Parte de la idea de que la actuación de los entes no estatales no es ajena a las regulaciones del Derecho Público y, más específicamente, del Derecho Administrativo.

Para ello, tienen en cuenta que dentro del ámbito de este Derecho, quedan incluidas, no sólo la regulación de las relaciones que tales entes pueden mantener con la Administración central, sino también con los particulares¹⁶, llegando incluso, a tener facultades de regulación normativa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de aquellos. Este reconocimiento no lleva a esta doctrina, sin embargo, como consecuencia, a aceptar que dicten actos administrativos, basándose en la imposibilidad de englobar los actos de los órganos estatales y de los no estatales, en un régimen jurídico uniforme¹⁷.

La solución se encuentra, entonces, en la ruptura de la ecuación Derecho Administrativo - Administración Pública. Si ésta, y consiguientemente la función administrativa fueron el eje, en torno al cual se edificó el andamiaje del Derecho Administrativo, ahora el campo de éste se ha ido ampliando hasta rebasar el contenido de la función administrativa¹⁸.

Es decir, en lugar de ampliarse el contenido del concepto tradicional de función administrativa - como hace la doctrina positiva - acá se mantiene restringida esa noción y se amplía el contenido del Derecho Administrativo. Resumiendo: la actividad de los entes públicos no estatales, no es función administrativa, pero, de todos modos, está encuadrada en el ámbito del Derecho Administrativo.

2.4.- Nuestra posición

Es evidente que no podemos quedarnos con la simple afirmación del nombre de la función; en este sentido no tiene trascendencia que llamemos a la función administrativa o no. Lo importante, lo que sí tiene trascendencia es el régimen jurídico que viene detrás de la calificación. Si contáramos con un régimen jurídico definido, no interesaría cómo denominamos a la actividad que realizan. Pero si no contamos con tal régimen jurídico, ¿Cuál hemos de aplicar? ¿Los principios del Derecho Privado? ¿Los propios del Derecho Público?

Si nos encontramos con un ente que, por disposición del propio Estado, ejerce sobre los particulares facultades que implican limitaciones de la órbita de sus derechos subjetivos, que ejercen prerrogativas que sólo encuentran su fundamento en el típico poder del imperio del Estado y del Derecho Administrativo que regula su actuación, la aplicabilidad del Derecho privado, para regular el ejercicio de las mentadas facultades, debe ser descartado.

12. Gordillo: "El acto administrativo", 2a, ed. págs. 41 y ss.

13. Gordillo "Tratado...", cit., t. III, págs. 1-15 y ss.

14. Linares: "Fundamentos...", cit. pág. 66.

15. Gordillo, "Tratado...", cit., t. I, pág. VII-42.

16. Cassagne: "El acto...", pág. 70.

17. Cassagne: *Ibidem*, pág. 95.

18. Cassagne: *Ibidem*, cit., pág. 67.

Por otra parte, ¿Cambia la naturaleza de la función por la circunstancia de que la ejerza el Estado directamente o un ente no estatal? ¿Qué diferencia existe entre el acto por el cual un ente estatal factura el servicio de electricidad y luego ejecuta por apremio el pago o que la misma conducta provenga de una cooperativa de servicios eléctricos? Evidentemente, a primera vista, no hay ninguna diferencia. ¿Por qué entonces en un caso habremos de considerar a la función administrativa y en el otro no? El contenido del acto es el mismo, los efectos también lo son, están sujetos a un mismo o similar régimen jurídico. Conviene aclarar, sin embargo, con respecto a esto último, que el hecho de que sostengamos que estos entes no estatales ejercen función administrativa y que dictan actos administrativos, que se rigen por los principios jurídicos propios del Derecho Administrativo, no implica necesariamente, que han de serles aplicables los mismos textos positivos, ni que aquellos principios han de ser aplicados con la misma intensidad a unos que otros. Concluyamos que ello no obsta a lo que dijéramos respecto al tipo de actividad que realizan, cuando ejercen las prerrogativas de poder, toda vez que es admisible un concepto de función administrativa comprensivo de regímenes diferenciados.

Aquella misma doctrina que adopta una postura crítica frente a la consideración administrativa de estas funciones, no acierta en el encuadramiento de estas entidades en relación con la Administración pública de cobertura. A nuestro juicio, la explicación adecuada nos la ofrece el concepto jurídico genérico de la "delegación" administrativa, en el que, por descontado, tienen cabida todas las entidades que presten servicios públicos, calificadas de públicas –un tanto precipitadamente– por alguna doctrina, pese a tener una base privada inequívoca y un origen también muchas veces privado; siendo el derecho privado el que regula el régimen jurídico de su actividad común, quedando los aspectos administrativos reducidos a la función administrativa que cumplen. No hay razón para no encuadrar, a estas personas claramente privadas que, no obstante, realizan alguna suerte de función administrativa, dentro de la rúbrica común de "sustitutos" administrativos.

3. Diversidad entre Administración-sujeto y Administración-función.

Del análisis, anterior, surge con claridad la necesidad de distinguir diversos empleos del vocablo "administración".

El concepto Administración, y por ende administrativo, tiene una doble significación: a) un aspecto subjetivo, estructural, de organización y funcionamiento interno, esto es su naturaleza y condición en cuanto sujeto y b) su actividad, sus funciones, el régimen jurídico de sus actos.

La cuestión radica en que estas dos calificaciones: Administración-sujeto y Administración-función, no siempre coinciden: no todo sujeto administrativo actúa siempre por la Administración-sujeto.

Ahora bien, sucede que toda Administración-sujeto está sometida en su estructura, organización y funcionamiento interno al Derecho Administrativo –con sus privilegios en más y en menos–, aún cuando parte o toda la actividad a que dicho funcionamiento se encamine sea "privada"; así, en materia contractual, todo el largo procedimiento de la formación de la "voluntad" y habilitación del gasto es siempre regulado por el Derecho Administrativo, aún cuando el contrato sea de Derecho privado.

En cambio, cuando el ente no tiene esta condición de Administración-sujeto no es aplicable, a su estructura, organización y funcionamiento interno el Derecho Administrativo, más que en la medida en que está expresamente contenido en su estatuto legal o sea consecuencia directa del desempeño de funciones públicas encomendadas al ente; pero si se encamina a actividades de defensa de sus propios derechos o intereses de carácter privado, tal régimen les es inaplicable.

Todo lo expuesto nos lleva a replantear el concepto del Derecho Administrativo. De ello nos ocuparemos ahora.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. El Derecho Administrativo es el Derecho propio de quienes ejercen la función administrativa.

Un Derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos; es el caso del Derecho civil. Hay otros Derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de ciertas clases de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos, al imperio del Derecho común, a este Derecho suele llamársele *estatutario*. El Derecho canónico es un ejemplo claro, pues no se refiere a una abstracta función sacral, sino que regula las relaciones jurídicas de unos entes específicos. Por esta razón en el Derecho canónico figuran preceptos sobre propiedad, prescripción, penas, etc.. El propio Derecho mercantil ha sido, también, un Derecho estatutario típico en su origen y desarrollo -derecho de los mercaderes-, pero a partir de la Revolución Francesa y la codificación napoleónica, el Derecho mercantil se transformó en un Derecho de base objetiva, regulador de los actos de comercio, aunque últimamente tiende a ser considerado como un nuevo Derecho de base subjetiva, de carácter estatutario, como Derecho propio de las empresas mercantiles.

Algo semejante sucede con el Derecho Administrativo, que no es el Derecho propio de unos órganos o un poder, sino el Derecho propio de una función, la *función administrativa*¹⁹, sustrayendo a los sujetos que la ejercen del Derecho común.

2. Es un Derecho Público común de la Administración Pública.

El Derecho Administrativo es un Derecho Público y constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos, es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia.

Todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución. Es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos: los que cumplen la función administrativa y, dentro de éstos preferentemente, (pero no únicamente), las Administraciones Públicas -nacional, provinciales y municipales-. Ello quiere decir que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente a las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal.

Así pues, el Derecho Administrativo tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven quienes cumplen una función administrativa, incluso aquellas zonas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos. Así pues, lo mismo que hay un Derecho Procesal o un Derecho Penal, hay también un Derecho Procesal Administrativo, o un Derecho Administrativo Penal. El proceso, las penas o sanciones, los contratos, la propiedad, la responsabilidad, las servidumbres, etc., en fin, todas las instituciones y técnicas propias de los Derechos comunes sufren, cuando inciden sobre los sujetos que cumplen una función administrativa, un proceso de modificación o modulación para adaptarse a las especiales características de la función que cumplen, dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, etc..

El Derecho Administrativo resulta así el Derecho común de las Administraciones Públicas (en tanto que las *funciones no administrativas* de las Administraciones Públicas son casi inexistentes) y derecho de excepción de los otros sujetos, aplicable sólo cuando cumplen una función administrativa (porque en el caso de éstos últimos *es ésta una actividad que no es única ni preponderante*).

3. Derecho común y no Derecho especial

La afirmación de que es un Derecho común hay que entenderla como opuesta a la expresión Derecho especial. El Derecho Comercial no es un Derecho común, sino un Derecho especial, ya que en las materias que el mismo no regula se aplica el Derecho Civil. En el Derecho Administrativo la solución es completamente distinta: cuando en él hay una laguna, éste se integra con sus propios principios sin necesidad de acudir a otros Derechos²⁰. Es decir, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus propios principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados primeramente por el Derecho Civil²¹. Los principios generales del Derecho son una condensación de grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum mismo del ordenamiento y la experiencia reiterada de la vida jurídica.

El Derecho Administrativo, en cuanto derecho común, no está formado solamente por normas positivas sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar o completar esas normas, a las que acompañan, formando en torno a ellas un aura inseparable. Los principios generales deben aplicarse con mayor razón en el Derecho Administrativo, pues este es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional²².

IV. CONCLUSION

La realidad que hemos descrito nos demuestra la insuficiencia de ciertos criterios para definir al Derecho Administrativo. Así, ya no puede aceptarse que éste sea sólo el regulador de la actividad del Poder Ejecutivo²³, ni tampoco que el "objeto" del Derecho Administrativo sea sólo la Administración Pública²⁴.

El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan el ejercicio de una de las funciones del "poder": la función administrativa. Estudia, pues, *el régimen jurídico aplicable a la función administrativa*. Como abarca el estudio de la función administrativa, se ocupa de quién la ejerce

20. Ver p. ej. ley 3560 "Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes", art. 8º.

21. Son principios generales de todo el Derecho y no sólo del Derecho Civil. Ver García de Enterría, "La lucha contra las inmundidades del poder", Madrid, 1983, pág. 42.

22. Cassagne, Juan Carlos: "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", pág. 81.

23. Santamaría de Paredes, "Curso de Derecho Administrativo según los principios generales y la legislación actual de España", ed. 1903, pág. 38; Sarria, Félix, "Derecho Administrativo", pág. 47.

24. Marienhoff, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo" 2a. ed. t. I, pág. 144.

19. Debbasch, Charles: "Institutions de Droit Administratif", Presse Universitaire de France, Tomo I, pág. 73.

(los sujetos administrativos), cómo se la ejerce (formas jurídicas administrativas), con qué medios, con qué atribuciones o facultades y con qué alcances.

Atendiendo a su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como una estructura dialéctica integrada por dos principios: por un lado potestad-

prerrogativas, por otro libertad-garantías²⁵, de ahí el intento permanente de hacer compatibles ambos principios. Y ello se logra en función de una idea transcendente: el bien común.

25. Frugone Schiavone, Héctor: "Algunas premisas fundamentales para el estudio del Derecho Administrativo" en revista Uruguaya de Estudios Administrativos, nº 1, 1981, pág. 65.



Apuntes de Derecho Minero Común

Atribuciones comunes de los titulares de derechos mineros.

Guillermo García Montúfar
Abogado

El siguiente es un extracto de "Apuntes de Derecho Minero Común", libro del Dr. Guillermo García Montúfar que se encuentra actualmente en proceso de edición. Agradecemos la colaboración del Dr. García Montúfar, distinguido catedrático, jurista de nota y ex-vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien nos honra al presentar en primicia para los lectores de THEMIS estas páginas, contribuyendo de esta manera, al objetivo de difundir las Ciencias Jurídicas en nuestro país.

Atributos o facultades que pertenecen a todos los titulares de derechos mineros, sean áreas de Reserva Nacional, Derechos Especiales del Estado o Concesiones Mineras.

I. Uso de Terrenos Superficiales Eriazos

Facultad, primero, de usar los terrenos eriazos situados dentro del perímetro del propio derecho minero (art. 79, inc. 1 L.G. de M.), para fines de la actividad minera a desarrollar. Estos terrenos son propiedad del Estado, por mandato de las Leyes Nos. 11061 de 15/7/49 y 14197 de 31/8/62, los Decretos Leyes Nos. 17119 (15/11/68), 17716 (24/6/69) y 19955 (24/4/73). El art. 193 del Texto Único Concordado, Decreto Ley No. 17716, dice que pertenecen al dominio público todos los terrenos eriazos del territorio nacional, cualquiera que fuese el título anterior de adquisición incluyéndose los de Municipalidades, Corporaciones Estatales y demás personas de Derecho Público interno, excepto aquellos que hayan sido objeto de proyectos de irrigación en ejecución o en trámite, cuyos plazos se encuentren vencidos.

El uso minero de dichos terrenos eriazos es gratuito y automático. El legislador presume que el titular del derecho minero necesitará dicho terreno para desarrollar su actividad, no requiere por tanto presentar solicitud alguna.

En segundo lugar, el titular de un derecho minero goza de la prerrogativa de usar los terrenos superficiales eriazos situados fuera del perímetro del derecho minero otorgado o asignado (art. 79 inc. 2), sin costo alguno.

En esta situación no funciona la presunción aludida, por lo que el titular del derecho minero de-

berá solicitar a la autoridad minera (Jefatura Regional de Minería) se le conceda el uso gratuito (art. 251 L.G. de M.), probar que el uso del terreno es necesario para su actividad, y justificar además, la extensión pedida.

La L.G. de M., define el uso minero pero lo limita: "el derecho a utilizar el área superficial de la concesión en los fines propios de la actividad concedida". El legislador olvidó el uso minero que concede el inc. 2 del art. 79 y que el uso minero beneficia también a los titulares de áreas de reserva nacional y derechos especiales del Estado.

Enrique Lastres Bérninzon destaca el hecho de que el uso minero concede el poder de alterar las características del terreno en función de los fines propios del derecho minero (Derechos y Obligaciones del Concesionario - Fórum sobre la Ley General de Minería-Lima-1981).

Es por ello interesante mencionar que el Concejo Municipal de La Molina expidió la Ordenanza Municipal No. 0001-MD-LM-A/85, de 8/11/85, que controla la ocupación de terrenos eriazos dentro de la jurisdicción del Distrito de La Molina, e incluye los terrenos usados para fines mineros.

II. Servidumbres sobre Terrenos Superficiales

El titular de un derecho minero está autorizado para imponer servidumbres, sobre terrenos superficiales (art. 79 inc. 3), a fin de utilizar racionalmente el derecho minero. Atributo amplio pues no está limitado a determinadas servidumbres, su ejercicio requiere probar exclusivamente la necesidad de imponer las servidumbres con la finalidad de desarrollar en forma adecuada la actividad minera. Corresponde a la autoridad minera (Dirección

General de Minería), determinar si procede indemnizar al propietario del predio sirviente y de ser así fijar el monto de la indemnización (art. 246). En caso la servidumbre, por su magnitud, enerva el derecho de propiedad del predio sirviente, la autoridad minera (Dirección General de Minería), de oficio o a petición del propietario sirviente, dispondrá la expropiación. En efecto, las servidumbres limitan o restringen el derecho de propiedad, pero no lo desmembran ni convierten a su propietario en nudo propietario sin los derechos de uso y goce. Por ello, la Ley permite que el expediente de servidumbre sea cambiado en uno de expropiación si la servidumbre, por su extensión, conlleva una virtual expropiación. Desde el punto de vista procesal no presenta problemas porque ambas atribuciones se tramitan de acuerdo al mismo procedimiento (art. 246).

III. Uso o Servidumbre sobre Terrenos Superficiales de otros Derechos Mineros

El titular de un derecho minero está capacitado para solicitar e imponer servidumbres sobre el terreno superficial de otro derecho minero (art. 79 inc. 4). Esta servidumbre se encuentra severamente limitada, pues no es suficiente acreditar la necesidad para el fin económico de la actividad minera o racional utilización del derecho minero, sino además precisa que la servidumbre no dificulte o impida la actividad minera del titular del derecho minero sirviente. Un conflicto de derechos del mismo valor, ambos gozan de la condición de utilidad pública (art. VI, Tit. Preliminar), por lo que se sacrifica el derecho minero dominante si la servidumbre a imponerse, dificulta o impide la actividad minera del derecho minero sirviente. La solicitud para imponer la servidumbre será rechazada, no es viable.

Omito toda referencia al uso minero porque si la limitación a imponerse afecta a un titular de derechos mineros, esa limitación será necesariamente una servidumbre.

IV. Servidumbres en el Subsuelo de otros Derechos Mineros

Una servidumbre propia de la actividad minera que antes llamaron servidumbre de socavón (art. 79, inc. 5). Derecho a construir en los derechos mineros vecinos las labores necesarias para facilitar el acceso, ventilación y desagüe del derecho minero dominante, el transporte de los minerales y garantizar la seguridad de los trabajadores.

Probada la necesidad de la servidumbre se impondrá aunque impida o dificulte la actividad del derecho minero sirviente. El legislador, en este caso, no ha consignado la limitación que figura en la atribución anterior. Esta situación suscita dudas sobre su

legitimidad porque el conflicto se da también entre intereses de igual valor y sin embargo se sacrifica al derecho minero sirviente, al que ha de soportar la servidumbre. Este defecto que viene arrastrándose desde el Código de Minería de 1950 y sin jurisprudencia que proponga una solución, debe corregirse, la solicitud del titular dominante ha de rechazarse, salvo que la autoridad minera (Dirección General de Minería) y el presunto titular sirviente consideren suficientes las garantías que ofrece la Ley.

Las garantías son: El titular dominante se obliga a dejar en cancha, libre de costos, a disposición del titular sirviente los minerales que extraiga del derecho minero sirviente como consecuencia de las labores que ejecute; y el titular dominante indemnizará al titular sirviente si causa daños. Contrario sensu si no causa daños no indemniza. El titular dominante no paga por el uso del subsuelo porque el titular sirviente no es su propietario sino el Estado que le ha otorgado el derecho a desarrollar una actividad minera; tan sólo podrá reclamar indemnización cuando se perjudica su actividad. Y la misma regla rige en caso sea el titular sirviente una entidad estatal porque esta tiene, igualmente, el derecho a realizar una actividad minera (art. 27), no es propietaria del subsuelo. Ahora bien, la Ley puntualiza que la indemnización por daños debe ser previa ¿previa a qué? Considero que producido el daño las obras tendrán que paralizarse y no continuarán hasta tanto no se abone el monto de la indemnización.

La imposición de la servidumbre no ocasiona gastos al titular sirviente mas si pretende disfrutar de las labores construidas por el dominante ha de abonarle una compensación cuyo monto fijan ambas partes y a falta de acuerdo la autoridad minera (Dirección General de Minería).

V. Utilización de Terreno Franco

La L.G. de M., define el terreno franco como "el subsuelo que no ha sido otorgado en concesión", descripción diminuta porque no tiene en cuenta las áreas de reserva nacional ni los derechos especiales del Estado; debió decir subsuelo en que no existen derechos mineros. Esta atribución permite al titular de un derecho minero (art. 79, inc. 6), ejecutar en el subsuelo franco vecino o colindante labores para facilitar el acceso, la ventilación y desagüe de un derecho minero, transporte de los minerales y garantizar la seguridad de los trabajadores, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 252 L.G. de M.

En la ejecución de las labores relacionadas es probable se extraigan minerales que pertenecen al Estado y por tanto serán puestos en cancha a su disposición (art. 108 L.G. de M.). De otro lado, nada impide que el Estado otorgue en ese subsuelo fran-

co un derecho minero cuyo titular respetará las labores ejecutadas o por ejecutarse. En realidad, constituye una situación similar a la del inc. 5 del art. 79, pues el titular del derecho minero se encontraría sufriendo desde su origen los efectos de una servidumbre.

Según el art. 38 del Reglamento de la L.G. de M., las resoluciones que se expidan en aplicación de los incs. 2, 4, 5 y 6 del art. 79 deben inscribirse en el Registro Público de Minería en las partidas correspondientes a los respectivos derechos mineros.

VI. Expropiación de Inmuebles

Atribución de solicitar la expropiación de un inmueble no destinado a un fin minero (art. 79, inc. 7), siguiendo el procedimiento de los arts. 246 y siguientes de la Ley. Quiere decir que los inmuebles dedicados a la industria minera no son expropiables en beneficio de los titulares de derechos mineros.

La Ley autoriza la expropiación de un inmueble determinado si el titular minero prueba que es necesario para la racional utilización del derecho minero, a juicio de la autoridad minera (Dirección General de Minería).

Alfonso Rubio Feijoo (El Derecho de Expropiación en la Legislación Minera Vigente - Tesis - Lima - 1975), comenta que la L.G. de M. (se refiere a la anterior, pero la situación es igual), no establece limitación alguna en cuanto a las personas a quienes se puede expropiar de tal manera que no hay obstáculo alguno para expropiar inmuebles del Estado. Razonamiento correcto, previas tres advertencias: la primera, que no son expropiables los inmuebles dedicados a fines mineros, la segunda que no son expropiables los bienes del dominio público del Estado y la tercera que se entienda por bienes del Estado aquellos que pertenecen a empresas estatales cuyos fines no sean públicos.

No es suficiente demostrar la necesidad de la expropiación ha de probarse además la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. Ni la Ley ni el Reglamento establecen criterios. En opinión de Rubio Feijoo la declaración de utilidad pública en favor de la industria minera, si la actividad afectada no goza del mismo privilegio, le atribuye a la primera mayor importancia. La ausencia de criterios impide inferir con certeza el pensamiento del legislador, situación que ocasionará conflictos intersectoriales, no obstante, es justo aplicar no sólo un criterio económico sino también tener muy en cuenta el factor social, sin dejar de lado la condición de utilidad pública que beneficia a la industria minera.

La expropiación tiene como correlato la obligación de abonar en dinero la indemnización justificada antes que culmine la transferencia de propiedad. En caso la expropiación recaiga sobre inmuebles ubicados en zonas urbanas o de expansión urbana se solicitará la opinión del Ministerio de Vivienda o del Organismo Regional correspondiente. Su dictamen no obliga a la autoridad minera.

La Resolución Directoral N° 105-86-EM/DGM, de 30-12-86 que aprueba los Procedimientos y las Guías Individuales de Servicio al Público, reproduce dos reglas muy importantes: Mientras no esté aprobada la expropiación no se podrán iniciar las obras para las que fue solicitada (art. 248 L.G. de M.). Y, si la autoridad minera comprueba que el bien materia de la expropiación es utilizado para fines distintos a los específicamente solicitados, pasará sin costo alguno a dominio del Estado (art. 250 L.G. de M.).

De acuerdo al art. 38 del Reglamento de la L.G. de M., las escrituras públicas que se otorguen, en aplicación de los incs. 3 y 7 se inscribirán en el Registro Público de Minería en las partidas correspondientes a los derechos mineros, y en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El art. 66 del Decreto Legislativo No. 313, de 12/11/84, dispone que la Ley General de Expropiación es fuente supletoria de la L.G. de M.

VII. Uso de Aguas

Atribución de usar las aguas (art. 79 inc. 8 L.G. de M. y 39 Reg.) que sean necesarias para el servicio doméstico del personal y para las operaciones del derecho minero, sujetándose a la Ley General de Aguas y su Reglamento. En realidad, la utilización de aguas está regulada por un régimen legal distinto, no es atribución que concede la Ley Minera.

VIII. Minerales contenidos en Aguas Aluminadas

Los minerales contenidos en las aguas que alumbre el titular de un derecho minero durante la ejecución de sus labores le pertenecen (art. 79, inc. 9).

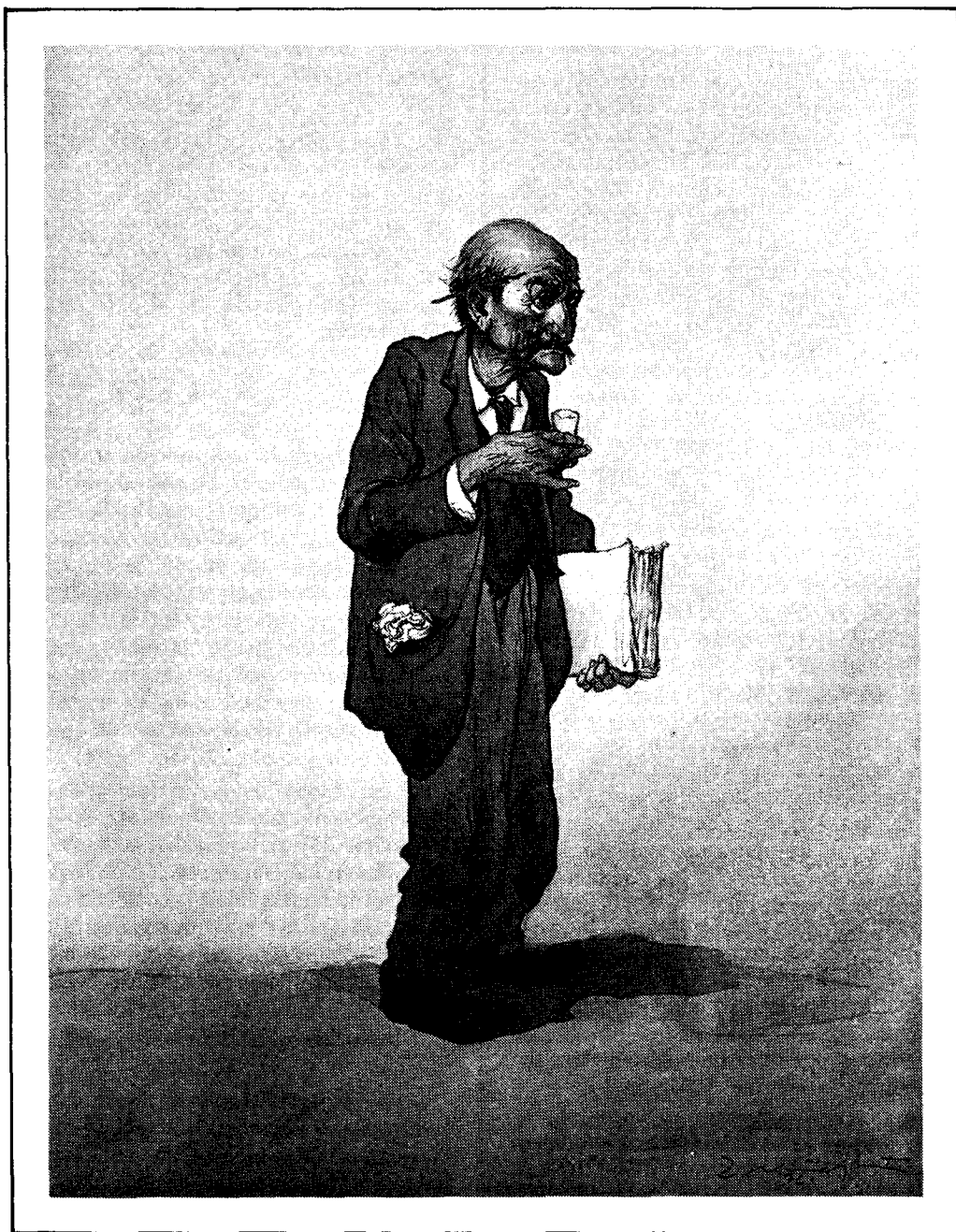
IX) Inspección de Derechos Mineros Vecinos o Colindantes

Facultad de inspeccionar los derechos mineros vecinos o colindantes (art. 79, inc. 10 L.G. de M. y 40 del Reg.), que se efectiviza acudiendo a la autoridad minera (Jefatura Regional de Minería), por la sospecha o certidumbre de haber ocurrido una invasión (art. 258 L.G. de M.); o por el temor que se produz-

ca un derrumbe o incendio de las labores por el mal estado de las labores de los mineros vecinos o colindantes o por el desarrollo de los trabajos que estos efectúan (art. 257 L.G. de M.).

Lo cierto es que corresponde a los funciona-

rios de las Jefaturas Regionales de Minería ejecutar la inspección, los titulares de los derechos mineros afectados se limitan a solicitarla, salvo, dice el Reglamento, que el titular del derecho a ser inspeccionado consienta libremente en la inspección.



Discurso a los abogados jóvenes *

Ramón Serrano Suñer **

Abogado español

Ni el desmoronamiento que el insomnio pertinaz y prolongadísimo produce en mi salud, y especialmente en mi capacidad intelectual, ni los muchos, y así más penosos quehaceres, ni la fatiga, ni la necesidad de ausentarme, darían licitud a mi negativa frente al requerimiento insistente y afectuoso de unos jóvenes juristas cuando van a iniciar su dura tarea profesional. ¿Quién, aunque abrumado por todo aquello, no hace un paréntesis en su trabajo y en sus dificultades para responder, siquiera sea brevemente, a tan halagadora llamada?

A pesar de reunirnos en este local que cobijó durante tres siglos y medio la Universidad que fundara Cisneros, de cuyas gloriosas tradiciones es continuadora la Universidad de Madrid, yo no me dirijo a universitarios, sino a profesionales de la Abogacía. Me dirijo a jóvenes licenciados en Derecho, que terminados sus estudios universitarios acaban de hacer ahora un curso en la Escuela de Práctica Jurídica y se disponen a ejercer la Abogacía. Considero gran acierto la creación de esta Escuela, que no en oposición, sino como complemento de las tareas universitarias, viene a convertir en operante una vieja cátedra llamada en mis tiempos de "Práctica forense", donde no se practicaba nada. Bien sé que la misión de la Universidad —donde el genio florece como en su medio natural— es otra. Pero en Facultades —como la nuestra— que tienen un alumnado masivo, no es probable —ni deseable— que todos los que consigan su título de licenciado vayan a dedicarse a la pura especulación, y es necesario dotarles de alguna preparación para enfrentarse con la vida profesional y sus

problemas.

Los padres y las madres de las zonas del país económicamente más débiles, que con esfuerzo y sacrificio muchas veces heroicos van separando día a día unas monedas de sus ingresos por retribuciones modestísimas, para costear matrículas y libros de texto a sus hijos, con la esperanza de que un día puedan con su carrera ganarse la vida, os lo agradecerán profundamente.

• • • • •

Yo, como letrado que ha traspasado los umbrales de la madurez, bien quisiera ahora ofreceros —en discurso, conferencia o charla más extensos— el archivo de la experiencia y la desinteresada ayuda del consejo. Pero ya que mi estado de salud no me permite corresponder como fuera mi deseo a la gentil invitación que aquí me ha traído, no quiero desaprovechar la ocasión que me brindáis para haceros algunas reflexiones —con poco orden y sistema— sobre algunos aspectos *de la que debe ser* noble profesión: ésta que vosotros habéis abrazado.

En el mundo agitado de hoy, en la etapa crítica y angustiada que atravesamos, se podría hablar de la función del jurista, del abogado y su circunstancia, diríamos en lenguaje ya recibido. Se podría comparar el nivel intelectual de la sociedad española de hace cuarenta años con el que tiene en la hora presente. Analizar el ambiente moral que entonces se respiraba y el que ahora nos envuelve. Sería interesante examinar las formas y el estilo de los abogados de 1923 y de los juristas de 1963.

No dejaría de golpear nuestra atención un estudio de la evolución de la abogacía en esta época de la revolución tecnológica, de la unión europea, de la justicia social, del materialismo solapado y del neoliberalismo. Pero tan nutrido repertorio de temas nos impediría divisar el bosque, hablando a la manera orteguiana; y el ambicioso empeño de abarcarla todo pugnaría con el rigor deseable. Concretaré, por ello,

* El presente texto corresponde al discurso que Don Ramón Serrano Suñer pronunció en 1963 a los abogados que hicieron un curso en la Escuela de Práctica Jurídica de Alcalá de Henares, con motivo de la clausura del mismo.

** Don Ramón Serrano Suñer, ha sido miembro del Cuerpo de Abogados del Estado, Diputado a Cortes (1833-1936), Ministro del Interior (1938), de Gobernación (1938-1940) y de Asuntos Exteriores (1940-1942) de España. Ha traducido, anotado y concordado, en compañía del profesor José Santa-Cruz Teijeiro, la cuarta edición italiana de las "Instituciones de Derecho Civil" de Roberto de Ruggiere. Recientemente ha publicado en dos volúmenes "Dictámenes y Recursos de Casación Civil".

estas breves, consideraciones en unos pocos motivos, no de lección, sino de repaso y recordación.

Antes, cuando los abogados de mi generación empezaron su vida profesional, el centro de gravedad de un bufete estaba en las instituciones del Derecho privado, principalmente. Ahora ...¡Dios sabe lo que es un bufete!, porque todo anda revuelto y confundido: lo público y lo privado, la gestión, la influencia..., y, con ello, lo jurídico y lo antijurídico. En aquel tiempo, sin embargo, podemos decir, en términos generales, que el abogado poseía menos técnica; técnica menos depurada que el actual. (Me refiero, naturalmente, a los que en la actualidad son de verdad abogados). Lo que no quiere decir que los grandes abogados de aquel tiempo: Maura, Cierva, Ossorio..., no fueran valiosos; casi todos ellos eran hombres de gran inteligencia, y algunos –Bergamín, por ejemplo– eran geniales. Pero se ejercía la profesión con más talento que rigor institucional. El abogado de hoy, también en términos generales, repito, tiene mejor técnica. Hasta incurrir en ocasiones en un malabarismo conceptual que no aumenta, ciertamente, su seriedad ni su prestigio. Tan lejos del rigor están la vulgaridad como la pedantería.

En aquel tiempo, catedráticos de un gran saber, como nuestro inolvidable maestro Clemente de Diego, tenían como abogados una actividad limitada. Fue Felipe Sánchez Román Gallifa –Sánchez Román el joven– quien irrumpió en la vida profesional con gran empuje. Entonces no había, como por fortuna tenéis vosotros hoy, una Escuela de Práctica Jurídica, y los que teníamos inquietudes y afanes la suplíamos con asistencias esporádicas a las vistas de los recursos en las Salas de la Audiencia y del Supremo. Recuerdo que un día, en un recurso de apelación, informaban Ossorio Gallardo como apelante y Sánchez Román como apelado. José Antonio Primo de Rivera y yo escuchábamos entre el público. El Letrado apelante –Ossorio– hizo un informe con elocuencia y desparpajo, pero desde el punto de vista institucional, aproximativo; Sánchez Román habló luego con método y precisión impresionantes; con un tecnicismo impecable. Con frialdad, aunque sin desmayo. Cuando terminó su informe, José Antonio –que había de ser pocos años más tarde un abogado extraordinario– me dijo: "Así Ramón, con este rigor, aunque concediendo más espacio y atención al problema humano subyacente, así es como hemos de informar nosotros".

La profesión tenía ya un nuevo enfoque.

• • • • •

Cerca de medio siglo ha transcurrido desde entonces, y con tantos años y experiencias sobre nosotros cabe ahora preguntar si la profesión es realmente lo que debe ser, lo que puede ser. No quie-

ro ensombrece vuestras ilusiones de juventud con una visión irremediablemente pesimista, pero sois hombres y, por encima de aquella consideración, tengo frente a vosotros el deber de decir la verdad. A la juventud hay que dirigirse seriamente, con más exigencia que halagos. Y la verdad es que soy un decepcionado por el clima que vivimos; el clima de casi todo el mundo es poco estimulante para que la Abogacía y la Administración de Justicia se desenvuelvan en la altura y el rigor que son consustanciales con su noble ser. Primero, porque el Derecho, que es una de las mayores conquistas de la cultura humana –y en buena parte la civilización, obra de esa cultura, es en cuanto hecho social el Derecho mismo–, es hoy un valor casi universalmente despreciado.

Digamos también que, por la misma naturaleza de las cosas, el abogado está siempre expuesto a la amargura de que su trabajo, aunque sea perfecto técnica y moralmente, inteligente y recto, no tenga, en cuanto al resultado, ninguna seguridad. ¡Son tantos los factores que lo condicionan! No ya sólo por las impurezas de la realidad: maquinaciones, oportunismos, presiones muchas veces resistidas hasta el heroísmo, lo que ni puede pedirse ni puede darse siempre. Pero aun en los casos frecuentes del más escrupuloso enjuiciamiento, todo queda sometido a la apreciación y la decisión ajenas, que si en ocasiones son mejores, en otras son peores. El abogado no tiene, en cuanto al resultado de su trabajo, la seguridad que el ingeniero, el arquitecto (dejemos en este caso de lado los sinsabores previos con que actualmente una fronda burocrática urbanística le atormenta hasta iniciar su tarea), el químico, etcétera. En ellos, obra bien estudiada y bien hecha, *es así, sin más*, sin que su resultado dependa de imponderables. Incluso el médico, frente al misterio de la salud y de la vida, de la enfermedad y de la muerte, está más seguro porque trabaja sometido a las leyes de la Naturaleza, que podrán ser desconocidas o deficientemente conocidas, pero que son leyes necesarias, que no pueden ser torcidas ni escamoteadas por la acción del hombre. Sólo la incertidumbre está en las leyes que manejan los abogados. ¡Es la grandeza y la servidumbre de la libertad de ser racional!.

Pero, pese a todo, para quienes tenemos conciencia jurídica, la lucha por el Derecho, por el establecimiento y el mantenimiento *efectivos* de un orden jurídico –sea en un régimen político liberal o autoritario, o en otro que signifique una necesaria corrección de los dos–, constituye el gran deber y la gran verdad. Para otros, que de verdad no creen en el Derecho ni tienen formación jurídica, se trata sólo de meros recursos contingentes de propaganda. Y porque no creen en verdad en el Derecho, no lo respetan, e incluso lo escarnecen con la costumbre tan frecuente de disfrazar con procesos formales y apariencias jurídicas, propósitos y conductas antijurídicas.

cas. "Sólo los déspotas torpes se sirven de las bayonetas. El arte de la tiranía consiste en hacer las mismas cosas utilizando a los jueces", decía Desmoulins con frase intencionada.

Frente a ellos hay que tener el valor de proclamar que el mismo totalitarismo o el paternalismo políticos, cuando son establecidos y administrados con honradez, son más respetables que aquellas mascaradas. La fórmula viviana de la sabiduría, "De rebus incorruptar judicare", tiene también vigencia para la justicia: juzgar las cosas buenas como buenas y las viles como viles, y no las buenas como viles ni las viles como buenas, según es tan frecuente hacer.



Estas reflexiones de experiencia no deben servir, sin embargo, para desanimar, sino, al contrario, para alentarlos a emplear en esa lucha necesaria todo el ímpetu juvenil, alertados, vigilantes y exigentes; "per non dormire", como reza la divisa d'anunziana.

Para seguir diciéndolos la verdad, hay que añadir que muchas veces las culpas y manchas de la Abogacía no vienen de fuera, sino que están dentro de las costumbres y maneras profesionales. Con frecuencia olvidan los juristas uno de sus deberes más descollantes: el del respeto a la verdad. Cuántas veces, despreciando las normas del *fair play*, que deben presidir las competiciones forenses, el abogado induce al justiciable y a los testigos al engaño y a la deformación de los hechos. Impresione la incidental declaración que se hace en un considerando de una sentencia del Tribunal Supremo (18 de junio de 1860), de que, en nuestro Derecho positivo, no existe el deber de veracidad impuesto a las partes en concepto de principio ético-jurídico. Lo que si así es cierto, como dice el Tribunal Supremo, no deja de llamar la atención que se pase fríamente por esa observación sin formular reproche ni lamento.

Ha dicho Carnelutti que, por las exigencias de la acción, el Derecho se debe contentar con un relativo grado o medida de conocimiento, es decir, no puede llevar las investigaciones más allá de ciertos límites, aun cuando sólo le proporcione una verdad aproximada. Pero de esta limitación de nuestras facultades de conocimiento -decimos nosotros- no puede deducirse que sea lícito cooperar al fraude y al engaño.

Otro tanto podemos decir en relación con el obligado respeto a la Ley. No hace mucho tiempo leí una sentencia del Tribunal Supremo, en uno de cuyos fundamentos se decía: "Considerando que las leyes se dictan para que se cumplan". Y esto que parece una peregrinada es un principio que convendría fuera recordado más asiduamente por los encargados

de cooperar a la Justicia. Parece como si una desmedida confianza con los textos legales indujera a algunos a retorcer su sentido, en provecho de los clientes, originando un anecdotario copioso que ha desprestigiado muchas veces la profesión. En rigor, no es que las leyes se dicten para que se cumplan, sino para que se realicen la justicia y la seguridad jurídica, que son los valores cobijados en las leyes. Un subjetivismo despectivo para esos valores, y una inconsciente adhesión a la llamada "ética o moral de la situación", amenazan con sembrar el confucionismo en algunas mentes jóvenes propicias a la adopción de modas intelectuales insolventes.

Sin entrar ahora a recordar el problema de la legalidad y la legitimidad, insistimos un poco más en el tema que acabamos de apuntar: la realización de la justicia por la ley, lo que debe ser la preocupación de quienes tienen encomendada función tan grave y exigente y de cuantos en ella cooperan, por encima de una mera superstición legalista. Podríamos decir que la navegación de la Ley ha de estar regida por la brújula de la Justicia. Que los pilotos -legisladores, jueces y abogados- deben vigilar los rumbos de esa navegación para registrar sus desviaciones y recuperar el norte cuando se pierda. Las leyes y los Códigos, aun siendo buenos, sirven poco si no son buenos los jueces y abogados. Aparte de que, como dice crudamente Carnelutti, el legislador puede ser -y lo es muchas veces- analfabeto, y el juez no puede serlo. En el proceso se puede hacer Derecho, y casi siempre se hace, porque la ley es como un producto semielaborado que recibe precisamente allí -en el proces- una elaboración ulterior. El Derecho, añade Carnelutti, se hace no sólo en la oficina legislativa, sino también en la oficina judicial. ("La procedure est mis en voi du Droit"). Así, aunque ello signifique un golpe de florete al trono del legislador, puede llegarse a la sentencia constitutiva.



Advierto que empiezo a alejarme de la sencillez de mi propósito inicial -reflexiones de experiencia sobre la vida profesional-, al que debo volver. Me parece de algún interés que hablemos un poco de las maneras y el estilo del abogado en el trato con sus clientes y adversarios o antagonistas. Esta profesión ha de ejercerse en un sentido de humanismo, porque la materia con la que trabaja el jurista son sentimientos y pasiones, reacciones vitales, cargas efectivas, ambiciones, ilusiones y fracasos. Toda la delicadeza de un espíritu cultivado será poca para manejar esos "materiales" humanos, tan frágiles de suyo. La calidad humana del letrado tiene buena ocasión de manifestarse y de aquilatarse en el trato con su antanionista, en el diálogo con el colega adversario. Durante mucho tiempo. (y en alguna medida hoy todavía), en los escritos forenses abundaban los denuestos y las frases irascibles -escarnio, ludibrio,

vergüenza—o los términos irónicos con poco ingenio. Era—sigue siendo a veces—una lamentable posse escenográfica con vistas a la "galería". En nuestro tiempo se anuncia un cambio de formas que debe congratularnos. El romanticismo y la bohemia profesionales se extinguen para dejar paso a una juventud que haga culto del clasicismo.

Ojalá que, siguiendo el ejemplo del gran Papa Juan XXIII, que el mundo acaba de perder, pudiéramos los más decir de nosotros mismos lo que, sin vanidad ni falsa modestia—con desnudez de corazón y de palabra—, pudo él decir de sí mismo al presentarse en Venecia como patriarca: "Creo tener un buen sentido para saber pronto y claro las cosas, con una predisposición para el amor de los hombres. La Ley del Evangelio me obliga a ser respetuoso de mi propio derecho, y del derecho de los demás, me impide hacer el mal a nadie y me anima a hacer el bien a todos... En contacto con arduos problemas, siempre he conservado la paz y el equilibrio y he procurado apreciar las cosas en su justo valor".



Por lo demás, ya lo habréis aprendido en vuestra Escuela de Práctica Jurídica: *el abogado ha de estar en todo*.

El Diccionario de la Academia, en la voz "estar" anota esta expresión: "Estar uno en todo": "Atender a un tiempo a muchas cosas, sin embarazarse con la muchedumbre de ellas". El abogado debe estar en todo, personalmente, sin descargarse de detalles y pormenores en la memoria o en la diligencia de sus colaboradores. Estar en todo significa no dejarse pasar los términos; no olvidarse del "otrosí" de la cuantía litigiosa; cerciorarse de si la prescripción se ha interrumpido; pedir anticipadamente la prórroga de la anotación preventiva de la demanda, no sea que los trámites impidan el que quede registrada dentro de los cuatro años; prevenir la caducidad de unos autos paralizados; revisar la última entrega de jurisprudencia, en la que acaso venga una sentencia "ad hoc" a nuestro caso; repasar *todos los posibles legitimados pasivamente* en el pleito, no sea que éste se pierda por haberse constituido incompletamente la relación procesal; examinar la competencia territorial..., y tantas otras pesadeces.

He ahí algunos ejemplos de lo que en esta ingrata profesión debe entenderse por estar en todo. Cierto que muchas veces, con ello, no se hace más que rendir pleitesía a un formulismo aberrante y a una técnica fetichista que espero desaparezca en un futuro no lejano. Pero mientras el oficio de las leyes siga siendo siervo de estas reminiscencias, es un deber del abogado no despreciarlas y dedicar su solicitud a todo lo que conduzca al más seguro logro de

los objetivos profesionales.

Otro consejo que me permito daros es éste: cuidar, consolidar y ensanchar vuestra cultura jurídica y extrajurídica. No olvidéis que además de aquella, el cultivo de las letras humanas y de las doctrinas filosóficas son indispensables para el "orador", como decía Cicerón, maestro no superado en la oratoria forense. La lógica, la ética y la estética son bagaje indispensable del jurista, pero no suficiente, pues obligado a aplicar criterios jurídicos a las más variadas materias—la vida entera es el ámbito del Derecho—ha de estar en condiciones de entender en ese grado difícil y enciclopédico que permite al menos intuir las técnicas más diversas y los problemas más complejos.

Leer asiduamente revistas jurídicas y jurisprudencia. Es una manera de estudiar teoría y de enterarse de casos prácticos, sin sujetarse a la rígida estructura de los tratados, y es la manera de *estar al día*.

La "celeridad histórica", que de manera tan patente afecta el curso de nuestro tiempo, alcanza también a la conciencia jurídica, y el letrado que no *actualiza* su bagaje cultural corre el riesgo de quedarse anquilosado. Y no digamos de la legislación positiva, porque supongo que ya os habréis dado cuenta de que dejar de leer el *Boletín Oficial* durante tres días consecutivos puede ser causa de graves perjuicios en el trabajo profesional.

Por el contrario, no sintáis el menor complejo por aplazar la contestación a la consulta verbal—si es que la aceptáis—, ni por releer los textos legales en presencia del cliente, pues la repentinización es siempre arriesgada; y es más honesto pasar por lento o por premioso que presumir de sabio siendo ligero. Mas hay que estar "en forma" para que al estudiar cualquier asunto, por simples que parezcan los términos en que se proponga, entre en juego ese gran mecanismo de la "asociación de ideas", que se cimenta en la memoria y se prefabrica con materiales recogidos en la cotidiana labor de lectura de las leyes, de la jurisprudencia y de los trabajos doctrinales.

Como al principio dije, la vida jurídica, pública y privada, se ha vuelto muy complicada. Pasaron los tiempos en que la profesión de abogado se ejercía con los tres Códigos sustantivos y con las dos Leyes de enjuiciar. Y se admita o no el "especialismo", es de todo punto inexcusable un esfuerzo continuado, de cada día, que hace de este oficio un quehacer duro y esforzado. Sólo una probada vocación y un depurado sentido del deber ayudan a resistir y a vencer. Quien carezca de aquélla y sea tímido al cumplimiento de éste, recapacite acerca de si debe orientarse por otros derroteros más fáciles y placenteros.

Llegamos a un punto en que sin duda pensáis, como yo, que ya son estos muchos consejos...onerosos; y tal vez esperáis alguno lucrativo o útil. Del aspecto de la profesión de abogado relativo a la remuneración de su trabajo, también es obligado hablar y comunicaros nuestra experiencia. Pues, díga-se una vez más, que si es cierto que no sólo de pan vive el hombre, el pan es necesario para vivir. Aspecto éste bien legítimo y digno de ser respetablemente considerado y atendido. No olvidemos que del fracaso del idealismo surge el existencialismo, porque aquél había olvidado en muchos aspectos al hombre. No se trata de hacer caer a la juventud en la trampa del arribismo, ni de empujarla en la peligrosa escalada del vellocino de oro, en la que hoy tantos sucumben o triunfan en ocasiones por medios ilícitos o poco decorosos, lo que constituye grave mal ejemplo. Se trata de la dignidad y la legitimidad de la retribución de un esfuerzo que supone casi siempre gran tensión intelectual y moral. Y debo deciros que, frente a casos desaforados y abusivos (excepcionales) normalmente los trabajos de calidad, en la abogacía, alcanzan retribuciones más modestas que las que se obtienen con menos esfuerzo y desgaste en otras profesiones. Lo que no debe ser así, pues la retribución adecuada no olvidéis que es exigencia de la misma dignidad profesional.

A diferencia de lo que ocurriera en el siglo pasado, en el que la profesión de abogado, en su *tipo medio*, se simultaneaba con la posición económico segura de quien poseyendo propiedades de renta no tenía que afanarse en la "lucha por los asuntos"; las estructuras sociales de hoy han eliminado, en los niveles medios, aquel tipo de propietario-abogado, y los bufetes han de cimentarse en la seguridad de la prebenda (función pública, asesoría, etc.) o en la especialización, que, una vez prestigiada, pueden proporcionar buena remuneración. Antiguamente, como al principio de estas reflexiones decíamos, los despachos se nutrían de pleitos y consultas civiles; otros se dedicaban especialmente a lo criminal. Ya en nuestros días, lo mercantil fue cantera de trabajo profesional no despreciable. Todavía más recientemente se ha perfilado la figura del letrado de Compañía de seguros de responsabilidad civil, a los que tantos y tan homogéneos asuntos ha proporcionado el tránsito o tráfico de vehículos. Pero quiero llamar vuestra atención sobre la existencia de un sector pro-

fesional destinado a ocupar un primer plano en la abogacía, y que acaso no esté suficientemente atendido. En el sector de lo económico-financiero y del asesoramiento fiscal. (Y no olvidéis que en la deserción del abogado está la razón de muchos intrusismos).

Las reformas de la Hacienda española en los últimos cinco años y la estabilización de su economía han abierto al letrado un panorama de estudio y de trabajo, también de honrado provecho nada desdeñable. Para dedicarse a él hay que mejorar la preparación económica y contable de los abogados y su cultura financiera. La organización social y política actual necesita de letrados que, especializados en Derecho financiero, tributario y de la empresa, asistan con su consejo, con su defensa y con su ilustrada gestión a una multitud de personas que, preocupadas con los problemas de la producción y la circulación de la riqueza, carecen de tiempo para dedicarlo a la fricción de sus actividades con el sector público.

Esta especialización, que presta sus servicios a sociedades y entidades que trabajan con amplios horizontes y en ocasiones con generosos sistemas de atención para sus colaboradores, requiere estudio, capacitación y esfuerzo que encuentran a la postre justa compensación. Trabajad para vosotros, cosa bien legítima, y trabajad para los demás. Sed realistas, pero también insatisfechos, para así no perder nunca de vista el ideal. Continuemos lo bueno del pasado y preparemos el futuro; sólo así tienen, de verdad, existencia los pueblos.

Acaso se tardará bastante tiempo todavía para que ésta, que en los años de ilusiones fue entrañable profesión ("mi oficio de abogado, tan querido", como escribió José Antonio en documento ejemplar y conmovedor, pocas horas antes de morir), ocupe el sitio y alcance el tono y el respeto que le corresponden, y adopte la mentalidad que conviene a las nuevas concepciones de la personalidad, de la libertad, de la justicia y de la paz. Bien dirigidos y orientados por esta joven Escuela de Práctica Jurídica, que cuenta con un profesorado lleno de competencia, de responsabilidad y de entusiasmo —y que ha producido ya frutos sazonados—, hago votos muy sinceros para que quienes iniciáis este camino lleno de asperezas y sinsabores, pero también de serenos goces y de satisfacciones elevadas, lleguéis a conocer, para la abogacía, días de plenitud y de gloria.

La Ley 24723 y su aplicación

Enrique Bernal Ballesteros

Senador de la República. Profesor en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la PUC

El 9 de octubre de 1988 se cumplió un año de la promulgación de la ley 24723, que dispuso la reserva para el Estado de la actividad bancaria, financiera y de seguros, así como la expropiación de dichas empresas en funcionamiento al momento de la promulgación, salvo excepciones señaladas en el articulado de la ley. Pese al año transcurrido, poco o nada es lo que se ha cumplido de lo que en ella se dispone. Dificultades de orden político unas y jurídico las otras, han convertido dicho instrumento en el caso típico de una ley que rige pero no se cumple. Ningún análisis puede ignorar la discusión y el encono político que suscitó el anuncio por el Presidente de la República del proyecto de ley mediante el cual, se disponía la estatización de la banca. El debate parlamentario se produjo en medio de un fragor político inusitado, el mismo que trascendió a las calles, a las instituciones sociales más representativas y a los órganos de comunicación y opinión. Las posiciones encontradas y los intereses en juego contribuyeron a marcar una polarización que, a pesar del tiempo transcurrido, continúa.

El presente ensayo quiere poner el énfasis en los aspectos constitucionales y jurídicos de la ley 24723 y en los problemas que hacen que su cumplimiento sea, en la práctica, un imposible jurídico. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse el clima de apasionamiento político, de dudas y contradicciones que se produjeron durante su elaboración, pues varias de las oscuridades y errores notables que posee la ley 24723, provienen precisamente de condicionantes y concesiones políticas. Estas se otorgaron sacrificando la claridad y precisión de la ley, que nació así con vicios que luego generarían los conflictos que han impedido su aplicación hasta, literalmente, paralizarla y neutralizarla, que es su situación actual.

En esta condición, la ley 24723 no sólo revela sus errores, oscuridades y confusiones, sino que además ha devenido en un instrumento jurídico que el Poder Ejecutivo no sabe o no quiere aplicar. A pe-

sar de ello, es una ley vigente, lo que significa una situación jurídica irregular con respecto a un sistema financiero cuyo régimen de propiedad, organización y funcionamiento es diferente del que la ley manda. Las intervenciones bancarias han cesado, también irregularmente, los procesos expropiatorios están indefinidamente paralizados, no se sabe en qué situación se hallan las acciones de amparo promovidas para detener la aplicación de la ley, comisiones investigadoras parlamentarias pretenden interferir la autonomía del Poder Judicial para forzar resoluciones judiciales en torno a contenciosos bancarios anteriores a la 24723, pero incluídos de modo condicionado dentro del alcance de la ley; en fin, nada se sabe sobre el estado de las financieras y seguros. En síntesis, todo es confuso y, lo que es más grave, determinante de una situación de inseguridad jurídica, provocada principalmente por la ley 24723, su texto y su caótica aplicación.

En tal estado de cosas, el autor de este ensayo no duda en señalar, como le sugirió ya en enero de este año, la conveniencia de derogar la ley 24723 y su reemplazo por otra que, de manera clara, defina el estatuto jurídico del sistema financiero nacional, dentro de los lineamientos y alcances fijados por la constitución y el interés nacional. Quien suscribe estas líneas participó activamente en el debate senatorial que precedió a la aprobación de la ley 24723. Consta en actas y en el Diario de Debates, que la mayor parte de sus propuestas y el dictamen en minoría que suscribió conjuntamente con el Senador Rolando Ames, no fueron tomados en cuenta. Fueron planteamientos que pretendían situar la cuestión del sistema financiero, dentro de una perspectiva global de democratización del conjunto del Estado y la sociedad, entendiéndose al factor financiero como un instrumento de desarrollo nacional, de crédito disponible para la pluralidad empresarial, de democratización de la propiedad y viabilidad de las modalidades empresariales autogestionarias y de trabajadores, sin desmedro de la empresa privada.

El autor mantiene su punto de vista, pero con la experiencia aprendida, opina que una reforma sustantiva y democrática del sistema financiero nacional, debe surgir del diálogo, el acuerdo y las proposiciones convergentes de políticos, expertos, productores, empresarios y trabajadores.

1. LA CONSTITUCION Y LA ESTATIZACION DEL SISTEMA FINANCIERO

Uno de los principales argumentos esgrimidos en contra de la ley 24723 es acerca de su inconstitucionalidad. Este planteamiento fue sostenido desde el mismo momento en que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley de expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Se sustentó en el carácter inviolable de la propiedad (art. 125 de la Constitución), en que no estaba probado el interés social que es la exigencia que señala el mismo artículo, en que se atentaba contra el pluralismo económico y empresarial dispuesto por el art. 112 de la Carta y en que se establecía un monopolio contraviniendo lo dispuesto por el art. 133.

Estas objeciones obligan a un análisis que precise los alcances de la Constitución en esta materia y las atribuciones legislativas del Parlamento cuando se presentan iniciativas que afectan la propiedad privada. Se trata, como es evidente, de un ejercicio de interpretación que permita al legislador una aplicación cabal y actualizada de la norma constitucional al caso concreto, de manera que la ley recoja en extenso los principios que desarrolla el modelo constitucional, evitándose así su violación y garantizándose la adecuada armonización entre el bien común y el individual. En el tema que nos ocupa, la interpretación no puede restringirse a una norma aislada del conjunto que la informa, determinando entonces su correcta aplicación a una realidad que, por compleja y mutante, demanda una permanente actualización de los conceptos político-jurídicos de base. Como señala la moderna doctrina alemana de interpretación constitucional (Konrad Hesse), cuando el legislador interpreta la Constitución, debe atender a la cambiante situación social, a los escenarios políticos y económicos en acción y, a partir de todo esto, asumir un "marco político y jurídico" comprensivo de los requerimientos del presente. Esta actitud legislativa permite reconocer en la Constitución elementos fundacionales que expresan, más que categorías jurídicas cerradas, orientaciones políticas y económicas de carácter general. Por ello y bajo esta perspectiva fundacional, tan precisamente descrita por Loewenstein, la interpretación de la Constitución debe ser siempre amplia, libre y creativa.

A este primer argumento en favor de un análisis interpretativo que ubique el asunto de la expropiación de las empresas financieras en el contexto del modelo constitucional de referencia y no en uno o

dos artículos aislados, añadimos el de la unidad y el del análisis sistemático. Metodológicamente, la interpretación constitucional demanda el reconocimiento de su unidad. Ninguna norma es más importante que otra; todas constituyen un cuerpo, se complementan, se integran y se precisan entre sí. No hacerlo así significaría, como lo señala Eliseo Aja, que se pudieran "juzgar anticonstitucionales ciertos preceptos de la constitución en virtud de otras consideraciones superiores". Así pues, es arbitrario y antijurídico el señalar que una norma vale más que otra. Lo importante es la articulación, precisar lo que da unidad y coherencia por encima de normas de procedencia heterogénea que provienen de los diversos consensos manifestados en el momento de la aprobación constitucional. Por lo tanto, la interpretación más correcta a nuestro juicio es la que se basa en una interpretación sistemática, desechando como dice Karl Schmidt la existencia de antinomias constitucionales. Esto no pasa de ser un despropósito.

Desde esta perspectiva de análisis y al margen de los vicios y defectos en sí de la ley 24723, que serán materia de este trabajo, sostenemos que desde el punto de vista constitucional, ella no tuvo en el momento de su formulación los vicios de inconstitucionalidad que se le imputaban. Basamos su constitucionalidad en el análisis sistemático de los artículos 42, 79, 80, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 124, 125, 133, 134, 152 y 153 de la Constitución. Del conjunto de estos preceptos, de otros que se conectan con ellos y del Preámbulo inspirador de todo el texto, se deduce que la orientación de nuestra Constitución es hacia el Estado social de derecho, antes que a un Estado privatista; no propicia el rentismo utilitario absteniéndose de todo control y regulación de la actividad productiva, sino que interviene en función del interés social, imponiendo también restricciones y obligaciones en aplicación de esos principios. Así, el art. 114 extrema su severidad al señalar que la ley, por causa de interés social o seguridad nacional, puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios.

El art. 79 de la Constitución precisa que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Este es, entonces, el sustento del Estado y el que regula la creación de riqueza, su distribución y la relación entre los peruanos. A mayor abundamiento, el art. 42 obliga al Estado a reconocer el trabajo como la base de la riqueza. Y es desde esta premisa que el art. 80 fija rigurosos deberes para el Estado: la plena vigencia de los derechos humanos, la promoción del desarrollo basándolo en la justicia, la eliminación de toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado.

La tesis del trabajo como eje del Estado y de las relaciones sociales, adquiere particular relevan-

cia al informar el articulado del Título III de la Carta sobre los caracteres del régimen económico. En efecto, el art. 110 dispone como fundamento de éste la justicia social y la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza.

Los artículos que le siguen, enlazan y desarrollan la proposición del art. 110, precisándose la forma cómo el Estado participa en la economía para que la sociedad se realice en el trabajo y en la justicia social. Nos encontramos así con un Estado que promueve (art. 110), planifica y concerta (art. 111), regula el pluralismo económico (art. 112), ejerce la actividad empresarial (art. 113) y reserva para sí actividades productivas por causa de interés social o seguridad nacional (art. 114).

¿Esta posibilidad de reserva, aplicada en la ley 24723, contradice la pluralidad económica y la inviolabilidad de la propiedad? No; la exigencia de responsabilidades estatales acordes con el interés social es una constante en la Constitución peruana, condicionando y, diremos mejor, iluminando el ejercicio de otros derechos a su observancia. Pluralismo económico y reserva por el Estado no son incompatibles en los términos que la Constitución los plantea. Las actividades promotoras, planificadoras, reguladores, empresariales, que tiene el Estado en materia económica son, junto con la posibilidad de reservarse actividades productivas y de servicios, potestades y, al mismo tiempo, obligaciones efectivas que el Estado peruano tiene para el cumplimiento de los objetivos nacionales y sociales que la Constitución le encarga de manera preminente. Es claro, sin embargo, que la reserva es el modo más complejo y difícil que el Estado tiene de asumir estas obligaciones. Por eso, sólo puede fundarse en el interés social o la seguridad nacional, siendo en tal caso el propio Estado el que asume directamente la actividad reservada.

Del mismo modo, con relación al derecho de propiedad y su inviolabilidad, establecidos en los arts. 124 y 125 de la Carta, es cierto que el Estado lo garantiza, pero no es menos cierto que no se trata de un derecho irrestricto. En efecto, la Constitución le impone la obligación de usarla en armonía con el interés social, pudiéndose dar la privación de tal derecho por causa, precisamente, del interés social o de necesidad y utilidad públicas, lo que indica que en materia de propiedad, lo social y público se antepone a lo privado. Desde luego, la regla general es la de la inviolabilidad de la propiedad que el Estado garantiza, siendo por tanto la expropiación una vía de excepción que requiere la motivación precisa antes indicada, que sea declarada conforme a ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

En síntesis, el Estado carece de facultad para expropiar discrecionalmente y sin invocación de cau-

sa mayor que lo justifique, pues la expropiación es una excepción limitativa de un derecho reconocido constitucionalmente; pero tampoco está jurídicamente desarmado e impedido de hacerlo si lo exige el interés social o la necesidad y utilidad públicas. A este respecto, es pertinente el comentario de Konrad Hesse cuando, en su ensayo sobre la interpretación constitucional, sostiene que "el contenido y alcance de la garantía jurídico constitucional de la propiedad, sólo puede ser determinado teniendo en cuenta la función social y económica de la propiedad en el moderno Estado social".

Ahora bien ¿En qué situación queda la economía social de mercado prescrita por el art. 115 de la Constitución, que también se invocó contra la reserva para el Estado de las empresas financieras? Aquí también nos encontramos con un uso distorsionado de la norma, al pretender su imposición jerárquica sobre otras normas y no su concordancia. En efecto, economía social de mercado no significa economía libre, sino su superación por un concepto más regulado del mercado. Según nuestra Constitución, la economía social de mercado se inserta o funciona de acuerdo a las reglas generales del modelo. En tal virtud, el propio art. 115 señala que el Estado reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social. Ahora bien, si el Estado reserva o expropia en razón del interés social, ello significa que la economía social de mercado debe aceptar la intervención del Estado en los términos y formas que, por razón de ese mismo interés, tiene él a su cargo de manera provisional, excepcional, principal o exclusiva.

En este sentido, la economía social de mercado tiene la obligación de adecuarse a un pluralismo económico que reconoce en el Estado, no sólo funciones de promoción, sino a un agente económico con atribuciones y obligaciones diferentes a los demás agentes económicos. Es decir, las funciones tuitivas del interés social y del bien común encarnan en el Estado una posibilidad de ejercer funciones y formas empresariales que no pueden ser, en modo alguno, extendidas a los demás agentes, porque ellos sólo responden por su interés particular, enmarcado o circunscrito por determinadas obligaciones sociales. Otros artículos que se refieren a la libertad de empresa y a la actividad financiera, precisan que su ejercicio no debe ser contrario al interés social y a su función social, respectivamente.

Como se puede apreciar, la clave que articula y fija el sentido de las normas constitucionales sobre el régimen económico y las relaciones en esta materia entre el Estado y los particulares, es el concepto de *interés social*. Este, lo mismo que los de libertad o justicia, tiene un alto grado de dificultad para lograr una definición clara y precisa que sea compartida por todos. Pero jurídicamente su significado se halla íntimamente ligado a los conceptos de bien común,

justicia social, orden y progreso, que son categorías vinculantes que le confieren al Estado atribuciones legales en la actividad social, en la económica y en los servicios, para lograr su plasmación en la realidad y su traducción como bienestar de la población. El interés social no puede invocarse arbitrariamente, requiere ser declarado por ley. Es pues el Poder Legislativo el que delibera, determina y declara la existencia de situaciones que, conforme a la Constitución, acompañan la actuación del Estado, por razón de interés social, para regular determinadas actividades y servicios o su participación directa sobre éstos.

Los argumentos constitucionales hasta aquí expuestos, son demostrativos de la capacidad, la posibilidad y la obligación que en algunos casos tiene el Estado para intervenir en la actividad económica, sea participando, regulando y, si es necesario, reservando parcial o totalmente una actividad, pudiendo declarar la reserva o expropiarla si está en manos de terceros. La Constitución autoriza este extremo si media el interés social. Esta posibilidad es perfectamente consistente con el pluralismo económico y la economía social de mercado. Refuerza este planteamiento el art. 133 de la Constitución, que prohíbe diversas prácticas propias del mercado libre, tales como los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y comercial. Se trata de una normativa general. Sin embargo, el texto constitucional atinadamente dispone como única limitación a la actividad del Estado, la prohibición de establecer monopolios sobre empresas, bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión, conforme al art. 134.

Cualquier duda sobre esta interpretación se despeja tras la lectura del art. 153 de la Carta, que expresamente prohíbe a los particulares o privados, no así al Estado, de constituir monopolio, directa o indirectamente, sobre la actividad bancaria, financiera y de seguros. En su versión original, este artículo se refería "a la prohibición de monopolios públicos y privados". No obstante, el debate de la Constituyente llegó a que, *por unanimidad*, se retirase la expresión "públicos", por cuanto, según se señaló, el Estado debe tener la posibilidad de controlar directamente la actividad financiera en situación de emergencia nacional. Así pues, tampoco esta figura de monopolio estatal financiero del Estado colisiona con el pluralismo económico ni con la economía social de mercado.

La referencia al art. 153 nos ha introducido en el análisis constitucional que directamente se refiere a materia bancaria, sin encontrar hasta ahora quiebre constitucional alguno en la ley que reserva para el Estado dicha actividad. Como argumento que refuerza lo señalado con relación al art. 153, habría que decir que, aún en el supuesto negado que el Estado

no pudiera constituir monopolio sobre la actividad bancaria, no sería aplicable al caso, porque el articulado de la ley establece excepciones a la reserva que permiten, bajo condiciones diferentes, el pluralismo económico de empresas bancarias, financieras y de seguros de diverso tipo. Este comentario lo ampliaremos al realizar el análisis de la ley. Lo que ahora más interesa destacar es el papel que otras actividades tienen para la economía del país.

En efecto, el art. 152 de la Constitución dispone que la actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país, en sus diversas regiones y sobre todos los sectores de la actividad y población, de acuerdo con los planes de desarrollo. Esta función social corresponde con el fomento y garantía que el Estado ejerce sobre el ahorro (art. 154), cuya captación y posterior asignación con sentido social, es medular de esta actividad. La Constitución pues, ha distinguido las actividades que se apoyan en el ahorro público, a las que asigna una función social, de cualquier otra relación económica entre particulares, basada en otras fuentes. Por lo demás, la actividad financiera está ligada con la asignación de recursos, debiendo por tanto conceder créditos en forma promocional y concordante con los sujetos sociales que, de acuerdo al pluralismo económico y empresarial, lo requieran. Esta asignación es la mejor probanza, sin lugar a dudas, del cumplimiento de lo preceptuado por el art. 152 de la Constitución.

En síntesis, de acuerdo con la pauta metodológica que ha guiado la interpretación constitucional de la ley 24723, ésta no presenta problemas en lo que a su constitucionalidad se refiere. No la tuvo en cuanto iniciativa del Poder Ejecutivo que proponía reservar y expropiar, aunque sí en los aspectos del procedimiento y, desde luego, tampoco la tiene en su versión final como ley promulgada. Una última objeción que queremos despejar es la relativa a la probanza del interés social. Contra lo que se ha argumentado, la prueba no es de naturaleza jurídica. El Parlamento que aprueba la ley, realiza una evaluación económica, financiera, política, social, cultural, de conveniencia nacional, etc. del elemento material que se expropia, atendiendo en cada caso a su naturaleza y a su particular vinculación con el conjunto social. Por encima de todo es un acto de imperio, mediante el cual el Parlamento decide si existen los elementos de juicio fundados para invocar la causalidad del interés social.

En conclusión, desde el punto de vista expuesto, la ley 24723 no tiene vicio de inconstitucionalidad. El Parlamento en deliberación autónoma y en ejercicio de las atribuciones constitucionales de que está dotado, declaró de interés social la actividad de servicio público bancaria, financiera y de seguros; reservó para el Estado su ejercicio y dispuso asimismo

la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en actual funcionamiento, con las excepciones señaladas en la propia ley. Desde luego, quedará siempre dentro de lo opinable, la conveniencia y la necesidad de proceder como lo hizo la ley, pero no el imperio y la legalidad de la decisión. Estas apreciaciones sobre la constitucionalidad de la ley 24723 no le salvan, sin embargo, de las críticas que suscita su articulado, la oscuridad y ambigüedad de sus disposiciones, así como las deficiencias de la técnica jurídica, provenientes de su contradictoria elaboración. Pensamos que es sobre estos aspectos que debe centrarse su análisis, para superar los problemas que su vigencia ha planteado.

2. LA LEY 24723

Esta ley tiene su antecedente principal en el anuncio que el Presidente de la República hizo en su Mensaje al Congreso el 28 de julio de 1987. Fue allí que condenó la especulación rentista y que calificó al sistema financiero como "el más poderoso instrumento de concentración de fuerza económica y por ende de influencia política y el mayor obstáculo a la democratización de la producción y la acumulación del excedente". Anunció entonces la nacionalización de los bancos y de todas las instituciones financieras y de seguros, reservando sus actividades al Estado. Fundamentó la decisión en el interés social y en "la democratización real de nuestra economía".

El proyecto de ley que el Poder Ejecutivo envió al Congreso estaba compuesto por 16 artículos; declaraba la reserva para el Estado y la expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros, pero tenía vacíos y algunas deficiencias constitucionales. Así, no comprendía en el proceso a la banca extranjera, fijaba el precio de las acciones a expropiar con base al valor comercial de los activos y pasivos actualizados a la fecha de la expropiación, autorizaba el pago con bienes de propiedad del Estado, transfería —en contra de lo dispuesto por la Constitución— las acciones al Estado en la fecha de expedición de la Resolución que iniciaba el procedimiento expropiatorio y, finalmente, configuraba directorios muy restringidos. Estos asuntos requerían revisión y mejora en el tratamiento legislativo. Sin embargo, el proyecto era coherente con la finalidad de reserva para el Estado y no establecía *ninguna excepción* a la expropiación de acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

Paralelamente y adelantándose discutiblemente a la ley, el Gobierno expedía el D.S. No. 158-87-EF, mediante el cual dispuso la intervención de las empresas bancarias, financieras y de seguros. La medida dió lugar a que los accionistas recurrieran ante el Poder Judicial en Acciones de Amparo, para cau-

telar sus derechos contra una intervención que no podía fundarse en el anuncio de una ley cuya discusión parlamentaria recién tenía inicio. La primera instancia judicial expidió autos precautorios a favor de los propietarios, lo que obligó al Gobierno a suspender la intervención, aunque no llegó a derogar en D.S. 158. La reacción ante este incidente es importante, porque la resistencia política contra la anunciada ley y la batalla judicial, influyeron decisivamente en el debate parlamentario.

La Cámara de Diputados, introdujo algunas modificaciones al proyecto del Ejecutivo, pero ninguna excepción a la reserva para el Estado de toda la actividad bancaria, financiera y de seguros, manteniéndose desde esa perspectiva la coherencia entre el propósito anunciado y el instrumento legal. Sin embargo, en su art. 13o, el proyecto autorizó al Estado para que una vez expropiado el cien por ciento de las acciones, pudiese ofertar hasta el 15% de éstas a pequeños inversionistas, sin que ninguno de ellos pudiese superar un valor total equivalente a 25 unidades impositivas tributarias. El accionariado difundido apareció, a su vez, en el art. 14o, pero no en relación al capital social de las empresas del sistema financiero, sino para las acciones de las empresas que forman parte del patrimonio de las empresas expropiadas, respecto de las que el Estado quedaba facultado para vender públicamente, "tendiendo, preferentemente, a un accionariado difundido".

La discusión en el Senado fue la que introdujo modificaciones sustantivas en el proyecto que, en varios aspectos, diluyeron el carácter de reserva para el Estado del sistema financiero. La introducción de excepciones a la expropiación, del accionariado difundido, de fijación de porcentajes diversos para la conformación de los paquetes de acciones no sujetos a expropiación, restaron claridad y eficacia al instrumento, haciendo que la ley adolezca, desde su origen, de contradicciones y dificultades insalvables. Como la Cámara de Diputados acordó la no insistencia en su proyecto y el Ejecutivo, a su vez, no observó el articulado, la ley 24723 tiene por texto el que finalmente aprobó el Senado. Esta ley es, por una parte, de reserva para el Estado de la actividad que comprende al sistema financiero; es, por otra parte, una ley de expropiación parcial de dichas empresas y es, finalmente, una ley de accionariado difundido. La suma de las tres cosas, más los problemas de falta de claridad y de aplicación en el tiempo que plantea, hace que en la práctica sea una ley de cumplimiento imposible. He aquí el análisis del texto.

2.1. Los conceptos de interés social, servicio público y la reserva estatal del sistema financiero

El art. 1o de la ley 24723 establece las premi-

sas de conformidad constitucional; esto es, declara el interés social, que es imprescindible para la reserva, a tenor del art. 114 de la Constitución. De esta forma, el art. 1 de la ley, preside y sirve de marco para la coherencia del conjunto del articulado y es referencia indispensable para su interpretación. Señala este precepto lo siguiente:

"Artículo 1o.- Declárase de interés social la actividad de servicio público de las empresas bancarias, financieras y de seguros, reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones que señala la ley".

Fluyen de su texto tres elementos determinantes de los alcances de la ley. El primero es la declaratoria del interés social; el segundo, la caracterización de la actividad financiera de las empresas como servicio público y, por último, su reserva para el Estado. Con relación al interés social, éste se declara para dar cumplimiento al art. 114 de la Constitución, puesto que se trata de reserva para el Estado, pero también porque en el caso de la ley, la reserva se materializa en la expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Ahora bien, de acuerdo al art. 125 de la Constitución, el Estado garantiza la propiedad y sólo procede la expropiación "por causa de interés social". En este asunto, la ley procede entonces a establecer la relación indispensable entre la reserva y la expropiación, siendo el nexo entre ambas, el interés social. No insistimos aquí en los argumentos expuestos en la primera sobre el concepto de "interés social", pero vale reiterar que éste no requiere de probanza jurídica, sino que es el análisis legislativo de las condiciones económicas, financieras, sociales, culturales, en fin, políticas, en el sentido global del término, lo que determina el acto de imperio por el cual la ley declara el interés social.

En el caso concreto, los debates parlamentarios dan luces sobre las razones por las que se declaró de interés social la reserva. Estas fueron, la concentración del crédito, la existencia de circuitos financieros estranguladores de la economía nacional, la necesidad de que el Estado contase con la capacidad para democratizar el crédito; en síntesis, porque a juicio de la opinión mayoritaria en la Cámara de Diputados y del Senado, las empresas bancarias y financieras no cumplían con la función social que les señala el art. 152 de la Carta. Este dispositivo constitucional puede, en buena cuenta, invocarse también como fundamento del art. 1o de la ley 24723. Estas referencias a dispositivos constitucionales son de rigurosa exigencia jurídica dentro del Estado de Derecho, la declaración del interés social es imprescindible para que sea legítima y constitucional la reserva de una actividad económica en favor del Estado.

El segundo elemento es el carácter de servicio

público de la actividad de las empresas financieras. La Constitución no declara expresamente este extremo. Puede considerarse que utiliza un término equivalente al señalar, en el art. 142, que ella cumple una función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de la actividad y población, de acuerdo con los planes de desarrollo. Complementariamente, los arts. 154 y 155 se refieren a las obligaciones de esas empresas y al control que el Estado ejerce sobre ellas, en razón de que operan con fondos del público. Esto quiere decir que la finalidad no es el lucro, sino el fomento del ahorro y la distribución del crédito como estímulo de la economía del país. El carácter "público" está pues definido por la propia naturaleza del servicio y por su finalidad promocional ligada al desarrollo nacional, tal como lo precisa el texto constitucional.

El tercer elemento es la reserva, que es la principal finalidad de la ley 24723. En virtud de ella, el art. 1o de la ley orienta la regulación de esta actividad que, de ser privada, pasa a ser estatal, en las condiciones que señala la ley. Este elemento es clave para el entendimiento cabal de la ley. El articulado debió proceder al desarrollo de esta disposición, precisando las condiciones, tipos y organización de las empresas bancarias, financieras y de seguros reservadas para el Estado. No obstante, como veremos más adelante, la ley no se ciñe a este marco, sino que introduce modalidades empresariales que flexibilizan la reserva estatal del art. 1o y que han dificultado su aplicación. A pesar de las liberalidades en cuanto banca autogestionaria cooperativa, de trabajadores, regional y de accionariado difundido, no existe en la ley autorización para el funcionamiento futuro de banca privada, supuesto que se llevase a término el proceso expropiatorio de la actual banca privada. A su vez, la Superintendencia de Banca y Seguros no podría dar trámite y menos autorizar el funcionamiento de una nueva institución dedicada a la actividad financiera. A pesar de sus oscuridades y contradicciones, no hay nada en la ley que permita una situación semejante.

2.2. Alcances de la expropiación y excepciones

Dado que el objeto de la ley es la reserva en favor del Estado, en razón del interés social legalmente declarado, la ley dispone, invocando este mismo interés social, la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en funcionamiento al momento de la dación de la ley. Este artículo, que también es de vital importancia en tanto define el alcance de la ley: la expropiación, se cuida de observar lo señalado en el segundo párrafo del art. 125 de la Constitución, respecto del procedimiento a seguir para llevar adelante las expropiaciones. Este precepto dispone que "las expropiaciones deben sujetarse al procedimiento señalado en la presente ley

y, en lo no previsto y que sea aplicable, al procedimiento del Decreto Legislativo 313 y su reglamento". A pesar del énfasis que se coloca en la supletoriedad del Decreto Legislativo 313 (Ley General de Expropiación), luego del análisis de la ley se comprueba que en los aspectos fundamentales resulta plenamente aplicable.

Conviene precisar los alcances del art. 2o. bajo estudio, en particular respecto de las empresas a las que se deben expropiar las acciones de su capital social, dado que es aquí que se introduce el concepto de las "excepciones que se señalan en la ley". ¿Qué acciones y de qué empresas son las que se expropián? Está fuera de discusión que se trata de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas cuya actividad sea bancaria, financiera o de seguros. Pero no todas las acciones, sino sólo aquellas que tienen un valor superior a las 40 U.I.T. según precisa luego la excepción del art. 14o. Por lo tanto, la expropiación no es por el cien por ciento, sino por lo que resta luego de extraer las acciones pertenecientes a las personas cuyo monto total no exceda las 40 U.I.T. Como veremos más adelante, la combinación de los arts. 2o. y 14o. fue, precisamente, lo que evitó se considerase en la expropiación a los trabajadores del Banco de Crédito que adquirieron 40 U.I.T. cada uno, antes de la promulgación de la 24723. El otro elemento es el relativo al funcionamiento de las empresas al momento de la dación de la ley, que debe conjugarse con las excepciones que el artículo enunciado permite.

Así pues, son las posibilidades de excepción que contiene la propia ley, las que han propiciado su inaplicación para los casos de pequeños accionistas para el accionariado difundido, la banca regional, cooperativa e incluso la salida "autogestionaria" para el Banco de Crédito. Nótese sin embargo, que se trata de casos que están comprendidos dentro del campo de aplicación que establece el art. 2o. y que, merced a lo dispuesto por otros artículos del mismo texto legal, se les exceptúa de la aplicación de la 24723.

También dispone el art. 2o. la expropiación de las acciones de las empresas privadas del sector en *actual funcionamiento*. Aquí es fundamental conocer con precisión el alcance de este término, para establecer si una empresa está o no dentro del ámbito de aplicación de la norma. En otras palabras, no es que se le exceptúe de una ley que le es aplicable, sino que, sencillamente, se hallaría fuera de su campo de aplicación. Así, las empresas que dejaron de funcionar, al ser disueltas y cancelada su autorización de funcionamiento, no estarían afectadas por la expropiación. En cuanto empresas del negocio bancario han dejado de funcionar, aún cuando retengan personería jurídica y, en cuanto a los accionistas, sus acciones habrían dejado de ser relevantes para el giro

de la actividad bancaria, financiera o de seguros. Sin embargo, la ley plantea aquí un problema de concordancia con el art. 20o., que analizaremos posteriormente.

La importancia de este artículo es pues central en la ley, por ser el que manda la expropiación, el que precisa que las empresas expropiadas son las que están en funcionamiento actual y, por último, el que abre el camino a las excepciones. Ahora bien, el articulado de la ley establece luego tantas excepciones, que surge entonces un hecho por el cual la suma de ellas resulta mayor que la reserva, derivándose a una situación objetiva de imposibilidad de cumplimiento del art. 1o., que es el que establece la reserva como finalidad principal de la ley.

En efecto, el art. 12 introduce la modalidad de empresas financieras de propiedad de los trabajadores, del régimen cooperativo y autogestionario. El art. 13o. crea el accionariado difundido, obligando al Estado a ofertar hasta el 30% de las acciones que posee en los bancos comerciales que operan a nivel nacional, así como financieras y seguros, hasta un valor para cada accionista de 40 U.I.T. El art. 14o. exceptúa de la expropiación a los accionistas que, al momento de la promulgación de la ley, posean cada uno acciones que no superen el valor de 40 U.I.T. El art. 15o. exceptúa la banca, financieras y seguros regionales, les autoriza un control mayoritariamente privado e insiste en la fórmula de accionariado difundido. El art. 16o. retoma este criterio y lo hace igualmente aplicable a la venta del patrimonio expropiado constituido por acciones de empresas que no sean bancarias, financieras o de seguros. El art. 19 excluye de la reserva a las sucursales de la banca extranjera. El art. 24o. autoriza la creación de un banco privado en el Callao, también bajo la fórmula de accionariado difundido. Finalmente, el art. 25o. abre la posibilidad de que los seguros sólo sean expropiados hasta el 51% de las acciones representativas de su capital social, obligando a que el 49% restante sea retenido por los actuales accionistas, nuevamente bajo la fórmula del accionariado difundido.

¿Qué es más, lo que se reserva o lo que se exceptúa? La suma de unidades y del capital indicaría que lo que se exceptúa. Pero, si esto es así, la ley pierde su finalidad principal y se convertiría, en el mejor de los casos, en una ley de accionariado difundido de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

2.3. El proceso expropiatorio

La ley formuló un procedimiento especial y sumario para la expropiación, modificando para tal efecto disposiciones del Título Séptimo del Decreto Legislativo 313; ley y título a los que sin embargo remitió el procedimiento expropiatorio en los aspectos

no modificados. El art. 8o. establece un trámite muy riguroso en cuanto a los plazos, que en su ejecución significa que en dos meses debe haber finalizado el proceso. En efecto, la demanda se presenta ante la Sala Civil de la Corte Superior, la que designa a uno de sus vocales para la diligencia. A partir de ese momento corren los plazos siguientes: ocho días para allanarse u oponerse a la tasación y designar peritos de parte; veinte días para presentar la pericia de parte; veinte días para que los peritos dirimientes presenten su tasación, contados a partir de la fecha de su designación; 24 horas para la notificación a que se refiere el art. 37 del D. Leg. 313 en caso de no presentarla; cinco días para interponer Recurso de Nulidad contra la sentencia de la Corte Superior, luego de notificada; cinco días para elevar los autos a la Corte Suprema, luego de la interposición del Recurso de Nulidad.

Como se puede apreciar, se trata de un procedimiento rápido, que pone de manifiesta la voluntad de la ley de facilitar la pronta toma de posesión de las empresas expropiadas por parte del Estado. Las Resoluciones Supremas que iniciaron el proceso expropiatorio se expidieron en la segunda quincena del mes de octubre de 1987, vale decir, que si se hubieran cumplido los plazos establecidos en la ley, el Estado hubiera estado expedito para asumir la titularidad de las acciones sujetas a la expropiación a fines de diciembre de 1987 o, a más tardar, enero de 1988. Es decir, que conforme al art. 6o. y una vez terminada la etapa judicial, el Estado habría quedado en condiciones de hacer efectivo el pago de la indemnización justipreciada, solicitando la verificación de dicho pago, previa realización de las deducciones establecidas en el mencionado art. 6o. Transcurrido un año de la promulgación de la ley y del inicio de los procesos expropiatorios, lo que se constata es que los plazos establecidos no han sido observados. Los procesos abiertos ante el Poder Judicial están literalmente paralizados, estableciéndose así una situación irregular, contraria a lo dispuesto por la ley 24723 o que, cuando menos, la distorsiona en relación a los objetivos que ella persigue.

2.4. La Intervención que ordena el art. 7o.

El art. 7o. de la ley 24723 es uno de los más polémicos y de los que ha suscitado mayores problemas, al punto de generar situaciones confusas, puesto que un sector de opinión ha entendido que la intervención significaba que el Estado entraba en posesión como propietario de las empresas financieras, olvidando que este hecho sólo puede producirse válida y constitucionalmente al término del proceso judicial y luego de verificado el pago de la indemnización justipreciada. La intervención generó resistencias durante el debate en el Senado e inclusive se produjo un impase al leerse y aprobarse un texto del artículo distinto de aquel que la Comisión,

por mayoría, había aceptado. Al margen de este hecho, el análisis del dispositivo señala que él obedece a una necesidad cautelatoria del derecho que, en virtud de la ley, adquiriría el Estado y para evitar que durante el proceso expropiatorio se produjesen acciones destinadas a evitar la transferencia efectiva de las acciones representativas del capital social a expropiar. La intervención del art. 7o. es, en este sentido, una garantía de la transferencia real de propiedad en favor del beneficiario de la expropiación, es decir, del Estado.

La justificación legal de la medida radica en el art. 132o. de la Constitución, invocado por la ley cuando señala en el primer párrafo del art. 7o. "que habiéndose provocado situaciones de emergencia que afectan la actividad económica bancaria, financiera y de seguros, y estando a lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución Política del Perú, el Poder Ejecutivo como medida de carácter extraordinario toma a su cargo provisionalmente y en forma directa la gestión y administración de las empresas dedicadas a dichas actividades". Si se habían provocado o no situaciones de emergencia que afectaban la actividad de las empresas financieras, en razón de la resistencia a la ley de expropiación es algo sujeto a discusión pero, en todo caso, la ley lo estableció así, disponiendo por tanto la intervención. Esta no quedaba sujeta a la libre decisión del Poder Ejecutivo, sino que era de cumplimiento obligatorio y, a través de Resoluciones Supremas del Ministerio de Economía y Finanzas, debía designarse los Comités de Administración con el fin de asumir las facultades, atribuciones y funciones que la ley y los estatutos de la sociedad confiaban al Directorio (art. 7o. segundo párrafo). Formalmente el M.E.F. expidió casi todas las resoluciones referidas a los bancos y financieras, no así con los seguros, entre el 13 y 29 de octubre de 1988. No obstante, sólo se instalaron y permanecieron los Comités de Administración correspondientes al Banco y Financiera de Crédito (R.S. 163-87-EF y R.S. 164-87-EF) y el Banco Wiese (R.S. 165-87-EF) y por algunos días en otras instituciones del sistema financiero. En la práctica, la medida de intervención dispuesta por el art. 7o. no se cumplió; los Comités de Administración no se instalaron unos y los otros, literalmente, se extinguieron en medio de una batalla judicial y política.

A tenor del art. 7o., la situación legal de las empresas sometidas a proceso expropiatorio es el de instituciones intervenidas y administradas por Comités Ad Hoc, mientras que los Directorios y Juntas Generales de Accionistas están suspendidas. Nada de esto se ha cumplido. Por otra parte, los Comités de Administración no culminan sus funciones sino al término del procedimiento de expropiación, sin que el Poder Ejecutivo ni la Superintendencia de Banca y Seguros tengan atribución legal para dar por finalizada la intervención y, menos aún, para reponer en

sus funciones al anterior Directorio. Hacerlo es una contravención a la ley 24723, porque es ella y no un acto discrecional o facultativo del Poder Ejecutivo, la que invoca el art. 132o. de la Constitución para intervenir las empresas sujetas a expropiación. En los hechos pues, el art. 7o. de la ley 24723 tampoco se ha cumplido, los Directorios y las Juntas de Accionistas de las empresas financieras han continuado en funciones. Esta situación es también resultado de la confusión que existe en torno a la aplicación de la ley, así como de la evidente incomodidad, las marchas y contramarchas y finalmente la lenidad del Poder Ejecutivo para no cumplir con lo que le ley dispone en esta materia. Como último argumento en favor de nuestra tesis, el propio art. 7o. precisa que las funciones del Comité de Administración cesan al término del proceso expropiatorio.

2.5. El pluralismo empresarial del Art. 12.

Este artículo es uno de los más importantes de la ley 24723 y el que en verdad constituye una innovación del sistema financiero. En cuanto a la creación del Banco de los Trabajadores que el Estado propicia, se inspira en lo dispuesto por el art. 53 de la Constitución. Pero en lo que se refiere a empresas bancarias, financieras y de seguros del régimen cooperativo y autogestionario, el art. 12 se ciñe a lo dispuesto en el art. 112 de la Carta, que los incluye dentro de las modalidades del pluralismo económico y, adicionalmente, a lo que ordena el art. 116, que obliga al Estado a promover, estimular y amparar el desarrollo y desenvolvimiento de las empresas cooperativas y autogestionarias. En la versión del dictamen en mayoría, este artículo se limitaba a la creación del Banco de los Trabajadores; la iniciativa, felizmente aceptada, de incorporar a las empresas del régimen cooperativo y autogestionario para que participen del sistema financiero, provino del autor del presente trabajo y del Senador Gral. E.P. (r) Jorge Fernández-Maldonado S.

La segunda parte del art. 12 establecía un plazo de 180 días para que el Ejecutivo dicte las medidas conducentes a proponer y concertar las normas que regulen la estructura y funcionamiento de estas empresas. Obsérvese que la ley no otorga facultades para crear directamente la banca de los trabajadores, la cooperativa y la autogestionaria. Lo que manda la ley, más bien, se descompone en tres etapas. En la primera, el Ejecutivo elabora dentro de los 180 días de plazo, las medidas conducentes a proponer y concertar las normas reguladoras de la estructura y funcionamiento de estos modelos empresariales. ¿A quién propone y con quién concerta? Esta es, evidentemente, la segunda etapa; propone a las organizaciones representativas de los trabajadores, a las empresas cooperativas y a los autogestionarios y es con ellos que concerta, de modo que sin esa concertación, que significa acuerdo y participación expresa

de las organizaciones concernidas en la negociación, no pueden crearse las respectivas empresas bancarias, financieras y de seguros, de los trabajadores, cooperativas y autogestionarias. La tercera etapa es la de la creación jurídica propiamente dicha, situación que es consignada en el art. 12 in fine cuando señala que la S.B.S. queda autorizada para ejercer sus funciones de supervisión "creadas que fueran estas instituciones".

Como puede apreciarse, la ley dispuso un procedimiento democrático que asegurase el libre consentimiento de los trabajadores, cooperativistas y autogestionarios, en la creación de sus empresas financieras. A un año de vigencia de la ley, el Estado no ha propuesto ni concertado con los trabajadores la creación de la banca. En lo que se refiere al régimen cooperativo, éste se ha creado con la participación de la Central de Cooperativas y, finalmente, en cuanto al régimen autogestionario, el Poder Ejecutivo ha expedido el Decreto Legislativo No. 467, que establece las normas para el funcionamiento del banco autogestionario, pero no ha concertado con las empresas autogestionarias y la única entidad que, por vía del Dec. Leg. 468, se ha creado - o más bien convertido - como banco autogestionario es el Banco de Crédito. En realidad, este banco pertenecía al sector privado; no había nada que concertar con él, tampoco por qué convertirlo en autogestionario, simplemente procedía su expropiación, con las excepciones resultantes de la recomposición de su accionariado, antes de la promulgación de la 24723.

La utilización del mecanismo dispuesto en el art. 12 de la ley fue, en realidad, una salida para el amparo interpuesto a raíz de la compra de un paquete accionario mayoritario por parte de los trabajadores, a razón de 40 U.I.T. por trabajador; por tanto, no fue porque en su estructura, funcionamiento y composición accionaria, dicho banco fuese susceptible de un tratamiento conforme al art. 12 de la 24723. Así pues, este interesante precepto no ha sido realmente aplicado en cuanto a sus potenciales beneficiarios se refiere, salvo y discutiblemente, para el régimen cooperativo y su utilización por el Ejecutivo no ha respetado la esencia y la letra del mandato.

2.6. El accionariado difundido y los arts. 13 y 14

Uno de los supuestos más controvertidos de la ley 24723 es el que aparece en los arts. 13 y 14, referidos, en el primer caso, al accionariado difundido y, en el segundo, a la excepción para los propietarios que tienen acciones por un valor que no supera a las 40 U.I.T., pasando a formar parte del accionariado difundido en cada institución del sistema financiero. El primer problema que se plantea es la compatibilidad entre la norma que dispone el art. 1o. de la ley y el accionariado difundido de los arts. 13 y 14, que puede llegar a sumar un porcentaje que impida la re-

serva.

Una dimensión importante del análisis es el debate parlamentario. En éste, consta en el Diario de los Debates, que uno de los criterios que se manejó para enervar la estatización fue, precisamente, el accionariado difundido que no fue consignado en el proyecto de ley que envió el Poder Ejecutivo, correspondiendo la iniciativa a la Célula Parlamentaria Aprista, que la propuso dentro del dictamen en mayoría. Del mismo temperamento fue el grupo de Acción Popular, que en su dictamen por minoría presentó un proyecto de ley sustitutorio que bajo el concepto de "peruanización del capital accionario de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros", declaraba de interés social difundir y popularizar la propiedad de las acciones de tales empresas, ordenando en el art. 2o. del proyecto que "las empresas mencionadas dispondrán de un plazo que vence el 31 de diciembre de 1987, para que los actuales tenedores de las acciones respectivas de su capital social procedan a su transferencia obligatoria exclusivamente a personas naturales peruanas". Disponía además que "ningún accionista podrá ser propietario de más del uno por ciento (1%) del capital accionario", excepto en las empresas regionales con no más del 2%. En el art. 9o. del proyecto se disponía que las empresas "se convierten en entidades de accionariado difundido". Las proposiciones del SODE giraron también en torno al proyecto de accionariado difundido. Esta fórmula fue finalmente la aprobada, tanto en los arts. 13 y 14, como en otras normas referidas a la banca regional, al banco del Callao, etc.

El alcance de los dispositivos 13 y 14 y otros que disponen igualmente el accionariado difundido es fundamental para comprender la naturaleza de la ley 24723, habida cuenta de la reserva de la actividad financiera en favor del Estado que establece el art. 1o. Así lo entendió el propio Ejecutivo, que llegó incluso al extremo de convocar a una Legislatura Extraordinaria para que el Parlamento interprete ambos preceptos, aunque cometiendo el error de pretender limitar el ejercicio interpretativo del Parlamento a esos dos artículos, con prescindencia de su vinculación con el resto del articulado de la ley.

La relación entre reserva y accionariado difundido demanda una comprensión global de la ley que determine la naturaleza y finalidad de ésta, para verificar su unidad o la existencia de contradicción y oscuridades que atentan contra su coherencia; el carácter y extensión de la reserva que se efectúa en el art. 1o. en favor del Estado; las excepciones a la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas del sector financiero que autoriza el art. 2o. y la ubicación de todas las excepciones que la ley contiene, para establecer a continuación si el número y la proporción de ellas

permiten el cumplimiento de la reserva señalada en el primer artículo de la 24723 o si, más bien, en determinadas instituciones se configurará un imposible jurídico de cumplimiento; la relación que puede existir entre lo que el Estado ofrece en accionariado difundido luego de haber expropiado y su disponibilidad real, considerando los porcentajes exceptuados de la expropiación; el triángulo de propiedad que la ley parece crear entre el Estado propietario, los pequeños accionistas y los del accionariado difundido, para determinar si se cumple con el objetivo de la reserva, que es control o dominio mayoritario, o si es simple participación minoritaria del Estado, a tenor de lo que dispone la ley de sociedades mercantiles.

En esta perspectiva, los arts. 13 y 14 tienen que ser analizados e interpretados en el contexto de toda la ley, particularmente los arts. 1 y 2 y no como si fuesen autónomos y compartimientos estancos. Si del análisis resulta que la ley es de reserva restringida y de accionariado difundido, ello no será en razón de una interpretación arbitraria, sino porque es la ley misma la que contiene complejidades, confusiones y contradicciones que son, precisamente, las que han dificultado su cumplimiento.

En efecto, el análisis de los arts. 13 y 14, conjugado con lo que disponen los arts. 1 y 2, establece las siguientes características de ley, que el autor de este ensayo sostuvo ya en su dictamen por minoría, suscrito el 25 de enero de 1988 conjuntamente con el Senador Rolando Ames, sobre la interpretación de la ley 24723:

A) A tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 13o., la reserva para el Estado de las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros, no es en ningún caso absoluta. Así, en los casos en que puede expropiar el 100% de las acciones del capital social, está obligado a ofertar el 30% a personas naturales, con la finalidad de fomentar el accionariado difundido. Para la conformación de éste, ningún accionista podrá tener en cada institución, un número de acciones cuyo valor supere a las 40 U.I.T. y se considera como un solo accionista a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad.

B) El primer párrafo del art. 14o. pone en ejecución las excepciones autorizadas por el art. 2o. y deja al margen de la expropiación a los *actuales* pequeños accionistas de las empresas sujetas a expropiación. No coloca más requisito para acogerse a la excepción, que el no ser propietario individual de acciones cuyo valor sea superior a las 40 U.I.T., según la limitación establecida en el art. 13o. de la misma ley.

C) En virtud de la excepción no se expropia, en cada entidad sujeta a expropiación, el cien por ciento de las acciones representativas del capital social, sino únicamente lo que reste una vez deducidas las excepciones autorizadas. Si al momento de la promulgación de la ley, en un banco el cien por ciento estuviera conformado por accionistas individuales actuales, con acciones por un valor no mayor a las 40 U.I.T. cada uno, el Estado no podría expropiar ninguna acción. Allí la reserva será un imposible jurídico y el art. 1o., por ende, inocuo.

D) Los accionistas exceptuados tienen, en su origen, un paquete accionario diferente al que se forma en base a la oferta para el fomento del accionariado difundido. Esta proviene de lo que el Estado ofrece a personas naturales, hasta el 30% de las acciones representativas del capital social. Este 30% que vende el Estado en oferta pública forma parte del total que le correspondería tras expropiar y que, como ha quedado demostrado, no es necesariamente el 100% del capital social.

E) La ley 24723, en ninguno de sus dispositivos, fija un porcentaje rígido del capital social en favor del Estado. No lo hace porque expresamente la ley quiere que este porcentaje sea variable. En todo caso, el 70% es el máximo posible, dado que el 30% es necesariamente ofertado en accionariado difundido y siempre que no existan pequeños accionistas que puedan exceptuarse. Pero, si éstos últimos existiesen, el porcentaje disminuirá e inclusive puede no existir ninguna participación para el Estado. Esta posibilidad, aún cuando contradictoria con el art. 1o. de la ley, no sólo no está negada, sino tolerada por la conjunción de los arts. 2, 13 y 14 de la 24723, que neutralizan la reserva estatal de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

F) Para una claridad definitiva sobre este problema de la ley 24723, bastaría con la lectura del Diario de los Debates del Senado. Consta allí que la mayoría aprista introdujo criterios de flexibilidad que, a su juicio, alejaban el riesgo del monopolio estatal de la propiedad de las empresas del sistema financiero, objeción que a su turno manifestó la Comisión de Constitución por mayoría. Se permitió así fórmulas de asociación en el régimen de propiedad que se abrían al accionariado difundido y a los pequeños accionistas. En tal sentido, la norma quedó neutralizada y la ley convertida en un híbrido.

El análisis practicado se ha sujetado a razones de integración y sistemática jurídica. No se refieren a la conveniencia o no del accionariado difundido. Esta modalidad tiene la ventaja de difundir la propiedad; es discutible, en todo caso, su aplicación a las empresas bancarias y financieras, dado que el art. 152o. de la Constitución señala taxativamente la función social de éstas, careciendo por tanto del fin de

lucro. Pero la objeción principal radica en la contradicción con el art. 1o., que reserva estas actividades inspirándose en el art. 114o. de la Carta; es decir, en el interés social. Si la ley fundó en esta causa la reserva, ella sólo puede ser general; en otras palabras, asumida en titularidad y exclusividad por el Estado y no por particulares, aunque se amplíe el número de accionistas. Estos no pueden arrogarse el interés social, que es siempre el límite al derecho de propiedad privada, tal como lo señala la Constitución. En síntesis, la ley 24723 es, según su primer artículo, de reserva para el Estado de la actividad bancaria, financiera y de seguros, pero el resto del articulado la convierte en una ley de accionariado difundido, lo que la pone en contradicción con el art. 114o. del texto constitucional. Este es, precisamente, uno de los aspectos que, a juicio del autor, hacen aconsejable la derogatoria de la ley 24723 y su sustitución por otra norma que resuelva definitivamente el régimen jurídico de las empresas del sistema financiero.

2.7. El pago de la indemnización justipreciada del art. 18o.

El art. 125o. de la Constitución exige como requisito de la expropiación, que previamente se haga efectivo el pago en dinero de indemnización justipreciada. Si no fuera así se estaría ante una confiscación, figura que nuestra Constitución no tolera. La indemnización justipreciada se fija dentro del procedimiento judicial y no por disposición unilateral del beneficiario de la expropiación.

En el caso de la 24723, el monto a pagar es cuantioso, pues se trata del capital social de poderosas empresas financieras. El Estado que dispuso la expropiación no tenía recursos para atender la obligación del previo pago en dinero. Para hacerlo acudió al endeudamiento, según aparece en el art. 18o., que autoriza al Poder Ejecutivo, por intermedio del M.E.F., a concertar endeudamiento interno con el Banco de la Nación, para solventar el pago. La ley fija asimismo que el crédito podía ser concertado hasta por el equivalente al 1% del PBI para 1987 y en igual porcentaje para 1988, devengando una tasa de interés del 1% y con un plazo de 10 años para la cancelación. Como se puede apreciar, se trata de un crédito inusual, absolutamente preferencial y que, por el interés y el plazo establecidos, configura un acto oneroso para el Banco de la Nación, vale decir, para el fisco. Desde luego la operación no se ha concertado, pero ello se debe a la demora en el proceso expropiatorio y a la situación de precaria vigencia de la ley 24723.

Es interesante observar que para cancelar el o los préstamos que otorgue el Banco de la Nación, la ley fija entre otros recursos el producto de la venta de las acciones a que se refiere el art. 13o.. Es decir, el 30% para accionariado difundido. La hipótesis de

que fue ésta una de las razones de dicha oferta, así como el exceptuar a pequeños accionistas, no es del todo descabellada. Hacer que la operación no fuese tan onerosa y tratar que disminuya el monto final para no sobregirar al erario público, fue en su momento una explicación de pasillos que cobró forma en el artículo analizado.

2.8. El caso de la banca extranjera

Bajo el numeral 19 aparece en la ley el tratamiento de la banca extranjera. Se establece en este caso, excepciones referidas a las sucursales de los bancos cuya sede se halla en otro país y a los bancos multinacionales. Fuera de esas situaciones, la ley prohíbe el funcionamiento de la banca extranjera en el Perú. Se entiende que se trata de una prohibición a futuro, pues al momento de la dación de la 24723 ya no funcionaba ningún banco extranjero en el Perú. La preservación de los bancos multinacionales obedece a que éstos se originan en acuerdos bilaterales o multilaterales. En cuanto a las sucursales, su mantenimiento se explica, en primer lugar, porque carecen de capital accionario expropiable en el Perú y, en segundo término, debido a que abrían líneas de crédito en favor de la banca estatal y que significan el doble de lo que captan.

En todo caso, la ley impone la prohibición de captar ahorros y de ser accionistas en empresas nacionales. Esta restricción, al ser limitativa de las actividades financieras de las sucursales, ha determinado que muchas de ellas cancelen su representación en el Perú. Actualmente sólo continúa funcionando el City Bank, con la correspondiente pérdida de líneas de créditos para el Estado.

2.9. El art. 20o. y las empresas bancarias en liquidación

La ley 24723 dispuso en su art. 20, que era extensiva a las empresas bancarias y financieras en liquidación, en lo que fuera aplicable. El autor de este ensayo sostuvo en el respectivo debate que el texto propuesto era inocuo y propuso una fórmula sustitutoria destinada a cautelar los adeudos que tales empresas en disolución tuviesen con el Banco Central de Reserva, precisando así los alcances de la extensión en caso que dichas empresas fueran comprendidas. La fórmula no fue aceptada, motivando ello que el autor votase en contra del artículo.

¿Por qué el texto del art. 20 puede considerarse inocuo? La respuesta es la siguiente. A tenor de lo señalado en el art. 2 y de la Resolución de la S.B.S. que disuelve, liquida y cancela la autorización de funcionamiento de las dos únicas empresas bancarias en tal situación al momento de la promulgación de la ley, no es que éstas queden exceptuadas, sino que na-

da de lo que dispone la ley les es aplicable, no siéndoles, en consecuencia, extensible lo dispuesto por la ley. En efecto, el art. 2 de la 24723 declara de interés social la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en "actual funcionamiento". Este dispositivo quiere decir que si el Banco Comercial y el Banco de la Industria de la Construcción hubieran estado en funcionamiento al momento de entrar en vigor la ley, indubitadamente hubieran sido comprendidos en el proceso expropiatorio. El Ejecutivo no expidió ninguna Resolución Suprema iniciando la expropiación; no podría hacerlo, porque la S.B.S. había procedido primero interviniendo dichos bancos y luego declarando su disolución para la liquidación definitiva de sus negocios, cancelándose la autorización de su funcionamiento (B.I.C.: Res. SBS No. 758-81-EFC/97-10 de 18 de noviembre de 1981; Res. SBS No. 002-82-EFC/97-10 de 5 de enero de 1982; Bancoper: Res. SBS No. 150-83-EFC/97-10); no estaban, por tanto, en "actual funcionamiento".

Se ha sostenido que por mérito de los arts. 132 y 133 de la ley 7159 (Ley General de Bancos), la institución intervenida y en liquidación sigue funcionando, porque no pierde capacidad para contratar y realizar una serie de operaciones. Esta interpretación es errónea. La liquidación no extingue la existencia legal de la entidad financiera, es decir, su personería jurídica, sino hasta su culminación, pero ello no significa que puede funcionar como empresa bancaria; en otras palabras, al carecer de autorización, su objeto como empresa financiera resulta imposible, pues no puede realizar operaciones de crédito, captar fondos y demás actividades que la ley autoriza a una entidad de este tipo en condiciones de normal funcionamiento. Esta autorización es precisamente la que la S.B.S. cancela cuando declara la disolución para liquidar forzosamente una empresa financiera, por no cumplir con los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones señaladas por la ley y la Constitución (arts. 153 y 154 de la Carta). De manera que los actos que los arts. 132 y siguientes de la ley de Bancos autoriza realizar al Superintendente en representación de las entidades en proceso de liquidación forzosa, no significan para estos efectos "funcionamiento"; se trata de actos realizados por la necesidad de liquidar la entidad; y en ese sentido, realizar el inventario patrimonial, el cobro de deudas, el pago de acreencias, las ventas, arrendamientos, transferencias, etc. pertinentes a la liquidación, pero ya no dirigidos al fin de la sociedad. Si el superintendente no tuviese estas atribuciones no se podría llevar a cabo la liquidación.

Para mayor abundamiento, es oportuno señalar que las dos empresas bancarias en liquidación al momento de promulgarse la ley, no lo estaban en razón de una liquidación voluntaria (art. 130 de la

ley de Bancos). En esta figura, una empresa solvente decide poner término a sus negocios, nombrando a un representante designado por los accionistas o propietarios para que la lleve a término. La empresa mantiene su funcionamiento en el sentido que pone de relieve Ulises Montoya Manfredi (Derecho Comercial, T. I., 1886, p. 341) "como se trata de una serie de actos complejos, los efectos de la disolución no pueden cumplirse en el mismo momento en que se presenta la causa de la disolución. La vida de la sociedad no se paraliza de golpe. Existen negocios en curso..." Un ejemplo de liquidación voluntaria lo encontramos en el procedimiento autorizado por la S.B.S. a la Cía. de Seguros "Los Andes" (Res. SBS No. 735-82-EFC/97-10 de 18 de noviembre de 1982).

Al momento de expedirse la ley 24723, no había entidad bancaria que estuviera dentro del supuesto de liquidación voluntaria, sino dos que se hallaban en liquidación forzosa, cuyas características son diferentes. En efecto, se trata de la segunda vía que contemplan los artículos 131 y siguientes de la Ley de Bancos. La liquidación forzosa se inicia por la intervención por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, en virtud de la cual esta entidad asume la administración de los negocios y bienes de la sociedad. Se trata de empresas en situación irregular que han incurrido dentro de las causales señaladas en el artículo 128 de la ley de Bancos. Por tanto, una vez que la S.B.S. culmina la evaluación de la empresa irregular, puede declarar la finalización de la intervención o, en caso contrario, la "disolución para la liquidación definitiva de sus bienes y negocios, cancelándose, en consecuencia, la autorización de su funcionamiento". Esto es, precisamente, lo que dispuso la S.B.S.: la disolución y liquidación de las empresas bancarias, Banco de la Industria de la Construcción y Bancoper, así como las empresas financieras Andina y Comercial del Perú, afectándolas en su integridad para las resultas de los correspondientes procesos.

En consecuencia, las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros que, al momento de la entrada en vigor de la Ley 24723, habían sido declaradas en disolución, estaban en un proceso de liquidación y tenían cancelada su autorización de funcionamiento por la S.B.S., *no son materia de expropiación*, en el sentido de que la ley no les resulta aplicable.

Sobre el particular, Juan Klingenberg Lomellini, ex-Superintendente de la Banca y Seguros, ("Supervisión Bancaria en el Perú", S.B.S., 1987, p. 32 y ss.) señala que por la situación de crisis internacional, así como por manejos imprudentes de entidades supervisadas, dicha institución debió aplicar hasta sus últimas consecuencias las medidas de intervención, declaratoria de disolución, liquidación y cancelación de la autorización de funcionamiento en casos

como el Banco de la Industria de la Construcción, Financiera Andina, Banco Comercial del Perú, Financiera Comercial del Perú, etc.

Asumamos como ejercicio exploratorio que las empresas en liquidación fuesen comprendidas por la ley, aunque no estuvieran en funcionamiento. En esta forzada figura, la expropiación entraría en colisión con la liquidación. El precio de las acciones a expropiar, tal como lo señala el art. 40. de la ley 24723, no se podría determinar, porque la liquidación en curso opera sobre los activos y pasivos y es el conjunto del patrimonio poseído por las acciones representativas del capital social, el que está respondiendo para los efectos de la liquidación. En este extremo, habría que esperar que termine la liquidación para que, en virtud del art. 20o. de la ley, se incluya en el proceso expropiatorio el saldo patrimonial que quedó a favor de los accionistas. Pero aquí surgen también problemas. Los dos bancos, al término de la liquidación quedarán disueltos, porque eso es lo que ordenó la correspondiente resolución de la S.B.S.; con mayor propiedad se podría decir que, simultáneamente, se van liquidando y disolviendo al punto que al finalizar el proceso liquidatorio ya no existen. Asumamos sin embargo que la S.B.S. los declara rehabilitados. Tampoco en esta hipotética y discutible situación podría volverse a funcionar como banca privada, porque expresamente lo prohíbe la ley 24723 en el art. 1o. al declarar la reserva y no ser posible tales entidades de ninguna de las excepciones que introduce la ley. Por lo tanto, la S.B.S. carecería de marco jurídico y de facultad para expedir resoluciones que autoricen el funcionamiento de un banco privado.

Así pues, si terminada la liquidación quedase un saldo a favor de los accionistas, ese patrimonio ya no sería representativo del capital social de las empresas bancarias, en tanto éstas han dejado de existir. En todo caso, si el Estado considerase necesario expropiar el remanente patrimonial, no podría hacerlo invocando el art. 20 ni ningún otro de la ley 24723. Para proceder así, tendría que expedirse otra ley; esta no es la aplicable. Al cabo de este análisis, queda en pie lo sostenido por el autor en el debate parlamentario; hubiera sido mejor añadir una cláusula precautoria que diera garantías al B.C.R. sobre el pago de los adeudos por razón de los recursos que proporcionó para honrar las obligaciones de los bancos declarados en liquidación. La ley no lo quiso así y sobre este asunto hay un juicio que se tramita ante el Poder Judicial y que en vía de apelación se encuentra en la Corte Suprema, no pudiendo por ello intervenir el Parlamento, porque expresamente lo prohíbe el art. 233 inciso 2 de la Constitución.

2.10. Las alternativas para las Compañías de Seguros

La ley introdujo otra excepción de las autorizadas por el art. 2o.; esta vez, en favor de las compañías de seguros. El art. 25 señala que también a ellas les es aplicable el accionariado difundido. Pero, sin que medie criterio jurídico justificativo, estableció una alternativa a los arts. 13 y 14 que, como se recuerda, fijan hasta en un 30% lo que se oferta para el accionariado difundido, una vez expropiado el saldo de las acciones que no superen los montos señalados (40 U.I.T.). Así, facultó al Poder Ejecutivo para que optase entre esa posibilidad o expropiar no menos del 51% del número total de las acciones, dejando el saldo en manos de los actuales propietarios, pero siempre que respeten el monto de las 40 U.I.T.; vale decir, creó la obligación de vender excedentes, lo que fijó en un plazo no mayor de 90 días, luego del cual, la compra era obligatoria para el Estado.

Al margen de la confusión que introdujo esta nueva flexibilidad, hay que señalar que el Poder Ejecutivo no ha optado por ninguna de las posibilidades. A un año de promulgada la ley, las empresas de seguros mantienen su status anterior a la ley. El Ejecutivo ha incumplido este dispositivo y como no ha fijado su opción, tampoco ha podido expedir la Resolución suprema que inicia el proceso expropiatorio. Este artículo, como otros tantos de la ley 24723, es letra muerta. No debiera sorprendernos, al cabo de un análisis que señala tantas contradicciones y oscuridades, bien puede sentenciarse que la ley 24723 es el caso de una ley que nació muerta.

3. LA CONVERSION DE LA C.C.C. DEL PERU EN EMPRESA BANCARIA COOPERATIVA

El pluralismo económico consagrado en el artículo 112o. de la Constitución se mantiene por la vía de las excepciones en la Ley 24723. El artículo 12o. es el primero en destacar el mandato del artículo 53o. de la Constitución respecto a la creación del Banco de los Trabajadores, agregando además empresas de tipo cooperativo y autogestionario. Seguidamente el artículo 13o. de la Ley permite el accionariado difundido hasta en un 30% del capital social de las empresas del sistema, y posteriores artículos aceptarán un accionariado difundido mayor en las empresas que funcionen en las regiones.

Se extendió el régimen a la banca cooperativa y autogestionaria en el artículo 12o. de la Ley, con la intención de incorporar al sistema a dos instituciones que venían trabajando en la colocación de créditos con un criterio más democrático y a sectores que usualmente no podían acceder al sistema financiero privado. Estas instituciones eran la Central de Crédito Cooperativo del Perú (C.C.C.), que venía demostrando un gran crecimiento con descentralización del crédito y el Fondo Nacional de Propiedad Social (FONAPS), intermediario financiero que mediante

la fórmula de fondos rotatorios canaliza el crédito, únicamente, hacia empresas de propiedad social, cooperativas y empresas administradas por sus trabajadores.

El Decreto Legislativo 461 es el primer Decreto que sale al amparo de la Ley 24723. En virtud de este dispositivo se reconoce a la Central de Crédito Cooperativo del Perú como empresa bancaria de régimen cooperativo, bajo la denominación de Banco Central de Crédito Cooperativo del Perú, otorgándole un plazo de 120 días para que regularice su situación administrativa.

Como vemos, esta norma al ser la primera que regula la Ley, no sienta las bases para un sistema de banca cooperativa como lo manda el artículo 12o., sino que convierte a la C.C.C. en banco para que pase a funcionar como un banco comercial más. El Banco C.C.C. puede cambiar la fórmula en su accionariado sin que exista regulación alguna que se lo impida, ya que su reconocimiento legal consta de dos artículos y una resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros que en un artículo regulariza su situación.

El Poder Ejecutivo no asumió de forma integral la problemática del sistema financiero, sino que, desarrolló salidas coyunturales a problemas concretos. No existe mejor constatación que revisar los decretos legislativos que al amparo de esta ley se dieron y verificar que no se dio ninguna norma para armonizar el sistema cooperativo, autogestionario y de banca de los trabajadores.

4. LA CONSTITUCION DE LA BANCA AUTOGESTIONARIA Y LA CONVERSION DEL BANCO DE CREDITO EN BANCO AUTOGESTIONARIO

El largo proceso de discusión de la Ley, permitió que se barajaran una serie de salidas para que no llegue a plasmarse la iniciativa de reservar para el Estado la actividad bancaria, financiera y de seguros. Durante el debate de la Ley en el Senado, se planteó que, para garantizar el pluralismo económico, para que el Estado no tuviera que realizar fuertes desembolsos de dinero en el proceso expropiatorio y además, para quebrar los denominados grupos de poder económico, no se expropiaran las acciones de los bancos, sino que se legislara para propiciar el accionariado difundido en las empresas del sistema.

Este planteamiento llegó a tener aceptación en algunos parlamentarios del APRA, pero fue desechado posteriormente por el propio Presidente de la República y los parlamentarios acataron la decisión.

Culminando el trámite de aprobación de la Ley

y previo a su promulgación, los accionistas del Banco de Crédito propusieron al gobierno, como última medida, que las acciones pasaran a poder de los trabajadores del Banco. Al parecer, el gobierno no desestimó la medida, pero promulgó la Ley 24723 el 9 de octubre de 1987. A partir de ese momento se conoció que los accionistas mayoritarios del Banco de Crédito habían vendido con fecha anterior a la dación de la Ley sus acciones expropiables a los trabajadores del Banco, operación solventada por la Financiera de Crédito.

El gobierno desconoció posteriormente esta transferencia utilizando una serie de mecanismos legales e incluso intervino en la operación bursátil con el fin de anularla. Esta situación duró 6 meses, tiempo durante el cual el Ejecutivo solicitó al Parlamento que interpretara los alcances de los artículos 13o. y 14o. de la Ley que regulan, precisamente, el accionariado que se encuentra exceptuado de la expropiación. El Parlamento no interpretó la Ley y el gobierno buscó la salida del entrapamiento mediante los Decretos Legislativos 467 y 468.

El Ejecutivo excedió sus atribuciones al momento de dar estos dispositivos, ya que recibió del Parlamento, por mandato del art. 17o. de la ley, delegación de facultades para que legislara, *"sobre el sistema Bancario, Financiero y de Seguros, con el propósito de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país, en armonía con los principios básicos de la presente Ley"*. Sin embargo, el Ejecutivo en este caso no legisló para asegurar la eficaz gestión ni su contribución a la descentralización y regionalización del país, sino por el contrario, desnaturalizó lo prescrito en cuanto a la reserva del sistema para el Estado, excediéndose en varias precisiones que la Ley se cuidó en dejar claramente establecido. Es necesario recordar sobre este punto, que las medidas concernientes a la autogestión no son materia delegada, sino proposiciones que el Ejecutivo hace a los sectores cooperativo y autogestionario, para concertar con ellos las respectivas creaciones de sus empresas financieras. Es decir, que el Ejecutivo, a tenor del art. 12 de la ley, no tenía facultades legislativas para crear la banca autogestionaria. Hacerlo por vía del art. 17o. es, por lo menos, incorrecto.

En efecto, el primero de estos decretos, el Decreto Legislativo 467, constituye así Banco Autogestionario allí donde los trabajadores tuvieran más del 50% del accionariado. De este modo, y amparándose en el artículo 12o. de la Ley, que permite la creación del Banco de los Trabajadores y de instituciones cooperativas y autogestionarias, el gobierno justifica el Decreto Legislativo. Sin embargo, la opinión pública se percató rápidamente de que era un dispositivo con nombre propio y con el fin de superar la cuestión del Banco de Crédito. Entre las imperfec-

ciones del Decreto podemos señalar que no se trata de creación de empresas autogestionarias, sino que lo son únicamente de accionariado difundido, o de empresas en cogestión. La autogestión no se puede concebir con reglas de tipo bursátil en la que los trabajadores (dueños en la autogestión) tengan que recurrir a una Bolsa de Valores para acceder a la propiedad. La autogestión no se acepta con la presencia de terceros, que no trabajan en la empresa y que especulan con el beneficio que los trabajadores puedan generar.

Apreciamos en el dispositivo que el Ejecutivo no legisló sobre empresas bancarias, financieras y de seguros, como lo manda la Ley, sino únicamente sobre bancos; modificó los porcentajes no expropiables del 30% para permitir una salida expresamente prohibida por la Ley. Mediante tres Disposiciones Complementarias "solucionó" todos los contenciosos que habían con el Banco de Crédito. A esto habría que sumar, el hecho de que en el plazo otorgado para regularizar el sistema financiero, el Ejecutivo no se haya preocupado de legislar sobre el Banco de los Trabajadores, como lo dispone la Ley en el mismo artículo 12o. y lo manda la propia Constitución en el artículo 53o.; a la Banca Cooperativa no le dió una ley especial, como si lo hace con la Banca Autogestionaria, sino que únicamente autorizó el funcionamiento del Banco C.C.C. del Perú; y por último, al legislar sobre la Banca Autogestionaria, pensando en solucionar el problema del Banco de Crédito, se perjudicó al sistema autogestionario, ya que desnaturalizándose la esencia de la autogestión, las instituciones que se quieran formar bajo estos principios, encontrarán una Ley que no las contempla y que por el contrario las obliga a organizarse bajo los patrones del accionariado difundido.

El Decreto Legislativo 468 le pone nombre propio a las disposiciones que le quedaron pendientes del Decreto anterior. La norma se centra en reconocer la transferencia de acciones efectuada en el Banco de Crédito del Perú, por la que los trabajadores pasan a tener la mayoría absoluta del capital social. De este modo, el Banco de Crédito se convierte en Banco Autogestionario y pasa a regirse por lo señalado en el D. Legislativo 467. Así la Ley 24723 ya no rige plenamente para este banco, supera legislativamente el problema de la transferencia que se encontraba en el Poder Judicial, cesa el Comité de Administración nombrado por el Ejecutivo para llevar adelante el proceso expropiatorio, incumpliendo también lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley, ya que no se culmina con la expropiación de los paquetes accionarios como expresamente lo reconoce el artículo 3o. del D. Legislativo. Finalmente, la Disposición Complementaria autoriza a los procuradores públicos del Estado a desistirse de las acciones judiciales de nulidad de transferencia de acciones a los trabajadores del Banco de Crédito del Perú, con lo

que se satisface plenamente lo planteado por los sectores que se oponían a la expropiación de este banco.

Por lo demás, es evidente que todas estas decisiones legislativas del Poder Ejecutivo tienen más una justificación política que jurídica. Para evitar que el reconocimiento de la legalidad de las transferencias de acciones a los trabajadores del Banco de Crédito se considere como una derrota del Gobierno, se negoció y se pactó la conversión del Banco de Crédito en Autogestionario. Este, en esencia, no lo es, porque en realidad y una vez producida la transferencia de acciones por no más de 40 U.I.T. a cada trabajador, antes de la vigencia de la ley, éste en virtud de lo dispuesto por los arts. 13 y 14 de la ley 24723, se convirtió en un banco de accionariado difundido.

5. EL DECRETO LEGISLATIVO 469

La ley 24723 dispuso la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Ejecutivo, con el fin de adecuar el sistema financiero a los principios y orientaciones de esta nueva norma legal. Los hechos que rodearon la expedición de los Decretos Legislativos, particularmente del Decreto Legislativo 469, evidenciaron una vez más la descoordinación e improvisación por parte del Gobierno y, desde una perspectiva jurídico-constitucional, su contenido fue señalado como violatorio de la ley y la Constitución. Por estas razones y por acuerdo del Senado del 12 de abril de 1988, se solicitó el pronunciamiento de las comisiones de Constitución y Justicia sobre la legalidad y constitucionalidad de los Decretos Legislativos expedidos al amparo de la delegación de facultades legislativas señaladas en el art. 17 de la ley 24723.

En este apartado centraremos nuestro análisis sobre el D. Leg. 469. El primer elemento de juicio a tomar en cuenta, ilustrativo del grado de desconcierto existente en el Poder Ejecutivo, es el relativo a la doble y diversa publicación oficial de la referida norma. En efecto, el 10 de abril fue publicado el tenor del D. Leg. 469 en el diario oficial y, sorpresivamente, el 26 del mismo mes se reiteró su publicación oficial, esta vez con un texto sustancialmente diferente. La corriente de opinión pública y política fue tan fuerte que el 3 de mayo, un comunicado oficial del Ministerio de Economía puso fin a esta situación irregular mediante un procedimiento también irregular, otorgando "validez legal" al texto publicado inicialmente.

Sostenemos que la solución presentada por el Ejecutivo es, cuando menos, irregular, porque el art. 188 in fine de la Constitución señala expresamente que "Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y

efectos, a las mismas normas que rigen para la ley". Todos sabemos que uno de los efectos de una ley posterior es que deroga a la anterior; sin embargo, un comunicado oficial zanjó el asunto en sentido contrario, pasando por encima de los principios generales del derecho y la propia Constitución. Más adelante retomaremos y explicaremos esta duplicidad.

En el art. 17 de la ley 24723 se señala con claridad la materia de la delegación y el plazo para su ejercicio, tal como lo exige el art. 188 de la Carta. Así, la facultad de legislar se circunscribe al sistema bancario, financiero y de seguros, fijando para el efecto 180 días de plazo. A estas precisiones restrictivas se deben añadir otras que también se desprenden del art. 17 de la ley. La primera es que la facultad delegada al Poder Ejecutivo posee un marco general: "los principios básicos de la presente ley" que, como hemos visto, se hallan señalados básicamente en los arts. 1 y 2 de la 24723. La segunda precisión es la referida al objetivo o propósito - que debe ser en todo momento evidenciado - "de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país".

En consecuencia, es dentro de este marco normativo, nítidamente descrito en el precepto autoritativo de la delegación de facultades legislativas, que el Poder Ejecutivo debía hallar su ámbito competencial para que, conforme al art. 188 de la Constitución, pueda válidamente asumir funciones legislativas que no le son propias.

No obstante, luego del estudio de las normas contenidas en el D. Leg. 469, podemos afirmar que el marco diseñado por la norma autoritativa ha sido transgredido por el Poder Ejecutivo. En los hechos, al aprobarse este decreto legislativo, el Ejecutivo ha legislado por encima del Parlamento y su autorización, atribuyéndose facultades que constitucionalmente no le son reconocidas y ejerciendo un poder que no le ha sido conferido. En síntesis, este decreto legislativo posee vicios que acarrearán su inconstitucionalidad, por no haberse ceñido a los presupuestos señalados, además de incurrir en un uso excesivo, distorsionado y vulnerador de la ley de referencia y la propia carta constitucional.

El Decreto Legislativo 469 excede en todo orden de cosas los linderos de la delegación, llegando a legislar in-extenso sobre todo el sistema mercantil en materia de banca, seguros y financieras, actividad normativa que inclusive ha pretendido modificar y derogar parcialmente la propia ley 24723, que contiene la norma autoritativa y los principios a los que, precisamente, deben ceñirse los decretos legislativos. No resiste ningún análisis la posibilidad de que mediante un decreto legislativo, cuya legalidad y constitucionalidad está basada en una ley autoritati-

va, se pueda modificar o derogar la norma que le da origen y que tiene la función de señalar sus objetivos, características y limitaciones. Un decreto legislativo de semejante naturaleza carece de sustento jurídico y político.

Los aspectos generales más relevantes del exceso incurrido en el Decreto Legislativo 469 pueden sintetizarse del siguiente modo: constituye, en rigor, una nueva Ley General de Bancos, al punto que en su texto menciona su derogatoria; invade terrenos que son totalmente ajenos a la materia señalada en la delegación, modificando de esta forma la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, el Código Civil (en lo relativo a la hipoteca popular: garantías y registros públicos); introduciendo formas delictivas no tipificadas en el Código Penal y las leyes conexas, modificando por ende la legislación penal; limitando las atribuciones de información e investigación que la Constitución reconoce para el Parlamento; restringiendo la personalidad jurídica de las instituciones bancarias, etc. En el dictamen en minoría que suscribiera con otros representantes de la oposición, evacuado conjuntamente por las Comisiones de Justicia y Constitución del Senado, se ha registrado hasta 26 leyes de especial relevancia (Decretos Leyes, Leyes ordinarias, Leyes Orgánicas, Códigos, etc.) que pretenden ser derogadas, total o parcialmente, por el Decreto Legislativo 469.

Asimismo, otro grupo de textos legales pasan a ser supletorios del mencionado Decreto Legislativo, en la medida que la norma específica prevalece sobre la genérica y la reciente sobre la anterior. Pasan a serlo, por ejemplo, la Ley General de Sociedades, el Código Civil (el Título I y II de la Sección Segunda del Libro I), la Ley General de Cooperativas, del B.C.R., de la Superintendencia de Banca y Seguros, en fin, la legislación sobre mutuales, administración de fondos colectivos, financieras privadas, seguros, cajas municipales de ahorro y crédito, etc.

De otro lado, la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo ha sido reconocida implícitamente por el propio Poder Ejecutivo, cuando el 26 de abril publica un segundo texto con una serie de enmiendas que se dirigen a morigerar los excesos de la publicación inicial. Finalmente también existió una discusión doctrinaria y bizantina en torno a la extensión y conclusión del mandato para las facultades delegadas. Buena parte del debate se refería al momento de expiración del plazo, señalando que éste vencía con la promulgación de la norma delegada. En este caso particular y ante la evidencia de la inconstitucionalidad del D. Leg. 469 juzgamos que este problema no arroja mayores luces sobre la materia ni tiene mayor gravitación.

Por todo lo anterior, se puede sostener con

sólidos fundamentos que el uso que el Poder Ejecutivo dió a la facultad autoritativa que contiene el art. 17 de la 24723, ha configurado una transgresión de los principios y el marco normativo de la delegación y, en consecuencia, presenta vicios insalvables de inconstitucionalidad. Atendiendo a las mismas consideraciones, nuestro dictamen en minoría concluyó afirmando que "procede su derogación inmediata sin que esto pueda afectar a las normas que pretendió alterar sin lograrlo por la inconstitucionalidad anotada y por el principio de la jerarquía normativa consagrada en el art. 87 de la Constitución".

6. EL ESTADO ACTUAL DE LA LEY 24723

Al cabo del análisis practicado, podríamos sostener que con la ley 24723 sucede lo que dice el aforismo "rige pero no se cumple". Nadie puede poner en duda su vigencia, pues no ha sufrido modificación parcial ni ha sido derogada. Pero, salvo discutibles decisiones emanadas de una interpretación más discutible aún de sus arts. 12 y 17, puede afirmarse con estricta veracidad que su estado actual es el de inaplicación. Las conclusiones que fluyen de esta constatación, según el ejercicio realizado en este trabajo, son las siguientes:

1) Los problemas principales que impiden la puesta en aplicación de la ley 24723 provienen de su propio texto. En efecto, existe contradicción fundamental entre el art. 1o., que por razón de interés social reserva para el Estado la actividad de las empresas del sistema financiero, y el art. 20. que, debiendo expropiar estas empresas para efectivizar la reserva antes enunciada, introduce sin embargo y en forma genérica, el concepto "excepciones permitidas por la ley".

2) Las excepciones autorizadas por la ley son de tal magnitud, que prácticamente neutralizan la reserva, que es la finalidad principal de la ley. Así, se exceptúan las entidades financieras de los trabajadores, cooperativas y autogestionarias; los accionistas de empresas privadas del sistema que posean acciones por un valor inferior a las 40 U.I.T.; un banco que se crea en el Callao y las compañías de seguros hasta por un 49%, si el Poder Ejecutivo opta por dicha fórmula.

3) La ley establece en cada excepción la fórmula del accionariado difundido. Los efectos prácticos de este tipo de participación en la propiedad de las instituciones financieras adquiere tales dimensiones, que también por este concepto deja de ser una ley que reserva la actividad financiera para el Estado, convirtiéndose en una ley, básicamente, de accionariado difundido y de reserva restringida. Los arts. 13o. y 14o. se remiten a una aplicación caso por caso y según ello, puede llegarse a situaciones en las

que el Estado no tenga nada que expropiar o que expropie un porcentaje minoritario. En cada uno de estos supuestos, lo que primará será una entidad jurídicamente conformada por accionariado difundido pleno y de participación minoritaria del Estado.

4) Si el articulado de ley contradice el art. 1o. que ordena la reserva, pierde fundamento la causa principal que se invocara para la dación de la misma ley. Para aprobar una ley de accionariado difundido no se requiere de la reserva para el Estado de toda la actividad financiera del país y, mucho menos, invocar el interés social del art. 114 de la Constitución. Este precepto constitucional sólo procede invocarlo en el supuesto de la reserva exclusiva para el Estado, pero no para transferir propiedad a terceros o para promocionar una relativa generalización de la misma.

5) Fluye de la comparación entre lo que la ley 24723 ordena y la realidad, que todos los procedimientos, plazos y medidas cautelatorias que ésta dispuso para asegurar su cumplimiento, no se han puesto en práctica. En esta situación existe responsabilidad del Poder Ejecutivo, de la Superintendencia de Banca y Seguros y del Poder Judicial. Así, se ha incumplido, total o parcialmente, los mandatos de los artículos siguientes: 3, 4, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 24, 25, la disposición transitoria y la disposición complementaria que se refiere al procedimiento especial respecto de acciones de amparo que se intenten contra los procesos expropiatorios.

6) Existe una situación de total irregularidad en lo que se refiere a la intervención que ordena el art. 7o.. Esta no es facultativa del Poder Ejecutivo, sino de cumplimiento obligatorio. En la actualidad y por mandato de la ley, todas las empresas bancarias, financieras y de seguros debieran estar intervenidas y a cargo de comités de administración. Estos, a su vez, sólo pueden poner fin a sus funciones al término de los procedimientos expropiatorios respectivos, dado que la emergencia ha sido declarada por ley, sin que el Ejecutivo tenga atribución legal para declarar que ella ha cesado. Es decir, que a tenor del art. 7o., la emergencia tiene la misma duración que el procedimiento expropiatorio. No obstante, en la actualidad ninguna de estas entidades está intervenida y todas funcionan con sus directorios y juntas generales de accionistas como si la 24723 nunca hubiese existido.

7) El Poder Judicial ha incumplido totalmente los estrictos plazos dispuestos por el art. 8o. de la ley. En la actualidad, los procesos expropiatorios están literalmente paralizados. No obstante, estos debieron terminar a más tardar la primera quincena del mes de enero de 1988, con lo cual el Estado habría tomado posesión en calidad de propietario de los pa-

quetes de acciones que, en cada caso, le correspondiese. El incumplimiento del Poder Judicial respecto de este artículo ha motivado que se genere, objetivamente, una situación de inseguridad jurídica.

8) El Poder Ejecutivo ha desconocido en todos sus efectos lo que ordena el art. 12o. de la ley. El Banco de los Trabajadores no se ha creado; se ha dejado correr el plazo de 180 días dentro del cual debía proponer las medidas conducentes a concertar con las entidades beneficiarias, la creación del Banco de los Trabajadores, así como las empresas bancarias, financieras y de seguros de régimen cooperativo y autogestionario. En lugar de esto, el Ejecutivo ha procedido directamente a expedir decretos legislativos no autorizados por el art. 12o., mediante los cuales ha creado un banco cooperativo, ha dado normas sobre la banca autogestionaria que desnaturaliza la autogestión y finalmente, sin ser necesario, ha convertido el Banco de Crédito en autogestionario, en lugar de ser simplemente de accionariado difundido, que es lo que real y jurídicamente corresponde declarar.

9) El mandato del art. 15o., que se refiere a la banca, financieras y compañías de seguros regionales, no ha sido puesto en práctica. Ello puede deberse a que en el país aún no se concluye el proceso de regionalización, pero es evidente que sin perjuicio de ello, existían bancos regionales al momento de expedirse la ley, los mismos que, por lo tanto, debieron adecuarse a lo dispuesto en el art. 15o. en cuanto su configuración, dentro del plazo de 180 días establecido en la disposición transitoria.

10) El Poder Ejecutivo ha hecho uso incorrecto de la delegación de facultades legislativas otorgadas en el art. 17o. de la ley. Allí se otorgaba la facultad para que el sistema bancario, financiero y de seguros, funcionase eficazmente respecto de la descentralización y regionalización del país. En lugar de ello, el Ejecutivo ha utilizado las facultades delegadas para convertir el Banco de Crédito en autogestionario y para dar el Decreto Legislativo 469 que, excediendo la propia materia delegada, modifica la propia ley 24723, deroga la Ley General de Bancos y entre otras arbitrariedades, interfiere las funciones que autónomamente le confiere la Constitución al Parlamento, Banco Central de Reserva y Superintendencia de Banca y Seguros.

11) El art. 20o. de la ley, tal cual fue previsto en el debate parlamentario, ha resultado inocuo. Nada de lo que la ley dispone en materia de reserva, expropiación y accionariado difundido les es aplicable a las empresas bancarias y financieras en liquidación, pues éstas no estaban en funcionamiento al promulgarse la ley 24723 sino, más bien, en liquidación, con el claro y categórico objetivo de su disolución como

consecuencia del proceso liquidatorio. Por lo demás, la Superintendencia de Banca y Seguros había expedido entre 1982 y 1983 las resoluciones que cancelaban la autorización de funcionamiento de tales entidades.

12) El Poder Ejecutivo ha incumplido lo dispuesto en el art. 24o., que se refiere a la creación del Banco de la Provincia Constitucional del Callao. El plazo improrrogable para su creación era de 180 días, el mismo que venció en la primera quincena de abril.

13) Otro incumplimiento cuya responsabilidad es imputable al Poder Ejecutivo es el relativo al art. 25o. de la ley. Las compañías de seguros existen y funcionan como si la ley no se hubiera referido para nada a ellas. El Ejecutivo no ha ejercido la opción otorgada por el art. 25o. y según la cual debía iniciarse el procedimiento expropiatorio de estas empresas, señalando previamente si expropiaba todo y luego ofrecía en venta el 30% de las acciones o si sólo expropiaba el 51%.

14) Con posterioridad a la dación de la ley 24723, el Parlamento se ha ocupado varias veces de lo referente a su aplicación, sin haber acertado a precisar correctamente los términos de su intervención. En noviembre de 1987, la Cámara de Diputados nombró una Comisión Investigadora de los remates de la liquidación de los bienes del Banco de la Industria de la Construcción y Bancoper. Independientemente del discutible nombramiento de una comisión que en sus actos interfería un proceso judicial pendiente aún de solución definitiva y respecto del cual, constitucionalmente, el Parlamento no tiene competencia, la Comisión Investigadora concluyó en su recomendación que debían expropiarse las acciones de una de estas entidades por estar comprendida en la ley 24723, lo que excede los alcances del art. 20o. de la ley y cuando, en todo caso, lo que debió hacer es proponer la modificatoria respectiva.

También el Parlamento fue convocado en Legislatura Extraordinaria, para interpretar los alcances de los arts. 13o. y 14o. de la ley, pero el hecho concreto es que dicha Legislatura Extraordinaria acabó sin que el Parlamento pudiese aprobar la ley interpretativa que el Ejecutivo le solicitaba. Por último, ambas cámaras acordaron emitir opinión sobre la validez del Decreto Legislativo 469 y la legalidad en el uso de las atribuciones delegadas por el art. 17o. de la ley, al expedir dicho instrumento legal el Ejecutivo. A pesar del tiempo transcurrido, no hay pronunciamiento parlamentario al respecto. En general puede sostenerse que el Parlamento no ha fiscalizado el cumplimiento de la ley, cosa a la que está obligado, a pesar de la responsabilidad que le alcanza por las deficiencias de la ley.

Al término de este trabajo, no queda otro planteamiento a formular que el de la inevitable derogatoria de la ley 24723. La distinción que media entre su formulación inicial, el texto mismo de la ley y su aplicación es insalvable. La intención de modernizar el sistema financiero nacional, de democratizarlo y convertirlo en un instrumento eficiente para el desarrollo del país, es plenamente compartida por el autor de este ensayo y fueron esos los lineamientos que orientaron sus intervenciones en el correspondiente debate parlamentario. Pero esos propósitos no son, precisamente, los que se recogen en la ley; ella es más bien confusa, contradictoria, al punto de ofrecer problemas de interpretación insolubles sobre la extensión de la reserva, las excepciones y el accionariado difundido. Lo más grave es, sin lugar a dudas, la situación de incertidumbre, de inseguridad jurídica y de limbo en el que literalmente se halla el sistema financiero nacional. Todo esto hace aconsejable un esfuerzo de convergencia que permita sentar las bases mínimas para que una nueva iniciativa legislativa supere los problemas y deficiencias existentes y el país pueda contar con un sistema financiero expresivo del interés nacional y en verdad eficiente, moderno y democrático.



Compra y venta de dólares

**Usted siempre tiene a la mano una oficina
que atiende
todo el día.**

Ahora con el Banco Latino los dólares ingresan al mundo del mejor horario bancario. No corra más riesgos, ni apuros. Venga al Latino. Atendemos en horario corrido sus operaciones de compra y venta de dólares, cuentas corrientes en Moneda Extranjera y depósitos a plazo con los mejores intereses. Siempre con el mejor tipo de cambio y el mejor servicio.

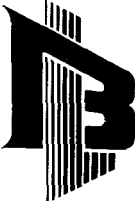
HORARIO CORRIDO EN TODAS LAS AGENCIAS Y SUCURSALES

Lunes a Viernes

Sábados

9:00 am. a 5:30 pm.

10:00 am. a 12:30 pm.

 **Banco Latino**

Interconectado al futuro

Lima • El Callao • Chimbote • Trujillo • Chiclayo • Ica • Arequipa... pronto en Piura.

quorum

Problemas de acceso a la administración formal de justicia en centroamérica *

Alejandra Pérez
Abogada Costarricense

En momentos en que el pueblo centroamericano enfrenta una situación dura y difícil por problemas políticos, económicos y sociales, la Dra. Alejandra Pérez, realiza un interesante análisis sobre la problemática del acceso a la administración formal de justicia en Centroamérica.

La autora del presente artículo, nos muestra claramente cómo los mecanismos de acceso al sistema formal son el reflejo de las desigualdades étnicas, políticas y sociales de la región; y, cómo esta situación cuestiona la validez de algunos principios jurídicos.

Al mismo tiempo, el costo y la ignorancia de cuáles son las puertas indicadas para aproximarse a la justicia formal, ocasionan que la balanza se incline preferentemente hacia uno de sus extremos.

Estas reflexiones, expuestas líneas abajo, resultan de gran vigencia y actualidad en nuestro país; pues, entre los graves problemas que atraviesa está el distanciamiento del sistema jurídico con la realidad.

"La justicia es actuar bien de acuerdo a la costumbre..."

"La justicia significa igualdad y si soy legal y quiero justicia, y nadie es más afectado, ni nadie es favorecido, entonces para mí es un nivel, como si fuera una balanza igual"...

Estas son definiciones textuales de la justicia dadas por indígenas guatemaltecos en sus pueblos, al entrevistárseles en los últimos meses de 1987. Su idea no es lejana a las ideas teóricas de justicia que se manejan en el campo jurídico. La costumbre siempre ha sido considerada fuente del derecho y por lo tanto, factor importante en la administración de justicia. La idea de balanza también es frecuente en relación al concepto de equidad en la justicia.

Sin embargo, esta idea común de la justicia no implica, obviamente, que ésta se aplique por igual a todos los ciudadanos de un país, especialmente cuando la escisión social y/o étnica es uno de los ras-

gos dominantes en una sociedad. En la medida en que los círculos de poder están más distanciados de la masa gobernada, la aplicación imparcial de la justicia es más improbable.

La aplicación igualitaria y equitativa de la justicia presupone compensar las desigualdades que inevitablemente presenta toda sociedad, en virtud de las estructuras de poder imperantes.

Los mecanismos de compensación adquieren importancia vital en el momento del acceso al sistema de justicia, es decir, cuando un individuo requiere encontrar vías oficiales de solución de un conflicto. Idealmente, la persona debe saber entonces dónde debe acudir, y las puertas de entrada al sistema deben ofrecerle la posibilidad real de resolver su conflicto en un tiempo razonable y a un costo moderado.

Dentro del proyecto de investigación sobre Administración de Justicia desarrollado de 1985 a 1988 en varios países de Centroamérica y el Caribe, los problemas de acceso a la justicia se revelaron enormes.

Todos los países estudiados cuentan con normativa constitucional y legal que teóricamente declara la igualdad del individuo frente a la ley, y una serie

* Las siguientes reflexiones se basan en los datos arrojados por los estudios sectoriales que sobre Administración de Justicia en Centroamérica y el Caribe, realizara la Universidad Internacional de Florida de 1985 a 1988, dentro del Proyecto para el Mejoramiento de la Administración de Justicia financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de Norteamérica; así como en la experiencia personal de la autora como asistente de investigación en dicho proyecto de abril de 1986 a junio de 1988 y como abogada costarricense.

de garantías que se supone garantizan el igual acceso a la justicia por parte de todos los ciudadanos. Sin embargo, en mayor o menor grado, estas garantías devienen ilusorias.

El igual acceso a la justicia presupone varias cosas: un conocimiento adecuado de las vías y procedimientos de entrada al sistema judicial o administrativo, posibilidades económicas de afrontar el costo de largos litigios y un sistema que ofrezca garantías de imparcialidad en relación al poder político y económico o frente a diferencias raciales, étnicas o religiosas. En las diversas sociedades estudiadas se ha encontrado que existe general desconocimiento del sistema de justicia y los derechos que en principio tienen los ciudadanos; que la utilización de los sistemas es onerosa, y que a menudo éstos no poseen adecuados mecanismos de compensación como por ejemplo defensores públicos; que existe bastante corrupción (al menos según la percepción de los encuestados), especialmente de tipo económico, lo que contribuye al encarcelamiento de la justicia; también se detectó parcialidad en favor de los más poderosos desde el punto de vista político, social o étnico. O sea, las condiciones de acceso no son para nada igualitarias, lo que conduce a una justicia para unos pocos.

El conocimiento del sistema presupone, por supuesto, el manejo del idioma. En casos como Costa Rica u Honduras, el asunto del idioma no presenta mayores problemas, pues el español es conocido por casi toda la población, pero en países como Guatemala, donde aproximadamente un 50% de la población es indígena cuyo idioma no es el español, o al menos no comprenden lo suficiente para entender un proceso del que sean objeto, este factor se convierte en un problema gigantesco. Actualmente, sólo dos juzgados en todo Guatemala tienen presupuestados; intérpretes, lo que para muchos procesados es sinónimo de indefensión.

"Deberían ser intérpretes realmente imparciales, sin ninguna tendencia...yo tengo entendido que en los juzgados hay algunos intérpretes pero no sé si la declaración es tan clara o la cambian".

Más allá de esto, no es uno el idioma de los indígenas guatemaltecos sino que existen casi veinte lenguas distintas habladas por casi tres millones de personas.

El conocimiento del sistema y de sus vías de acceso no sólo implica manejo de idioma sino una identificación mínima con el sistema en cuestión. En el caso de Guatemala, el alejamiento lingüístico del sistema de justicia con respecto a los indígenas no es sino una evidencia de la profunda escisión que padece

la sociedad guatemalteca, donde todo el sistema está diseñado para una minoría dominante de ascendiente hispano. Los diversos grupos indígenas siguen en la pugna en que han estado en los últimos quinientos años, con sus mismos vestidos y en sus mismas laderas, para usar la frase de algún grupo musical guatemalteco. La tradición es fuerte y los mecanismos informales de justicia se mantienen, aunque no como sistema paralelo que compita con las instancias formales que ofrece el aparato estatal. A pesar de que a menudo se somete a las instancias formales de justicia, el indígena no cree en ellas:

"Pues, mmm, durante mi tiempo vivido nunca he visto, justicia justa, nunca he visto, más he visto al revés..."

"Bueno, no mucho verdad, porque casi nunca se, se ha visto eso..."

Además, los mecanismos tradicionales de justicia indígena, centrados en la figura de los "principales" (ancianos o personas de respeto a quienes se consulta sobre problemas entre personas de su grupo social), ha ido perdiendo fuerza. La solución al problema del acceso a la justicia en el caso de Guatemala es complejo, pues la concepción general de la vida y la realidad en que se desenvuelve un indígena es totalmente diferente a la de la población ladina, pero por su posición de conquistados (y no asimilados) deben someterse a un sistema legal por parte de presupuestos ajenos. Un 88.6% de los abogados encuestados en Guatemala opinaron que las leyes no se adaptan a las costumbres indígenas. En igual sentido se manifestaron un 85.9% de los funcionarios judiciales entrevistados.

Aparte de estar desvinculados tradicional y lingüísticamente del sistema, los naturales guatemaltecos pocas veces conocen las normas jurídicas nacionales. Con respecto al Código Penal, dijeron haber "oído hablar", pero sin tener "mucho conocimiento ni muy claro".

Ahora bien, lo dicho no significa que sólo los indígenas estén desinformados o afectados por los problemas de acceso al sistema, aunque quizá su situación sea más grave. En países como Honduras o Costa Rica, el ciudadano no está mucho más enterado de lo que son sus derechos. Al preguntar a los reos entrevistados en Costa Rica si el ciudadano conoce sus derechos, un 70% contestó que no. Este porcentaje se elevó a 84% en Honduras y a alrededor del 60% en Guatemala. Por otra parte, un 70% de los abogados en Guatemala opinaron que el imputado nunca o casi nunca conoce sus derechos y un 37% que nunca o casi nunca conoce los cargos que se le hacen.

El principio legal de presunción del conoci-

miento de la ley por parte de todos los ciudadanos es absolutamente inoperante, pues ni los mismos abogados pueden estar al corriente de la legislación que se publica semanalmente en Diarios Oficiales cuya circulación es restringida.

El ciudadano por lo general no sabe qué debe hacer para recurrir a la justicia, excepto quizá acudir a un abogado, que a menudo lo que hace es limitarse a servir de intermedio ilustrado a cambio de no pocos billetes. Hay un exceso de gestiones simples en que es requisito la participación (previo desembolso) de un abogado. No hay difusión de procedimientos frecuentes, como la inscripción de vehículos en el Registro Público, el lugar y la forma de obtener certificaciones indispensables para gestiones en instituciones públicas, trámites sencillos en materia de familia, etc. Esto provoca la aparición de gremios de "expertos" que se concentran en las entradas de las distintas instituciones públicas ofreciendo, previo pago, sus servicios rápidos de gestiones administrativas, cuando éstas son, en principio, gratuitas.

El problema del costo de la justicia no está, como esbozamos ya, completamente aislado del conocimiento del sistema. El desconocimiento a menudo lleva a la utilización a veces innecesaria desde el punto de vista práctico (no así desde el punto de vista legal, ya que es la misma ley la que lo prescribe) de los servicios de abogados. Es probablemente este rubro lo que más encarece el acceso a la justicia. Es significativo que en las preguntas de las encuestas que se referían a los ingresos de los abogados, éstos, a pesar de tratarse de cuestionarios anónimos, omitieron discretamente la respuesta en la gran mayoría de los casos, salvo los funcionarios asalariados de alguna institución o del Poder Judicial. En Costa Rica existe inclusive una Tabla de Honorarios, pero no para fijar tarifas máximas, como podría suponerse, sino las tarifas mínimas que deben cobrar los abogados, so pena de una sanción del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados si se cobra menos.

En Costa Rica existen alternativas en el área penal como la Oficina de Defensores Públicos, que forma parte del Poder Judicial como dependencia específica para este propósito. Existe también la alternativa de los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica, que opera en áreas como Derecho de Familia, Laboral y otras. Sin duda es éste el mejor panorama en relación a los otros países, ya que la defensa pública como institución específica es inexistente en Guatemala y en Honduras. Pero esto no significa que el problema de acceso a la justicia desde el punto de vista de su costo, esté resuelto. Cuando existen defensores, a menudo estos no son suficientes para atender todos los casos, o su capacitación es mínima.

Además, hay en todos los países otro tipo de

costo no siempre oficial, que hace que la justicia no mire igual a quien favorece de alguna forma a empleados judiciales o jueces que a quien pacientemente espera la resolución de su causa judicial. Hay un gran número de causas de orden civil o administrativo cuya duración es de años, lo que supone la posibilidad de aguantar económicamente hasta el término de un juicio, sobre todo si no se puede "estimular" la celeridad del proceso mediante mecanismos no previstos en los códigos de procedimientos. Las cifras de corrupción en todos los países fueron siempre altas, y esta práctica fue definida por un alto porcentaje de los encuestados como "política" (compadrazgo, influencias) o "económica" (soborno, mordidas). Sin duda, este es un factor que encarece y adultera la justicia y la hace más distante del ciudadano común y corriente.

"según los mismos abogados gana aquel que les suelta más fichas... todos saben que al hacer una declaración siempre hay alguna mordida..."

Dado que la corrupción económica se presenta en todas las instancias, desde los cuerpos policiales hasta los jueces superiores, este factor tiene un efecto notable sobre la posibilidad de acceder a la justicia o bien de evitar su acción. En Guatemala, un 88.3% de los abogados entrevistados opinaron que había corrupción en la policía, especificada como soborno en un 64.2% de los casos. El porcentaje es similar (83.8%) para la corrupción de los funcionarios judiciales, y también en su mayor parte fue calificada como económica.

La ineficiencia y la desorganización son quizá las barreras mayores para un acceso adecuado a las instancias de justicia. Si las gestiones para iniciar cualquier juicio son complejas, su seguimiento es aún peor. La ineficiencia en las oficinas judiciales está relacionada con muchos otros problemas, como son obtención y manejo independiente de fondos, capacitación y mecanismos de selección de personal, así como deficiencias en la estructura jerárquica y la distribución de funciones y responsabilidades.

El Poder Judicial suele contar, al menos en Costa Rica y en Guatemala con un porcentaje fijo del presupuesto nacional, que maneja supuestamente en forma independiente. Sin embargo, la obtención o utilización de ese presupuesto no siempre está exenta de problemas. En Costa Rica, el porcentaje está fijado, por norma constitucional, en un 6% (sin que haya una razón específica para ese número), pero sólo en 1973 se ha llegado a la plena utilización de ese porcentaje. En Honduras, la Constitución fija "una asignación no menor del 3% del presupuesto de ingresos netos de la República", pero un transitorio constitucional determina el otorgamiento gradual y progresivo de ese 3% durante cada período, lo que

evidentemente resta posibilidad de planificación eficiente al Poder Judicial. Además, nunca se ha llegado a entregar ni siquiera el 2%. En El Salvador, no existe norma que obligue a un porcentaje fijo del presupuesto nacional para el Órgano Judicial, sino que se gestiona cada año ante el Ministerio de Hacienda. En Guatemala, es sólo a partir de 1986 que la Constitución garantiza un 2% de los Ingresos Ordinarios. Sin embargo, estos fondos se entregan sobre una base quincenal por la falta de liquidez en la Tesorería, y en lo que respecta a 1987, al mes de noviembre no se habían entregado ni las cuotas de agosto. Frente a este panorama, resumido a grandes rasgos, las posibilidades de acción y planificación de cualquier reforma se debilitan.

Además, en la mayoría de los países los fondos se gastan en un alto porcentaje en salarios, lo que redundará en una escasez de fondos para capacitar personal y adquirir equipos adecuados, vitales para una modernización especialmente en la proyección de servicios eficaces para el usuario.

Si los abogados y en general los sectores vinculados al sector justicia han sido tildados tradicionalmente como conservadores desde el punto de vista político, desde el punto de vista tecnológico son anacrónicos. No existe aún la comprensión de que un gasto considerable en equipo y capacitación para su uso puede redundar en ahorro enorme de tiempo y recursos, por lo que es típica aún la escena del juzgado con una dinosauria máquina de escribir y un sudoroso y encorbatado escribiente tratando de borrar con un pedacito de radex. Se ha dado el caso, en Costa Rica, de que la Corte ha comprado máquinas de escribir eléctricas por el mismo precio que se podría adquirir una computadora. La falta de información, de sistemas de administración modernos, y

el anacronismo en los mandos superiores de los organismos judiciales generalmente se traducen en un ciudadano desesperado e iracundo, cansado, y dispuesto a recurrir a cualquier método alternativo de resolución de conflictos que le salve de la burocracia judicial. Por otra parte, la lentitud en los procedimientos es buscada intencionalmente por cierto tipo de cliente del sistema, a quien conviene, por no tener la razón, o para hacer decrecer sus deudas, que el pleito dure hasta la eternidad. El sistema favorece la existencia de litigantes de este tipo.

Otros problemas de acceso al sistema incluyen la a veces inadecuada distribución geográfica de los juzgados y tribunales, que deja a números significativos de personas sin cubrir, obligándoles a desplazarse a lugares lejanos para gestiones de cualquier tipo.

El simplificar y acelerar las vías de entrada al sistema no es sólo una manera de hacer que la justicia sea más accesible al ciudadano, sino también una forma de desviar cierto tipo de problemas de las instancias judiciales. En muchos casos no se justifica utilizar un sistema complejo y costoso para resolver cuestiones que podrían ser solucionadas por otra vía más expedita y sencilla.

Por otra parte, es evidente que facilitar el acceso al sistema de justicia no equivale al acceso a la justicia; es sólo abrir una puerta, pero hay muchos problemas que se suscitan una vez que la persona ha ingresado a las vías judiciales que de nuevo entorpecen la posibilidad de que exista la justicia, sobre todo que, para que ésta se logre, debe haber esencialmente una variación de las condiciones vitales de los países analizados.

Vida académica en la Facultad de Derecho: Setenta años de historia (1917-1987)

(Segunda Parte)

Teodoro Hampe Martínez

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

Esta segunda parte de nuestra reseña histórica se ocupa de las últimas dos décadas en la evolución de la Facultad de Derecho: período relativamente homogéneo, caracterizado por reformas tanto en el plano académico como en la proyección social, que comienza y termina bajo el decanato del profesor Jorge Avendaño Valdez. Vamos a tratar, pues, de nombres, problemas y circunstancias muy recientes, pero que ya forman parte de la septuagenaria historia de nuestra *alma máter*, la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. REFORMA CURRICULAR Y APERTURA AL ENTORNO SOCIAL (1968-1987)

En enero de 1968, gracias a los auspicios de la Fundación Ford, se acordó un programa de cooperación con la Universidad de Wisconsin para renovar las condiciones académicas en la Facultad de Derecho. Según este convenio, la Universidad Católica se comprometía a entregar en tres años la suma de 2'830,000 soles, mientras que la citada Fundación brindaría al mismo tiempo un donativo de 196,000 dólares. Los principales aspectos incluidos en el programa eran: 1) la preparación de unos quince profesores limeños en la Escuela de Derecho de Wisconsin; 2) el estímulo a la investigación jurídica de tipo grupal e interdisciplinario, con el concurso de otras unidades académicas, como la de Ciencias Sociales; 3) el desarrollo de una biblioteca propia de la Facultad, incluyendo adquisición de materiales y capacitación de un bibliotecario en el extranjero. Se trataba de aplicar una reforma pedagógica tendiente a orientar el contenido de las asignaturas hacia el Derecho actuante, real, con grupos de trabajo pequeños para posibilitar el diálogo intenso en clase.

De manera complementaria, a fines de 1968 se estableció el Instituto de Investigaciones Jurídicas, teniendo como director a Héctor Cornejo Chávez, profesor titular de Derecho Civil (Familia). Se impuso al Instituto la tarea de proyectar, realizar y fomentar el estudio e investigación de problemas jurídicos nacionales, con el objeto de incentivar la adecuación de las normas legales a la realidad social, así como la institucionalización en el país de cambios estructurales. Los primeros trabajos de investigación a su cargo versaron sobre la operancia de las instituciones de Derecho familiar en la vida comunitaria y sobre el estado de la profesión legal en el Perú.

Además, en setiembre de 1968 quedó constituida la Oficina de Orientación Profesional, cuyo fin era guiar a los alumnos de esta Facultad en la práctica y ejercicio de su carrera; fue nombrado director de ella Alberto Felipe La Hoz, quien inició su tarea tomando encuestas dentro del alumnado.

Programa Académico y Departamento

La reformadora Ley de la Universidad Peruana (n.º 17437) obligó a efectuar en 1969 importantes cambios dentro de la estructura orgánica, en virtud de los cuales desapareció la vieja Facultad. Surgió en sustitución el Programa Académico de Derecho, ente llamado a organizar un esquema curricular flexible, para impartir coordinadamente y con carácter formativo y humano la enseñanza profesional en esta rama. El profesor Avendaño Valdez fue, de inmediato, ratificado en su posición dirigente al recibir el nombramiento de director del nuevo Programa.

También nació entonces el Departamento Académico de Derecho, que, según las normas reglamentarias, se define como "la unidad funcional de trabajo académico que agrupa a los profesores de la

1. Cf. "La marcha del Proyecto Ford", en *Derecho*, 28 (1970), p. 112-118.

Universidad vinculados por la dedicación al estudio, la investigación, la enseñanza y la proyección social en campos afines del saber². Sus funciones específicas son atender los requerimientos de docencia de las diversas Facultades, fijar los requisitos, nivel y contenido de las asignaturas a su cargo, coordinar las actividades de sus miembros conforme a los planes de docencia, investigación y proyección social, gestionar los recursos humanos y económicos que sean necesarios, etc. Cuando empezó sus labores, el Departamento contaba exactamente con medio centenar de miembros: 2 profesores a tiempo completo, 6 a tiempo parcial y 42 por horas.

El primer jefe de este Departamento fue el profesor Roberto MacLean Ugarteche, quien desempeñó el puesto por un período de tres años (1969 a 1972), tras lo cual pasó a ejercer interinamente dicha responsabilidad su colega Jorge Satistevan Noriega. En junio de 1973 se eligió como nuevo jefe del cuerpo docente a Lorenzo Zolezzi Ibárcena, catedrático de Derecho Procesal Civil, que ha mantenido esa posición por el largo espacio de quince años. Durante este tiempo, las demandas de una creciente población estudiantil han hecho aumentar correlativamente el plantel de maestros en jurisprudencia, y así se comprende que al finalizar el segundo semestre de 1983 la plantilla del Departamento de Derecho estuviese constituida por 6 profesores a tiempo completo, 9 a tiempo parcial y 74 por horas.

Renovación del plan de estudios

El sistema de créditos y la semestralización de los cursos, factores básicos de la renovación curricular, empezaron a aplicarse desde 1970. Ambos elementos se hallan abundantemente justificados en un informe redactado a la sazón por Fernando de Trazegnies, donde se advierte que el creditaje permite solucionar el aparente conflicto entre una fuerte exigencia académica y la falta de tiempo de muchos estudiantes, pues aquél que debe trabajar para subsistir no se halla imposibilitado de estudiar con seriedad: sólo tiene que fijarse un número de créditos adecuado a la extensión de su tiempo disponible para el estudio. Asimismo, observa dicho informe, "el sistema de créditos puede constituirse en el instrumento de una política educacional orientada por las necesidades de un país en desarrollo" y "constituye un incentivo lo bastante importante como para inducir al alumno a tomar parte en otras actividades académicas, independientes de los cursos mismos pero fundamentales para la formación"³.

A su vez—indica Trazegnies—, los semestres poseen la ventaja de otorgar gran flexibilidad al alumno para seguir los estudios más ajustados a su personalidad y sus inquietudes profesionales, permitiéndole hacer rectificaciones con relativamente breve pérdida de tiempo.

Propósito esencial de esta novedosa enseñanza del Derecho sería rebasar la mera explicación del orden jurídico vigente para, en cambio, desarrollar la crítica de ese mismo orden tanto en el plano lógico como en el sociológico. Por ello sería necesario colocar especial énfasis sobre los problemas reales, o sea, sobre la forma como usualmente se presenta lo jurídico en la complejidad de lo real y concreto. Ahora bien, dicha labor de cuestionamiento sólo sería posible mediante la utilización del método activo de enseñanza-aprendizaje, el cual fomenta una intervención más directa del estudiante en clase, con discusiones grupales en lugar de la exposición magistral del profesor, y busca que los educandos investiguen por sus propios medios.

El currículum aprobado en 1970 por el Programa de Derecho establece la posibilidad de que los alumnos concluyan los estudios de la carrera al cabo de ocho semestres, previa obtención de un mínimo de 120 créditos. Aproximadamente las dos terceras partes de esta cifra estaban formadas por cursos obligatorios, y la exigencia académica sobrante se cubría mediante cursos electivos, susceptibles de brindar una especialización en determinadas áreas de la jurisprudencia. Por lo tanto, el nuevo régimen de currículum flexible no eliminaba al abogado "general", sino que únicamente colocaba a su lado ciertas posibilidades de especialización.

Con todo, observamos que durante esta fase moderna persiste el hincapié sobre las materias de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil. Así puede distinguirse en el cuadro siguiente:

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO (1970)

Cursos obligatorios.-

- 1.º semestre: Introducción al Derecho, Derecho Civil I, Derecho Penal I, Teoría del Estado, Introducción a la Economía.
- 2.º semestre: Derecho Civil II, Derecho Penal II, Derecho Constitucional Peruano, Personas Jurídicas, Introducción a la Sociología del Derecho, Teología.
- 3.º semestre: Derecho Civil III, Derecho Procesal Civil I, Derecho Administrativo, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho.

2. Artículo 37 del Reglamento general de la Universidad Católica de 1970; se repite casi literalmente en el Estatuto de la misma Universidad de 1984, art. 33.

3. "La reforma de los estudios de Derecho", en *Derecho*, 28 (1970), p. 100-101.

4.º semestre: Derecho Civil IV, Derecho Procesal Civil II, Derecho Procesal Penal, Derecho Comercial, Tributación.

5.º semestre: Derecho Civil V, Derecho Procesal Civil III.

8.º semestre; Deontología Forense.

Problemas internos y falta de local

Inevitablemente, empero, surgieron detractores contra el espíritu de renovación y apertura que reinó en el Programa de Derecho durante los años de gobierno "primafásico" de Velasco Alvarado. Las circunstancias más problemáticas se dieron en 1973, con motivo de la campaña orquestada por los alumnos Fernando Berckemeyer Conroy y René Porras Melgar –representantes estudiantiles ante la Dirección de Programa– y respaldada por diversos órganos de expresión, que trataban de exponer una imagen distorsionada de las reformas emprendidas dentro de la enseñanza jurídica en la Universidad Católica. Con férrea determinación, sin embargo, una junta de profesores resolvió sancionar a esos calumniadores y confirmó el propósito de llevar adelante la reforma curricular.

Más aún, los directivos determinaron solicitar una nueva ayuda económica a la Fundación Ford con el objetivo de profundizar las innovaciones de carácter pedagógico y proseguir el desarrollo de investigaciones jurídicas por la misma senda trazada a finales de los años 60. Tras exitosas gestiones, la aportación de los empresarios norteamericanos se concretó en un acuerdo firmado en 1974.

Ese mismo año, el 3 de octubre, un terremoto sacudió a la capital de la República y dejó seriamente dañada a la vieja casona de Riva-Agüero, en la calle Lártiga, donde se dictaban las clases de Derecho. Por este motivo hubo de efectuarse el inmediato traslado al Fundo Pando, lugar en que la vida estudiantil debió funcionar al comienzo muy precariamente, en aulas cedidas por otras unidades de enseñanza. No sin cierta dosis de ironía, el doctor Trazegnies Granda ha manifestado que esa precipitada mudanza –pese a las incomodidades que originalmente supuso– resultó bastante beneficiosa para profesores y alumnos, ya que exterminó el ideal de hallarse cerca de los bufetes jurídicos del centro de Lima y, por el contrario, aproximó este Programa Académico a los profesionales de otras especialidades, creando dentro del campus un sano ambiente de intercambio multidisciplinario. Tal hecho acabó de quebrar definitivamente el antiguo esquema de funcionamiento y ratificó la contemporánea apertura al medio socio-intelectual circundante⁴.

Las aulas y oficinas de Derecho pasaron después a unas casetas prefabricadas que había ocupado la administración central de la Universidad, alrededor de los laboratorios de Ciencias e Ingeniería. Durante los años 80, como sabemos, se ha verificado la progresiva ocupación del nuevo edificio de la Facultad, levantado en el centro de la ciudad universitaria de Pando; pero el anhelo de completar esa construcción todavía sigue actualmente en pie...

Directores, decanos y secretarios

La proficua tarea de Jorge Avendaño Valdez al frente del organismo que historiamos culminó a fines de 1970, cuando pasó a desempeñar el cargo de rector de la Universidad. Durante los bienios siguientes ocuparon la dirección del fenecido Programa Académico varios abogados y hombres públicos de nota: Felipe Osterling Parodi, catedrático de Obligaciones, quien asumió la plaza el 14 de diciembre de 1970; Roberto MacLean Ugarteche, catedrático de Derecho Internacional Privado, quien lo hizo el 24 de julio de 1972; y Carlos Rodríguez-Pastor Mendoza, catedrático de Economía Monetaria y Bancaria, a quien le tocó dicha responsabilidad el 4 de julio de 1974. Debido a la renuncia de este último, el cargo directivo fue servido interinamente por Enrique Lastres Bérninzon desde julio de 1975, en medio de circunstancias harto difíciles por el debate interno que existía respecto a la línea de trabajo que debería mantenerse en la rama de jurisprudencia.

Aquella confusa situación sólo vino a resolverse luego que el 16 de diciembre de 1976 asumiera el mando como nuevo director Fernando de Trazegnies Granda, catedrático de Filosofía del Derecho. Este distinguido jurista supo conservar firmemente las riendas del gobierno académico a lo largo de varios períodos consecutivos, e inclusive superó sin tropiezos la reconstitución de la Facultad de Derecho, que se hizo en 1984 de acuerdo a las disposiciones de la más reciente Ley Universitaria de la República (n.º 23733).

Trazegnies, hijo de un diplomático belga y titular del marquesado de Torrebermeja, nació en Lima en 1935. Se educó en el colegio de padres jesuitas de la Inmaculada y siguió posteriormente la carrera de las leyes en la Universidad Católica, donde obtuvo el título de abogado (1961) y el grado de doctor (1979). En nuestra casa de estudios ha ejercido tareas de alta responsabilidad, pues formó parte del Consejo Ejecutivo (hoy llamado Universitario) desde 1970 hasta 1987, habiendo sido en una época director de Formación Universitaria; actualmente desempeña la presidencia del Fondo Editorial. Miembro de la Comisión Reformadora del antiguo Código Civil, especialista en asuntos de filosofía e

4. Declaraciones de Trazegnies en una entrevista publicada en *Síntesis*, 8 (1985), p. 5.

historia del Derecho, ha realizado numerosas publicaciones.

Hay que señalar, por cierto, que en junio de 1987 llegaron a su término las funciones del profesor Trazegnies Granda al frente de la Facultad. En virtud de las elecciones llevadas a cabo entonces, salió designado nuevamente como decano el doctor Jorge Avendaño Valdez, catedrático de Derechos Reales, quien así marca –con impronta muy personal– el comienzo y el fin de la etapa que ahora reseñamos.

No menos dignas de relieve son las labores que competen al secretario de la Facultad (o bien, en su momento, del Programa Académico). En los últimos decenios han ocupado esta posición varios profesionales egresados de la Católica. Así, han estado a cargo de la secretaría Armando Lengua Balbi, en 1967-1970; Alfredo Ostojá López-Alfaro, en 1970-1971; Jorge Santisteban Noriega, en 1971; Sergio León Martínez, en 1971-1973; Roger Rodríguez Iturri (actual director de estudios), en 1973-1980; Miguel de la Lama Eggerstedt, en 1980-1985; y Aníbal Quiroga León, desde 1985.

Profesores y alumnos en Derecho

Así como la continuidad de editores responsables y orientaciones temáticas marca la primera época de la revista *Derecho* (1944-1966), que cubre el cuarto de siglo anterior de continuado desarrollo, una nueva etapa en la vida de dicha publicación se abre justamente al comenzar este período contemporáneo. En 1968 apareció el número 26 de la revista, con nuevo formato, y allí una nota editorial de Luis Pásara Pazos –entonces encargado de la dirección– precisa un importante cambio de rumbo. Se trata de una postura crítica frente al orden jurídico vigente, expresada del siguiente modo: "Para quienes entendemos el Derecho como realización de la justicia, éste aún no impera en el Perú; ni en la estructuración social del país, ni en sus hechos más cotidianos... Y en esa necesidad de justicia nuestra Facultad y esta revista, que la expresa, quieren jugar un papel que creemos ineludiblemente le corresponde".

En lo que va de esta segunda época han aparecido dieciséis volúmenes de *Derecho* (números 26 a 41), que abarcan desde 1968 hasta 1987. Ha proseguido, desde luego, la costumbre de incluir trabajos de investigación jurídica de temática varia, realizados tanto por miembros de esta Facultad como por estudiosos de otra procedencia; pero se ha eliminado la antigua y valiosa sección de Crónica del claustro.

5. *Derecho*, 26 (1968), p. 3.

A partir de la publicación del número 30, correspondiente a 1972, se ha impuesto una saludable norma: que el consejo editorial de la revista esté formado por maestros y alumnos, con tres representantes por cada uno de ambos estamentos. Entre los profesores que han tenido responsabilidad en la publicación de las últimas entregas, cabe mencionar señaladamente a Luis Pásara, Alfredo Ostojá, Domingo García Belaunde, Javier de Belaunde López de Romaña, Marcial Rubio Correa, Delia Revoredo de DeBakey y Carlos Blancas Bustamante.

Por otro lado, y después que la reforma curricular suprimiese los antiguos premios por buenas calificaciones (ya que resultaban incompatibles con el espíritu de la nueva orientación pedagógica), será pertinente identificar como estudiantes representativos de las últimas promociones de la Facultad precisamente a aquellos que han merecido participar en la edición de la revista *Derecho*. Esas ternas de alumnos distinguidos han incluido, por ejemplo, a Susana Sotomayor, José Francisco Perla, Alejandro Alfajeme, Juan Guillermo Lohmann, Alberto Bustamante, Roberto Dañino, Edda Rivas, Rosa María Santisteban, Guillermo Thornberry, César Antonio Temoche, Gustavo Heraud, Esperanza García Félix, Aníbal Quiroga, Jaime Pinto, Albert Forsyth, Humberto Jara, Luis Alfaro y Raquel Irigoyen. Varios de ellos, en mérito a su brillantez, se encuentran hoy incorporados a la plana docente de esta área.

Bien sea en la Plaza Francia, en la calle Lártiga o en el Fundo Pando, los estudiantes han sido los protagonistas básicos de la historia de la Facultad de Derecho. La cantidad de ellos han sufrido ciertos altibajos a través del tiempo, por causa de diferentes circunstancias, mas lo normal ha sido la tendencia al crecimiento. Hace siete décadas empezaron poblando las aulas no más de 30 muchachos, y luego del torrente humano originado en la época de Sánchez Cerro por el receso de la Universidad de San Marcos, se mantuvo durante varios lustros una relativa estabilidad; la curva volvió a elevarse para alcanzar un importante pico en 1963, cuando se registró la matrícula de 466 alumnos. Al comenzar los años 70 percibimos un ligero descenso, debido probablemente a la incertidumbre que llevó consigo el establecimiento de la reforma curricular.

Sin embargo, el aplauso brindado por la colectividad en general a esa línea de innovaciones educativas (y, al mismo tiempo, sociales) ha determinado en la década más reciente un enorme incremento en el número de aspirantes a abogacía. Derecho es, evidentemente, la carrera preferida dentro del ramo de Letras y constituye la Facultad más poblada de toda nuestra Universidad. En el curso de los últimos veinte años, la cantidad de estudiantes inscritos en esta unidad académica ha aumentado en una proporción

de más del 150 por ciento, habiéndose superado largamente la barrera del millar de matrículas en cada semestre. Las estadísticas correspondientes al quinquenio que cierra este período son así: en 1983, 1,039 alumnos; en 1984, 1,043 alumnos; en 1985, 1,129 alumnos; en 1986, 1,375 alumnos; en 1987, 1,407 alumnos (en todos los casos se ha tomado en cuenta la matrícula del segundo semestre).

El régimen académico de hoy

En junio de 1981 se aprobó un nuevo plan de estudios para la formación en jurisprudencia, destinado a remediar los defectos que había mostrado el currículum del decenio anterior. Creció la exigencia académica a un mínimo de nueve semestres, elevándose grandemente el número de créditos, y se aumentó a 80% la proporción de cursos obligatorios, frente a sólo 20% de creditaje de asignaturas electivas. Asimismo, entró en vigencia una nueva división por áreas: 1) Derecho Civil, que supone 64 créditos obligatorios; 2) Derecho Público y Administrativo, de 15 créditos; 3) Teoría General del Derecho, de 14 créditos; 4) Derecho Laboral, de 12 créditos; 5) Derecho Penal, de 11 créditos; 6) Derecho Mercantil, de 9 créditos; y 7) Derecho Tributario, también de 9 créditos. Adicionalmente, los alumnos están obligados a satisfacer otros 8 créditos en cursos de teología, economía y contabilidad.

Claramente percibimos, pues, que se mantiene el predominio de la rama civilista en esta Facultad. De acuerdo al currículum, la serie de cursos de Derecho Civil trata sucesivamente de principios generales, personas naturales, responsabilidad civil, derechos reales, acto jurídico, obligaciones, familia, contratos y sucesiones. Su inserción dentro del régimen de estudios hoy vigente puede notarse a través del siguiente esquema:

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO (1987)

Cursos obligatorios.-

- 1.º semestre: Introducción a las Ciencias Jurídicas, Bases Romanistas del Derecho Civil, Derecho Civil I, Derecho Penal I, Derecho Constitucional General, Sociología del Derecho.
- 2.º semestre: Derecho Civil II, III y IV, Derecho Procesal Civil I, Derecho Penal II, Derecho Constitucional Peruano, Personas Jurídicas.
- 3.º semestre: Derecho Civil V y VI, Derecho Procesal Civil II, Derecho Penal III, Derecho Administrativo I, Derecho Laboral.
- 4.º semestre: Derecho Civil VII y VIII, Derecho

Procesal Civil III, Derecho Procesal Penal, Derecho Mercantil I, Derecho Individual del Trabajo, Contabilidad.

- 5.º semestre: Derecho Civil IX, Derecho Mercantil II, Derecho Tributario I, Derecho Colectivo del Trabajo, Garantías, Deontología Forense, Teología y Derecho.
- 6.º semestre: Derecho Civil X, Derecho Mercantil III, Derecho Tributario II.
- 7.º semestre: Derecho Tributario III, Derecho Administrativo II, Derecho Procesal del Trabajo, Filosofía del Derecho, Economía.
- 8.º semestre: Derecho Civil XI, Derecho Procesal Civil IV, Derecho Internacional Público, Metodología de la Investigación Jurídica.
- 9.º semestre: Derecho Internacional Privado.

Estipula el reglamento interno que ningún alumno podrá aprobar práctica, curso o seminario alguno si sus faltas de asistencia exceden al 30 por ciento de las sesiones programadas. También es remarcable la norma de que ningún integrante de la Facultad podrá tomar el nombre de ésta en manifestaciones políticas o acciones partidarias, ni tampoco realizar en su local actividades extrañas a la vida académica.

Para obtener el grado de bachiller en Derecho se requiere haber aprobado todas las asignaturas obligatorias de los seis primeros semestres (118 créditos), así como presentar una tesis o trabajo de investigación y sustentarla oralmente ante un jurado. Para postular al examen de abogacía se requiere haber obtenido previamente el bachillerato, haber aprobado un mínimo de 178 créditos entre cursos obligatorios y electivos, y haber desarrollado práctica durante por lo menos dos años en el Poder Judicial o en un estudio de abogado, notaría u oficina legal. El examen conducente a la titulación consiste en el análisis de dos expedientes forenses (generalmente, uno civil y otro penal), que el candidato debe realizar ante un jurado especial, contestando en seguida a las preguntas u objeciones que se le hagan.

Además, hoy cabe la posibilidad de que los estudiantes de la Católica profundicen su aprendizaje en los cursos de la sección de maestría en Derecho Internacional Económico, que funciona desde 1986 en la Escuela de Graduados de nuestra Universidad. Dicho postgrado, instituido gracias a la colaboración del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), comprende un plan de estudios de dos años y se halla bajo la responsabilidad del doctor Eduardo Ferrero Costa como coordinador⁶. Con si-

milares exigencias en materia académica, una sección paralela de maestría en Derecho Civil está en actividad desde marzo de 1987, bajo la coordinación del profesor Rubio Correa: hecho notable porque fortalece la clásica especialización en temas civilistas y refuerza, a la vez, el papel de nuestra institución en el desarrollo de las ciencias jurídicas peruanas.

Tareas de proyección a la comunidad

La proyección social y la extensión universitaria son tareas que la Facultad de Derecho ha ejercido asiduamente en los últimos años, a través de seminarios, cursillos y programas de ayuda destinados al público en general. Interesa especialmente destacar que en 1981 se formó el Taller de Derecho, equipo de docentes y alumnos que porta el loable propósito de brindar asesoría legal a los sectores sociales más modestos de la comunidad. Sus actividades se concentran en los campos del Derecho Laboral, Agrario, Penal y Civil.

Por su parte, el Instituto de Investigaciones Jurídicas ha seguido en esta moderna etapa su labor de estudio y difusión de variados problemas de la realidad jurídico-legal peruana, guiado por la dinámica conducción del profesor Cornejo Chávez. Ha gozado de carácter de investigación permanente su proyecto relativo a la jurisprudencia suprema, que analiza los criterios empleados por la Corte Suprema en aplicación de la ley positiva, así como las contribuciones que ha brindado este alto tribunal en tanto que fuente de Derecho, supliendo los vacíos y deficiencias de la legislación. El Instituto, asimismo, ha auspiciado publicaciones en torno a problemas como el *hábeas corpus*, la adopción, el divorcio absoluto y la separación de cuerpos, la invalidez del matrimonio y el derecho alimentario en la experiencia del distrito judicial limeño, etc.

Entre las obras más recientes que ha publicado el Fondo Editorial de la Universidad Católica, cabe mencionar en el área de Derecho a éstas: Rogelio Llerena Quevedo, *Universidad y estudiante. Natu-*

raleza jurídica de la relación estudiantil (1976); Lorenzo Zolezzi Ibárcena, *Derecho y desarrollo. Perspectivas de análisis* (1978) y *La profesión de abogado en Lima. Una aproximación empírica* (1982); Eduardo Ferrero Costa, *El nuevo Derecho del mar y las 200 millas* (1979); Fernando de Trazegnies Granda, *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1979) y *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico* (1981); José León Barandiarán, *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema* (1980); Domingo García Belaunde, *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una filosofía del Derecho* (1982); Carmen Julia Cabello, *Cincuenta años de divorcio en el Perú. Selección y comentario de ejecutorias supremas* (1987).

La biblioteca titulada *Para leer el Código Civil*, que lleva presentación del ex-decano Trazegnies Granda, se inició en 1984-85 con la aparición de dos volúmenes que reúnen comentarios de diversos especialistas acerca de dicho cuerpo legislativo. Después han salido los tomos III y V, que contienen los estudios de Marcial Rubio Correa sobre el *Título preliminar* (1986) y de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena sobre *El arbitraje* (1987). Además, últimamente ha surgido la *Colección de textos jurídicos*, destinada a ofrecer manuales para facilitar la enseñanza universitaria, ella comprende hasta ahora los trabajos de Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (1984) y *Derecho constitucional general* (escrito en colaboración con Carlos Blancas Bustamante, 1986).

Finalmente, a manera de conclusión, es importante agregar el hecho de que en junio de 1984 un grupo de estudiantes de la Facultad volvió a poner en circulación la revista *Thémis*, con el propósito declarado de "continuar aportando ideas nuevas, así como seguir contribuyendo al debate y esclarecimiento de importantes temas del Derecho"⁷. Tan valioso empeño, reflejado en la calidad de los artículos especializados y comentarios de actualidad que suele incluir esta revista, ha sido premiado —una vez más— con la calurosa acogida de *Thémis* en nuestro medio.

6. Véase la información que al respecto ofrece Sinopsis, 9 (1986),

7. Presentación a cargo del Comité Directivo en *Thémis*, segunda época, 1 (1984), p. 3.

Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes

Montevideo del 08 al 10 setiembre 1988

El Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes, se realizó en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, del 8 al 10 de setiembre de 1988. La iniciativa de organizarlo, partió de un primer encuentro que tuvieron los miembros de las revistas "Lecciones y Ensayos" de la Universidad de Buenos Aires y "Revista Jurídica Estudiantil" de la Universidad de la República, de Montevideo, el cual dió origen a una serie de intercambios y programas conjuntos. El éxito de este evento, motivó uno más ambicioso, esta vez invitando a publicaciones similares del resto de Latinoamérica.

Esta primera reunión Latinoamericana, a la cual asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Panamá, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela, tuvo dos objetivos fundamentales: por un lado, la discusión de un tema académico previamente determinado por los organizadores, el mismo que fue objeto de las ponencias que, con tal fin, habían preparado cada una de las publicaciones invitadas; y, por otro lado, la elaboración y redacción de un documento destinado a la creación de un Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes (COLAPJE), cuyos objetivos y lineamientos se discutieron en reuniones de trabajo.

El documento final fue aprobado unánimemente en asamblea de todos los participantes. El mismo contempla el estatuto de creación del Consejo, destinado a promover el apoyo e intercambio de nuestras revistas y la elaboración de programas conjuntos. También concreta la creación de un banco de datos de todas las publicaciones partes; así como un sistema de consultas, de acuerdo al cual cada uno de los miembros del COLAPJE podrá requerir de cualquier otro miembro información acerca de doctrina, jurisprudencia, legislación o actualidad de sus respectivos países; y el establecimiento del intercambio de nuestras ediciones.

El estatuto de creación del COLAPJE, constituye a su vez, como órganos fundamentales a: la Presidencia del Consejo, que recayó –en este primer período– en "Revista Jurídica Estudiantil", y cuatro Secretarías Regionales. THEMIS fue elegida por unanimidad como secretaría coordinadora de la región comprendida por Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

En la actualidad, nuestra revista –como encargada de la Secretaría Regional antes mencionada– se encuentra avocada a la difusión del COLAPJE, así como a concretar programas de apoyo mutuo destinados a promover la investigación jurídica en nuestros países. En este sentido, THEMIS acaba de firmar un acuerdo de intercambio de trabajos de alumnos y material bibliográfico –incluidas nuestras propias publicaciones– con la revista "Lecciones y Ensayos" de la Universidad de Buenos Aires.

A continuación, presentamos la transcripción de la exposición de la ponencia "Aspectos Jurídicos de la Integración Latinoamericana, con la especial referencia al Pacto de San José de Costa Rica", que presentara THEMIS, Revista de Derecho, ante la Asamblea del Consejo y autoridades universitarias, en el Paraninfo, auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de Montevideo–Uruguay.

Amigos Latinoamericanos:

La trascendencia del tema que el día de hoy nos reúne no escapa a la conciencia de ninguno de los presentes. En primer lugar, la Integración Latinoamericana, planteada por muchos como una necesidad histórica ineludible, y por otros como una ilusión inalcanzable, en atención a la rigidez estructural que presentan las realidades de nuestros países. En segundo lugar, los Derechos Humanos recogidos,

regulados y protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica, medios ético-jurídicos indispensables para la realización de la dignidad humana.

La pregunta que de inmediato nos salta es cuál es la relación existente entre ambos asuntos. Acaso la integración no es mas que un problema económico y que poco o nada tiene que hacer con los Derechos Humanos?

La Integración se ha entendido tradicionalmente, y así lo demuestran las diversas experiencias históricas que se han dado en nuestra región, como un problema que atañe a la regulación uniforme del comercio exterior, en especial en materia arancelaria, y, en el mejor de los casos, referido a la estructura productiva e industrial.

*La exposición fue preparada y presentada por el Sr. Alfredo Bullard a nombre de Thémis, durante el desarrollo del tema académico "Aspectos Jurídicos de la Integración Latinoamericana, con especial referencia al Pacto de San José de Costa Rica". La ponencia que le dio origen fue redactada por Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias y José Alfredo Jiménez, los cuales junto con César Parodi, asistieron representando a nuestra revista al mencionado Encuentro.

Así, cuando nos preguntamos si la Integración es posible, se alzan de inmediato las voces de los pesimistas, que argumentan en favor de un "NO" rotundo. Señalan que el movimiento integracionista latinoamericano no es más que una larga sucesión de fracasos, y que este hecho demuestra, a toda luces, que la estructura económica dispar que nos caracteriza, hace que la Integración sea estructuralmente imposible.

La disyuntiva se torna trágica. El subdesarrollo trae hambre, atraso, analfabetismo, descontento social, violencia. Nuestras naciones carecen, por sí solas, de los recursos y medios para superar estos problemas. Los países desarrollados vuelcan sus miradas, en especial como efecto de la revolución tecnológica que el mundo viene experimentando, hacia el interior de sus propias fronteras, con lo cual la inversión y asignación de recursos al tercer mundo se van estrangulando de manera acelerada. La opción es entonces la unión de los pueblos latinoamericanos, para que, de manera complementaria y coordinada, autogeneremos los medios que requerimos. Sin embargo, la realidad nos dice que esta posibilidad es una esperanza sin sentido, una ilusión que se desvanece.

Creemos, a pesar de lo dicho, que la Integración es posible. Antes que frente a un problema estructural, estamos frente a la falta de una voluntad política efectiva de nuestros gobiernos para llevar adelante la Integración, no porque la consideren innecesaria, sino porque cada uno ha ideado su propio modelo, y es aquél que le resulta más cómodo para sus intereses, sobre todo bajo la perspectiva del corto plazo.

Todos los países buscamos con la Integración lo que de ella nos favorece, y descartamos lo que de ella nos perjudica. Queremos exportar sin aranceles, pero no importar sin que ellos existan. Esto se agrava por las claras diferencias en los niveles de desarrollo. La vocación de sacrificio en aras de la Integración está en relación inversamente proporcional al mayor grado de desarrollo relativo de nuestros países. Para que los países de menor desarrollo se beneficien realmente de la Integración, requieren que el esquema les conceda beneficios adicionales, que los países de mayor desarrollo relativo no siempre están dispuestos a conceder, o en todo caso a cumplir. Así, la Integración se puede convertir en un instrumento de doble filo que puede repetir, al interior de nuestra región, las relaciones de dependencia que nuestro continente enfrenta con los países desarrollados del orbe. Se rompe la elemental reciprocidad entre nuestras naciones, indispensable para el logro de una Integración auténtica. Por otro lado, los esquemas han ido relativizándose ante la falta de efectividad de los grandes sistemas ideados, reduciéndose a sistemas basados en convenios bilaterales

y con ello menos eficientes, como por ejemplo los recientes acuerdos entre Brasil y Argentina. El bilateralismo es el camino más fácil, pero no por ello el mejor. Es de una manera u otra una renuncia a lo que aspiramos como verdadera Integración Continental. Adicionalmente corremos el riesgo, ya señalado, de una repetición dentro de Latinoamérica, de relaciones de dependencia económica que perjudiquen a los países de menor desarrollo relativo.

Ante este panorama requerimos de una decisión política que, más allá de la simple suscripción del instrumentos internacionales, apunte al cumplimiento real de las disposiciones en ellos contemplados. Además, la decisión política debe apuntar a una integración, valga la redundancia, integral, que trasciende el mero campo económico para llegar a una integración cultural, social, política, y en lo que nos compete directamente, jurídica. Sólo así la Integración se mantendrá al margen de la inestabilidad y naturaleza voluble de los intereses económicos, llegando a arraigarse en la conciencia de nuestros pueblos y de sus gobiernos.

Pero, la decisión política que hemos reseñado se encuentra, hoy por hoy, con un obstáculo hasta ahora infranqueable. El español Ruiz-Giménez, quien llegara a ser Defensor del Pueblo en su país, decía haber escuchado en Iberoamérica que la única riqueza que le quedaba aún a los pueblos pobres era su nacionalismo¹. Cuando un gobierno desea abstenerse de asumir o cumplir el compromiso que la Integración le impone, saca de debajo de la manga la carta de la soberanía nacional.

Estamos acostumbrados a oír en el discurso político que la Integración está muy bien, pero que ella no debe interferir con los intereses nacionales ni con la facultad de autodeterminación que el pueblo y su gobierno tienen. He ahí el gran error, pues qué mayor interés para un país como los nuestros que superar el subdesarrollo, y qué determinación más importante que el lograr la Integración Latinoamericana.

Luchamos hoy en día con lo que podemos llamar el dogma de la soberanía nacional, y que si bien, en el campo político tiene una importancia innegable, se ha constituido como el mayor problema jurídico para la Integración.

El concepto de soberanía nacional puede ser llevado a dos dimensiones. En la dimensión formal implica la igualdad jurídica de todas las naciones, lo que a su vez determina la facultad de autodeterminación. Por el contrario, en lo que llamaremos di-

1. Ruiz-Giménez, Joaquín: Exposición en el Seminario "Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno". Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, p. 12.

mensión material, la soberanía implica la posibilidad real y efectiva de que la igualdad jurídica tenga auténtica vigencia. Así, no resulta una decisión soberana la que adopta un país bajo presiones que la dependencia económica le impone. Un país es soberano no cuando la comunidad internacional le reconoce el status de tal, sino cuando está en la capacidad de ejercer realmente su soberanía frente a todas las demás naciones.

Ante ello, los pueblos latinoamericanos no debemos dejarnos deslumbrar por la luz de la dimensión formal. Hacerlo no es más que engañarnos, confundiendo el derecho con su ejercicio. Debemos convencernos que, sin necesidad de renunciar a la soberanía nacional, debemos apuntar a la generación de una auténtica soberanía Latinoamericana, sustentada en las bases materiales del desarrollo y bienestar de nuestro pueblos. Nos preguntamos entonces cómo reformular el dogma de la soberanía nacional para convertirlo de obstáculo a instrumento de la Integración.

Aunque suene curioso, debemos comenzar por el principio. El dogma clásico de la soberanía nacional se constituye como la base de la llamada concepción "dualista" del Derecho formulada por Trippel en 1899. El conceptualiza los sistemas jurídicos en órdenes cerrados, heterogéneos e incommunicables, negándose que el llamado derecho estatal acepte ciertas normas internacionales².

En nuestra Ponencia citamos a título de ejemplo el caso del asilo político de Victor Raúl Haya de la Torre. Este caso suscitó una controversia entre Perú y Colombia en la década de los 50 ante la Corte Internacional de Justicia. Colombia sostenía su derecho a conceder asilo a Haya de la Torre pues lo calificaba como delincuente político. Perú sostenía que era a su gobierno a quien le correspondía efectuar la calificación del delito, principalmente por un asunto de soberanía. En estas circunstancias, el General Odría, Presidente del Perú, vociferó desde un balcón de Palacio de Gobierno "nadie nos podrá impedir hacer justicia en nuestra propia casa", las mismas palabras que pronunciaría Somoza desde su feudo³.

No podemos dejar de percibir en las palabras del General Odría la idiosincrasia Latinoamericana. Pero lo más alarmante es que no se habla en este caso de la posibilidad de fijar tal o cual arancel, ni de construir o no una carretera. Se habla de los Derechos Humanos, de la posibilidad de ejercer libre-

mente las convicciones políticas. Y, si los Derechos Humanos son inherentes a la dignidad propia de la persona humana, ¿Cómo puede su ejercicio verse limitado por la idea de soberanía?

No podemos aspirar a una integración económica mientras todos los ciudadanos de Latinoamérica no gocemos y estemos garantizados en nuestros derechos fundamentales. El derecho persigue perfeccionar la posibilidad de la convivencia social, para que con ello se dignifique al hombre. Todo aquello que escape a ese objetivo desnaturaliza la acción del Derecho. Cómo esperar que se respeten acuerdos arancelarios en aras de la Integración, si cuando se ponen en movimiento los mecanismos internacionales para proteger la vida y la integridad física de los desaparecidos y secuestrados, se acusa a los propulsores de antinacionalistas que interfieren en los asuntos internos del país?

He ahí la importancia de comenzar por el principio. Paradójicamente, la cuerda debe romperse, en este caso, por el lado más fuerte. Por aquel sitio por el que más ajusta y más duele. Ningún Estado puede negarse, bajo ninguna condición, a reconocer los Derechos Humanos de las personas, ni siquiera alegando el ejercicio de su soberanía.

La Integración debe ser orientada, como bien señala Sánchez de la Torre refiriéndose a todo proyecto político, por los Derechos Humanos, que actúan como indicadores de la conciencia universal acerca del sentido en que han de actuar las instituciones jurídicas para acrecentar la dimensión de la dignidad personal y del desarrollo de la libertad de individuos y grupos⁴.

Debemos por ello reforzar el sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica. Ello implica como primer paso, dejar absolutamente de lado la concepción dualista para ir a lo que Ruiz-Giménez llama una concepción integradora⁵. Los Derechos nacionales, sin prescindir de la idea de soberanía, fundamental para forjar en los pueblos su propia identidad, se integran en el orden jurídico internacional, dejando de ser compartimentos estancos, para funcionar perfectamente coordinados. Todos nuestros países se interrelacionarán en un orden jurídico latinoamericano, que a su vez se encuentre inmerso en el orden jurídico internacional. Así aparecerá, como un nuevo concepto, de vigencia real y efectiva llevado a su dimensión material, el de la

2. Ruiz-Giménez, Op. cit., p. 11.

3. Valle-Riestra, Javier: "Jurisdicción Supranacional" en "Normas Internacionales sobre Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, p. 210.

4. Sánchez de La Torre, Angel: "Sociología de los Derechos Humanos" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977, p. 9.

5. Ruiz-Giménez, op. cit., p. 13.

soberanía Latinoamericana, sin prescindir de la soberanía nacional de cada uno de los países.

La importancia de la Convención de San José de Costa Rica radica precisamente en comenzar por el principio. Si bien formalmente se trata de un sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, materialmente ha generado un sistema Latinoamericano, pues, los países que lo han suscrito o ratificado pertenecen en su integridad a nuestra región. Sin embargo, es un sistema perfectible. De hecho la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido sumamente limitada. En sus casi 10 años de vigencia efectiva ha emitido una sola sentencia y 9 opiniones consultivas. Esto resulta, a todas luces insuficiente para un continente como el nuestro en el que abundan las violaciones a los Derechos fundamentales. De hecho, el que la Comisión Interamericana o los gobiernos de los países miembros sean los únicos que puedan demandar ante la Corte, merma de manera importante su operatividad. Podríamos decir que todos nuestros países tienen de una u otra forma techo de vidrio. Si alguien tira una piedra corre el riesgo de que le caigan a su vez varias. Sin embargo, debe entenderse que, no interesa quien tira la primera, sino que todos vayan sacando las piedras que encuentran en el camino.

En cuanto a la Comisión Interamericana, ésta a desarrollado una labor importante, en especial en lo que respecta a los informes que periódicamente emite en torno a la vigencia de los Derechos Humanos en los diversos países, a pesar de la resistencia que muchos de los gobiernos le han ofrecido. Se impone, sin embargo, la necesidad de objetivizar los criterios, muchas veces políticos, que se utilizan para determinar los países sobre los que se va a efectuar una investigación.

De un modo u otro, ya resulta sumamente alentador la existencia de un sistema, que con sus limitaciones, se encuentra en funcionamiento. El compromiso es contribuir a su perfeccionamiento y desarrollo a fin de lograr que los órganos correspon-

dientes (Comisión y Corte Interamericana), lleguen a ser los auténticos portadores, en el ámbito de la jurisdicción relativa a los Derechos Humanos, de la Soberanía Latinoamericana.

Este proceso de consolidación de una concepción integradora en beneficio de la garantía a los Derechos fundamentales, está recogido, a título de ejemplo, en la Constitución Peruana. Tal como detallamos en nuestra ponencia, nuestra Constitución le concede rango Constitucional a los Tratados relativos a Derechos Humanos por lo que sólo pueden ser modificados por el procedimiento de Reforma Constitucional, y en particular, al Pacto de San José de Costa Rica, dándoles primacía sobre las normas de Derecho interno. Asimismo, le da una categoría especial, por encima de los Tratados Ordinarios, a los Tratados de Integración Latinoamericana.

La labor que la Integración y los Derechos Humanos nos imponen es árdua. Las páginas de nuestras publicaciones constituyen un medio privilegiado para conseguir que el Derecho sea un medio efectivo para dignificar a la persona. Somos voces jóvenes frente a una audiencia joven, portamos la esperanza de nuestro continente. No olvidemos en nuestra labor al hombre y mujer Latinoamericanos. A ellos nos debemos pues a ellos se debe nuestro Derecho.

No habrá Integración que no respete la dignidad de la persona, no habrá dignidad de la persona sin la orientación que nos dan los Derechos Humanos. No habrá Derechos Humanos sin un sistema efectivo que los proteja.

Sólo cuando en Latinoamérica pensar y expresarse libremente sea un ideal cumplido, cuando los desaparecidos, secuestrados, asesinados y torturados sean parte del pasado, y cuando el bienestar económico y social sean realidades concretas, podremos decir que Latinoamérica es una, como una será la dignidad y la conciencia de nuestros pueblos.

Muchas gracias,

Apuntes para la aproximación al tema de los niveles de Negociación Colectiva.

César Azabache

Alumno del 6º Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

1. Las luchas sociales suelen tener sobre la teoría jurídica un impacto removedor. Categorías, modelos y teorías enteras ven moverse el piso sobre el que se edificaron, por lo que no les queda más remedio que reformularse o perder vigencia. En estos últimos meses, las luchas del proletariado minero en nuestro país han puesto en cuestión todo el enfoque que se ha venido dando a nuestro sistema de negociaciones colectivas laborales. Entre otros temas, queda sobre el tapete el problema de los niveles de negociación, y su papel dentro del sistema. La polémica sobre este punto permanece abierta, y sin ánimo de zanjar, quiero referirme a ella en estas líneas.

2. Arturo Bronstein, funcionario de la OIT, y uno de los autores más citados en la polémica, dice que:

*"Por nivel de la negociación colectiva entendemos la unidad personal, funcional o territorial en que el proceso de negociación colectiva tiene lugar"*¹.

Esta noción funciona como instrumento conceptual para esquematizar la estructura del sistema de negociaciones escogido, a la luz de uno de los criterios señalados en la cita. Particular importancia tiene el criterio personal, pues estructura el sistema de negociaciones a la luz de la actuación colectiva de los agentes en conflicto, sean estos de rama, empresa o unidad menor; permitiendo así una visión panorámica del espectro sindical en la realidad bajo estudio. Por eso, entre otras cosas, es el criterio más utilizado en los estudios de legislación comparada.

3. La aplicación del criterio personal a nuestra realidad ha llevado a la conclusión en el sentido que,

1. Bronstein, Arturo: "El nivel de la Negociación Colectiva en Derecho comparado", en "Estudios laborales en homenaje al profesor Rafael Alfonso Guzmán". T.I. Caracas, 1986, p. 180.

aún antes de la presentación del pliego nacional minero metalúrgico y siderúrgico, en el Perú se ha venido negociando a dos niveles. El fundamento de esta afirmación reside en que tenemos convenciones celebradas por sindicatos de empresa y convenciones celebradas por federación; pero ella parece olvidar que la negociación por sindicato o federación ha venido siendo alternativa. Entonces, tenemos negociación de empresa o de rama, pero, cada una en su sector resulta ser la única negociación que se da en todo un año, y produce la única convención aplicable en un plazo igual.

4. Cuando se habla de niveles de negociación, se hace referencia a una estructura estratificada. A este respecto "nivel" y "piso", son términos intercambiables. Así, podríamos graficar una estructura de niveles de la siguiente forma:

negociación a tercer nivel
negociación a segundo nivel
negociación a primer nivel
relaciones laborales: sustrato de aplicación

Los niveles son, como se observa, en primer lugar determinados por la distancia relativa que los separa del sustrato de aplicación. Es decir, el segundo nivel es tal porque hay uno que es primero. Esto que parece una verdad de perogrullo es lo que se ha olvidado cuando se ha aplicado el criterio personal a nuestro ordenamiento. El criterio personal sólo se puede aplicar cuando se ha verificado la existencia simultánea de estos niveles de negociación. No es, por tanto, determinante del nivel, sino que es sólo un referente analítico. Aplicarlo para querer construir desde él los niveles, llevaría a afirmaciones gráficas del siguiente modo:

sindicatos: negociación de primer nivel	federación: segundo nivel de negociación
sustrato de aplicación: sector uno de relaciones laborales	sustrato de aplicación: sector dos de relaciones laborales

Afirmar entonces que un pliego de la FEB es de segundo nivel es tan contradictorio como afirmar que una casa se puede construir sin primer piso. La distancia relativa entre negociación y sustrato de aplicación nos lleva a concluir que, necesariamente, un pliego de federación como el bancario es un pliego de primer nivel, equivalente por ello al pliego de cualquier sindicato.

La conclusión es obvia: Antes del pliego minero, en el Perú sólo ha funcionado un nivel de negociación, mediante organizaciones de grado 1 o de grado 2.

5. El sector minero, metalúrgico y siderúrgico ha formado hasta ahora parte de lo que he llamado sector uno de relaciones laborales. En él se ha negociado por empresa o por establecimiento. Frente a esta realidad, la posición de los agentes ha sido encontrada. Silencio que otorga por parte de los empleadores, disconformidad y oposición por parte de los trabajadores. Ellos han cuestionado esta estructura desde el V Congreso Nacional de la Federación, en 1979. Las razones de esta disconformidad se pueden leer claramente en las palabras de Alfredo Silva, dirigente de la FNTMMSP:

"Tanto los dirigentes como las bases estamos convencidos de que no podemos continuar con las negociaciones base por base. La dispersión que genera este tipo de negociación resulta nefasta para los intereses de los trabajadores, nos debilita y perdemos fuerza..."².

Por ello, la FNTMMSP pretende modificar la estructura negocial de su sector a través de la centralización de la negociación en la rama de actividad. Jurídicamente, esta centralización admite dos estrategias para implementarse: a) Por homologación, que operaría uniformizando los términos finales de los convenios de base, hasta que todos finalicen juntos, momento en que serían denunciados por un solo pliego nacional de rama; y b) Por ampliación de los niveles de negociación en el sector, que consiste en plantear dentro del sector un pliego de segundo nivel que, convertido en convención, actuaría coordinadamente con las convenciones de base.

6. A la luz del gráfico de dos sectores que hemos propuesto, la estrategia de homologación significaría que el sector minero pasaría del sector uno de relaciones laborales al sector dos. Esto quiere decir que el sector minero simplemente pasaría a engrosar las filas de los sectores que negocian por rama acuerdos de primer nivel, con lo que la estructura total de nuestro sistema de negociaciones colectivas laborales no sufriría, en su conjunto, mayor modificación. La estrategia de ampliación de niveles, en cambio, importa una modificación radical, pues de su implementación, el sistema total resultaría compuesto en la siguiente forma:

	federaciones: neg. de primer nivel	Federación: neg. de se- gundo nivel.
sindicatos: neg. de pri- mer nivel		sindicatos: neg. de pri- mer nivel
sustratos de aplicación: relaciones laborales		
sector uno	sector dos	sector minero, metalúrgico.

Quedaría pues quebrado el dogma de los niveles alternativos, y abierta la posibilidad para el desarrollo de la negociación a más de un nivel. En base a esto, podría pensarse en la posibilidad de uniformizar en el mediano plazo los sectores de relaciones laborales mediante la estrategia de ampliación de niveles de negociación.

7. Lo que se haga en adelante será asunto de la opción de política laboral que se implemente desde el conflicto; y en él será factor determinante la fuerza relativa que puedan acumular las organizaciones sindicales.

Ese espectro dividido que hemos graficado es fiel reflejo de una estructura sindical débil, que debe sacrificar la acción en la empresa por impulsar la acción en la rama o viceversa, pero que hasta ahora no ha tenido fuerza suficiente para actuar totalmente a más de un nivel. El desarrollo de la negociación articulada implica, entonces, el desarrollo de la fuerza negocial de las organizaciones sindicales.

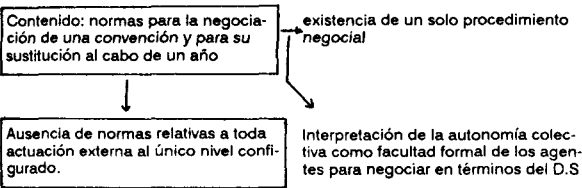
8. ¿Puede encontrarse en nuestro ordenamiento algún mandato que disponga el congelamiento de la estructura a un solo nivel? Nuestro ordenamiento tiene como eje en este punto el artículo 54º de la Constitución. De su lectura se desprende, para un gran sector de la doctrina, un reconocimiento explícito al dogma de la autonomía colectiva³. También establece ese artículo una reserva legal para los procedimientos de solución pacífica de conflictos laborales. Sin una ley al respecto, en la práctica se ha venido manteniendo la vigencia del D.S.00 6-71-TR

2. Cuadernos laborales, Nº 47, junio 88, p. 20.

3. En el debate sobre el pliego minero, esta posición fue sostenida, entre otros, por DESCO y ADEC-ATC.

como norma para los procedimientos. Este conjunto positivo puede sistematizarse de dos maneras:

a) desde el D.S.006-71-TR:



b) desde la Constitución:

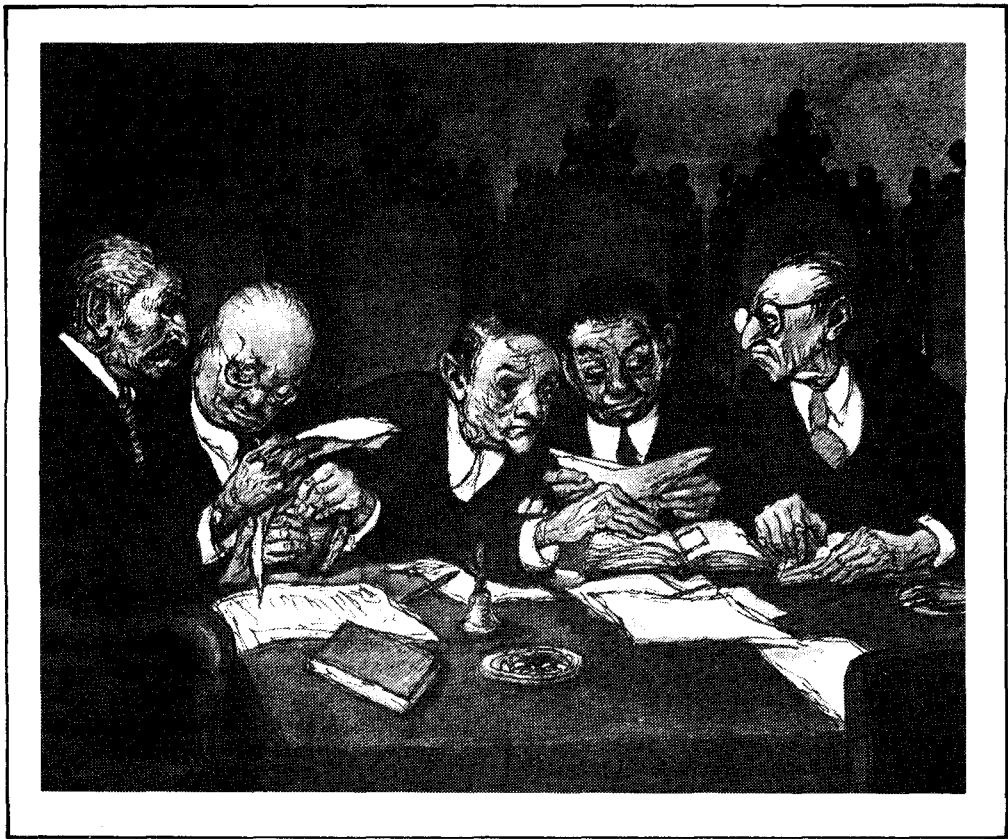
Dogma de autonomía	Apertura total en los niveles de negociación posibles:	Reserva legal del procedimiento-negocial:
reconocimiento de poder de las partes para estructurar el sistema de relaciones colectivas laborales.	* tercero * segundo * primero	D.S. 006-71-TR D.S. 006-71-TR D.S. 006-71-TR

Nos parece claro que la interpretación de toda norma en la jerarquía debe hacerse desde la Constitución y nunca a la inversa, pues ello prácticamente eliminaría, entre otras cosas, la función de la inconstitucionalidad como control de la regularidad. Desde ella, la única alternativa posible es la (b), que relativiza la aplicación del D.S. 006-71-TR a la regulación del procedimiento negocial. La selección del

nivel queda entonces fuera de su alcance, pero una vez seleccionado éste, el D.S. 006-71-TR regulará la negociación en tanto no se dicte la ley respectiva. La selección del nivel cae de esta forma dentro de la órbita de la autonomía colectiva. Su utilización dependerá de la voluntad de las partes. A falta de acuerdo se entenderá que han decidido medir sus fuerzas en el terreno de la autotutela, donde la huelga y la resistencia económica son los instrumentos fundamentales. La falta de acuerdo sobre la procedibilidad de un pliego que plantea un nuevo nivel, podrá originar la intervención del Estado, el cual debe limitarse a resolver el conflicto relativo a la procedibilidad. Mediante el deber de negociar como fundamento necesario del derecho a la negociación colectiva, la autoridad administrativa sólo podrá declarar impertinente un pliego si se demuestra alguna razón objetiva que cuestione la legitimación de la organización de trabajadores que lo ha presentado. En toda otra hipótesis, el empleador estará obligado a negociar.

No es posible afirmar que nuestro ordenamiento haya optado por la negociación a un solo nivel. Hacerlo implicaría aplicar una violencia tal a la interpretación constitucional, que su sentido, poder normativo y posibilidades de sistematización, se verían afectadas en su esencia.

diciembre de 1988



Algunos problemas del amparo a propósito de su proyecto modificatorio *

Ricardo León Pastor

Alumno del 6º Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

I. INTRODUCCION

Todo estudio de nuestra Acción de Amparo –inclusive los introductorios, como esté– debe considerar tres circunstancias relevantes: 1) su relativa novedad (recordemos que nace en la Constitución de 1979 y es reglamentada por la Ley 23506 de diciembre de 1982); 2) su origen netamente legislativo y 3) su carencia de una jurisprudencia creativa que le de sustento pragmático. Así, el amparo en el Perú tiene seis años de aplicación en los tribunales; ¿se ha adecuado esta aplicación a nuestra realidad jurídica?; en las líneas que siguen explicaremos algunos elementos de juicio para intentar dar respuesta a esta interrogante.

II. EL USO Y ABUSO DE LA ACCION DE AMPARO

Resulta sintomático advertir la gran popularidad del amparo en los medios forenses. Las cortes resuelven diariamente ingentes cantidades de acciones de amparo. Los litigantes se sienten más o menos seguros de preservar sus derechos constitucionales en una hipotética violación de los mismos. Abogados y estudiantes de Derecho, al enterarse de la violación de un derecho constitucional aparentemente grosera, piensan inmediatamente en el Amparo. Al decir del profesor Francisco Eguiguren, vivimos un proceso de "amparización de las causas en la pretensión de los litigantes de obtener una decisión judicial shock"¹. ¿Cuáles son las razones de esta fama inusitada de una acción nueva como el amparo? Como es sabido, el amparo es una acción que se ejerce en un procedimiento sumarísimo, destina-

da a la salvaguarda de los derechos constitucionales no vinculados a las libertades individuales (los cuales son protegidos por la Acción de Habeas Corpus); su finalidad es "...la restitución al perjudicado del goce del derecho constitucional conculcado, o en todo caso impedir que esta violación llegue a concretarse"². Se caracteriza por la flexibilidad y celeridad en su trámite y por la primacía del fondo frente a posibles fallas procesales. Creemos que esta es una primera razón del empleo masivo que del amparo hacen muchos litigantes: la expeditividad de la acción.

Una segunda razón, no menos importante que la primera, es –a nuestro juicio– la incapacidad legal de los jueces para declarar la inadmisibilidad de la causa después de practicado el análisis de la demanda. La ley peruana no contempla requisitos de admisibilidad sino sólo un supuesto de procedencia genérico: "Artículo 2.- Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio"³. Caso contrario es el español, en el que el juez esta ampliamente facultado para admitir o no la demanda. Samuel Abad sostiene al respecto que: "*En cuanto a la posibilidad de rechazo 'in limine' de la acción de amparo por la inobservancia flagrante del principio bajo estudio, tenemos que nuestra ley no lo ha admitido y mucho menos la jurisprudencia [...este rechazo in limine] de prosperar sería importante pues evitaría el excesivo recargo de tareas de nuestros tribunales producido por la sustanciación de causas manifiestamente improcedentes*"⁴.

* Estando este número en edición fue promulgada la Ley 25011, que modifica los alcances de los arts. 6, 29 y 31 de la Ley 23506, en lo referente al ejercicio del derecho de Acción de Amparo.

1. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú el 29 de noviembre del presente año.

2. Borea Odría, Alberto: "La Defensa Constitucional: El Amparo". Editores: Domingo García Belaúnde y Alberto Borea, 1977. p. 35.

3. La ley también contempla causales de improcedencia específicas que serán analizados mas adelante.

4. Abad Yupanqui, Samuel: "Amparo y vías previas" p. 265-266 En: Eguiguren Praeli, Francisco: "La Constitución peruana

Una tercera razón explicativa del uso excesivo del amparo, a nuestro parecer la mas importante, consiste en el beneficio que acarrea accionar por esta vía: la posibilidad de pedir, como medida precautelatoria, la suspensión del acto reclamado, con la ventaja adicional de que el juez la otorga indiscriminadamente, sin mayor análisis. Este es el motivo fundamental que impulsa a los litigantes, en un país donde la justicia por su lentitud deja de serlo, a buscar efectos fulminantes a través del amparo.

Las razones expuestas arriba nos hacen sostener que del amparo se ha hecho uso y abuso en el país. Tal situación a motivado la preocupación de los gobiernos (a los que se le han interpuesto infinidad de amparos) y los legisladores, quienes postulan la pronta modificación de la Ley. Creemos que es necesaria tal modificación para racionalizar este recurso especialísimo de defensa constitucional, sin caer en un reglamentarismo que inutilice la vía.

En las siguientes líneas se expondrán someramente algunos criterios alternativos de solución a los problemas planteados.

III. SOLUCIONES POSIBLES Y PROCESO DE REFORMA LEGISLATIVA

La iniciativa del Senado de la República de modificar la Ley 23506 se concretó al aprobar el proyecto modificatorio de los artículos 29 (juez competente para conocer la acción) y 31 (trámite de la suspensión del acto reclamado), el 24 de mayo del presente año. Luego la co-legisladora, con las sugerencias de sus Comisiones de Justicia y Derechos Humanos y de Constitución, aprobó un nuevo proyecto sobre la base del presentado por el Senado, incluyendo la modificatoria del artículo 6 de la Ley (causales de improcedencia de la acción), el 24 de noviembre. Dicho proyecto está actualmente en la secretaría del Senado para su no insistencia⁵.

¿Son estas modificaciones pertinentes? La jurisprudencia y doctrina han elaborado soluciones alternativas a los problemas que nos ocupan; estas son básicamente tres: 1) el recorte de los derechos amparados por la acción; 2) las causales de improcedencia de la acción y 3) la procedencia de la suspensión del acto reclamado. Analicemos, pues, estas soluciones antes de dar respuesta a la cuestión planteada.

3.1 El recorte de derechos amparados por

de 1979 y sus problemas de aplicación, 11 estudios interpretativos" Cultural Cuzco Editores, 1987.

5. Según Of. Nro. 214-1LO-88/DL, Presidencia de la Cámara de Diputados de 24 de noviembre de 1988.

la acción:

El "Recurso de Amparo" español, sólo protege como garantía constitucional, algunos derechos constitucionales fundamentales. A su vez, el artículo 103 de la Constitución mejicana, interpretado en sentido limitativo según el maestro Ignacio Burgoa, protege sólo algunos derechos constitucionales, tales como las garantías individuales, la soberanía de los Estados, o los derechos de la autoridad federal, contra cualquier ley o acto autoritario que intente vulnerarlos⁶.

Sin embargo, nuestra Constitución de 1979 establece en el segundo párrafo de su artículo 295 que "La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona". Además, el artículo 4 sostiene que: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo [de la persona] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". La ley de amparo sólo hace una enumeración enunciativa de los derechos tutelados por la acción (artículo 24).

Por lo expuesto, esta vía del recorte de derechos garantizados por el amparo, no es una alternativa aplicable al ordenamiento jurídico nacional, y el mismo proyecto modificatorio mencionado no la contempla.

3.2 Las causales de improcedencia de la acción: La Ley 23506 contempla en su artículo 6 estas causales:

i. "En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable". La causal responde a la naturaleza del amparo: la tutela inmediata del derecho constitucional conculcado o amenazado; cuando la violación cese o deviene irreparable, debe seguirse la vía procesal correspondiente.

ii. "Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular". Esta causal protege la autoridad de la cosa juzgada y otorga seguridad jurídica a los litigantes; sin embargo, la acción es procedente cuando la autoridad judicial, fuera de procedimiento, emite una disposición que lesiona un derecho constitucional (Ley, artículo 4). La opción mejicana es distinta, pues sí procede interponer amparo contra sentencias judiciales en determinados

6 Burgoa, Ignacio: "El Juicio de Amparo" 8va. Ed. Editorial Porrúa: Mexico, 1971. p. 262.

casos (artículo 107, III y IV constitucional, según las reformas de 1967).

iii. "Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Esto es lo que en doctrina se conoce como las vías paralelas:

"...Estas se refieren a los procedimientos con que estos derechos [constitucionales] derivados deben de ser defendidos comúnmente y que no son otros que los procedimientos comunes [...] No debe olvidarse que una de las características fundamentales [del amparo] es la de ser último remedio jurídico contra la arbitrariedad. Si paralelamente existe otra vía que pueda solucionar el problema, ha de seguirse esta alternativa, siempre que el transitarla no haga devenir en ilusorio el derecho reclamado, o que la demora en su tramitación perjudique gravemente el precepto constitucional".

Como se deduce de la lectura de este inciso, el legislador peruano no ha exigido el agotamiento de la vía paralela, sino que le ha otorgado esa opción al agraviado. Consideramos que este es un error, ya que al no ser necesario el agotamiento de la vía paralela, los litigantes abusan del amparo, sabiendo que nuestros jueces no estudian detenidamente la supuesta urgencia invocada en sus demandas.

Por el contrario, la jurisprudencia argentina ha elaborado criterios para la procedencia de la acción en caso de existencia de vías paralelas, tales como: a) las circunstancias que habilitan al amparo como acción excepcional deben ser probadas y b) el perjuicio grave que produce el empleo de vías ordinarias debe ser apreciado con criterio objetivo, no bastando que se estime lento el procedimiento común⁸.

Este agotamiento de las vías paralelas es conocido en la doctrina mejicana como el principio de definitividad⁹.

El proyecto modificatorio¹⁰ incorpora una cuarta causal de improcedencia: "De las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". Este texto modificatorio revela la desorganización de la admi-

nistración estatal, ya que algunas dependencias administrativas han interpuesto amparos contra la Contraloría. Sin embargo, ¿No existen casos de real interferencia en las autonomías administrativas que ameriten la posibilidad de interponer un amparo?. Al parecer, la solución legislativa no es la más feliz.

3.3 La procedencia de la suspensión del acto reclamado:

Esta legislada en el artículo 31 de la ley vigente: Consiste en la orden judicial de no innovación de los actos que acarreen (actual o potencialmente) una consumación irreparable jurídica y materialmente o de difícil reparación. Como afirmáramos anteriormente, de esta medida cautelar se ha hecho uso y abuso, ya que la norma en cuestión no manda un estudio judicial serio de esta solicitud. Nuestros jueces la han otorgado indiscriminadamente y así, por ejemplo, muchas iniciativas del Poder Ejecutivo han sido paralizadas judicialmente.

Dada la situación descrita, el actual proyecto modificatorio intenta poner coto a esta prodigalidad judicial estableciendo que:

*"De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, sin intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el Juez, o la Corte Superior resolverá, dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad..."*¹¹.

La solución legislativa es inadecuada, al abrir la vía incidental que retrasa el otorgamiento de la medida cautelar, en algunos casos vital para el agraviado. La Constitución mejicana —en la cual se halla legislado el amparo— opta por confiar en la discrecionalidad judicial con arreglo a los siguientes criterios: la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público¹². Nuevamente afirmamos la necesidad de una mayor discrecionalidad para nuestros jueces.

Se quedan muchos problemas en el tintero, cuestiones abiertas esperando posteriores análisis con mayor información y profundidad, sobre asuntos tan relevantes como la protección de los derechos constitucionales de un pueblo como el peruano que, a pesar de convivir con hambre y violencia —flagelos que niegan todo derecho—, se empeña en ensayar un

7. Borea Odría, Alberto: "El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy" Biblioteca peruana de Derecho Constitucional: Lima, 1985. p. 30.

8. Sagues, Néstor Pedro: "Ley de Amparo, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales". Ed, Astrea: Buenos Aires, 1979. p. 143.

9. Burgoa, Ob. Cit. p. 290.

10. Según el mencionado oficio Nro. 214-11.O-88/DL.

11. Ibidem.

12. Constitución de los Estados Unidos Mejicanos, artículo 107, inciso X.

proyecto de vida democrático, decididamente constitucional.

Finalicemos nuestro somero análisis resumiendo lo dicho hasta aquí, a manera de conclusiones.

IV. CONCLUSIONES

A. El amparo, instituto jurídico novedoso en nuestro ordenamiento constitucional, ha sufrido abusos y desviaciones que desnaturalizan su esencia, dentro de un necesario periodo de adecuación a nuestra realidad.

B. El proyecto modificadorio de la Ley ha establecido las siguientes limitaciones al uso del amparo:

B.1 Aumenta una causal de improcedencia de la acción, la de las dependencias estatales contra los Poderes del Estado y los órganos de

control; es inadecuada porque se presta a abusos de la administración estatal.

B.2 Restringe el uso de la medida pre-cautelatoria temporalmente, al mandar correr traslado de la solicitud a la parte demandada. El dispositivo resulta inadecuado, ya que abre una vía incidental que demora innecesariamente el otorgamiento de dicha medida.

C. Es necesario reconocer que el avance del amparo (tomando los casos mejicano y argentino como los mas representativos) se debe, fundamentalmente a una elaboración jurisprudencial. Nuestros magistrados han de analizar exhaustivamente las causas y desarrollar una discrecionalidad judicial que, si bien no es alentada por la ley vigente, tampoco esta cerrada a cualquier intento de evolución.

diciembre de 1988

ILVEM
INTERNACIONAL
la manera veloz



METODOLOGIA INTELECTUAL

TEXTOS – DIVULGACION – ASESORAMIENTO
LIMA – PERU

AV. BENAVIDES – 1989 – MIRAFLORES

Armarse

Axmarse

: La Ley

Leopoldo Caravedo Molinari (*)

Psicólogo

"Cuando la costumbre y el ideal duermen juntos una noche, sale en cinta la justicia y nace la ley".

Ortega y Gasset

Cuando la palabra cesa, se adelgaza o se quiebra, irrumpe la masa (muscular), la anatomía congelada, la pulsión (impulsos) y el deseo. El "otro" posible se anula y al hacerlo desaparece el intercambio, se instaúra el juego del poder, de la fuerza; el equilibrio enmudece.

Es a través de la palabra como se constituye el ser humano, y por su intermediación, este ser individual se encuentra con otros seres para conformar una estructura social. Es a través de la palabra que se define el intercambio, se nombran los espacios, nos apropiamos de la realidad que nos circunda y que nos inscribe, se formulan las esperanzas, se reconocen los límites; en suma, se construye y se "arma" la ley.

El ser humano suele encaminarse al olvido, por ello las cosas que vive en el mundo que lo rodea y en su propio mundo interior, las asume como hechos dados sobre los cuales es mejor no volver. Es ese proceso en donde la imagen anula la historia, lo que se ve adquiere el valor de lo total; se congela el tiempo, transformándose imaginariamente lo efímero en permanente, lo dinámico en estático, la estructura en forma y no en relación.

Esta actitud tan humana, por otro lado, emerge como parte de un equilibrio precario, como un obstáculo al conocimiento. Cuando el ser humano vuelve sobre sí mismo, sobre su historia, su pasado, el tiempo, sobre sus costumbres y sus ideales, vuelve en alguna medida a reconstruir aquellas cosas que le permitieron ubicarse como individuo, pensarse en su propia identidad, y por lo tanto mostrarse las cicatri-

ces emocionales que se le imprimieron en la lucha por conquistarse como un ser social, como una persona que fue marcada por la ley. En suma, cómo se entretejió su deseo y la prohibición, es decir, cómo se "sujetó" a la vida.

El Psicoanálisis como teoría psicológica aspira a entender al ser humano, a dar cuenta de una franja de su existencia, la del inconsciente, y al hacerlo recordarnos todo aquel espacio que en el devenir del hombre "se le escapa" de la conciencia al mismo tiempo que acarrea las fuerzas que lo impulsan en un camino, o bien del amor y de la vida, o bien de la muerte y de la destrucción.

La ley, desde una perspectiva psicoanalítica, se ubica como mediador entre estas dos fuerzas. Su vigencia o su carencia determinarán la posibilidad del intercambio, de restringir o prohibir ciertos modos de comportamiento, al mismo tiempo que prescribir aquellas relaciones que hacen posible la convivencia.

El espacio social se convierte en el escenario en donde se encuentran el sujeto, su historia, y los personajes que la desarrollan, la reproducen, la reeditan, la repiten. Entre el olvido y el recuerdo, el ser humano identifica en el prójimo las figuras que le fueron significativas en su infancia, reconoce aquello que le es más familiar y al mismo tiempo lo que desconoce, lo que teme; lo que le hace sentir confianza como lo que se cierne como una amenaza.

Este reconocimiento se sustenta en su historia, en cómo se "armó" la trama de su pasado, cómo "amó" y fue "amado". El interjuego del deseo se ubica como soporte de la búsqueda, así como en límite del encuentro. El pasaje del deseo ajeno, deseo del que fue él objeto por parte de sus padres como representantes del pasado y de las costumbres, a su propio deseo, significa un proceso doloroso en donde se

(*) El autor de este artículo es licenciado en Psicología Clínica, miembro candidato de la Sociedad Peruana de Psicoanálisis, director científico del Centro de Investigaciones Psiquiátricas y Psicológicas Baltazar Caravedo y miembro de la Asociación para la Salud Mental, entre otros.

transita por una serie de recodos que van desde esa experiencia de ser querido, deseado, al quererse, al sentir un deseo de ser, a la renuncia al deseo total, y al penoso reconocimiento del ser como un ser carente, que precisamente por su carencia buscará en el otro el asiento de su completud. Deseo imposible pero necesario, pues es a partir de esta "falta", y no de la sanción, que el hombre buscará al hombre para vivir.

La Psicopatología nos enseña que las fisuras en la apropiación del deseo, transforman al sujeto en un ser que al no aceptar sus carencias, no las reconocerá en el prójimo, buscando en éste un rival o un oponente al que derrotar y destruir. El que no logra "armarse" como sujeto que reconoce sus límites y los ajenos, se "arma" para destruir los logros y los alcances del otro.

La ley viene a ser el intermediario entre el mundo representado del sujeto y la representación real de la vida social, ante cuya inscripción el poder se antepone como obstáculo, pues funciona en el registro imaginario del sometimiento o de la subordinación. La ley equipara al ser en reciprocidad, a través de las reglas que definen y circunscriben las diferencias, haciendo posible a través de la norma un desarrollo de las funciones que se entretajan en el sistema social, dando significación y sentido a la relación, al intercambio, a la historia y a la vida.

Transposiciones "fáciles" a problemas difíciles

Según Jakobson, transponer o transposición es el mecanismo por el cual se utilizan conocimientos de un modelo teórico para acercarse a entender un fenómeno diferente del de su propio objeto.

El Psicoanálisis no pretende agotar las respuestas que suscitan las diversas incógnitas que surgen del contexto social. Tampoco lo pretende el presente trabajo. Quisiéramos apoyarnos en la reflexión psicoanalítica para volver un momento sobre nuestra realidad y las vicisitudes que se suscitan en la inscripción y vigencia de la ley; mejor aún, en las dificultades que ésta encuentra en la vida cotidiana.

Es frecuente encontrar en los medios de comunicación que alguien proponga la creación de una ley "para...", como escuchar a algún miembro de un instituto policial afirmar "yo soy la ley", o ver a algún conductor de automóvil traspasar la luz roja de un semáforo, cuando no hay un policía en la proximidad. Estas nociones no son más que estrecheces de la concepción de la ley. Hemos tomado estos ejemplos, de entre otros muchos posibles, porque por un lado grafican el problema, y por otro lado porque en ellos

participan representantes de diversos estamentos sociales.

Cuando pretendemos definir al Perú, surge automáticamente la percepción de un país dividido. Se recuerda la geografía, y automáticamente también se piensa en la multiplicidad de culturas. Pero ¿Cómo se expresan estas diferencias en el diario convivir? Pareciera, como decíamos, que es difícil aceptar la diferencia; ésta aparece más como una amenaza y como el recordatorio de una profunda división. División que no solamente aparece en el texto geográfico, histórico, político o económico, sino que se revela en el encuentro cotidiano.

¿Pueden dos partes que se perciben diferentes, divididas y excluidas, reconocer el tránsito común por la historia, sentir que comparten costumbres e ideales comunes? Creemos que no se trata de un problema de percepción, más bien de una renegación de lo que se percibe; es decir, no querer ver lo que se está viendo. Este mecanismo puede ser compartido socialmente y convocar a un vasto conjunto que se moviliza en la búsqueda de una semejanza. Ambas posiciones parten de una ilusión, y por lo tanto se encaminan a lo imaginario del poder, al sometimiento o la subordinación.

Pensar que el problema transita por la vía de las normas o las reglas, o mejor aún, que ellas definen la ley, es reducir las relaciones humanas al campo de la conciencia, y a la conciencia como motor del ordenamiento social, anulando con ello la posibilidad de entendernos como seres de sentido, aún cuando este sentido se escape a nuestra voluntad.

Entendernos como pertenecientes a una estructura y ubicados dentro de su tejido, sosteniendo y apoyando una interrelación, nos permite ubicar al ser humano en su identidad, es decir, en algún lugar: en su lugar. Cada individuo, cada cultura, tienen su lugar y contribuyen en sus encuentros o desencuentros a formar una identidad. La identidad es el resultado del funcionamiento de un orden, y por lo tanto de una ley que organiza, y al mismo tiempo es a través de la identidad que la ley puede nacer, ya que la identidad es el resultado de las costumbres y los ideales. Es el encuentro del pasado y el futuro, de lo que fuimos y lo que queremos ser. Nadie es la ley; la ley es para todos. Su trasgresión no significa su ausencia, sino la expresión del pánico que supone su reconocimiento. Por lo tanto no se trata de crear leyes, sino de saberse inscrito en ella.

En un país como el nuestro, que está en proceso de "armarse", de construirse, "armarse" puede ser el primer eslabón que nos conduzca no sólo a la vida, sino a la ley como una posibilidad para vivir.

La concertación social y sus límites jurídicos y políticos

Alberto Bustamante Belaunde *

Abogado

"El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan las actividades del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio" (artículo N° 111 de la Constitución Política).

El dispositivo transcrito está en la cúspide del ordenamiento jurídico en materia de la concertación. Lo demás de ese ordenamiento está conformado por determinados artículos de leyes, varios decretos supremos y, por cierto, decenas de actos de la administración mediante los cuales se ha designado a los representantes en una "concertación" en el mejor de los casos sectorializada. Como no ha sido tratado hasta ahora desde una perspectiva jurídico-política correcta, la "concertación" a que se refiere el artículo N° 111 de la Constitución Política simplemente no funciona, a pesar de lo mucho que se dice de ella y a pesar también de las arbitrariedades y discriminaciones que se cometen en su nombre.

El propio tenor del dispositivo transcrito establece los alcances y los límites de la llamada "concertación", uno de esos híbridos que nuestros constituyentes de 1979 sancionaron en el contexto de esa gran transacción apropepecista que aprobó la Constitución de 1980. Para empezar, la "concertación" nada tiene que ver con los planes de desarrollo que el Estado formula para regular la actividad del Sector Público. Tales planes de desarrollo son "concertados", dice la Constitución, cuando orientan la actividad de los demás sectores, es decir, el privado, el cooperativo, el autogestionario y el comunal (cfr. artículos N° 112 y 116 de la Constitución Política).

No hay que ser un experto para advertir en qué consistió el marco teórico de los constituyentes: en

una economía social de mercado, la planificación que el Estado diseña para sí mismo depende de su sola capacidad de imperio. Sin embargo, si planifica las actividades de otros sectores, debe "concertar" sus planes con los actores que corresponda. Eso sí: para garantizar la eficacia de tal planificación concertada, la Constitución dispone que es obligatoria desde el instante mismo en que es concertada. En otras palabras, que las políticas y planes "concertados" reciben inevitablemente el endoso estatal que los ubica en un nivel de coercitividad jurídica similar al de los planes que el Estado se auto-impone.

Hasta allí los alcances de la "concertación", que aparecen bruscamente empalidecidos si son confrontados con sus límites. El más notorio de ellos salta a la vista a la luz de la ubicación del artículo N° 111 en el conjunto de la Constitución: es el segundo artículo del primer capítulo ("Principios Generales") del tercer título ("Del régimen económico") de la Constitución Política. En otras palabras, podemos deducir sin exageraciones que, en el mejor de los casos, lo que se "concerta" son planes y políticas estrictamente vinculados al régimen económico de la República.

La limitación anterior queda todavía más al descubierto si se examina el tenor del artículo N° 64 de la Constitución Política:

"Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en comicios periódicos, y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley. Es nulo y punible todo acto por el cual se prohíbe o limita al ciudadano o partido intervenir en la vida política de la Nación".

Incurriendo en una distinción tajante entre lo "económico" y lo "político", lo que la Constitución Política vigente establece es que la "concertación"

(*) El autor es Coordinador de Investigaciones Institucionales del Instituto Libertad y Democracia (ILD). El artículo, sin embargo, no compromete la opinión institucional.

atañe a lo económico, pero no a lo político, porque la participación de la sociedad civil en "lo político" es directa o intermediada por "representantes libremente elegidos en comicios periódicos". Este precepto es ulteriormente desarrollado por el artículo N° 68 de la Constitución Política, que dispone que "los partidos políticos (...) son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía".

Lo que nuestros constituyentes de 1979 no bajaron en detalle fue precisamente la dicotomía entre "lo político" y "lo económico". En el primer terreno funciona la participación directa o intermediada y en el segundo funciona la "concertación", pero lo que es verdaderamente difícil, si no imposible, es trazar una línea fronteriza entre el uno y el otro. Por ejemplo: la definición de una determinada política fiscal, ¿Pertenece al mundo de "lo político" o se ubica en el terreno de "lo económico"? El manejo de la inflación, en términos de sueldos y salarios, ¿Es un asunto "político" o un asunto "económico"? Aquí se encuentra, sin duda alguna, la piedra angular del fracaso de la "concertación", porque no es imaginable un diseño de políticas económicas que se encuentre divorciado del nivel de las decisiones políticas.

Aceptemos sin embargo, abstrayéndonos de la realidad, que los planes y políticas económicas son susceptibles de un tratamiento separado y distinto al que corresponde al nivel de las decisiones estrictamente políticas. ¿Qué más dice la Constitución sobre la "concertación"? Que sirve para orientar la actividad de los "demás sectores" (distintos al Sector Público) *a través de la formulación de planes de desarrollo*. Sin duda, si la Constitución utiliza el concepto "planes de desarrollo", no se refiere a "medidas de coyuntura". Puede parecer una exageración, pero el autor de estas líneas no ha oído hablar sobre la "concertación" sino en el contexto de discusiones concretas sobre medidas cortoplacistas, que nada tienen que ver con lo que se entiende en todo el universo por "planes de desarrollo".

La limitación más significativa de la concertación no reside, sin embargo, en los problemas que de hecho exhibe, como se ha visto, la propia Constitución Política. En el diccionario político peruano, tener éxito en la "concertación" consiste básicamente en tener éxito en una convocatoria que pueda reunir al Estado, a los empresarios y a los trabajadores tras medidas político-económicas concretas. En ninguna de las propuestas de "concertación" que han sido expuestas en discusión pública, han estado involucra-

dos, no obstante, siquiera de manera eufemística, los empresarios que no se sienten representados por CONFIEP, los trabajadores que no se sienten representados por la CGTP, la CTP o la CNT o los miles de agentes económicos que tampoco tienen un lugar en los predios del Estado. Números a la vista: esos vastos conglomerados sociales aún no representados, los llamados "informales" de este país, se encuentran ausentes en una expectativa que moviliza sólo a minorías agremiadas y privilegiadas. En efecto, el 60.2% de la horas/hombre trabajadas en el Perú son trabajadas informalmente por personas que no se sienten empresarios representados por CONFIEP, ni proletarios representados por las confederaciones sindicales tradicionales, ni burócratas que representan al Estado.

Ni los no representados ni los representantes tienen, en consecuencia, acogida en ninguno de los esquemas de "concertación" propuestos en la práctica, con independencia de las ya muy importantes limitaciones del marco constitucional e insuficiencias del marco legal y reglamentario. Todos están pensando en empresarios formales, en proletarios sindicalizados y en burócratas mañosos, y nadie ha considerado que cualquier "concertación" viable no podría prescindir de los millones de peruanos que, sin mamar de la gigantesca y pródica ubre estatal que ha alimentado a empresarios, a proletarios y a burócratas, producen riqueza, exhiben energía creadora e imaginativa y conforman el capital más importante de la Nación.

Por todo lo anterior, si de "concertación" se trata, debe resolverse en primer lugar el problema de la dicotomía política/economía en que la propia Constitución nos ha ubicado. Si tal problema es resuelto, debe luego diseñarse fórmulas de participación —en el contexto de la "concertación"— que involucren imaginativamente a los nuevos actores de la economía del país y que no pertenecen ni a la CONFIEP ni a la CGTP: los informales.

Cualquier otro esquema voluntarista de "concertación" es no sólo una quimera, sino también un involuntario —en el mejor de los casos— engaño, porque reconoce y privilegia la representación de unos y desconoce la de otros, que son los más. Si se me preguntase, por ello, si estoy o no de acuerdo con la "concertación" en los términos en que está siendo debatida, me declararía enemigo acérrimo de esa trampita mercantilista que busca la distribución de una torta (torta crecientemente pobre, es cierto, pero torta al fin) en cuya cocción han participado millo-

Concertación para el desarrollo

Inés Romero Bidegaray*

El artículo que presentamos a continuación, es parte de un trabajo que se realizó bajo el auspicio de la Fundación Friedrich Ebert, y que consta originalmente de cuatro capítulos¹; el mismo, que fue expuesto y discutido en una reunión de especialistas y en un Fórum, realizado en junio y julio de 1988, en los que participaron representantes del Estado, de los Gremios Laborales y Empresariales, de los Partidos Políticos y de Centros de Investigación no Gubernamentales. Dichos eventos fueron organizados por la Comisión de Concertación de la Cámara de Diputados, la Fundación Ebert, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Instituto Nacional de Planificación. Concertación para el desarrollo

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MARCO TEORICO DE LA CONCERTACION

1. Caracterización de la Institución

La concertación describe un fenómeno contemporáneo cuyo desarrollo ha estado muy estrechamente vinculado al campo de las relaciones de trabajo y su base de conflictividad.

En la actualidad, como objeto de estudio, rebasa ampliamente el campo del derecho laboral, para proyectarse no sólo al ámbito del derecho público, sino a otros muy diversos, como los de la sociología, la economía y la política. El tratamiento que ha recibido desde tan distintas perspectivas ha generado que, en la literatura sobre el tema, se la haya venido empleando para definir propósitos aparentemente diferentes. De ello deriva, naturalmente, el que sea bastante común encontrar, en la doctrina, el término "concertación" vinculado o identificado con denominaciones tales como "concertación social", "pactos sociales", "acuerdos marco", "neocontractualismo", "participación", "neocorporativismo", y "pluralismo organizado", entre las más usuales².

Esta suerte de identificación de la concertación con un tipo de instrumental (vgr. macroacuerdos, pactos sociales o acuerdos sociales), en un caso,

o con determinado modelo político (vgr. neocorporativismo o pluralismo organizado), en otros, plantea la cuestión sobre la naturaleza de la institución. De esto surge, tal como se aprecia, una primera conclusión que no por ser obvia carece de importancia. Nos referimos al hecho de que en la literatura especializada sobre el tema no existe acuerdo sobre la naturaleza de la institución de la concertación. Sobre el punto, sin embargo, es menester reconocer, como expresa un sector mayoritario de la doctrina, que las dificultades para encuadrarla como un nuevo modelo o como una institución típica o connatural de un modelo político pre-determinado, tienen su origen en el hecho de que ésta no apareció como una propuesta teórica, formulada "a priori", sino como un modelo empírico elaborado "a posteriori", resultante de un conjunto de experiencias de consenso ocurridas en distintos países de Europa desde antes de la Segunda Guerra Mundial, aunque con mayor intensidad en la etapa de post-guerra.

No obstante ello, se trata de discernir sobre si la concertación constituye un nuevo modelo político, entendido como una determinada concepción sobre la sociedad y las relaciones entre los grupos que la componen, o un modelo derivado de otro, o si en realidad se trata de un instrumento que sirve a determinado propósito en el marco de un modelo político pre-determinado.

Siguiendo a Ermida Uriarte², la concertación podría ser presentada desde dos enfoques distintos. Como un modelo global que trata sobre la relación Estado-Sociedad Civil; o como una nueva forma de autonomía sectorial.

1.1 Como Modelo Global de Relaciones

2. Ermida Uriarte, Oscar: "La Concertación Social" En: "Estudios sobre la Concertación Social", CAIES, Lima, 1986, pp. 62 a 67.

* Con la colaboración de Piedad Pareja Pflucker. La autora es investigadora asociada al Instituto de Estudios y Asesoría para el Desarrollo ERGIOS. Egresada de la facultad de Derecho de la PUC y autora del Anteproyecto de la Ley General de Planificación Concertada.

** Cap. II, Modelo Constitucional Peruano. — Cap. III: Anteproyecto de Ley General de Planificación concertada. — Cap. IV: Fundamentación de la propuesta de instrumentación del art. 111 de la Constitución.

1. Nótese, sin embargo, que la más difundida es la de "concertación Social".

Para este enfoque se trataría de una nueva forma de intervencionismo estatal, o de un cambio en la naturaleza e intensidad de dicha intervención —como señala Ermida— en los países de capitalismo avanzado que adscriben al modelo de "economía de mercado" o de "economía social de mercado"³. Vale decir, aquellos países que han optado por el sistema democrático-representativo. Esta conceptualización del fenómeno de la concertación tiene su punto de partida en la relación que muchos autores hacen del término "concertación" con los de "neocorporativismo" o "pluralismo organizado". Esta última denominación es también asimilada a la de "neocorporativismo"⁴, pese a que surgió, al igual que la de "neocontractualismo", por las resistencias que generaba la adopción de cualquier término que hiciera alusión al corporativismo.

En efecto, este modelo, que surge en gran medida como un intento de dar respuesta al modelo pluralista puro —también llamado "pluralismo conflictivo"—, propone, al igual que este último, una explicación sobre los mecanismos de formación de la decisión política y de relación entre los grupos de interés y el Estado⁵.

El modelo pluralista, que está inspirado en el liberalismo democrático, ya supone una superación teórica respecto de la vieja dicotomía Estado-individuo, sobre la que se articula la reflexión liberal clásica (en su evolución, la noción "pluralismo", ha dado paso a la de "pluralismo democrático", y su correlato en el pensamiento económico es precisamente la de "neoliberalismo"). Reconoce que junto a los partidos políticos (que en el liberalismo clásico tienen el monopolio de la representación e intermediación política entre los individuos y el Estado) existen grupos de interés organizados, centros de producción jurídica o normativa, dotados de una esfera de poder autónomo que compiten por la influencia y el control en los focos de decisión política del Estado⁶. La decisión política, dentro de esta perspectiva, sería el fruto de dicha competencia. El pluralismo no limita la existencia de grupos de interés y presume que, formalmente, la competencia entre ellos se realiza en pie de igualdad.

Esta competencia propia de las democracias, genera una cantidad de demandas sociales no siempre asimilables por el sistema, e incrementa de ma-

nera considerable el conflicto social (conflictos de interés articulados y representados por determinados grupos o colectividades). Pero a la vez supone que existen mecanismos de auto-composición de intereses para la solución de conflictos, y que la presencia de estos grupos constituye una garantía para la limitación del poder público.

El Estado, con arreglo a este esquema, cumple el papel de árbitro de las relaciones entre los grupos de interés y en la solución de los conflictos, siendo su función de carácter doble: garantizar el cumplimiento de las reglas de juego y armonizar los intereses en conflicto⁷.

El neocorporativismo se plantea, por su parte, como un modelo correctivo, complementario y, eventualmente, sustitutivo del modelo democrático-representativo clásico⁸. Muchos de sus elementos coinciden con los del pluralismo, no obstante lo cual existen algunas diferencias importantes entre ambos. Gonzalo Maestro⁹, presenta, a partir del comportamiento de los sistemas políticos que registran experiencias corporativas, un conjunto de elementos distintivos del modelo neocorporativo. De estos los más importantes son:

— La centralización de la representación sectorial para evitar la conflictividad en la negociación que se generaría por la atomización y fragmentación de la representación. De este modo, se postula la existencia de pocas organizaciones, fuertemente jerarquizadas y dotadas de capacidad de influencia y control sobre las decisiones con respecto a sus afiliados. Esta centralización, señala Maestro, ha llevado, en los sistemas en los que se ha practicado; a una disminución en el grado de democracia interna de las organizaciones.

— Cierta grado de desplazamiento de las esferas de decisión política, que corresponden tradicionalmente al Estado, hacia las organizaciones de interés (equivalente a lo que otros autores refieren como "delegación de poder o funciones públicas a los grupos de interés"), convirtiendo a las organizaciones en co-responsables de las decisiones que se toman. Se busca reducir el conflicto haciéndolas copartícipes en la formación de las respuestas a las demandas que ellas mismas generan y dotar de eficacia a las decisiones políticas fundamentales de carácter económico y social mediante la creación de un proceso de consenso en torno a éstas.

— Se concibe al Estado como el interlocutor básico de los grupos de interés. Es una de las partes

3., Idem.

4. Bueno Magano, Octavio: "Liberalismo, Corporativismo, Pluralismo y Neocorporativismo" En: "Estudios sobre la Concertación Social", CAES, Lima, 1986, pp. 22-23.

5. Maestro, Gonzalo: "Acercas del Neo-Corporativismo" En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) N°48, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nov-Dic. 1985, p. 155.

6. Maestro, Gonzalo: op. cit., passim., y Bueno Magano, Octavio..., op. cit. pp. 14-15.

7. Maestro, Gonzalo: op. cit., p. 156.

8. Ermida Uriarte, Oscar: op. cit., p. 64.

9. Maestro, Gonzalo: op. cit., pp. 158 a 170.

en la negociación y se entiende que está formalmente dotado de autonomía frente a las organizaciones de interés. Asimismo, se convierte en garante del cumplimiento de lo acordado como resultado del consenso. Para un sector importante de la doctrina esto significa un incremento del intervencionismo estatal.

La propuesta neocorporativa no se agota en la incorporación de los grupos de interés en el proceso de formación de las políticas públicas a través de órganos especialmente creados dentro de la órbita del Poder Ejecutivo. Partiendo de lo que se ha dado en llamar "el sofisma de la voluntad general" y la "tiranía del partido"¹⁰, plantea también, entre otros aspectos, una distribución de la representación en el órgano legislativo en tercios (categorías sociales, partidos políticos, y demás cuerpos sociales)¹¹, sin que la representación funcional suprima o sustituya completamente a la representación territorial intermediada por los partidos políticos, no obstante que estos últimos pierden parte importante de sus tradicionales funciones de mediación en favor de las organizaciones de interés.

En suma, el neocorporativismo no se contrapone al modelo democrático representativo. Es una adaptación de éste. Se desarrolla en el marco institucional de la democracia representativa y pretende, fundamentalmente, la transformación del sistema de representación típico de la democracia liberal clásica¹². En este mismo orden de ideas, cabe traer a colación lo que señala el profesor italiano Guigni respecto del neocorporativismo, haciendo un deslinde entre lo que este modelo implica y lo que el "Corporativismo de Estado" o "Corporativismo Autoritario" implica en relación al modelo democrático representativo, "no es un proyecto ni mucho menos una ideología: no es otra cosa que la presentación, bajo la forma ratificada de un modelo politológico o de un tipo ideal, de una praxis política que ha sido propia sobre todo de la social democracia nórdica y centroeuropea, y hoy presenta descendencia, muy lejos de ser secundaria, en la social democracia del sur de Europa", para continuar, "Esta praxis política es tan connatural a la democracia como la ideología corporativa era la negación de esta última"¹³.

El neocorporativismo intenta instituirse en la respuesta a ser adoptada frente a los problemas de gobernabilidad. Se construye sobre la base de la teoría del consenso, a partir del reconocimiento de que el marco institucional democrático incrementa la conflictividad como consecuencia de la expresión de demandas, no todas asimilables, que, en condiciones de libertad, se multiplican saturando el sistema; provocando, adicionalmente, el surgimiento de vías no institucionalizadas de conflicto. Para muchos autores, esto último es atribuible, fundamentalmente, a la crisis de representatividad y liderazgo, encarnada por la crisis de los tradicionales partidos políticos, que se muestran incapaces de canalizar y filtrar las múltiples demandas sociales que se generan y que exigen del sistema una satisfacción.

Dentro de este contexto, pluralista o neocorporativo, la concertación no aparece como un nuevo modelo para enfocar las relaciones entre los distintos grupos que componen la sociedad o entre éstos y el Estado. La concertación no es ni un modelo político ni un proyecto ideológico; aparece, más bien, como el instrumento de esas sociedades, pluralistas o neocorporativas, que requieren la creación de nuevas fórmulas para la prevención y la solución de conflictos a través de la institucionalización de mecanismos de consenso. Se trata, en otros términos, de un mecanismo que deberá permitir la reducción y control del conflicto, reconduciéndolo a niveles asimilables por el sistema, y generar una nueva base de legitimación.

En esta perspectiva, es de señalar que la concertación no es equivalente a neocorporativismo. Parece, en todo caso, que cualquier suerte de identificación con dicha denominación no pretende sino señalar la presencia de un modelo global de relaciones entre los grupos de interés y el Estado, del cual la concertación es su instrumento. De otro lado, en relación a la concepción pluralista, también cabe resaltar que la concertación constituye el instrumento a través del cual se autocomponen o autorregulan los intereses de grupo, con el objetivo de resolver sus conflictos.

1.2 Como Nueva Forma de Autonomía Sectorial

La concertación, enfocada desde el punto de vista de las organizaciones de interés, puede ser definida como una nueva forma de autonomía sectorial, desde el momento que, por efecto de la trilateralización de las relaciones (organizaciones laborales, organizaciones de empresarios y Estado) y la incorporación, como materia de la concertación, de aspectos de política económica y social, dichas organizaciones estarían incursionando en esferas tradicionalmente reservadas a la voluntad unilateral del Estado.

10. Siena, Primo: "Corporativismo e Liberta". Verso un nuovo tipo di rappresentanza", *L'alternativa* N°1, Instituto di Studi Corporativi, Roma, 1972, passim.

11. Grupo di studio pre la rifondazione dello stato: "Dichiarazioni per il Nuovo Stato", Instituto di Studi Corporativi, Roma, 1986, p. 59.

12. Maestro, Gonzalo..., op. cit., p. 155.

13. Guigni, Gino: citado por De Buen, Néstor "La Concertación Social" En: Estudios sobre la Concertación Social.

En sentido negativo, esto podría ser visto como una pérdida de autonomía relativa de los grupos, en la medida en que el hecho de acordar con el Estado la definición de políticas específicas que tienen efectos directos sobre las relaciones de trabajo, como es el caso de topes de incremento salarial, o que se relacionan directamente con la actividad económica de los sujetos, en el caso de los niveles de precio o márgenes de utilidad, por ejemplo, las partes sociales se verían autolimitadas en sus demandas o en sus potestades. Expresado en otros términos, ello significaría que las decisiones relacionadas con la materia de lo pactado que, en circunstancias normales, se reputarían como de exclusiva competencia de las partes privadas, tendrían una necesaria "camisa de fuerza" por la lógica vinculante de los acuerdos, aún cuando éstos sean a menudo no coercibles.

No obstante, ello no resulta tan negativo como parece, en tanto que la cesión temporal mutua que hacen las partes de sus respectivas esferas autónomas de poder, si bien significa una renuncia respecto a la posibilidad de presentar demandas o reivindicaciones futuras, los beneficios a obtenerse deben compensar ampliamente el sacrificio negocial. De lo contrario, no se podría comprender que las partes accedan a intervenir en la concertación.

Para autores como Oscar Ermida Uriarte se trataría, además, de una forma superior o atípica de negociación colectiva, si "se utiliza esta expresión en sentido lato, y no en la significación estricta que lleva a circunscribirla al proceso tendiente a la celebración de un convenio colectivo"¹⁴. En suma, constituiría una negociación colectiva cuyo contenido va más allá de los aspectos estrictamente obrero-patronales, con la característica de que tiene al Estado como tercera parte en el proceso. Esta apreciación, sin embargo, no parece tener relación con lo que este mismo autor ha llamado el enfoque de la concertación "como una nueva forma de autonomía sectorial", en los términos antes referidos. Parece, más bien, que existe una tendencia a pensar en la concertación social como una manifestación tripartita de la negociación colectiva, debido, en gran parte, a que ésta surge vinculada, en la experiencia concreta de los países que la han practicado, al campo de las relaciones de trabajo. En todo caso, resulta bastante discutible realizar dicha analogía cuando el contenido de la concertación no tiene que ver con ningún asunto o relativo o vinculado a materia laboral¹⁵.

2. Contenido de la Concertación

Dejando de lado la discusión, todavía no zanjada, que existe en torno a cual puede ser el contenido concreto de la concertación, se presenta a continuación una clasificación de materias, a partir de los contenidos específicos sobre los que, con mayor frecuencia, inciden las experiencias en este campo.

En primer lugar, habría que referirse al contenido más general de la concertación. Este alude, en un sentido teleológico, a la finalidad última que se persigue con este tipo de prácticas, cualquiera sea la realidad concreta en la que éstas hayan tenido o tengan vigencia.

Ya se ha dicho que la concertación no niega el conflicto, por el contrario, lo supone. El conflicto es la nota característica a partir de la cual se puede llegar a definir el contenido genérico de la concertación. En un marco societal teñido por la tensión conflicto-consenso, la concertación, como instrumento o mecanismo creador de consenso, integrador de intereses y puntos de vista distintos, está dirigida a mitigar los extremos negativos del conflicto social, reconduciéndolo a niveles asimilables por el sistema y dándole una dimensión constructiva y posibilidad de expresión institucional. Como dice Giugni "la concertación social no pone fin al conflicto, pero tiende a racionalizar sus tiempos y sus contenidos"¹⁶.

En cuanto a la materia concreta sobre la que puede versar el proceso concertador, se pueden encontrar, haciendo abstracción de las especificidades de cada pacto o acuerdo, hasta cinco órdenes de contenidos:

a) Relaciones obrero-patronales (nivel salarial, condiciones de trabajo, empleo, sindicalización, huelga, formación laboral, participación en la gestión y utilidades, seguridad social, entre otros).

b) Definición de políticas públicas (macroeconómicas y macrosociales) y determinación de instrumentos de regulación económica-social.

c) Pautas que rigen la convivencia social y el funcionamiento del Estado o del sistema político.

d) Definición de un proyecto de desarrollo o de un proyecto nacional.

e) Aspectos referidos exclusivamente a los procesos privados o públicos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

14. Ermida Uriarte, Oscar: op. cit. pp. 65-66.

15. Aún si se parte de una interpretación extensiva del término "negociación colectiva", conforme es sustentada por Oscar Ermida Uriarte (op. cit. pp. 86-87), lo esencial del concepto está, justamente, en que no puede pensarse en ella si el núcleo duro de la negociación no está constituido por materia laboral.

16. Giugni, Gino: "Libertad Sindical y Democracia", citado por Ermida Uriarte, Oscar, op. cit., p. 76.

Estas materias pueden estar referidas a aspectos procesales o sustantivos y, en la práctica, darse simultáneamente o presentarse entrelazadas. Por esta razón, los acuerdos o pactos que las contienen pueden ser no sólo bipartitos, sino tripartitos y, en ciertos casos, hasta cuatripartitos (con la intervención de los partidos políticos), sin que exista, necesariamente, una relación funcional entre contenido del pacto y sujetos que intervienen en éste.

Ahora bien, es bastante común encontrar casos, aún en aquellos países caracterizados por un marcado apego a los principios de autonomía colectiva, en los que los actores sociales tradicionales incorporan al Estado (la mayoría de las veces a iniciativa de éste) como parte sustancial en el pacto, con el objeto de negociar, junto con los aspectos referidos al salario y las condiciones de trabajo, otras materias, eventualmente muy relacionadas con dichos aspectos, que exigen soluciones de política económica¹⁷.

Es de resaltar, sin embargo, que, en la mayor parte de las experiencias en las que se han dado modalidades de concertación de contenido más amplio, éstas aparecen, fundamentalmente, como un fenómeno más bien coyuntural. Se trata, generalmente, de una estrategia de negociación en función a la crisis económica, expresada por situaciones de recesión, inflación y desempleo, cuyos efectos negativos se manifiestan en un incremento considerable del conflicto y la presión social, en niveles no asimilables, y muestran la relativa ineficacia de los mecanismos tradicionales de regulación económica y de respuesta a las demandas de los agentes sociales.

Un caso, tal vez especial, es el latinoamericano, en el que se combinan distintas estrategias de negociación para hacer frente a una crisis que, en palabras de autores como Lechner y Dos Santos¹⁸, tiene un doble aspecto: económico y político. Este último, expresado en una crisis de las instituciones democráticas (polarización ideológica, fraccionamiento partidario, conflictos constitucionales, en suma, una cultura política autoritaria). En este marco, la concertación aparece como una estrategia de negociación de muy amplio espectro y contenido (político y social), cuyo objetivo central es "la cons-

trucción del orden democrático", en su sentido formal y real (recomposición de la sociedad política y de la sociedad civil y creación de condiciones para la estabilidad y el desarrollo)¹⁹.

Dentro de este contexto, podría afirmarse, entonces, que la concertación bipartita de corte típico, restringida a la regulación de las relaciones obrero-patronales, ha ido complejizándose, incorporando a la negociación aspectos que desbordan los estrictamente laborales, y abriéndose a la participación de nuevos actores como partes en el proceso.

Cabe agregar, finalmente, que por la diversidad en el contenido y alcance de los pactos y acuerdos, que registra la experiencia comparada, resulta difícil establecer un criterio uniforme para definir una clasificación de la concertación atendiendo a la materia de que tratan, o, eventualmente, a la calidad de los sujetos que intervienen. No obstante lo cual, suele ser común encontrar, en la literatura especializada sobre el tema, una tipología de la concertación elaborada a partir de uno o ambos elementos²⁰.

3. Instrumentos de la Concertación

La concertación se realiza por medio de dos tipos de instrumentos, a partir de los cuales se puede,

17. Al respecto véanse, por ejemplo, los casos español e italiano. España: "Acuerdo Nacional de Empleo" (ANE) de 1981, tripartito, y "Acuerdo Económico-Social" (AES) de 1984, tripartito, que incluyen en la negociación aspectos de política macroeconómica. Italia: "Pacto Scotti" de 1983, tripartito, cuyo núcleo central era la reducción de la inflación y el desempleo.

18. Lechner, Robert: "Pacto Social Nos Processos de Democratização: A Experiência Latino-americana". En: *Novos Estudos* Nº 13, CEBRAP, São Paulo, octubre de 1985, *passim*, y Dos Santos, Mario. R., "La Concertación social como recurso para la democratización: una discusión abierta", texto mimeo., s/f.

19. El caso Uruguayo es un ejemplo especial de complejidad "Concertación Nacional Programática" (CONAPRO), vigente de 1984 a 1985, se ubica como un caso de concertación para la transición hacia un gobierno democrático -proceso de democratización-, de contenido múltiple. Participaron las organizaciones sociales, de empresarios y los partidos políticos. Los resultados de los acuerdos de la CONAPRO estuvieron fundamentalmente referidos a la reinstitucionalización del país. los derechos humanos, el diseño y la operación de políticas públicas -política económica, política social y política cultural-, aspectos relacionados a la reglas de juego que debían regular el funcionamiento del sistema político, del Estado y las relaciones obrero-patronales, entre los más importantes.

20. Para Norbert Lechner (op. cit. p. 29), por ejemplo, se debe calificar al pacto como social si los sujetos que intervienen son el Estado y las organizaciones sindicales y empresariales y se trata de un acuerdo referente a materias socio-económicas (especialmente salarios y precios); de pacto político si se da entre los partidos políticos y está referido a la composición de un programa de gobierno, o por lo menos, a determinada legislación; y de pacto constitucional si está vinculado a la definición de reglas de juego para la convivencia social y el funcionamiento del sistema político y del Estado. Para Javier Tantaleán A. ("Hacia un Consenso Nacional", CAES, Segunda Edición, Lima, 1986, pp. 15-16), en cambio, se trata de concertación en una dimensión social cuando los que intervienen son las organizaciones de trabajadores y empresarios y el Estado, o eventualmente, las organizaciones populares, y la materia está referida a los aspectos laborales-sindicales o versa sobre asuntos vinculados a las necesidades vitales de los pobladores de las zonas urbano-marginales o rurales; de concertación en una dimensión política, si los actores son los partidos políticos y se trata de temas referidos a decisiones sobre el futuro de la Nación, como Deuda Externa, Derecho del mar o el Proyecto Nacional; y, de concertación económica-financiera, si tiene que ver con la producción, distribución y consumo y participan tanto el Estado como las organizaciones de productores y las organizaciones laborales y populares.

a su vez, determinar la vocación coyuntural o permanente de los mecanismos de concertación.

3.1. El primero de ellos, está constituido por órganos u organismos especiales, de naturaleza pública o privada. Su composición es multisectorial y usualmente tripartita —los que tienen status privado son necesariamente bipartitos, como la Fundación del Trabajo en Holanda—, y se les confiere atribuciones para negociar y resolver, u opinar, según el caso, sobre materias que pueden ir desde la regulación de las relaciones de trabajo hasta el diseño y operación de determinadas políticas públicas.

Por lo general, se puede distinguir en la legislación comparada dos clases de órganos, en función a la extensión y naturaleza de sus atribuciones.

El primer tipo, estaría conformado por órganos de naturaleza consultiva y constituyen instancias de asesoramiento y consulta, casi siempre obligatoria, en materia de política económica y social general o, específicamente, en materia de política de relaciones de trabajo. En este grupo se encuentran los denominados "Consejos Económicos y Sociales", bastante difundidos en Europa, y los "Consejos Nacionales de Trabajo" que existen principalmente en latinoamérica²¹.

Del conjunto de consejos económicos y sociales existentes, son ilustrativos el holandés y el francés. El "Consejo Social y Económico" holandés²², fue creado con la finalidad de promover el desarrollo de la actividad industrial y velar por los intereses profesionales. Cumple una función consultiva fundamental en el campo de la política salarial, aunque no se restringe a ella. Este Consejo, por la naturaleza de sus funciones (criterios y políticas de promoción para el desarrollo industrial, o política salarial, por ejemplo), está, además, muy vinculado a la Oficina Central de Planificación.

En Francia, el "Consejo Económico y Social"²³ surge vinculado a la institucionalización del sistema de planificación, bajo el influjo de la filosofía de la "economía concertada", acuñada por Jean Monnet. Su función es de carácter consultivo-dictaminador y está referida, fundamentalmente, a la elaboración

21. La denominación de estos consejos varía según el país. En todo caso, es la clasificación que hace Efrén Córdova ("Pactos Sociales: Experiencia Internacional, Tipología e Modelos", *Série Divulgacao* Nº 2, 2da. edición. IBRART, Sao Paulo, 1985, p. 10.)

22. Pla Regules, María Josefina: "La Experiencia Holandesa en Materia Salarial", En: *La Concertación Social... Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1985, pp. 163 a 165.

23. Lutz, Vera: "Planificación Central en una Economía de Mercado", Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 24 y sgtes.

del Plan ("...Todo plan o proyecto de ley de programa de carácter económico o social será sometido al Consejo para que de su opinión", reza la última parte del artículo 70º de la Constitución francesa de 1946)²⁴.

Los "Consejos Nacionales de Trabajo", que en México reciben el nombre de "Consejo del Trabajo", en Colombia de "Consejo Nacional de Trabajo" y en el Perú de "Consejo Nacional de Trabajo y Concertación Social", por citar algunos casos, constituyen organismos tripartitos, generalmente creados a nivel de los Ministerios de Trabajo, a través de los cuales se busca institucionalizar formas de cooperación entre el Estado y los sectores sociales, fundamentalmente para el diseño y puesta en práctica de la política de trabajo²⁵.

El segundo grupo, estaría constituido por aquellos órganos atribuidos de capacidad para adoptar decisiones con fuerza ejecutiva (vinculante). Se trata, en la generalidad de los casos, de instancias de arbitraje con jurisdicción delegada. Un ejemplo típico de esta clase de órganos son los denominados "Consejos de Salarios" en el Uruguay²⁶. Dichos consejos tienen una composición tripartista y sus decisiones, expresadas en laudos, se refieren, exclusivamente, a la fijación de tarifas de salarios según categoría de trabajador y rama de actividad, y tienen fuerza obligatoria para toda la rama.

3.2 El otro tipo de instrumental está referido al conjunto de pactos y acuerdos, coercibles o no. Tienen contenido diverso, según la circunstancia y la realidad de que se trate, y se realizan entre un número

24. Este Consejo tiene, también, expresión regional en las "Comisiones de Desarrollo Regional", conformadas en cada una de las "regiones-programa" en que se divide el país. Adicionalmente, es de destacar que en Francia existe, finalmente, un conjunto de comisiones, denominadas "de modernización" u "órganos de acción concertada", en las que están representados distintos intereses (empresarios, agricultores, funcionarios, asociaciones de empleadores, sindicatos, organizaciones de consumidores, investigadores, profesiones liberales, entre otros), conformadas para el proceso de formulación de los planes, ya sea por sector de actividad (verticales) o de acuerdo a aspectos de carácter macroeconómico (horizontales) (Lutz, Vera..., op. cit., p. 24).

25. Los países del área latinoamericana, a diferencia de los europeos, se han caracterizado, en lo que se refiere al tratamiento de las relaciones de trabajo, por su movimiento pendular entre el abstencionismo estatal y un marcado intervencionismo, la mayoría de las veces hasta represivo. Por ello, la inestabilidad de este tipo de organismos en estos países.

26. Pérez del Castillo, Santiago y Rosenbaum Rimolo, Jorge..., "La Reimplantación de los Consejos de Salarios", En: *Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1985, pp. 389 y sgtes. Véase también FREGA, Ana... y otros "Los Consejos de Salarios como Experiencia de Concertación" En: *Cuadernos del CLAEM* Nº 33, texto fotocopiado, s/f.

de clase de sujetos variable, aunque la tendencia actual indica, más bien, una opción por los acuerdos tripartitos, sobre todo a partir de fines de la década del setenta²⁷.

Cabe anotar, sin embargo, que la existencia de acuerdos y pactos bipartitos o tripartitos no siempre indica la presencia de un sistema de concertación, entendido este último como un proceso formal, preestablecido o institucional de negociación e integración de intereses. Lo que no impide, tampoco, su calificación como instrumento de concertación.

Por medio de estos instrumentos, las partes que intervienen en la negociación fijan su posición y adquieren determinados compromisos que pueden ser o no exigibles mediante mecanismos coercitivos. No cabría, por ejemplo, pensar que un acuerdo de contenido adjetivo, que tiene básicamente como objetivo establecer las "reglas de juego" que deben orientar, a menor nivel, los procesos de negociación y de solución de conflictos o pautar determinadas conductas y comportamientos para las relaciones entre las partes, pueda derivar derechos y obligaciones exigibles para éstas, de la misma manera como se puede exigir el cumplimiento de un contrato.

Por el contrario, sería razonable que del acuerdo puedan derivarse derechos y obligaciones, exigibles por las partes, si en éste se establecen aspectos tan específicos como los montos de incrementos salariales; los niveles de precios o el nivel de producción o de productividad que se espera de los responsables de los procesos de producción de bienes y servicios; los montos de las líneas de crédito, de los subsidios o subvenciones o el abastecimiento de un determinado volumen de materias primas, que puede facilitar el Gobierno, entre otros compromisos posibles.

Ahora bien, en general, el pacto suele incluir cláusulas que establecen mecanismos de seguimiento y control, fundamentalmente de carácter indirecto, para asegurar su cumplimiento²⁸. Al respecto, sin embargo, cabe anotar que la experiencia comparada registra casos, como el francés, en los que se han empleado modalidades de acuerdos que, a la manera de los contratos, establecen mecanismos que permiten a las partes tener medios a su disposición para exigir su derecho y la responsabilidad de la parte que incurra en el incumplimiento de las obligaciones asumidas²⁹.

27. Sobre órdenes de materias susceptibles de concertación véase el acápite 2 del capítulo I de este trabajo.

28. Es el caso del "Acuerdo Económico Social" (AES) en España 1984.

29. En Francia, por ejemplo, ha sido bastante frecuente la utilización de convenios sectoriales y la denominada modalidad de los contratos-programa —considerada como uno de los mecanismos de concreción de la filosofía de la "economía concerta-

tada"—, que se suscriben entre el Gobierno y los sectores económicos priorizados y las empresas, respectivamente. En éstos, el Gobierno se compromete a brindarles determinadas ventajas de tipo financiero, fiscal, comercial o al manejo de ciertos reguladores económicos para favorecer su actividad, a cambio de su compromiso de llevar a cabo algún programa (de inversión, ampliación de planta, reconversión industrial u otro) o, en términos más generales, de ejecutar el Plan (Lutz, Vera..., op., cit., *passim*.).

Apuntes preliminares para el estudio de la representación en el Código Civil

Fernando Vidal Ramírez.

Profesor del Area de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de las universidades Católica y Lima

Premisa

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación. Según Coviello¹, el que declara su propia voluntad, o recibe una declaración, en lugar y en nombre de otra, se llama representante. El efecto característico de la representación, según León Barandiarán², es crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

El Código Civil ha llevado el tratamiento legislativo de la representación al Libro II, dedicado al Acto Jurídico, considerándola como una figura típica y autónoma. Sin embargo, tendríamos que advertir, como lo hace Díez-Picazo³, que el fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática del Derecho Privado moderno con el nombre de "representación" y cuyo estudio suele ocupar una gran extensión en la Parte General de los Tratados y de los Manuales de Derecho Civil, es, sin embargo, una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas.

Utilidad práctica de la representación

La representación facilita enormemente la concertación de actos jurídicos, pues permite celebrarlos entre personas ausentes o que por cualquier otra situación de hecho o de derecho les esté impedido celebrarlos por sí y directamente. Además, mediante ella puede suplirse la falta de capacidad de ejercicio. Así, pues, la representación tiene una gran

utilidad práctica, pues se constituye en el único medio como en algunas circunstancias, y aún en situaciones de hecho y de derecho, las personas pueden celebrar actos jurídicos.

Como expresa García Amigo⁴, la función económico-social que cumple la representación es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y fue por esta misma función y por su utilidad práctica que la representación terminó por imponerse en el Derecho Romano, como lo sostienen la generalidad de romanistas.

Origen y evolución

La representación, tal como se le entiende en el Derecho Moderno, no ha sido una elaboración del Derecho Romano, el que sólo la admitió excepcionalmente. Como ha escrito Hupka, citado por Sánchez Urite⁵: "Si el Derecho Romano hubiera prestado reconocimiento a la representación en general, la mano maestra de los juriconsultos romanos nos hubiera transmitido con toda seguridad una teoría de la representación tan cuidadosa como finalmente elaborada". Sin embargo, los orígenes de la representación están en el Derecho Romano.

Como se sabe, existe una representación nacida del imperio de la ley, y por eso llamada legal o necesaria; y otra, nacida de un acto jurídico, y por eso llamada voluntaria. la legal o necesaria fue la que apareció primero en el Derecho Romano.

En el ámbito familiar las personas eran sui juris o alieni juris. Las primeras, las sui juris, eran las personas libres de toda autoridad y dependientes de ellas mismas, siendo llamadas paterfamilias, cuyo título además de implicar el derecho a un patrimonio

1. Doctrina General del Derecho Civil, pág. 442.

2. Comentarios al Código Civil Peruano, T. I, pág. 73.

3. La Representación en el Derecho Privado, pág. 23.

4. Instituciones de Derecho Civil I. Parte General, pág. 775.

5. Mandato y Representación, pág. 12.

nio implicaba, entre otros, el de la autoridad sobre los esclavos, la patria potestas y la manus maritalis. Alieni juris eran las personas sometidas al poder de otro que ejercía los poderes anteriormente mencionados. El sometimiento de los alieni juris es el origen de la patria potestad, de la tutela y de la curatela, que conllevan representación legal sobre los menores y los interdictos, así como el origen remoto de la representación de la sociedad conyugal.

Pero las personas sui juris no sólo podían hacer valer sus derechos por sí mismas sino que debían así hacerlo. Como explica Petit⁶, no podían adquirir ni obligarse más que por sí mismas. Así, la concepción del contrato de mandato no generaba representación y la relación entre mandante y mandatario era extraña a los terceros, quienes sólo quedaban vinculados al mandatario.

El contrato de mandato, tal como se le concibió en Roma, era un encargo del mandante, que requería de la aceptación del mandatario, para la realización de un acto determinado o un conjunto de operaciones⁷. El mandatario concluía el negocio con el tercero, pero era él quien adquiría los derechos y contraía las obligaciones, necesitando de un acto posterior para transmitir dichos derechos u obligaciones al mandans, quien a su vez lo desligaba de responsabilidad frente a los terceros con los cuales había celebrado los actos o negocios jurídicos. El contrato de mandato no generaba, pues, una representación en virtud de la cual el mandans quedaba vinculado al tercero por los actos de su mandatario. Por eso, la necesidad práctica de la representación la fue imponiendo.

Según Arauz Castex y Llambías⁸, en el Derecho Romano, en un primer momento, para llenar la necesidad que satisface la representación, se recurrió a un doble acto: el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en interés de otra, y el segundo, para trasladarlos del adquirente aparente al verdadero interesado. Pero era un procedimiento desventajoso, porque al exigir dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que éstos llegaran a la mayoría, sometía al peligro de que pudiese sobrevenir la insolvencia del representante con el perjuicio consiguiente para el representado. Por eso, ante lo imperfecto de este procedimiento, sus deficiencias fueron siendo eliminadas paulatinamente.

León Hurtado⁹ considera también que fue la

utilidad práctica de la representación la que la impulsó en el Derecho Romano. Al doble acto al que estaban sometidos los tutores y también los mandatarios, y los riesgos e inconvenientes de todo orden que producía el ulterior traslado de los efectos, hicieron que el Derecho Romano aceptara la representación en la adquisición de derechos reales primero y más tarde en materia contractual.

La aceptación de la representación por el Derecho Romano no significó, pues, la formulación de una teoría como la que recién se plantean el Derecho Moderno. Según Ospina y Ospina¹⁰, la admisión de la representación se hizo con base a una organización compleja y defectuosa: el intermediario quedaba obligado por el contrato, o sea que adquiría los derechos y las obligaciones resultantes, al paso que el representado (mandans) no quedaba vinculado directamente al tercero contratante, sino apenas provisto de una acción contra su intermediario para reclamarle el beneficio logrado. Y aún en los últimos tiempos del Derecho Romano, cuando ya se conocieron acciones útiles al representado contra el tercero, y viceversa, no se llegó a prescindir de la idea tradicional de que los actos jurídicos tenían que producir sus efectos sobre el representante, por ser éste el autor material de dichos actos.

Pero además de los orígenes de la representación en el mandato, los romanistas señalan que en el Derecho Romano se conoció la figura del nuntius, que venía a ser un mensajero o portavoz, que no expresaba su propia voluntad, sino la de la persona que lo enviaba y por ello, como señala Arguello¹¹, los efectos del negocio se fijaban en el sujeto que se servía del nuntius. La manifestación de la voluntad por intermedio de un nuncio estaba también muy distante de la figura de la representación, pues en ésta es el representante, con su propia voluntad y no la del representado, la que lleva a la esfera jurídica de éste los efectos del acto celebrado con el tercero contratante.

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que es a los canonistas medioevales a quienes se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizado: a) por la voluntad del representante y no la del representado en la celebración del acto jurídico; y, b) por la desviación de los efectos del acto hacia la esfera jurídica del representado. Según Sánchez Uribe¹², influyó en ello el Derecho Canónico al permitir que se pudiera celebrar matrimonio por medio de representante.

6. Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 415.

7. Ibidem, págs. 412 y sgtes.

8. Derecho Civil. Parte General. T. II, pág. 179.

9. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, pág. 266.

10. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 345.

11. Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones, pág. 165.

12. Mandato y Representación, pág. 16.

Fueron los juristas de los siglos XVII y XVIII los que estructuraron la teoría de la representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato, dando lugar a confusiones entre dicho contrato y la representación, pese a ser instituciones jurídicas conexas pero distintas entre sí. Se le dió, así, al mandato, una finalidad esencialmente representativa.

Fue con estos antecedentes que el Código Francés de 1804 o Código Napoleón no dispensó a la representación una normativa propia, sino que la trató junto con la del mandato. Este camino fue seguido por los Códigos influenciados por el francés y, así, en la Obra de Vélez Sarsfield se omite la inclusión de una teoría general de la representación, "materia que ha sido legislada con relación al contrato de mandato"¹³.

A mediados del siglo XIX y por obra de la pandectística alemana se inicia la revisión del mandato y la representación.

Como lo destacan Ospina y Ospina¹⁴, contra la concepción de los redactores del Código Napoleón, reaccionaron eminentes juristas, como Ihering, quienes declararon que la representación no es de la esencia de mandato ni tiene necesariamente un origen contractual. Lo primero, porque el mandatario puede obrar en su propio nombre (mandato sin representación), caso en el cual no representa al mandante ni lo obliga respecto a terceros, pues entonces todos los derechos y las obligaciones producidos por el acto recaen directamente sobre el mandatario. Lo segundo, porque, además de la representación emanada de un contrato, como el mandato o la sociedad, también existe la representación legal, impuesta independientemente y aún en contra de la voluntad del representado, como la que corresponde al tutor y, en el sentir de Ihering y otros, al gestor de negocios.

Las ideas de Ihering fueron acogidas y desarrolladas por Laband, a quien la doctrina es unánime en reconocerle la autoría de la separación conceptual de la representación del mandato, produciendo una reacción que fue generalizándose.

Esta reacción ha influido poderosamente en el desarrollo de la teoría general de la representación. La moderna doctrina, como lo veremos más adelante, y los Códigos del presente siglo, se apartan de los lineamientos de la doctrina clásica francesa e influyen en el trato legislativo que en nuestros días se le

dispensa a la representación¹⁵.

La evolución en nuestra codificación civil

El Código Civil, como ya lo hemos advertido en la Premisa, le da a la representación el tratamiento de una figura típica y autónoma, al ubicarla dentro del desarrollo legislativo de la teoría del acto jurídico. Si bien la ha desvinculado del contrato de mandato, en cuanto a la representación voluntaria, la escisión no ha sido radical. En cuanto a la representación legal si bien ha establecido normas básicas, tampoco la ha desvinculado de las instituciones jurídicas a las que tradicionalmente ha estado ligada.

El Código de 1852, siguiendo el modelo romanista y napoleónico, legisló sobre la representación legal en relación a la sociedad conyugal, la patria potestad y la guarda de menores incapaces; y, sobre la representación voluntaria en el contrato de mandato.

El Código de 1936 siguió al del siglo pasado en el tratamiento de la representación, tanto en materia de representación legal como en la de representación voluntaria. Nuestro Codificador de 1936 refirió también el tratamiento de la representación al contrato de mandato y, en cuanto a la representación emanada de la ley a las disposiciones sobre las instituciones de Derecho Familiar. No formuló, pues, el Código de 1936 un tratamiento general de la representación y, por eso, León Barandiarán la consideró como "cuestión complementaria" a la teoría general del acto jurídico, aunque estimando que "la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual"¹⁶.

Iturriaga Romero¹⁷, invocando el art. 1640 del Código anterior, según el cual, el mandatario estaba obligado a expresar en todos los contratos que celebrara que procedía a nombre de su mandante, consideró que el Código de 1936, como también lo hacía el Código de 1852, confundía la representación con el mandato. Consideró, igualmente, que al no tener disposiciones sobre la representación en el articulado referente a la representación legal, había que aplicar, por analogía, las escasas reglas que sobre el particular traía el contrato de mandato¹⁸.

Contra este tratamiento, como lo hemos

13. Arauz Castex y Llambías: "Derecho Civil.", Parte General II, pág. 180.

14. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 346.

15. Díez-Picazo, Luis: "La representación en el Derecho Privado", págs. 30 a 43.

16. Comentarios al Código Civil Peruano. T. I, pág. 72.

17. La representación en el Derecho Privado, pág. 85.

18. Ibidem, pág. 86.

señalado, el vigente Código Civil ha planteado innovaciones, unificando los supuestos de representación voluntaria y legal en el Título III del Libro II correspondiente al Acto Jurídico. De este modo, el contrato de mandato no conlleva necesariamente representación, pues puede haber mandato con representación, que se rige por las normas del Título III del Libro II (art. 1806) y mandato sin representación. Consideramos que en la formulación de una teoría general de la representación el Código Civil ha avanzado considerablemente acercándose a las nuevas concepciones de la moderna doctrina.

El concepto de representación

La representación, como lo hemos expuesto al hacer referencia a su evolución histórica, ha sido desligada de las instituciones de Derecho Familiar y del contrato de mandato, para ser conceptuada como una figura típica y autónoma. Así concebida, la representación es una figura en virtud de la cual una persona —el representante— celebra uno o más actos jurídicos en cuatela de los intereses de otra —el representado—.

El concepto expuesto lo es en un sentido amplio y en él quedan comprendidas todas las modalidades de la representación, sea que ésta emane de la ley o de un acto jurídico y que el representante actúe en nombre e interés del representado o actúe en nombre propio pero en interés del representado. En todas estas modalidades el representante actúa con voluntad propia y eso lo distingue del nuncio, que no es sino un portavoz o mensajero del interesado en la celebración del acto jurídico.

La representación en su concepto restringido o estricto supone la actuación del representado actuando a nombre y en interés del representado, y, no obstante dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica en virtud del acto jurídico celebrado con la manifestación de su propia voluntad, los efectos producidos se dirigen a la esfera jurídica del representado.

La conjunción de los sentidos amplio y estricto dan lugar al concepto de representación, como figura típica y autónoma y de ella debemos precisar como características generales el actuar del representante en interés del representado en la relación jurídica entablada con los denominados terceros contratantes.

El Código no ha incorporado una noción de la representación, ni en su sentido amplio ni en el restringido, a norma alguna. El art. 145, en su párrafo primero, se limita a enunciar que "El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria a la ley". La norma fue tomada

del Anteproyecto De la Puente-Zuzman¹⁹, que eliminó la fórmula original que la refería al "representante voluntario", dándole, así, comprensión tanto a la representación voluntaria como a la legal, lo que se confirma por el segundo párrafo del mismo art. 145.

La representación sólo hará posible la celebración del acto jurídico mediante representante cuando no exista disposición legal que la prohíba, esto es, cuando no se trate de los denominados "actos personalísimos", que sólo pueden ser celebrados por el propio interesado, como es el caso del acto testamentario que, conforme al art. 690, debe ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar.

Fundamento de la representación

Habiendo tomado partido por un concepto único, integrado, de la representación, corresponde, ahora, establecer su fundamento, esto es, su base teórica o dogmática.

Creemos que el fundamento de nuestro concepto de la representación es la teoría de la cooperación formulada por el jurista alemán Mitteis y con gran acogida en la moderna doctrina, particularmente la italiana.

Según la teoría de la cooperación y para explicar el fundamento de la representación, la representación se funda en la solidaridad humana. Se presenta como la ayuda que espontánea, casual, convenida o necesariamente se prestan las personas entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo. Se distingue la cooperación material de la cooperación jurídica; la primera es la ayuda que una persona da a otra, directamente, por ejemplo: ejecutar una obra para él. Esa colaboración es exclusiva entre los sujetos, y se agota en las relaciones entre ambos. Es un fin en sí misma y realiza completamente la utilidad perseguida con la cooperación. No es, por consiguiente, susceptible de proyectarse al exterior de los dos sujetos en una vinculación con terceros.

La cooperación jurídica, en cambio, está destinada a concluir asuntos del *dominus negotii* o principal con los terceros. Importa una extroversión, una actuación hacia afuera de los dos sujetos de la cooperación. No se limita, como la cooperación material, a la satisfacción de una necesidad inmediata del principal, sino que vuelca sus efectos hacia afuera de las relaciones internas entre ambos y alcanza a los terceros, para lograr así, pero en forma indirecta,

19. Código Civil, Compilación de Delia R. de Debakey, T. I, págs. 144 y 145

también la satisfacción del interés del principal. El fin de la cooperación jurídica es, por consiguiente, vincular al principal con el tercero, concluyendo, en lugar del principal, actos jurídicos de los que nacen relaciones que tocan a aquél y a los terceros.

La cooperación jurídica puede revestir dos formas: la sustitución y la interposición. Por la sustitución una persona se sustituye a otra para celebrar un acto jurídico con un tercero, pero en nombre y en interés de la persona sustituida. Por la interposición una persona se interpone frente a un tercero para celebrar un acto jurídico, en su propio nombre, pero en interés de la persona a la que se ha interpuesto.

Como puede apreciarse, la cooperación jurídica, como fundamento de la representación, requiere de la existencia de un interés. De este modo, como señala Stolfi²⁰, se puede celebrar negocios jurídicos en nombre e interés de otro, sustituyéndolo, por lo que los efectos se dirigen a la esfera jurídica del sustituido por efecto de haberse efectuado en su nombre; o se puede celebrar negocios jurídicos en nombre propio pero en interés de otro, interponiéndosele, por lo que los efectos se quedan en la esfera jurídica del interpuesto por haber actuado a su nombre.

La teoría de la cooperación fundamenta plenamente a la representación, cualquier que sean sus

modalidades.

Clases de representación

Tradicionalmente, la representación ha sido clasificada en legal y voluntaria o convencional. La primera es la que emana de la ley y, la segunda, de la convención entre las partes. Esta distinción la hace el Código en el segundo párrafo del art. 145, cuando precisa que "La facultad de la representación la otorga el interesado o la confiere la ley". A la "representación que otorga el interesado" preferimos llamarla voluntaria y no convencional.

La representación puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando el representante actúa en nombre e interés del representado y puede, además, ser legal o voluntario. Cuando la representación voluntaria es directa, puede ser con poder o sin poder.

La representación es indirecta cuando el representante actúa en nombre propio, pero en interés del representado. Sólo puede ser voluntaria.

El Código Civil en el Libro del Acto Jurídico sólo se ocupa de la representación directa, legal o voluntaria, y, de ésta, de la con poder y sin poder.

20. Teoría del Negocio Jurídico, pág. 229.

TABACALERA NACIONAL S.A.

Algunas notas sobre la simulación en nuestro Código Civil

Jorge Muñoz Wells
Abogado

Uno de los aspectos positivos y más importantes del Código Civil de 1984, es el reordenamiento y clasificación de sus Instituciones, tal como ha sucedido con la Teoría del Acto Jurídico, ubicándosela en el Libro II del aludido cuerpo de leyes.

De esta manera, se han logrado dos objetivos claramente perceptibles: subsanar el error de sistemática del Código Civil de 1936 (que trataba el tema del Acto Jurídico dentro del derecho de las obligaciones) y darle el realce que se merece dicha Institución.

A su vez dentro de la Institución que aludimos, encontramos que la simulación del Acto Jurídico tiene una importancia muchas veces insospechada, si quiera por los hombres de leyes, y no pocas incomprendida tanto por éstos, como por el ciudadano común, dada su complejidad.

Toda vez que se habla de simulación, automáticamente asociamos la existencia de una disconformidad entre la voluntad real (elemento interno) y la voluntad declarada o manifestación (elemento externo), como consecuencia de hacerse aparecer una voluntad que no se desea¹.

Ahora bien, de lo dicho anteriormente se colige, que para dar visos de autenticidad a lo declarado y no querido, se requiere del concierto de los declarantes, con el propósito de engañar a los terceros, distinguiéndose de esta manera la figura que comentamos, de la declaración informal y de la reserva mental.

En este orden de ideas, la simulación puede ser conceptualizada como: un manifestar, de acuerdo con

otra parte, una voluntad aparente y no querida, ora por no quererse concertar Acto Jurídico alguno, ora porque se quiere celebrar un acto distinto del que aparece*; denominándose simulación absoluta a la primera y simulación relativa a la segunda de las situaciones enunciadas.

Particularmente nos interesa detenernos en el caso de la simulación relativa que es el tema central de nuestro análisis, además de ser el tipo de simulación más frecuentemente utilizado, en la práctica del Derecho.

El Código Civil, regula la figura de la simulación relativa en su Artículo 191.

Esta norma establece la existencia de dos actos, uno denominado "aparente" (ostensible, ficticio o no querido) y el otro "distinto del aparente" (conocido con el nombre de ocultado, verdadero o querido).

Ante tal realidad dicotómica, prosigue la norma expresando que tendrá validez el acto ocultado en la medida que concurren los requisitos de sustancia y forma y no se perjudique el derecho de tercero.

Aquí surge la primera de las interrogantes que nos plantea el Artículo en cuestión. Es decir, qué se entiende por requisitos de sustancia y de forma y no perjuicio a tercero.

Siguiendo a Vidal Ramírez², se deberá entender que los requisitos de sustancia y forma que prescribe el Artículo 191 del Código Civil son los requisitos de validez para todo Acto Jurídico, es decir los contenidos en el Artículo 140 del mismo Cód-

1. Giuseppe Stolfi: sostiene en sentido distinto a nuestra posición, que el acto simulado, no pertenece a los casos de discordancia entre voluntad y declaración, "ya que ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el querer interno, mas ambas concuerdan en dar cierta forma a una voluntad diversa de la verdadera (Cfr. págs. 155 y 156 del Libro Teoría del Negocio Jurídico).

2. Código Civil, exposición de motivos y comentarios Tomo IV Página 311.

* La simulación del acto jurídico, supone el común acuerdo entre las partes celebrantes del mismo. Ahora bien, si el acto es unilateral y receptivo, el acuerdo simulatorio es entre el declarante y el destinatario del mismo

go. Nos referimos a:

- 1) Agente capaz.
- 2) Objeto física y Jurídicamente posible.
- 3) Fin Lícito.
- 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Una vez respondida esta primera interrogante surge con mayor fuerza una segunda duda, producto de la no muy clara redacción del varias veces citado Artículo 191 del Código Civil.

La duda está generada al querer saber en cuál de los dos actos concluidos (el aparente o el oculto) deben concurrir los requisitos de sustancia y forma, además del no perjuicio del derecho de tercero, para que el acto oculto tenga efectos.

Una primera aproximación a la respuesta nos la da el extinto maestro León Barandiarán³, cuando -refiriéndose a la simulación relativa en el Código Civil de 1936- manifiesta que lo que interesa es la sustancia y no la apariencia. Más adelante señala este mismo autor, que "la ley respeta la voluntad seria de los declarantes, al descubrirse tras el disfraz del acto de simple apariencia, si aquella no contiene los referidos vicios que la harían impugnabile; fin ilícito y perjuicio contra tercero".

Recordemos que en nuestro ordenamiento civil, actual, se utilizan como requisitos, para que el acto oculto tenga validez, que concurren los elementos de sustancia y forma y de no perjuicio a terceros. Dicho de otra manera, parafraseando a León Barandiarán, la ley respeta la voluntad seria de los declarantes al develarse el acto de simple apariencia siempre que la voluntad querida (la del acto oculto), no se encuentre viciada en cuanto a la sustancia y a la forma y sin que se cause perjuicio a tercero.

A este respecto, Lohmann⁴ sostiene que los requisitos de sustancia y forma no solo son los generales para todo negocio (señalados con anterioridad), sino también los correspondientes a la especie del negocio oculto.

En consecuencia, la concurrencia de los requisitos de sustancia y de forma, además del no perjuicio a tercero que establece el Artículo 191 del Código Civil, deben darse en el acto querido, es decir en aquel que se ha ocultado.

A mayor abundamiento de lo expresado en los párrafos anteriores, el Artículo 57 del anteproyecto

presentado por la Doctora Susana Zuzman Tinman y el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en 1980, explicitaba dicha idea, gracias a una clara y precisa redacción, que a la letra expresaba:

"Artículo 57: Cuando, bajo la apariencia del acto simulado, las partes hayan querido concluir un acto jurídico distinto, tendrá efecto entre ellas el acto disimulado siempre que concurren en él los requisitos de sustancia y forma, no perjudique los derechos de terceros, ni tenga efecto ilícito" (subrayado agregado).

Ahora bien, habiéndose aclarado las dos primeras interrogantes planteadas en este artículo, veremos pasar a una tercera reflexión en torno al varias veces citado Artículo 191 del Código Civil.

Para que el lector pueda seguir con facilidad esta reflexión nos valdremos de un caso práctico, el que se expone a continuación:

"A" simula vender con "B", su casa valorizada en US \$ 100,000 celebrándose un contrato privado que luego es elevado a Escritura Pública. Dichas partes suscriben un contradocumento concretando que la referida compraventa se hace para esconder realmente una donación. El contradocumento es conocido solo por los contratantes quienes deciden guardarlo.

Enunciados así los hechos, surge la pregunta: ¿Es válida la donación que se esconde?

Recordemos a estas alturas de la reflexión y antes de entrar a ensayar una respuesta, que existen actos denominados formales (solemnes) y actos llamados no formales (no solemnes), según la ley prescriba formalidades bajo sanción de nulidad, o no para tales actos. Así, son formales las donaciones que alcancen un determinado valor entendido como considerable por la ley y no son formales por ejemplo las donaciones de escaso valor.

El Código Civil, en su Artículo 1625 establece que la donación de bienes inmuebles debe hacerse por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad.

Entonces, habiéndose precisado que la donación de bienes inmuebles requiere de formalidad (Escritura Pública), bajo sanción de nulidad, regresemos al ejemplo propuesto.

A la luz de lo analizado en la primera parte de este trabajo el Artículo 191 del Código Civil establece que surtirá efectos -tendrá validez- el acto oculto siempre que en este concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjuicio a terceros.

3. Curso del Acto Jurídico, Página 31.

4. El Negocio Jurídico, Página 284 (segunda edición).

En el caso que nos ocupa ni la sustancia, ni el perjuicio a terceros será materia de nuestro análisis, por no revestir problemática alguna que deba resaltarse, más, hemos de detenernos en la formalidad exigida por el Artículo 191 del Código Civil.

Quiere decir que en el caso en el que se esconde una donación, con la apariencia de una compraventa, la primera deberá ser elevada a Escritura Pública, necesariamente para ser válida, (formalidad prescrita por el Artículo 1625 del Código Civil). En refuerzo de esta opinión Stolfi⁵, sostiene "que no puede admitirse que la voluntad de donar haya de manifestarse en forma solemne cuando las partes miran a dar al acto una vestidura sincera y correspondiente al querer interno y que en cambio puedan hacer lo contrario cuando la misma voluntad se oculta bajo el valor de la mentira".

A nuestro parecer la situación antes expuesta, producto de la aplicación del Artículo 191 del Código Civil al caso práctico propuesto, podría prestarse a confusión porque eventualmente podría pensarse que el artículo del Código bajo comentario, vendría a desnaturalizar la figura jurídica de la simulación porque de cumplirse con la formalidad prescrita por la ley, se estaría sacando a la luz, un acto que por la propia voluntad de las partes celebrantes del negocio, debe permanecer oculto.

Lohmann⁶, intentando salvar el problema, señala que "...la voluntad oculta, la aparente y el acuerdo de disimular no son autónomos, sino que están estrechamente relacionados", por lo que a su juicio la formalidad exigida puede encontrarse en el negocio aparente o en el acuerdo de disimulación (contradeclaración). Añade el autor, que el Artículo 191 del Código Civil, al referirse a la concurrencia de los requisitos de sustancia y forma (para la validez del negocio), que éstos no son exigidos independientemente en el acto oculto, sino que solo se pide la concurrencia de los mismos y bien estos pueden ocurrir en el acto aparente o en el acuerdo disimulatorio.

A nuestro juicio nos parece sagaz e interesante la posición práctica adoptada por Lohmann, pero la encontramos contraria a la opinión de la doctrina vertida en este artículo, la cual exige la concurrencia de los requisitos de sustancia y forma en el acto oculto. Interpretación que hemos hecho nuestra en este trabajo.

Entendemos que el varias veces mencionado Artículo 191 del Código Civil debe ser interpretado así: en cuanto al acto oculto, éste tendrá validez para los actos consensuales una vez producido el consentimiento y para los formales una vez que se cumpla con la finalidad prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. Quiere decir que en el ejemplo práctico sugerido, de un acto aparente de compraventa, éste será nulo por no ser concordante entre lo que se declara y lo que realmente se quiere, y el acto oculto, distinto del aparente será también nulo en tanto y en cuanto no se haya cumplido con la formalidad exigida por el Artículo 1625 del Código Civil.

En este orden de ideas, mientras que no se haya cumplido con la formalidad en el ejemplo propuesto, el supuesto nuevo propietario, no tendrá la calidad de tal ni por el acto traslativo de dominio de la compraventa (acto aparente), ni por el contradocumento de donación de acuerdo con lo expuesto líneas arriba, por ser también nulo, al no cumplir con el requisito de forma bajo sanción de nulidad.

Ahora bien, en el caso que comentamos, el acto querido, distinto del aparente, dejara necesariamente de ser oculto para que tenga validez y por lo tanto surta sus efectos jurídicos.

En consecuencia, pensamos que el Artículo 191 del Código Civil no desvirtúa la Institución de la simulación, ni hay una contradicción con la formalidad exigida por la ley, que amerite que la concurrencia de los requisitos se de en el acto aparente.

5. Op. Cit. Página 159.

6. Op. Cit. Página 285.

Jurisprudencia comentada

Juan García Montúfar Sarmiento

Alumno del 6º ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de marzo de mil novecientos setentiseis.- VISTOS Y CONSIDERANDO; que si bien la compra-venta de inmuebles se perfecciona por el consentimiento, sólo surte efectos frente al inquilino en una acción de aviso de despedida cuando se trata de un inmueble inscrito en los Registros Públicos si la traslación de dominio ha sido inscrita en favor del actor; que según aparece a fojas setentiocho, la escritura de compra-venta del inmueble sub-litis, se celebró en fecha posterior a la de interposición de la demanda y no se ha acreditado en autos que el inmueble se encuentre inscrito a favor de la demandante en los Registros Públicos: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veinte, su fecha ocho de Enero del año en curso, que confirmando la de primera instancia de fojas noventa y siete, fechada el siete de Noviembre último, declara fundada la demanda de fojas seis reformando la primera y revocando la segunda: declararon INFUNDADA la referida demanda de aviso de despedida interpuesta por doña Ann Jessica Eskenasi Delander contra doña Daria Salazar de Bayson, y los devolvieron (Fdo.) Figallo Adrianza. - García Montúfar. - Tolentino Tapia. - Tovar Velarde.

La jurisprudencia objeto de comentario establece un requisito previo para la interposición del aviso de despedida, la inscripción del dominio del propietario del inmueble arrendado. Dicho requisito se justifica en la necesidad de la inscripción registral para que el derecho de propiedad sea oponible a terceros, "... (sea) erga omnes, esto es, se pueda oponer a todos y (excluir) de su ámbito a todo otro titular"¹. Esta tendencia jurisprudencial se ha mantenido hasta la fecha e inclusive se ha acentuado, puesto que muchos jueces consideran la inscripción de la traslación de dominio como un requisito de admisibilidad de la acción de aviso de despedida, por lo que no admiten a trámite la acción si no se prueba la inscripción del dominio del actor.

No obstante, la legislación nacional adoptó siempre el principio según el cual la propiedad se transmite por el solo consenso, por lo que la citada jurisprudencia parecería vulnerar este sistema de transferencia de la propiedad.

Para entender la relación existente entre el requisito de la inscripción y la transmisión por el solo consenso, analizaremos dos puntos primordiales: primero, qué se entiende por derecho de propiedad

y, segundo, cómo opera la transmisión sólo consenso.

Mazeaud define el derecho de propiedad, a partir del art. 544 del C.C. francés, como "... el derecho real más perfecto, el que confiere todos los poderes sobre la cosa que sea su objeto..."²; por su parte Barbero subraya lo absoluto de este derecho al señalar que está "...caracterizado su poder mientras no encuentre la resistencia de un límite legal o la concurrencia de otros derechos"³.

Este derecho "... en virtud del cual una cosa, como pertenencia de una persona, está enteramente sujeta a su voluntad..."⁴ tiene cuatro caracteres fundamentales que lo distinguen de los demás derechos reales "... es un derecho real, es un derecho exclusivo, es un derecho absoluto y es un derecho perpetuo"⁵. Nuestro análisis se centrará en el tercer carácter del mencionado derecho real, el ser absoluto y por tanto conferir "... a su titular todas las facultades po-

2. Mazeaud, Henry, Jean y León: "Lecciones de Derecho Civil.", Parte II, Vol. IV. p. 12.

3. Barbero, Doménico: "Sistema del Derecho Privado" T. 2 p. 218.

4. Barbero, Doménico: Ob. Cit. T. 2 p. 218.

5. Avendaño, Jorge: Ob. Cit. p. 103.

1. Avendaño V., Jorge: en Para leer el Código Civil. p. 103.

sibles sobre el bien"⁶, puesto que parecería, según la interpretación jurisprudencial, que la propiedad transmitida por el sólo consenso carece de este carácter en vista que no contempla la facultad de plantear el aviso de despedida.

El derecho de propiedad es considerado como absoluto porque confiere a su titular todos los atributos relativos al bien (usar, disfrutar, disponer y reivindicar); por esta razón, el propietario de un bien inmueble que fuese titular de un verdadero derecho de propiedad, estaría en aptitud de plantear la acción de aviso de despedida a un inquilino que habitase dicho inmueble, para de esta manera habitar en el inmueble de su propiedad, es decir "... servirse del bien según su naturaleza"⁷ y ejercer así este cuarto atributo de la propiedad: reivindicar el bien.

Así, sería necesario analizar cómo opera la transferencia de propiedad por el solo consenso, para de este modo poder, asimismo, determinar si el derecho que se transfiere es o no un verdadero derecho de propiedad, que goce del carácter esencial de ser absoluto.

La transferencia de la propiedad por el solo consenso es definida por Rezzonico como un sistema "... según el cual y con relación a las partes la propiedad se transfiere por el mero consentimiento o acuerdo de voluntades entre el enajenante y el adquirente..."⁸; por otra parte, para Castañeda "El contrato basta para producir este efecto, para transformar en propietario al acreedor"⁹. Por tanto, en el momento en que las partes se ponen de acuer-

do sobre cosa y precio se transmite al acreedor de la cosa –al menos dentro de esta opción– la propiedad de ésta. Sin embargo, el derecho de propiedad transmitido no corresponde con la definición de propiedad que dimos anteriormente, ya que "Las transmisiones de propiedad no son oponibles a terceros más que si han sido publicadas"¹⁰, entendiéndose por publicidad de la transmisión su inscripción en los Registros Públicos. Esta "limitación" a la transferencia por solo consenso, se basa en la necesidad de brindar seguridad y protección a terceros, quienes sólo podrían conocer las transmisiones de propiedad si éstas se publicitan por algún medio, en este caso a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En relación a lo antes expuesto, debemos concluir que el derecho transmitido vía el solo consenso dentro de nuestro sistema no es el derecho de propiedad estrictamente hablando, ya que no es oponible erga omnes y no es absoluto, en tanto no permite a su titular, por ejemplo, iniciar la acción de aviso de despedida, necesaria para recuperar el uso del bien en un caso de arrendamiento como el que venimos examinando.

Finalmente, creemos que debe considerarse al consenso como un simple título, puesto que no transfiere un derecho real estrictamente hablando, en tanto, que la inscripción debe entenderse como el modo en virtud del cual se transfiere al acreedor de la cosa el derecho de propiedad que le signifique poder ejercitar sobre el bien "...la suma mayor de las facultades concedidas por la ley"¹¹.

6. Idem

7. Castañeda, Jorge E.: "Instituciones del Derecho Civil." p. 204.

8. Rezzonico, Luis María.: "Estudio de los contratos". p. 17.

9. Castañeda, Jorge E.: Ob. Cit. p. 220.

10. Mazeaud, Henry, Jean y León: Ob. Cit. p. 322.

11. Castañeda, Jorge E.: Ob. Cit. p. 183.

La importancia del marco legal de funcionamiento y racionalización de la actividad empresarial del Estado: El caso de la regulación integral propuesta en el período 1980-1985

Ana Lucia Camaiora

Tesis sustentada en diciembre de 1988 ante los Dres. Lourdes Flores Nano, Jorge Melo-Vega y César Valega. Sobresaliente.

En el Perú, el acelerado crecimiento de la actividad empresarial del Estado (AEE) desde 1968, ha carecido de un marco legal que contenga los criterios básicos que definan el rol del Estado en la economía y orienten su participación directa a través de empresas estatales, y que regule el funcionamiento de estas últimas de acuerdo a su particular naturaleza o función. No resulta extraño, por tanto, ni su desorganizado desarrollo –pasando de ser sólo 29 a fines de los años 60 a más de 230 en la actualidad–, ni sus lamentables consecuencias, deviniendo en un problema cuya magnitud, en términos de déficit económico –pérdidas anuales del orden de los US \$ 500 millones– y de costo social –deterioro de los servicios prestados– es innegable y debe ser soportada, en definitiva, por todos los ciudadanos.

Tomando en cuenta esta situación, la tesis que reseñamos relieves la importancia del marco legal –o más precisamente, institucional– como instrumento que proporciona el conjunto de incentivos que determina que los agentes económicos –públicos y privados– se comporten más o menos eficientemente. En este sentido, corresponde al Estado establecer, a

través del marco legal, los estímulos adecuados para que las decisiones que los agentes económicos, basados en la búsqueda de su ganancia individual, tiendan a coincidir con las necesidades de la sociedad en general.

El trabajo bajo comentario analiza el marco legal propuesto en el período 1980-1985 para el funcionamiento y racionalización de la AEE y su vigencia real, concluyendo que los estímulos establecidos en él no fueron los más adecuados para que las empresas estatales cumplan su rol principal de brindar a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades en la mejor forma posible.

La tesis ha sido estructurada en cuatro capítulos. El primero de ellos recoge los antecedentes de la AEE en el Perú, presentando las circunstancias que precedieron al período estudiado.

El segundo capítulo analiza la regulación integral expedida para el funcionamiento y organización de las empresas del Estado, conformada básicamente por el D.L. 206, a través del cual se crea CONADE e Inversiones COFIDE S.A., y el D.L. 216, que es la Ley de AEE; así como la profusa y contradictoria normatividad emitida posteriormente por distintos órganos del Estado, que terminó por neutralizar la regulación integral inicialmente expedida. Para explicar mejor las razones por las que se llega a tal situación, la autora estudia, a modo de ámbitos casuísticos, tres conjuntos de dispositivos: los relativos al Fondo de Inversiones y de Contrapartidas del Sector Público Nacional y el destino de las utilidades de las empresas; las medidas de

austeridad en el gasto público y su vinculación con el manejo de las empresas estatales; y la pugna entre CONADE y la Contraloría General de la República por el control de las empresas del Estado.

Tan importante como el marco legal de organización y funcionamiento de la AEE, son las normas que regulan la conformación de empresas estatales y su actuación dentro de la sociedad, que es el aspecto analizado en el tercer capítulo de la tesis. En él se exponen y analizan los distintos intentos de racionalización (privatización) de la AEE emprendidos durante el segundo Gobierno del arquitecto Belaunde, deteniéndose especialmente en el Proyecto de Ley de Constitución y Transferencia de Empresas del Estado (su contenido, opositores y debate en el Senado), haciendo patente la falta de unicidad de criterios a cerca de la AEE dentro del propio partido de Gobierno y, mas aún, dentro del mismo Poder Ejecutivo, impidiendo la adopción de cualquier decisión al respecto.

Por último, el cuarto capítulo contiene las recomendaciones generales de la autora para una propuesta de funcionamiento y racionalización de la AEE. En su opinión, las empresas estatales deben ser consideradas como un instrumento más que tiene el Estado para conseguir su objetivo fundamental de brindar a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades en la forma más eficientemente posible, pero, para determinar si ellas son el instrumento más adecuado (frente a una concesión, una asociación con particulares, subsidios directos, etc.), debe recurrirse necesariamente –y en cada caso– a un análisis técnico de costo/beneficio

antes que a la simple voluntad política.

Como correlato de ello, un análisis de costo/beneficio determinaría las empresas que, no cumpliendo con su rol, deban ser privatizadas. La privatización, no obstante, no es tratada como sinónimo de venta de empresas al capital privado ya establecido, sino como un proceso de transferencia de la toma de decisiones del Estado hacia los particulares, sugiriendo fórmulas tan variadas como la venta de la empresa; su transferencia a sus trabajadores; su concesión a particulares; romper el monopolio estatal sobre la actividad desarrollada por la empresa; sustituirla por subsidios directos, etc.

En suma, la tesis reseñada es un trabajo serio e interesante que combina en su análisis la interpretación jurídica y el razonamiento económico, abordando el tema de la AEE desde la perspectiva novedosa del Law and Economics. Resulta importante destacar que el trabajo se ve enriquecido por el conocimiento directo que tiene la autora de varios de los hechos que se analizan, en virtud de haber trabajado en CONADE e Inversiones COFIDE S.A., lo que permite una aproximación no sólo a las normas sino a las circunstancias que rodearon su gestación y vigencia real (Lourdes Flores-Nano).

La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el nuevo orden mundial de la información y comunicación

Alfonso C. Espá Garcés-Alvear

Tesis sustentada en junio de 1988 ante los Dres. Marcial Rubio Correa, Miguel de la Lama Eggerstedt y Francisco Eguiguren Praeli. Sobresaliente.

El derecho a la información, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como el derecho "a buscar, recibir e impartir información e ideas a través de

cualquier medio y sin consideración de fronteras", ha dado lugar a diversas interpretaciones. Por un lado, los Estados Unidos de América, consideran que se trata de un derecho amplio e irrestricto. Por otro lado, los estados del bloque soviético u oriental, sostienen la necesidad de establecer un sistema de regulación internacional que garantice "una información balanceada en el flujo Este-Oeste". Frente a estas distintas concepciones, surgió la posición de muchos Estados del Tercer Mundo, que plantearon el establecimiento de un nuevo orden informativo internacional, que superase lo que dichos Estados consideran "el monopolio de la información por un grupo de agencias internacionales que opera desde el mundo industrializado".

Las posiciones de los bloques occidental y soviético se vieron confrontadas, señala el autor, en la Conferencia de Seguridad y Cooperación :Europea de Helsinki de 1975. La Sección Tercera del Acta Final de la Conferencia intenta resolver controversias entre los Estados miembros de cada bloque, en lo referente al intercambio de noticias y a las condiciones de trabajo de los periodistas. La perspectiva era, por consiguiente, la de Este-Oeste. Posteriormente, en el seno del Movimiento de los Países No Alineados y luego al interior de la UNESCO, los países del Tercer Mundo lograron imponer su perspectiva Norte-Sur, iniciando un proceso que llevaría a la postulación del Nuevo Orden Mundial de la Información -NOMIC-.

En opinión del graduando, el NOMIC es un proceso evolutivo, acumulativo, heterogéneo, dinámico y aún no concluido ni definido integralmente, que presenta una multiplicidad de tendencias. De una parte, puede ser entendido como un nuevo orden jurídico que impone una normatividad sustancialmente distinta a la del "viejo orden producto de la hegemonía occidental de la post-guerra": Incorpora los conceptos de responsabilidad, intercambio con-

secuente y difusión de contenidos relevantes, objetivos y responsables. De otra parte, puede ser entendido como un objetivo de la comunidad internacional, de ampliar el flujo informativo a sectores privados del mismo, a través de la extensión de los derechos de difusión, información y recepción. Bajo cualquiera de estas concepciones, apunta el autor, queda aún por resolver cuál habrá de ser el énfasis al interior de este proceso: Si el mismo estará en la concepción de un libre flujo informativo, sobre bases de igualdad, beneficios mutuos y respeto de las diferencias culturales; o si el énfasis estará en la involucración de los Estados en los programas nacionales de comunicación, integrando los medios de comunicación de masas a los sistemas de planificación nacionales.

El autor examina diversos tratados y resoluciones adoptadas en el seno de los órganos plenarios de diferentes organizaciones internacionales. Los primeros constituyen normas de Derecho Internacional plenamente obligatorias para los Estados Partes en los mismos. Las segundas, si bien no obligatorias, pueden constituir la expresión de una opinión juris común, elemento subjetivo fundamental para la formación de nuevas normas consuetudinarias, que, como tales, devendrían en obligatorias. Analiza así mismo las posiciones adoptadas al interior de diversos Estados sobre el derecho a la información y el NOMIC, tanto de los que lo promueven -India; Túnez; Etiopía; Tanzania, Zambia, entre otros- como de los que no lo promueven -los Estados Unidos de América; el Reino Unido; Noruega, Suecia, La República Federal de Alemania, y otros-. El capítulo cuarto de la investigación está dedicado a examinar la posición de América Latina.

Sin embargo, la tesis no se agota en el marco internacional, el mismo que, según Espá Garcés-Alvear, establece determinados límites al derecho a la información:

El derecho de rectificación; la prohibición de toda propaganda en favor de la guerra; la proscripción de toda apología del odio, sea nacional, racial o religioso, que constituya incitaciones a la violencia. El trabajo reseñado aborda también la esfera del Derecho Interno Peruano; encontrando dos límites consagrados en la Constitución Política de 1979: El límite al ejercicio de la libertad de expresión; y el límite al poder regulador del Estado. Dentro del primer límite, el graduando incluye el derecho a la propia imagen; al honor; a la privacidad; la tipificación de delitos cometidos a través de medios de comunicación social; y la prohibición de determinadas prácticas empresariales. Dentro del segundo límite, incluye el rechazo al delito de opinión; a la autorización previa; a la censura.

Agrega el autor que la Constitución Política del Perú no establece una frontera entre "la información como recurso de desarrollo nacional" y "como recurso sujeto a límites legales y de mercado". Mientras que vincula la libertad de expresión con la libertad de empresa, al establecer que los derechos de informar y de opinar comprenden los de fundar medios de comunicación, exige a su vez a las empresas, eficiencia y contribución al bien común; precisando que la acción empresarial no puede ser contraria al interés social ni lesiva a la moral, la salud y la seguridad públicas; y exigiendo a los medios de comunicación social privados colaborar en la educación y la cultura. Desde un punto de vista genérico –y admitiendo ciertas relativizaciones específicas– en el marco constitucional peruano prevalece –en opinión del graduando– el derecho de la persona a ser informada –lo que supone el derecho a recibir y a negarse a recibir informaciones y opiniones– sobre la Soberanía del Estado, en virtud de la cual, el Estado podría impedir el ingreso de informaciones del exterior.

Al establecer las pautas para el ejercicio de la libertad de expre-

sión en cuanto derecho de la persona, y la actividad del Estado a propósito de ella, nuestro ordenamiento constitucional –concluye Espá Garcés–Alvear– se condice con un Nuevo Orden Mundial de la Información que conlleve la ampliación de la información y comunicación mundiales. Sin embargo, los pronunciamientos de la República del Perú en la escena internacional a favor de la referida ampliación de la información y comunicación, deben encontrar un correlato interno que importe la extensión del derecho a la información a la sociedad en su conjunto; considerando y respetando las garantías y límites establecidos en la propia Constitución.

La tesis de bachillerato de Espá Garcés–Alvear constituye un exhaustivo análisis del derecho a la información, tanto a nivel del Derecho Interno Peruano –específicamente a través del examen del contenido, alcances y limitaciones que la Constitución Política de 1979 confiere a dicho derecho– como en la esfera del Derecho Internacional –principalmente a través de la revisión del proceso hacia el Nuevo Orden Mundial de la Información–. Tiene además, el notable mérito de intentar una articulación de nuestra normatividad constitucional sobre la materia, con la posición oficial que el Perú ha sostenido y debe sostener en el futuro en la escena internacional; proyectando así un sólido trabajo jurídico, a la esfera de las relaciones internacionales. Se trata, quizás, del más serio, extenso y profundo trabajo de investigación realizado en nuestro país sobre el tema. (Miguel de la Lama Eggers-tedt).

Régimen de nombramiento y remoción del Gerente de la sociedad anónima en el Perú

Juan Pazos Battistini.

Tesis sustentada en junio 1988 ante los Dres. Javier Neves Mujica, Jorge Ramírez Díaz y Lourdes Flores Nano. Sobresaliente.

El tratamiento del tema específico que constituye el objeto de esta tesis, anunciado en su título, supone su encuadramiento en un marco mayor: el de la reflexión sobre la naturaleza jurídica de la gerencia como cargo en la sociedad anónima y del vínculo jurídico que liga al gerente como persona que ocupa dicho cargo con tal sociedad. Juan Pazos emprende esta tarea acudiendo a la doctrina, la normativa comparada y nacional y nuestra jurisprudencia, tanto desde una perspectiva mercantil como laboral. La diversidad de especialidades utilizadas en el análisis, así como la pluralidad de fuentes sobre las que se elabora el estudio, le proporcionan un gran interés.

Respecto de la gerencia, el autor la ubica en nuestro ordenamiento entre los órganos de administración, representación y ejecución de la sociedad, al lado del Directorio, distinguiéndola en consecuencia de los órganos deliberantes (Junta General de accionistas), de un lado, y los de vigilancia, fiscalización o control (Consejo de Vigilancia), del otro. En el derecho comparado, Juan Pazos constata la presencia de muchas variedades en este campo. Sin embargo, éstas se producen sobre todo en el ámbito de las atribuciones de los órganos de administración, representación y ejecución, por cuanto en lo que toca a los otros órganos existen grandes similitudes.

Respecto del gerente, se estudia las principales teorías elaboradas para explicar la relación jurídica entre aquél y la sociedad: contractualistas, organicistas e intermedias. Las primeras buscaron una forma contractual típica que encuadrara dicha relación, creyendo encontrarla en diferentes tipos contractuales, como el mandato, la locación de servicios, el trabajo, etc. Las segundas sostuvieron que los administradores representan un órgano inherente a la sociedad y descartaron toda relación entre unos y otros. Las intermedias (del

órgano administrativo), por último, reconocieron la existencia de una relación entre el administrador y la sociedad, en virtud de la cual el primero cumple la labor que corresponde al órgano de la segunda.

Juan Pazos considera que en nuestra normativa no hay incompatibilidad entre las teorías contractualistas e intermedias, dado que el sujeto materializa la función del órgano, adquiriendo por ello derechos y obligaciones frente a la sociedad. Consecuentemente, trata de descubrir la figura contractual apropiada para regular tal vínculo, desechando cada una de las sugeridas por la doctrina y acogidas por la jurisprudencia, con mayor o menor énfasis según los casos (mandato, locación de servicios, factor y comisionista mercantil, gestor de negocios y trabajo), por no encuadrar con los elementos esenciales de la anotada relación. El estudio es completo y minucioso y seguramente también polémico, al descartar como figura el contrato de trabajo –bajo la modalidad del cargo de confianza– que es el preferido en nuestro medio.

El autor, como hemos dicho rechaza entonces la utilización del contrato de trabajo, para regular la relación entre el gerente –aclaración hecha, que se refiere al gerente general y no a los sub-gerentes o

gerentes especiales– y la sociedad, debido a que los elementos fundamentales de aquél no se producen en ésta: la prestación no corre necesariamente a cargo de una persona natural, porque puede haber delegación u ocupar el cargo una persona jurídica, la subordinación no aparece tan claramente y la remuneración no necesariamente debe existir, porque el contrato no es indispensablemente retribuido. Se reconoce, sin embargo, que tal exclusión no es rígida, pudiendo existir una relación laboral en algunos casos concretos, según los elementos que en ella se presenten. Al haber entre gerente y sociedad un contrato y no ser éste de trabajo ni otro de los típicos, debe buscarse uno distinto. Esto lo hace Juan Pazos, concluyendo en la existencia de un denominado contrato de administración –especial y no previsto en la legislación–, que supone un nombramiento por la Junta General o el Directorio, se perfecciona con la aceptación, surte efectos frente a terceros con su inscripción registral, es de ejecución sucesiva, libremente removible, personal, presuntamente oneroso, no formal, basado en la confianza y cuyo contenido es el ejercicio del cargo del gerente.

A la persona que desempeñe ese cargo, pese a no considerársele un trabajador desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, Juan Pa-

zos reconoce que deben otorgársele ciertos derechos laborales, que por su sentido no deben ser privativos de aquellos: sobre todo vacaciones y seguro social, y negársele otros sí exclusivos, como estabilidad laboral, compensación por tiempo de servicios, etc.

La tesis, en mi concepto, contiene un estudio muy bien fundamentado y desarrollado, que constituye un valioso aporte sobre el tema del gerente de la sociedad anónima, seguramente uno de los más necesitados de clasificación jurídica en nuestro medio, antes de la realización de esta investigación. A propósito de ella, aunque extendiendo la afirmación también a otros trabajos de este tipo, quiero decir finalmente que en mi opinión mucho de la mejor reflexión jurídica nacional se viene produciendo en el ambiente universitario –y especialmente nuestra Facultad de Derecho– justamente a través de trabajos de tesis como el comentado; y que, por ello, nuestra Universidad debería hacer el mayor esfuerzo para lograr la difusión de estos estudios, mediante su publicación y exposición en seminarios, etc. Así, trabajos de primer nivel no enriquecerían intelectualmente sólo a su autor, el jurado y asistentes a los exámenes de grado, sino a toda nuestra comunidad jurídica peruana. (Javier Neves Mujica)

LIBROS

Fondo Editorial PUC

Para leer el Código Civil Vol. IV

"La responsabilidad extracontractual"

Ha aparecido recientemente el volumen IV de la Biblioteca Para Leer el Código Civil, titulado "La Responsabilidad Extracontractual", cuyo autor es Fernando de Trazegnies Granda.

Los incuestionables méritos de Fernando de Trazegnies, que lo ubican como uno de los más destacados juristas de nuestro medio, así como la trascendencia que tiene el tema abordado dentro del ejercicio profesional cotidiano, concitan el interés de cualquier persona vinculada con el Derecho.

Al abrir sus páginas, encontramos algo más que un manual sobre la responsabilidad extracontractual, encontramos un esfuerzo sin precedentes en diseñar lo que podríamos llamar un sistema de responsabilidad civil, una propuesta constructiva dirigida hacia un Derecho con auténtica vigencia y función social.

El libro está dividido en cuatro partes, las cuales cubren con éxito el horizonte del tema en cuestión. La primera de ellas es una introducción a la teoría general de la responsabilidad extracontractual. La segunda comenta el articulado del nuevo Código Civil en esta materia. Pero sin duda son la tercera y la cuarta las más importantes; en ellas el autor lanza un desafío para solucionar nuevos problemas (tanto a los jueces como a los hombres

de Derecho en general) y plantea una nueva óptica invitándonos a "repensar la responsabilidad civil".

Podemos afirmar que el mayor mérito del autor radica en cuestionar hasta lo evidente, y lo hace con una calidad académica que ubica a su obra entre uno de los trabajos más serios y completos que en el campo de las ciencias jurídicas se han escrito en nuestro país. (A. Bullard)

Cultural Cuzco S.A.

Corte Superior,

— Jurisprudencia civil

Ferrero, Raúl

— Obligaciones (2 edición)

Universidad de Lima

— Derecho Agrario y Derechos Humanos

Montoya M. Ulises

— Derecho Comercial Tomo 1 (Reimpresión)

Neves M. Javier

— Derecho constitucional y Derecho Laboral.

Cultural Cuzco

— Código Penal, Código de Procedimientos Penales y Código de Ejecución Penal (3 en 1)

Astorne, Gina

Beltrán, Raúl

— Ley del Presupuesto, Indices Analíticos sumillas explicativas y concordancias.

ACTIVIDADES

Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Para estos próximos meses, se han programado 2 eventos importantes:

* Entre el 13 de Febrero y el 23 de Marzo en el Campus Universitario de la PUC, los **Cursos de Actualización Jurídica de Verano**, que cubrirán las áreas de Derecho Laboral, Civil, Tributario y Constitucional. El mismo contará con la participación de distinguidos profesores peruanos en cada una de esas especialidades.

* Entre el 13 y 16 de Febrero, asimismo, se organiza el Seminario Internacional denominado **"Temas de Derecho Civil Patrimonial"**, el mismo que cuenta con la participación de los profesores argentinos Moisset de Espanés y Aida Kemelmajer de Carlucci. Este evento se desarrollará en el auditorio "José León Barandiarán" del Colegio de Abogados de Lima.

Cualquier información en la Facultad de Derecho, Teléfono 622540, anexos 221 y 226.

Colegio de Abogados de Lima.

Viernes 24/02: Presentación del primer número de la Revista de Ciencias Políticas y Ciencias Sociales. Dr. Francisco Miro-Quesada Rada.

Martes 28/02: Conferencia "Política Salarial y Negociación Colectiva". Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Raúl Bustamante, Mauro Calderón, Eduardo Castañeda, Aureliano Cóndor, Sergio Costa, Amalia de Althaus, Elena de Beaumont, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Silvia Granda, Wally Joly, Roxana Keil, Esteban Laura, Ricardo Ortiz de Zevallos, Patricia Samaniego, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas, Patricio Vargas, Milton Von Hesse.

