

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Jorge Avendaño
Fernando de Trazegnies • Wilbert Baca D'La Zota
Alberto Bustamante • José Silva Vallejo
César Delgado-Guembes • Francisco Fernández
Juan José Cauvi • Gonzalo Garland
Mario Montalbetti • Luis Hernández • Julio Fernández

THĒMIS 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 P., Juan García-Montúfar S., José Alfredo Jiménez G., César Augusto Parodi M., Alberto Rebaza T., *Miembros de la Revista:* Carolina Awuapara P., Lorena Borgo H., Carlos Casabonne S., Mariana Cazorla Q., Carlos Garatea G., Alejandro Lira P., Roberto Mac Lean M., Juan Carlos Mejía C., Patricia Mendoza F., Rosa María Montero M., Susana Paniagua J., Fernando Pardo S., Mario Pasco L., Rosario Saco O., Verónica Zavala L. *Comité Consultivo:* Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Fernando de Trazegnies G., Anibal Quiroga L.

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

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Dirección: Casilla Postal 110711 - LIMA 11

Carátula: Julia Codesido (1892 - 1979)
"Paloma"

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

THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3	Presentación
5	Entrevista a Jorge Avendaño V.
9	Fernando de Trazegnies Granda
Entrevista: Cicerón responde sobre la Crisis Peruana	16
Wilbert Baca D' La Zota	Poder Judicial y Realidad
21	Alberto Bustamante Belaunde
La Contratación del Estado en el Perú	24
José Antonio Silva Vallejo	Los fundamentos científicos del Derecho Procesal
36	César Delgado-Guembes
Perspectiva de la Comisión Permanente	43
Francisco Fernández Segado	La evolución del constitucionalismo en España: de la polarización a la integración
47	Juan José Cauvi Abadía
Amparo contra Ley	49
Gonzalo Garland Iturralde	El Consejo Consultivo Empresarial Andino y la Concertación en el Grupo Andino
52	Javier Ciurlizza
Apuntes sobre la autonomía de los Gobiernos Regionales	55
Elizabeth Salmón Gárate	La Negociación Colectiva en el Sector Textil
58	INTERDISCIPLINARIA
Mario Montalbetti	Aspectos lingüísticos de la crisis
62	ACTUALIDAD: INDEXACION
Luis Hernández Berenguel	Breves comentarios sobre el reajuste del tributo y de las multas
68	Julio A. Fernández Cartagena
Actualización de deudas pecuniarias-implicancias civiles	73
Grupo de Investigación de Thémis	Indexación y Derecho
78	COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
Alejandro Peschiera Bonifaz	Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984
84	Alejandro Falla Jara
El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento	94
JURISPRUDENCIA COMENTADA	Luis Vinatea Recoba
98	RESEÑAS DE TESIS
103	NOTAS

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

IBM puede ayudarle a aligerar su carga.

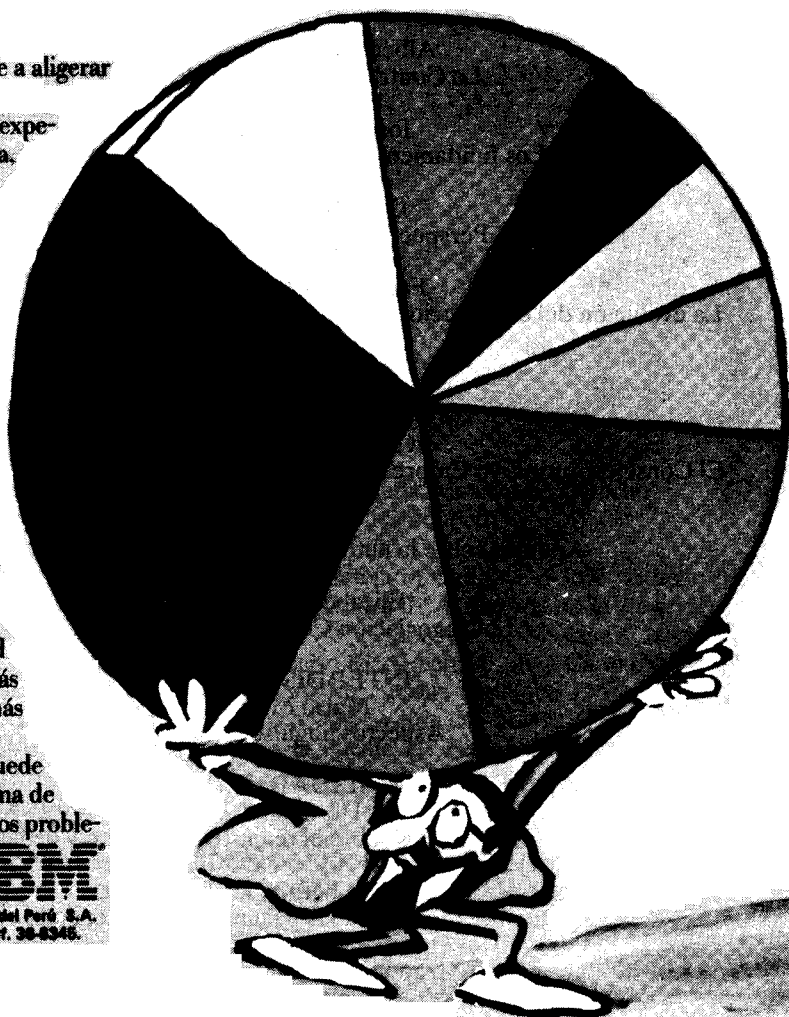
A través de años de experiencia en América Latina, trabajando con empresas como la suya, hemos desarrollado las soluciones de computación que usted necesita.

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

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

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

IBM
IBM del Perú S.A.
Tel. 36-8346.



PRESENTACION

Entregamos a nuestros lectores el No 14 de THEMIS Revista de Derecho, el cual ha sido posible gracias al trabajo en equipo de sus miembros. Continuamos así una labor que en esta edición cumple cinco años ininterrumpidos de labores y cuyo mérito atribuimos a nuestros antecesores, todos ellos sobresalientes alumnos de nuestra Facultad, a quienes dedicamos esta edición.

En esta oportunidad, ofrecemos -como es ya costumbre- artículos de distinguidos juristas nacionales y extranjeros, así como de destacados compañeros de estudios, quienes generosamente vienen colaborando con THEMIS en su afán de difundir las Ciencias Jurídicas.

Queremos aprovechar la ocasión para resaltar la iniciativa que han tenido nuestras autoridades al organizar el Claustro Pleno de la Facultad, que se llevará a cabo en fecha próxima. Este acontecimiento congregará a autoridades, profesores y alumnos, y confiamos sea un foro propicio para el eficaz intercambio de ideas y experiencias que se traduzcan en una formación profesional y humana más satisfactoria, y en una mejor Facultad para todos. En este sentido, han venido trabajando un grupo de representantes de los sectores más significativos del alumnado, los mismos que han preparado un documento de trabajo que será presentado en el encuentro. THEMIS participó en esta etapa previa a través de tres delegados que se integraron a las comisiones de discusión y estará representada por uno de sus miembros en el propio Claustro.

Finalmente, debemos tocar un tema que es ineludible y que no escapa a ningún peruano: la Paz. Paz, como valor supremo en un país que soporta la violencia como bandera de acción, no sólo de terroristas y otros delincuentes, sino también como uso diario del ciudadano común. Paz, pero no como hija de la victoria de peruanos sobre peruanos, sino como consecuencia de una reflexión auténtica que, al margen de opciones ideológicas o políticas, sepa de la violencia y de su absoluta ineficacia; para así intentar, cuando menos, cualquier solución a los problemas de nuestra compleja realidad. "Las religiones políticas, carentes de evidencia que las imponga, apelan a la violencia. Y así, mientras nos dividimos en lo que respecta a los métodos, corremos el peligro de no volver a reconocer que todos nos apresuramos hacia el mismo fin", decía Saint-Exupéry, quien vivió y murió entre conflictos que nunca debieron darse.

Pando, Junio de 1989
El Comité Directivo

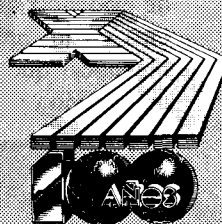
100 años impulsando el desarrollo



Generando fuentes de progreso

Desde hace cien años estamos junto a usted, en cada detalle de su vida. Junto al agricultor que produce sus alimentos o con el comerciante que los pone a su alcance. Y para generar progreso hemos apoyado a todas las actividades productivas del país, y lo seguiremos haciendo. Porque estamos comprometidos con esta gran familia llamada Perú, que trabaja por su futuro y para la cual somos su gente de confianza.

100 años de confianza en el futuro



BANCO DE CREDITO

desde 1889



Entrevista a Jorge Avendaño V.

THEMIS entrevista al Dr. Jorge Avendaño Valdez, Decano de nuestra Facultad de Derecho. La razón de esta conversación escapa, esta vez, del campo estrictamente jurídico, y se dirige a contribuir en la difusión del recientemente creado "Movimiento por la Paz" que lidera nuestra Universidad.

Creemos necesario apoyar este tipo de iniciativas, aunque obviamente somos conscientes que la solución al problema de la violencia no está en manos únicamente del Movimiento por la Paz o de alguno otro parecido. En todo caso, si nos parece que, desde su campo, este movimiento está realizando una labor meritoria dirigida a una toma de conciencia acerca de la violencia en el Perú.

Es un grano de arena más, en una labor que nos corresponde a todos los peruanos; quienes, de no participar en ella -como dice el propio Avendaño-, caminamos "casi inexorablemente hacia una guerra civil" que todos debemos evitar.

Las labores en la preparación y edición de esta entrevista correspondieron a José Alfredo Jiménez y Alberto Rebaza.

Thémis: Dr. Avendaño, quisiéramos en primer lugar que nos explicara en unas palabras, ¿qué es el Movimiento por la Paz y cómo nació esta idea?

Avendaño: El Movimiento por la Paz, es una campaña nacional y pública con el fin de que la gente tome conciencia en el país acerca de la necesidad de vivir en paz; por consiguiente, conciencia acerca del estado de violencia en que vivimos. Esta necesidad nació aquí, en la facultad, como una consecuencia, si se quiere, de Pro Derecho. Pro Derecho específicamente nace con la idea de promover la facultad en miras a la construcción del nuevo local. Se vio claro que la promoción de la facultad era un poco más que eso y ahí surge -en vista de la situación de violencia- la necesidad de vincular una facultad de Derecho con la paz.

Thémis: ¿Quiénes integran este movimiento y qué participación tenemos en él nosotros los estudiantes?

Avendaño: El movimiento lo integra la universidad, porque la facultad tiene la iniciativa pero luego se convierte en un movimiento de aquélla, y se han incorporado a él una serie de instituciones privadas que están financiando y ayudando a desarrollar la campaña. Esperamos en algún momento, también, que se produzca la participación de entidades del sector público. Ahora,

¿qué participación tienen los estudiantes? En forma directa, ninguna hasta este momento. En forma indirecta sí los estudiantes están colaborando a través de Pro Derecho -algunos grupos de estudiantes: el Centro Federado, el grupo de Derecho y Sociedad- en delinear alguno de los proyectos. Por ejemplo, hay una actividad futura que se llama Unipaz, que es un ciclo de conferencias, debates, mesas redondas, etc. sobre una serie de temas vinculados con la violencia y la paz desde distintas perspectivas (educativa, política, económica, social, jurídica, etc). Ahí los estudiantes están aportando concretamente una serie de ideas para su organización. Pero pienso que los estudiantes pueden contribuir de una manera mucho más eficaz, los grupos estudiantiles pueden organizar, a su vez, conferencias, pueden convocar a otros estudiantes de Derecho del país. En este momento ustedes, el grupo de THEMIS que son estudiantes, están contribuyendo de alguna manera a la campaña divulgándola.

Thémis: ¿Qué actividades viene desarrollando el movimiento y qué otras tiene planeadas?

Avendaño: En primer lugar, está lo del spot de la televisión que ustedes conocen. Este spot no sólo se va a quedar en la televisión. El primero, duró dos minutos; luego vino otro que dura sólo un minuto; dentro de los próximos días, se proyectarán otros spots con contenidos diferentes pero con el mismo mensaje de paz. La idea

es que, el primer spot, el de dos minutos, pase a película de 35 mm y tenemos ya el financiamiento de una entidad privada que va a hacer posible que se proyecte en todos los cines de provincia del país, durante aproximadamente dos meses; luego están otras actividades como Unipaz, que he mencionado anteriormente. Por otro lado, está el Premio de la Paz, que ha sido auspiciado económicamente por el Patronato Field; se trata de premiar una vez al año y en forma permanente a la persona o entidad que haya contribuido de manera saltante y efectiva a la paz en el país. No necesariamente es un líder político, el premiado puede ser un modesto maestro de escuela en Puno, que desde su trabajo y desde su papel, contribuyó a eso. Este premio lo va a manejar un consejo permanente integrado por siete personas del más alto nivel, de manera autónoma. También tenemos la idea de organizar grupos teatrales a base de mimos que van a visitar pueblos jóvenes, con la idea de -también- comunicar un mensaje de paz. En fin, hay una serie de actividades. Además, el proyecto no está cerrado; la idea es seguir trabajando con esto durante un período largo, para que no sea una iniciativa fugaz que termina al primer esfuerzo. La idea es mantener el tema de la paz durante doce, quince, veinte meses.

Thémis: ¿Cómo explica el fenómeno terrorista? ¿Qué debería hacerse para terminar con él?

Avendaño: Esa es una pregunta doble extremadamente difícil. Mucha gente ha opinado sobre lo mismo y creo que nadie ha dado una solución precisa hasta este momento. El fenómeno terrorista tiene una serie de explicaciones: el problema económico, la pobreza tremenda en determinadas zonas del país; en fin, yo creo que lo que subyace es una especie de desesperanza. Se habla mucho de que los grupos terroristas están "catequizando", cautivando a la juventud. Creo que lo que contribuye a eso es la desesperanza. Hay cierta gente de niveles económicos muy pobres que en general tiene un desaliento ya vital respecto al funcionamiento del Estado Democrático, no sólo del sistema legal -tema que podemos tocar después- sino del funcionamiento de las instituciones en el sistema democrático. Parece que el sistema no alcanza ni los mínimos elementales para una vida digna, y hay una especie de comprobación de que esto no cambia y que se perpetúa esta situación de injusticia. Entonces, la única salida puede resultar en determinados momentos una irrupción violenta y, claro, los terroristas se encargan de buscar a la juventud y decirle que es la única salida. Ahora, ¿qué se debería hacer para terminar con este fenómeno? Bueno, yo creo que el problema es político, sin duda, pero además es militar tam-

bién. Me parece que así como es de complejo el problema, igual de complejas son las soluciones, que no son una sino muchas. Hay solución política, desde luego; hay solución militar, hay solución económica, hay la necesidad de una toma de conciencia. Esa es precisamente la contribución que pretende hacer la Universidad Católica. A todo esto ha llevado también una actitud pasiva, indolente, del sector público y del sector privada articulada es ésta que está liderando la Universidad Católica. Creo que, en la medida que se adopten todos estos remedios políticos, militares, económicos y demás, y se contribuya por una serie de esfuerzos privados a crear conciencia, iremos resolviendo el asunto, aunque tampoco es algo que se pueda resolver de la noche a la mañana.

Thémis: Esquilo decía: "la desmesura al madurar grana en la espiga del error, y la cosecha que se recoge sólo consiste en lágrimas". ¿Qué reflexión le suscita este comentario en relación a la violencia terrorista y a los medios para combatirla?

Avendaño: Bueno, evidentemente la cosecha que se recoge sólo consiste en lágrimas, es lo que pasa con toda acción violenta. Estoy convencido que la violencia genera más violencia y que entramos en una espiral de la cual, probablemente, será muy difícil de salir en este país -como hay evidencia de lo que ha ocurrido en otros países- y eso puede terminar en una guerra civil que sería catastrófica para todos.

Thémis: Se sostiene que la violencia en el Perú -consecuencia de diversos factores-, no obstante tener una de sus principales fuentes en el terrorismo, del que hablamos hace unos momentos, se manifiesta de muchas formas: delincuencia, violencia en las calles, huelgas, el diálogo político, corrupción a todo nivel, todo lo que trae como consecuencia una crisis del Sistema de Derecho. ¿Comparte Ud. esta opinión en el sentido que la violencia en el Perú no sólo se circunscribe a la terrorista?

Avendaño: La comparto plenamente, y eso está en el centro de la movilización que lidera la universidad. Ustedes habrán visto en el spot de la televisión que no solamente se presenta violencia armada, sino escenas de la violencia diaria. Estoy totalmente de acuerdo con la enumeración que ustedes hacen y lo más grave, creo yo, es que nos estamos acostumbrando a vivir en un permanente estado de violencia. Ya nos parece natural violentar una cola, irrumpir violentamente en una oficina, no respetar a la gente cuando está hablando, al padre de familia

le parece cosa habitual pegarle a la mujer o a los hijos, hay una falta de respeto, de tolerancia al rol de los demás. Esto, sin duda, nos lleva a la crisis del sistema legal. Hace un rato, hablábamos del sistema democrático, esto es un poco más amplio porque conlleva cuestiones políticas, etc.; pero el sistema legal, concretamente, que está formado por instituciones, normas, personas, sufre una crisis hoy día realmente terrible. La ley no se cumple, la ley es letra muerta, no hay quien la haga cumplir, no hay sanciones, los sistemas de administración de justicia y de implementación de la ley son lentos, son corruptos, de manera que hay una crisis absoluta, creo yo. El tema de la mala ley o del mal juez creo que quedó superado hace mucho tiempo. Aquí no se necesitan nuevas leyes, bastaría para mejorar las cosas que se aplicaran las leyes existentes, que se creara en la cabeza de la gente un respeto por la norma legal, por la vigencia del Derecho. No hay sino que salir a la calle, la gente se mete contra el tráfico, se pasa las luces rojas, atropella y no respeta a los peatones, eso es permanente. Lo mismo a los niveles más altos, hasta llegar a los políticos que incumplen la Constitución en forma impune. Y no pasa nada. ¿Ustedes tienen idea de un fracaso más total que el Tribunal de Garantías Constitucionales? El Tribunal de Garantías, que fue uno de los grandes logros de la Constitución del 79, no ha expedido una sola sentencia declarando inconstitucional una norma, no ha hecho nada, no ha ejercitado ningún control constitucional. Y así, como eso es un fracaso total, lo mismo ocurre a todo nivel donde se administra justicia, ya sea justicia formal, justicia administrativa o la que fuere.

Thémis: ¿Cuál cree Ud. que es el papel de la universidad peruana en la situación de violencia en que nos encontramos?

Avendaño: Desde luego, la universidad no puede resolver el problema de la violencia, no es su rol ni su tarea. Creo que sí tiene una cosa que hacer y es lo que, modestamente, estamos haciendo en la Universidad Católica y en la Facultad de Derecho. Como se trata de una institución educativa, su labor educativa -como ya he dicho en otras oportunidades- no se agota en las aulas. Una universidad no se queda encerrada en las cuatro paredes de un salón de clases ni trabajando exclusivamente con sus alumnos formales o regulares. La universidad tiene que decir algo a la opinión pública, al medio social donde se desarrolla. Esto es lo que la universidad debe hacer. En algunos casos lamentables en nuestro país, la universidad no sólo no dice eso sino que, inclusive, se ha convertido en reducto de elementos terroristas. Eso me parece lamentable, no es el rol de la universidad; desde luego la univer-

sidad crea conciencia y eso, es subversivo: el conocimiento es subversivo. Pero, al mismo tiempo, la universidad tiene el rol que le da la prudencia de los sabios. Me parece que si las numerosas universidades que hay en el Perú dijese su palabra en favor de la paz, las cosas podrían cambiar.

Thémis: ¿Cuál considera que debe ser el rol a cumplir por los estudiantes universitarios en este objetivo?

Avendaño: Creo que los estudiantes deben sumarse a estos esfuerzos. Los estudiantes de Derecho en particular, porque la idea es trabajar por un mundo justo que haga posible la paz, una sociedad justa. Eso tiene muchos aspectos, la sociedad justa no es sólo aquella en donde se respetan las leyes, es también una sociedad que tiene estructuras justas, donde la miseria está erradicada o en proceso de erradicarse, donde hay fuentes de trabajo para todos, donde hay fuentes educativas, donde hay salud para todos. El estudiante de Derecho tiene que contribuir de alguna manera a eso. Ahora, su rol principal es estudiar Derecho y formarse como abogado, sin duda, pero luego, como abogado, tiene que trabajar también por el imperio de la justicia y del Derecho.

Thémis: Todos anhelamos la paz y la justicia. ¿Cómo imagina el fin de la violencia en el Perú? ¿Es posible?

Avendaño: Eso se vincula con una pregunta anterior, es bien difícil imaginarse el fin de la violencia. Yo creo que es un proceso, un proceso múltiple y -como dijimos antes- muy complejo, al cual ojalá se pueda llegar. Vinculado a esto está el problema económico. Me parece que en la medida en que se establezcan en el país condiciones de vida más justas, lo cual supone necesariamente elevar el nivel económico de las grandes mayorías, será posible tener una vida en paz. Ahora, el respeto al sistema legal, la vigencia del sistema legal, todo eso también va de la mano. ¿Cómo?, ya dije, creo que es un problema político, militar, educativo, económico, que tiene una serie de manifestaciones. Repito, creo que va a tomar mucho tiempo antes de que salgamos de esta situación. Lo importante es que no se agudice más, ya con eso se habría ganado bastante; porque si se sigue agudizando, la cosa es vertiginosa y nos conduce casi inexorablemente hacia una guerra civil. En la medida en que se detenga estamos progresando.

Thémis: ¿Qué mensaje enviaría a los alumnos de la P.U.C. en general, y a los de Derecho en

especial?

Avendaño: Bueno, a los alumnos de la P.U.C. en general yo les diría que tomen conciencia de que son privilegiados en este país, son diez mil personas que tienen acceso a la educación del más alto nivel en el Perú; tienen, por consiguiente, una responsabilidad muy grande para con la sociedad. A los estudiantes de Derecho en particular les diría que tienen que formarse

personalmente de una manera muy seria, muy profunda, muy verdadera y muy de fondo; pero deben ser conscientes que todo eso no sólo lo deben hacer para ganar dinero y para ganar fama y prestigio personal, lo cual es lícito, sino que junto a eso hay la necesaria obligación de contribuir a todo esto de lo cual hemos estado hablando: a un orden social justo, a la vigencia del Estado de Derecho y, por consiguiente, a tratar de alcanzar la paz.



La Palabra

Cicerón responde sobre la Crisis Peruana

Fernando de Trazegnies Granda

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

Cicerón fue ante todo un eminente jurista. Lo vemos como brillante abogado de Tribunales a la defensa de un cliente o amigo, como Cónsul (es decir, la primera persona del Poder Ejecutivo de la República romana), como senador de verbo inflamado y también como escritor sereno y penetrante; pero en todas estas actividades se advierte su preocupación por ordenar jurídicamente la sociedad, su anhelo de establecer las bases de una comunidad humana en la que prime la justicia y donde el desarrollo de la vida social permita una mejor calidad de vida personal.

Es verdad que, sin embargo, Cicerón rechazó considerarse como un jurisconsulto: prefería que lo llamaran orador. Porque su preocupación era la justicia, la vida digna, el orden social; verdaderos valores a los que quería defender con su fogosa dialéctica. En cambio, sentía horror por ese Derecho leguleyo, formalista, atento a los puntos y comas, para el que tiene palabras muy duras. A este falso (pero largamente practicado) concepto de Derecho lo llama ciencia tenue, conocimiento insignificante, mezquino (*tenuis scientia*¹), compuesto de cosas simuladas y fingidas (*tota ex rebus fictis commentitiis-que constaret*²), manipulado por los jurisconsultos, quienes con sus ingeniosidades corrompen y degeneran las leyes justas³. Su desprecio por ellos es absoluto: nos dice que conoce a muchos que en principio pretendían ser oradores y después, como no pudieron lograrlo, se quedaron cómodamente en jurisconsultos⁴. En cambio, el orador es el verdadero jurista que coloca la elegancia en el decir al servicio de la justicia (la que a su vez no es, para Cicerón, sino la expresión del Derecho Natural⁵). No debe inferirse de ello que Cicerón minimiza la importancia técnica

del Derecho Civil y considera que basta con hablar de justicia para defender con éxito una causa jurídica. Por el contrario, el conocimiento del orador debe ser profundo en cosas de la antigüedad, pero no puede ignorar las leyes y el Derecho Civil⁶, pues "sin gran experiencia de las cosas públicas, sin ciencia de las leyes, de las costumbres y del derecho, y sin conocer la naturaleza y las costumbres humanas, apenas puede tratar con sabiduría y prudencia estos asuntos"⁷. No hay excusa para no conocer bien el Derecho Civil; no se puede alegar ni siquiera enfermedad (excusa universal) para justificar un error jurídico motivado en la ignorancia: nadie es ignorante, dice Cicerón, porque está mal del estómago⁸. Si la manipulación tinterillesca del Derecho es despreciable, su desconocimiento es inhabilitante: "A tales abogados [los que no conocen bien el Derecho]", sigue Cicerón, "los tengo por indignos, no sólo del nombre de oradores, sino hasta de presentarse en el Foro"⁹.

Nos hemos tomado la licencia de interrogar a Cicerón sobre la crisis de la sociedad peruana presente y nos ha respondido —de manera bastante directa, a decir verdad— a través de sus discursos ante los jueces romanos o en el Senado, a través también de sus obras de reflexión e incluso a través de las cartas a sus amigos. Es cierto que la extrapolación de sus afirmaciones para hacer que digan cosas sobre otro tiempo y sobre otra realidad histórica, lleva a distorsionarlas: no podemos pretender de esta forma mostrar el verdadero pensamiento de Cicerón. Concedido; pero, ¿qué importa? Lo que nos interesa en el fondo no es hacer historia de las ideas sino estimular una reflexión sobre nuestra realidad y no sobre las ideas de Cicerón. Para ser muy cínicos: no dejamos de reconocer que no nos interesa tanto Cicerón como nuestro tiempo; y que, por consiguiente,

1. M. Tullius Cicero: *Oratio pro Murena*, XXV.

2. *Ibidem*, XXVIII.

3. *Ibidem*, XXVII. Esta generalización sobre los jurisconsultos ciertamente no es correcta. Además, podríamos decir de Cicerón que fue más propiamente abogado que jurista.

4. *Ibidem*, XXIX.

5. M. Tullius Cicero: *De Legibus*. Edición bilingüe de Alvaro D'Ors. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1953, párrafos 15-18, pp. 89-97.

6. Marco Tulio Cicerón: *Diálogos del orador*, en *Obras escogidas*. Librería El Ateneo. Buenos Aires, 1951, p. 21.

7. *Ibidem*, p. 28.

8. *Ibidem*, p. 44.

9. Marco Tulio Cicerón; *Op. cit.*, p. 53.

no estamos interpretando a Cicerón sino meramente utilizándolo. Pero si logramos que las cosas dichas por Cicerón dentro de otro contexto nos ayuden a ver mejor nuestro contexto, la utilización se encontrará justificada. De paso, quizá animaremos a alguno a volver a Cicerón —que siempre es una experiencia interesante— para conocerlo tal como fue.

En todo caso, cada "opinión" de Cicerón es textual y se encuentra cuidadosamente documentada. Nos hemos limitado a suprimir algún nombre propio o una referencia directa a Roma; lo que hemos agregado para facilitar el sentido de la frase se encuentra entre corchetes. Por consiguiente, podemos afirmar que cuando menos las palabras de las respuestas son enteramente de Cicerón. Estamos seguros también de que no le habría desagradado la ficción de un reportaje si tenemos en cuenta que muchas veces empleó el estilo literario del diálogo, que implica igualmente una conversación ficta. El tuteo era una forma normal de expresión en Roma.

* * *

Abordamos a Cicerón cuando se dirigía al Senado y le explicamos nuestras intenciones. Cicerón acepta gustoso responder a nuestras preguntas y nos invita a formularlas peripatéticamente, mientras damos un paseo por la Via Sacra. Caminamos lentamente por esta animada calle, con sus numerosos paseantes que curiosean las "tabernas" de los joyeros para ver si encuentran algo de su gusto; llegamos al Foro con sus imponentes templos de mármol; advertimos los monumentos ecuestres de Castor y Pollux; nos detenemos por momentos, para retomar el aliento de la conversación, en medio de las inmensas columnas conmemorativas de la gesta romana, coronadas con la efigie en bronce de algún personaje importante; observamos de lejos a los oradores en los "rostros" o tribunas arengando a pequeñas multitudes. Es en este cuadro límpido de mármol y bronce, poblado de un sinnúmero de estatuas graves que nos observan desde pedestales votivos, desde lo alto de las escalinatas o desde los arcos de las ventanas superiores de las basílicas y aún desde los aleros de los techos de tejas, que formulamos nuestras cuestiones.

PERTINENCIA DE LA ENTREVISTA.

Nos gustaría, preclaro Cicerón, conocer tu opinión sobre los problemas que vive la sociedad peruana actualmente. ¿Crees que podrías decirnos algo que nos ayude a entender mejor nuestra realidad?

Si los que han llegado a puerto desde alta mar suelen advertir con gran cuidado a los que desde el puerto levantan anclas, para que se guarden de tempestades, piratas y escollos, pues es ley de la naturaleza

que ayudemos a los que se exponen a los mismos peligros que ya hemos experimentado, ¿qué, en fin, puede ser más natural a mi ánimo que, viendo ha poco conmovido el mundo, defienda a aquél que veo que ha de sufrir las máximas tempestades del gobierno?¹⁰.

VIOLENCIA Y DERECHO.

El Perú vive actualmente horas dramáticas: la violencia subversiva y la violencia delictuosa atacan contra las bases mismas del Estado.

Existen en este país propósitos de destruirlo, de asesinar a sus ciudadanos, de hacer desaparecer hasta el nombre de [peruano]. Y esto, unos ciudadanos —y digo unos ciudadanos, si es que es lícito llamarlos con ese nombre— piensan y piensaron con relación a su patria! Diariamente, es preciso oponerse a sus designios, quebrantar su audacia, resistir a su crimen¹¹.

¿Cuáles son las causas de la violencia?

En un cuerpo de ciudadanos tan grande existe una multitud de hombres que temen el castigo que corresponde a los delitos de que se saben culpables y que, por consiguiente, se esfuerzan por provocar el cataclismo político y la revolución. Hay otros dominados por una locura congénita que los lleva a ensañarse en la contienda civil y la insurrección; otros, cuyos asuntos privados están envueltos en tal confusión que, antes de morir solos, prefieren que el Estado sucumba en una conflagración general. Supongamos que unos hombres de esta clase encuentran protectores y jefes que fomenten sus malévolas ambiciones. Entonces, se encrespan los mares; entonces es cuando los que han solicitado tomar el timón de la nave del Estado en sus manos han de vigilar con más cuidado, han de esforzarse con toda su destreza y toda su firmeza para preservar las instituciones e ideales que, según acabo de decir, son los fundamentos y las partes constitutivas del Estado, manteniendo así su rumbo y alcanzando al fin el puerto en el que se encuentran la seguridad y el honor¹².

CONSCIENCIA SOCIAL, RIQUEZA Y POLÍTICA ECONOMICA.

¿Qué papel juega la solidaridad y la conciencia social en la lucha contra la subversión?

10. M. Tullius Cicero: Oratio pro Murena, IV.

11. Ibidem, LXXX.

12. Cit. p. R.H. Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 78.

La sociedad y unión de los hombres será perfectamente guardada si aplicamos principalmente nuestra generosidad a aquellos con quienes estamos más estrechamente unidos¹³.

¿Qué se puede pensar de la riqueza? ¿Debemos considerar que, en un país pobre, los ricos son una suerte de enemigos de la patria?

[Hay que] huir de la codicia del dinero, pues no hay cosa que indique más la bajeza y abatimiento del ánimo que el amor a las riquezas¹⁴.

[Afirmado ello], lo primero y principal es que la riqueza sea bien ganada, no por las malas artes ni lograrías torpes; y después que se emplee en provecho de los más que se pueda como lo merezcan. Por último, aumentarla por la buena conducta, trabajo y economía, franqueándola a la libertad y beneficencia, no a superficialidades del lujo y a los deleites. El que observare estas reglas puede vivir magnífica, grave y animosamente, y también con sencillez y fidelidad, en la gracia y estimación de los demás hombres¹⁵.

Las cifras de muertos a causa de la subversión y el monto de la destrucción material durante los ocho últimos años en el Perú, son impresionantes. Se dice que con el valor de la destrucción directa llevada a cabo por Sendero, habríamos pagado toda nuestra deuda externa: ahora tendríamos créditos del exterior y viviríamos una situación económica totalmente diferente...

Así como conseguimos grandes ventajas por la unión y concurso de los hombres, así también no hay mal tan pernicioso que al hombre no le venga por el hombre. Hay un libro de Dicearco, insigne y elocuente peripatético, sobre la muerte de los hombres, en el cual, recopilando las causas de inundaciones, pestes, asolaciones, irrupciones repentinas de fieras, cuya violencia algunas veces ha arrasado pueblos y regiones enteras, compara después y hace reflexión cuánto mayor número de gente ha destruido el ímpetu de los hombres con guerras y sediciones civiles que los que han perecido por todas las demás plagas y calamidades¹⁶.

Algunos piensan que la política económica internacional del actual Gobierno, que se enfrenta "valientemente" contra el Fondo Monetario, le da un gran honor al Perú: le otorga una suerte de liderato de los países en vías de desarrollo; pero otros creen que el ais-

lamiento resultante afecta nuestra seguridad económica...

Un hombre no puede dejarse arrastrar por el honor que le proporciona una política de acción vigorosa, si ello significa el olvido de la seguridad¹⁷. [Por otra parte], el más fuerte escudo de una república es el respeto de la palabra empeñada (fidelitas); y éste no puede subsistir en no siendo precisa la paga de lo que se ha fiado. Jamás ha habido más obstinado empeño por no pagar... [También a mí me propusieron esa política de que no se paguen las deudas, cuando era Cónsul]; pero los resistí, de modo que se libté la república de tan grave daño... perdida la esperanza de defraudar, se siguió la precisión de pagar puntualmente¹⁸.

ACCION MILITAR Y ACCION POLITICA.

Nuestros políticos han tenido una cierta tendencia a dejar el problema del terrorismo casi exclusivamente a las Fuerzas Armadas: no han querido ensuciarse las manos con este tipo de asuntos. ¿Crees que la acción militar es suficiente para combatir el terrorismo?

[La acción militar no puede alcanzar el éxito si no va dirigida y respaldada por la acción política y encuadrada por el Derecho]; en el tiempo de mi consulado, ¿no cedieron las armas a la toga? Jamás se vio la república en mayor peligro ni en mayor tranquilidad. Tan presto se le cayeron las armas de las manos por mi consejo y vigilancia a aquellos ciudadanos atrevidos y temerarios... Yo merecí que Pompeyo, aquel varón tantas veces coronado de laureles militares, dijese en presencia de otros muchos que en vano habría él alcanzado su tercer triunfo si mis servicios no hubieran conservado la patria donde celebrarle. Luego no es menos apreciable este valor doméstico y civil, que por ventura requiere más sabiduría, más empeño y aplicación¹⁹.

Pero llega hasta a dar la impresión de que los elementos subversivos estuvieran más decididos en sus propósitos que las propias Fuerzas Armadas y que éstas, en medio de sus indecisiones y de sus pequeñas luchas por sus ascensos, no se dan cuenta de que están siendo conducidas a una situación irreversible en la que cualquier reacción será tardía, porque tendrán que optar entre disparar sobre un pueblo sublevado, plegarse a la subversión o escapar del país con el rabo entre las piernas.

13. M. Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XVI.

14. M. Ibidem, I, XX.

15. Ibidem, I, XXVI.

16. Ibidem, II, V.

17. Cit. p. R.H. Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 77.

18. Marco Tulio Cicerón: Los Oficios, II, XXIV.

19. Ibidem, I, XXII.

Las fuerzas en armas dispuestas para atacar al Estado son numéricamente mayores que las que lo defienden, pues basta un simple gesto de la cabeza para poner en movimiento a hombres temerosos y desesperados; y, en verdad, por su propia iniciativa se incitan a sí mismos a ir contra el Estado.

Los elementos sanos se despiertan más lentamente; no hacen caso de los primeros síntomas de perturbación, y en el último momento se sienten estimulados a una acción tardía por la inaplazable urgencia de la situación. La lástima es que aunque están ansiosos de conservar su seguridad aun a expensas de su honor, su tardanza y su incertidumbre son causa, con frecuencia, de que pierdan ambas²⁰.

A veces se oye decir que los terroristas son héroes a su manera, porque pelean por sus ideas; esta opinión no da mucho peso a los muertos militares y civiles a causa del "heroísmo" terrorista. Por el contrario, se juzga duramente a los militares y se les exige que sean impecables para poder merecer un elogio; y como esto es muy difícil para cualquier hombre en cualquier circunstancia y más aún para un militar en acción dentro de una guerra anónima y cruel, normalmente nadie les reconoce méritos. ¿Con qué espíritu debemos realmente juzgar a unos y otros?

Se levantan en la república facciosos, que gastan esfuerzos en tratar de extender hasta lo sumo su poder y ser más superiores por fuerza que iguales por justicia a los demás ciudadanos.

Pero lo que es más difícil, es también más ilustre y glorioso: porque no hay instante ni circunstancia en que no tenga su lugar y sus derechos la justicia. Por esto han de ser tenidos por hombres fuertes y magnánimos no los que hacen injuria, sino los que nos defienden de ella²¹. Los que trabajan por la seguridad tranquila y honorable de los ciudadanos pertenecen en verdad al partido de los patriotas; los que favorecen este objetivo prueban su gran mérito y se les considera, con justicia, la espina dorsal de la patria²².

Sendero Luminoso está estableciendo lo que llama "zonas liberadas" donde pretende imponer un nuevo orden con ayuda de la violencia...

Es mal seguro gobernar por el miedo... Se valen de la crueldad, los que sólo por fuerza mantienen su dominio, como los amos respecto de sus esclavos,

si no pueden sujetarlos por otros medios; pero pretender hacerse temible en una ciudad libre es la mayor locura. Porque aunque estén oprimidas las leyes y amedrentada la libertad, tarde o temprano los dominados por el terror sacan la cabeza, siendo más vehementes los impulsos de una libertad interrumpida que los de una libertad disfrutada a sus anchas. Aquellos que pretenden hacerse temer, no pueden dejar de estar con recelo ellos mismos de todos cuantos les temen. No hay, pues, imperio alguno tan poderoso que pueda ser durable basado en el temor²³.

Pero la actividad del terrorismo puede aumentar al acercarse las elecciones, precisamente para impedir el funcionamiento del sistema democrático...

¿A qué fin se llegará, que se conseguirá, qué resultará si todo esto escapa a nuestras manos en el próximo año? Estorbarán, los que ya están preparados para impedir que se celebren comicios; aquella calamidad que amenaza la ruina del pueblo, la funesta mano del terror, surgirá; se extenderá repentinamente por los alrededores de la ciudad; derramará en público su furor, el temor en el Gobierno, la conjuración en el foro, sus huestes por todas partes, la devastación en los campos, pues tememos en todo sitio y lugar, el hierro y el fuego, que ya en otro tiempo se dispuso.

Pero todas estas cosas, si la República está asistida de sus naturales defensores, se podrán fácilmente evitar con el trabajo de los magistrados y la diligencia de los particulares²⁴.

DERECHOS HUMANOS

A veces se escucha que los excesos militares son casi inevitables porque el militar está acostumbrado a hacer la guerra. De modo que, cuando entra en un pueblo, considera por principio que todos son sus enemigos; y es difícil pedirle en estas circunstancias que trate a sus habitantes como a damas.

Cuando los soldados han de entrar a una ciudad y ocuparla, se ha de considerar atentamente que no se ensangrienta con la crueldad por falta de maduro consejo. La obligación del hombre fuerte y magnánimo en tal caso es que, bien pensadas las cosas, sean castigados sólo los delincuentes, conservar el pueblo y mantener la justicia y la rectitud en todo acontecimiento²⁵.

23. Marco Tulio Cicerón: Los Oficios. II, VII.

24. M. Tullius Cicero: Oratio pro Murena, LXXXV. Cicerón se está refiriendo al año 62 a. de C., en el que los nuevos cónsules debían ocupar sus cargos como resultado de los comicios romanos.

25. Marco Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XXIV.

20. Cit. p. R.H.Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 78-9.

21. M. Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XIX.

22. Cit. p. R.H.Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 77.

Pero, ¿cree usted que la represión debe ser severa para poder ser eficaz?

[En esto] hemos de imitar la costumbre de los médicos, los cuales aplican remedios suaves a los que enferman ligeramente, pero en las enfermedades más graves se ven precisados a echar mano de las medicinas más peligrosas y aventuradas. Es disparate desear la tempestad cuando el mar está en leche; pero es prudencia enfrentarla del mejor modo posible cuando sobreviene²⁶.

Sin embargo, las medicinas más energicas pueden generar animadversión contra quien las administra: críticas al ejército e incluso muchas críticas populares contra los políticos que deben asumir la responsabilidad de la dirección de la represión, cuando menos de parte de los sectores de algún modo favorables a la insurgencia. Todo ello puede llevar a los políticos a abstenerse de medidas severas para evitar una pérdida de popularidad, que consideran como una muerte política...

Ha habido muchos hombres que, estando prontos a exponer sus riquezas y a derramar su sangre por la patria, no serían capaces de aventurar aún la más mínima parte de su fama en la mayor urgencia de la república... Esta flaqueza debe evitarse también en los asuntos civiles, pues hay muchos que por temor de "qué se dirá de ellos" no adoptan las decisiones convenientes²⁷.

[En todo caso], no debe contarse entre los de grande ánimo el que depende de la opinión del vulgo, las más veces errada²⁸.

LA POLITICA.

Desde tu perspectiva de "político-jurista" (¿o quizá "jurista-político"?), ¿hacia qué objetivo social deben dirigir la vista los políticos?

El objetivo debe ser aquello que es superior a todo lo demás, aquello que únicamente puede satisfacer a los ardientes deseos de todos los hombres de buen sentido, de enjundia y de lealtad: me refiero a una seguridad tranquila y honorable²⁹. Todo estadista tiene el deber de vigilar y defender aún con riesgo de su vida la religión y el sometimiento de la voluntad divina, el poder de los magistrados, la dirección del Senado, el Derecho, la tradición, la justicia y su administración, la fe, las provincias, la reputación del

país, la preparación militar, la estabilidad económica³⁰.

¿Qué virtudes debe tener un político de ese tipo?

Se requiere un corazón valeroso, una alta capacidad y una voluntad inflexible³¹.

Hay una relación torturada entre la voluntad de poder del político (que es como su sangre espiritual) y el hecho de que la política deba encontrarse, en última instancia, orientada al bien común y no sólo al bien del político. ¿Cuál debe ser la actitud del político?

Los negocios e intereses de un Estado se pueden comparar con la tutela, la cual se ha de administrar con atención al provecho de los que son entregados al tutor y no de aquellos tutores a quienes se les ha encomendado un tutelado³².

Sin embargo, el político vive de la opinión del público. Y a veces, para mantenerla favorable, parece necesario alimentarla con algunas medidas que, si bien pueden ser discutibles, intentan movilizar ciertos resentimientos y ciertos prejuicios para atraer la popularidad: por ejemplo, estatizar la Banca o denunciar a ciertos industriales de hambreadores del pueblo o cosas parecidas...

Tampoco deberá [el político] exponer a nadie al odio y a la envidia de los demás con falsas acriminaciones, y constante siempre en la honestidad y la justicia, muera por conservarlas, sin temor a la envidia, antes que abandonar estas cosas que acabo de decir³³.

Deben, pues, abstenerse los que gobiernan el Estado de esta especie de liberalidad, de dar a unos y usurpar a otros y, en especial, procurarán poner por igual bajo la protección de las leyes los bienes de todos los ciudadanos, de manera que ni los más pobres sean oprimidos por su flaqueza, ni a los poderosos estorbe la envidia para recobrar o conservar sus riquezas. Además, están obligados a aumentar la república en dominios, tierras y rentas, por cuantos medios sean practicable. Estas son tareas de hombres verdaderamente grandes, en las que se desvelaban nuestros antepasados. Y los que se dediquen a esta especie de beneficios, conseguirán mucha estimación y crédito, junto con muy conocidas ventajas de su patria³⁴.

30. Loc. cit.

31. Cit. p. R.H.Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 78.

32. Marco Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XXV.

33. M. Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XXV.

34. Ibidem, II, XXIV.

26. Ibidem, I, XXIV.

27. Ibidem, I, XXIV.

28. Ibidem, I, XIX.

29. Cit. p. R.H.Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 77.

Pero los que pretenden ganar la aceptación del pueblo y por este motivo intentan leyes para despojar a los poseedores de sus bienes, éstos tiran a derribar los más firmes fundamentos de la república: en primer lugar, la concordia no puede subsistir cuando a unos les usurpan sus haberes y a otros se perdonan las deudas; después, la justicia, que enteramente se destruye si no se procura mantener a cada uno en la propiedad de sus bienes... Y es más, con este perjuicio a la república tampoco consiguen el favor que pretenden; porque aquél a quien quitan se vuelve un enemigo, y aquél a quien han dado, disimula y calla³⁵.

Pero a veces el bien de la mayoría quizá justifica esas medidas políticas...

[Tampoco la usurpación de bienes puede ser justificada] porque sea mayor el número de los que han levantado (con injusticia a otros) que el número de aquellos a quienes han usurpado con iniquidad, pues en estos casos no se juzga por el número, sino por la gravedad del asunto³⁶.

A veces, en épocas de crisis como en la actual, se tiene la triste impresión de que los políticos se preocupan solamente en ocupar un lugar preferente en un decadente banquete antes que en hacer suyas las causas realmente necesarias a la república.

Nada hay más digno de compasión y lástima que el ambicioso empeño por los honores, acerca de lo cual dijo muy bien el mismo Platón: "Que los que disputan entre sí sobre quién ha de gobernar la república, son semejantes a unos marineros que altercasen sobre quien había de llevar el timón de la nave"³⁷... [mientras la nave se hunde].

Algunos piensan que para hacer política se necesita dinero. Por eso, ciertos políticos han dejado entender que cuando se llega al poder hay que hacer fortuna; no por una egoísta ambición de riquezas personales sino para estar en aptitud de continuar sirviendo a su país como políticos, durante los años en que no están en el Gobierno...

El varón prudente y magnánimo, digno de manejar las riendas del Gobierno, manteniéndose libre de ambición de riquezas y poderío se entregará todo a la república, mirando por ella de manera que se extienda y alcance a todos su cuidado³⁸.

SOBRE EL PODER JUDICIAL

Los procesos por narcotráfico y terrorismo se han convertido en "piedras de toque" de la eficiencia del sistema de administración de justicia: lo que suceda con ellos determinará la credibilidad en el futuro del Poder Judicial...

Debido casi a providenciales designios se les presenta a ustedes, jueces, en estas graves circunstancias que atraviesa la república, la ocasión que más pudiera codiciarse, de volver por el honor de estos tribunales y borrar una nota infamante impresa en la magistratura. Ha llegado, en efecto, a hacerse añeja la opinión, tan perniciosa a la república como para ustedes llena de peligros, y que anda en labios de todos, de que en los tribunales hay perdón para los mayores delincuentes, particularmente si atesoran grandes riquezas. Si no se aplican ahora los justos castigos, más faltaría tribunal a la república que reos a los jueces³⁹.

Y siendo así, jueces, en primer término por el bien de la República, sobre lo cual ninguna cosa debe ponerse, os pido por mi gran diligencia en el gobierno, ya conocida por vosotros, os exhorto en nombre de la autoridad consular, os emplazo por la magnitud del peligro, para que veléis por la tranquilidad, la paz, la salud, la vida vuestra y de todos los ciudadanos⁴⁰.

ESTUDIANTES DE DERECHO

¿Qué consejos habría que dar a los estudiantes que tienen algún interés por el Derecho? ¿Cómo escoger una carrera?

El personaje que hemos de representar en el mundo depende totalmente de nuestro libre albedrío; y así unos se aplican a la filosofía, otros al derecho civil. Aquellos cuyos padres o antecesores se han destacado en alguna carrera, aspiran por lo general a sobresalir en lo mismo: como Quintus Mucius, hijo de Publius, en el Derecho Civil. Algunos añaden a la gloria heredada de sus padres otros triunfos propios. Sucede otras veces que algunos, omitiendo las pisadas de sus abuelos, siguen otro camino nuevo.

Ante todo es necesario resolver qué figura hemos de hacer en el mundo y en qué modo de vida: resolución, por cierto, muy difícil. Porque entrado el joven en la adolescencia, cuando es mucha la debili-

35. Ibidem, II, XXIII.

36. Loc. cit.

37. Ibidem, I, XXV.

38. Ibidem, I, XXV.

39. Marco Tulio Cicerón: Proceso de Verres. Primera acusación. Proemio. I.

40. M. Tullius Cicero: Oratio pro Murena, LXXXVI.

dad de su consejo, se propone desde luego el modo de vivir que más le agrada⁴¹ [y no el más adecuado].

Una vez que se ha pensado bien y elegido, se debe ser perseverante y seguir adelante. Claro que puede suceder que se descubra que se erró desde el principio. En tal caso, el cambio de carrera no va a ser fácil y dependerá de las circunstancias⁴².

* * *

41. M. Tulio Cicerón: Los Oficios, I, XXXII.

42. Ibidem, I, XXXIII

Nos despedimos de Cicerón en las escalinatas de la Curia y subimos la colina del Palatino por callejuelas bordeadas de cipreses y de muros con carteles electorales que proponen candidatos para los próximos comicios locales: "*Voten por Bruto: él mantendrá los precios bajos*". Los diversos gremios de trabajadores -leñadores, arrieros, campesinos y demás- apoyan a sus propios candidatos, y un círculo de "bebedores transnochadores" apoya "unánimemente" a Vatia⁴³. Abajo va quedando la ciudad de los oradores, la Roma de esos hombres graves, imbuidos de un profundo sentido de dignidad, para quienes el honor se adquiere y se conserva en el servicio al bien común.

43. En realidad, estos carteles electorales fueron encontrados en Pompeya, bajo las cenizas del Vesuvio. El texto del cartel de Bruto, a pesar de su aparente contemporaneidad, es estrictamente de la época. Vid. R.H.Barrow: Los romanos (1949). Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 97.



El Pintor (Evocación)

Poder Judicial y realidad (*)

Wilbert Baca D' La Zota

Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao

Señoras y Señores:

Hace exactamente seis años fui honrado por primera vez con esta misma distinción por mis colegas en esta Corte Superior de Justicia del Callao. En 1983 fui elegido para el mismo cargo que hoy vuelvo a ocupar, con la misma confianza depositada en mi gestión y bajo la misma promesa que antaño hiciera. Por ello, quiero significar este hecho de mis colegas y expresarles públicamente lo que les dijera en la Sala Plena en que fui elegido: muchas gracias y les renuevo con la mayor fidelidad mi confianza de realizar una gestión digna de la honra con que me han dispensado.

Asimismo, al Presidente saliente le expreso mi gratitud por la tarea realizada, que deberé continuar en su misma línea, y con la misma finalidad, así como le expreso mi reconocimiento por los generosos conceptos para mi persona y mi felicitación por la labor desplegada en estas difíciles circunstancias.

Vivimos épocas muy delicadas. Nunca antes habíamos conocido tales niveles de deterioro moral, las inclemencias de la crisis económica y los avatares de una situación política altamente incandescente. Dentro de este contexto cabe preguntarnos: ¿Tiene algún rol el Juez? ¿Le cabe al Poder Judicial algún rol dentro de esta Sociedad y de este Estado?. Intentaré —desde mi modesto punto de vista, por cierto— dar respuesta a estas dos interrogantes.

I. VIOLENCIA Y PACIFICACION

Decíamos que nunca como ahora los márgenes de frustración social masificada se habían manifestado de la forma como ahora se nos presentan de lleno y en la faz. Vivimos difíciles épocas en las que la violencia urbana y marginal ha sido sumada a la violencia política. Existen, cuando menos, cuatro agrupaciones clandestinas que desde sus particulares

ópticas realizan una tarea que por serle ajena, le es repugnante: administran su justicia por mano propia.

Es a esto a lo que se refiere el Profesor español Jesús González Pérez cuando destaca, en su obra "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional", la importancia de una efectiva tutela del órgano jurisdiccional, como el derecho de todo aquél, para acudir a un órgano estatal que le atienda, verificando su razón y haciendo efectivo el derecho reclamado. Y esto no constituye una conquista del Estado Social de Derecho. La organización del Poder Público, de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesta a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer, es el derecho a la Justicia que existe con independencia de figurar en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser tales. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle —como buenamente pueden, lo que no siempre sucede— como se recogen otros principios de la filosofía del derecho, al lado de los principios políticos y de la costumbre nacional. Y no hay que olvidar que también es recogido en la Constitución (Arts. 2do, 232 y 233) y figura además en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1950 (Art. 14) en el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Art. 6to.), en tanto que para el sistema interamericano se encuentra expresamente contenido en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 sobre Derecho Humanos (Arts. 8vo. y 25vo.).

Por ello es que el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, el derecho a un debido proceso legal ante el Poder Judicial se convierte en pilar fundamental de toda organización social estructurada en términos de paz y convivencia social. Añade el propio Profesor González Pérez, que sólo impidiendo el ejercicio de la fuerza privada como modo de

(*) Discurso pronunciado al asumir la presidencia de la Corte Superior del Callao para el año Judicial 1989

- Para THEMIS constituye una gran ocasión poder ofrecer a nuestros lectores este ilustrativo discurso, que importa una aguda opinión y una realista visión acerca de diversos problemas y realidades vinculadas a nuestro Poder Judicial.

satisfacer las pretenciones y el reconocimiento de los derechos -verdaderos o supuestos-, sólo sustrayendo del hombre la potestad de ejercer justicia por mano propia, podrá asegurarse el imperio de la justicia social. Del caos en que prevalecía la ley del más fuerte, en el moderno Estado de Derecho se ha pasado a un orden jurídico superior en el que debe prevalecer el criterio de un sujeto imparcial, sustituyéndose y proscribiéndose la acción directa frente al adversario, por la acción dirigida hacia el Estado en la búsqueda de esa tutela judicial de carácter efectivo, a fin de que órganos especialmente instituidos acojan y actúen las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro: *ésta es la historia del proceso judicial y el fundamento de la labor judicial.*

En la actualidad, si bien el renacimiento de la autodefensa no es ni mucho menos exclusivo de nuestra época, sí es cierto que hoy en día se presenta en los términos más virulentos y generalizados nunca antes conocidos, como los peruanos podemos dar triste fe de ello. Por esto es que se habla de la "*actualidad de la venganza*", para definir este resurgimiento autodefensivo en sus formas más rencorosas y arbitrarias durante los últimos tiempos; y esto sucede cuando todo parecía prever un triunfo definitivo del proceso judicial, del rol judicial, por sobre la autodefensa, cuando todos eran cantos a las fórmulas procesales para dirimir litigios; he aquí que de pronto la arbitrariedad de la autodefensa reaparece en las formas más violentas y crueles jamás imaginadas. Y es que la imaginación humana no tiene, lamentablemente, límite para el honor.

Las causas de este resurgimiento autodefensivo son muchas y de muy diversa índole. Pero fundamentalmente quizá -y sin quizás tal vez- ocupe preferentemente lugar la desconfianza y hasta el desprecio del ciudadano, del justiciable, hacia la justicia que le administra el Estado. Y eso los Magistrados no sólo lo sabemos, sino que lo sentimos en carne viva en nuestro diario quehacer. Los medios de comunicación social, las organizaciones colectivas de nuestra sociedad, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, al lado del humilde ciudadano, no han cobrado conciencia en el Perú de la importancia que el rol judicial tiene para lograr no sólo las bases de una elemental convivencia social, sino el arma más eficaz de la lucha contra la criminalidad urbana y el terrorismo, fórmula autodefensiva que en nombre de ideales supremos determinados por unos cuantos, pretenden imponer a la mayoría formas de organización política ajenas a nuestra realidad, alejados del mínimo sentimiento honestamente democrático y acercados a las formas y modos más violentos jamás conocidos por la sociedad peruana. Para mantener la justa paz comunal no basta proclamar la exclusividad de la actividad jurisdiccional. No es suficiente prohibir y sancionar con draconiana legislación el ejercicio de la justicia por mano propia. La justa paz

social de la comunidad únicamente será posible de modo directo en la medida que el Estado sea capaz de crear y de dotar de instrumentos adecuados y eficaces al órgano jurisdiccional para satisfacer las pretensiones que ante él se hacen. La justicia es uno de los más íntimos anhelos que todo hombre lleva consigo, de modo que será inevitable que éste la busque por su propia mano cuando el Estado no se la ofrece de modo pronto y eficaz por los cauces pacíficos. Por más fuerte y hasta brutal que pueda llegar a ser la máquina represiva, será desbordada por aquella desesperada búsqueda individual y colectiva de justicia. Los márgenes de la frustración social de la justicia son cada vez más amplios. ¿Es que acaso no podemos, ahora, dar fe nosotros de todo esto?

Debemos entender con toda claridad que el fracaso de la Administración de Justicia es el fracaso del corazón del Estado por lograr condiciones mínimas que aseguren el desarrollo social en paz. La justicia, al decir del Maestro Devis Echeandía, como noción abstracta es inmutable, pero la manera de lograrla en la práctica, difícil y esquivada, es necesariamente cambiante porque debe ajustarse a la evolución permanente del medio social histórico y de la misma persona humana. Y es que en cada período de la historia han existido diferentes conceptos de justicia y especiales procedimientos para adoptarla, sin que antes ni ahora, se haya alcanzado la perfección, ni tal vez se la logre nunca, ni siquiera esa incompleta y relativa que suele satisfacer al hombre y que es la única que está a su alcance.

La administración de justicia es actora y espectadora de su propio drama en el mundo actual. Vituperada y despreciada por la sociedad -muchas veces con razón, qué duda cabe-, termina siendo fundamental para lograr esa convivencia pacífica y social que el moderno desarrollo del hombre requiere. El bienestar social lo otorga el Estado. Pero las libertades fundamentales, los derechos ciudadanos y la justicia humana, tan esquivada como singular, es ganada y conquistada por el hombre y preservada por la Administración de Justicia. A los Magistrados, sepámoslo ya, nos está reservado el privilegio de ser los custodios de los valores fundamentales de los hombres, de los derechos humanos, así como de lograr su efectividad y respeto. Todo conflicto intersubjetivo o inter-social terminará en la arena judicial con el Magistrado como privilegiado testigo y fundamental actor en la composición que se logre. Resulta imprescindible que la sociedad en su conjunto y la administración central del Estado tome conciencia de ello. Pero más importante, prioritario y urgente -a la par que dramático- es que nosotros cobremos conciencia del rol que el destino nos ha reservado, y que a lo largo de todo proceso y cualquiera que sea la índole de éste, el justiciable debe ser tratado como un ser humano y no como un ser disminuido, como lamentablemente ocurre en muchos casos. Este

sería mi primer y fundamental llamado a mis colegas del Distrito Judicial del Callao.

Si tomamos conciencia de la situación cada vez más angustiosa de la persona humana frente a un Estado moderno cada vez más poderoso y a una sociedad ciertamente más compleja, —como bien apunta ese notable jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio—, en la que resulta necesario sincronizar los intereses de diversos grupos cada vez más heterogéneos, podemos entonces afirmar sin ambages que los Tribunales de Justicia son conscientes de todas estas circunstancias. Pero, lamentablemente las circunstancias que se oponen a la plenitud del funcionamiento del aparato judicial son de muy diversa índole que escapan a los límites forenses y legales: son también factores de índole político, económico, social, mucho más difíciles de superar que aquellas ya descritas, como bien anota el Profesor González Pérez. Por ello, pese a los importantes avances que se han dado, no se puede vislumbrar un horizonte muy favorable. Es como en el caso de la Ciencia Procesal de todo el mundo, que tiene plena conciencia de las serias deficiencias e impotencias del proceso. Precisamente en la convocatoria del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Gante, Bélgica, en 1977 se dijo: *"En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe poder funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para conseguir este objetivo"*.

Por ello termina siendo tarea fundamental del moderno Estado de Derecho, y de su Administración de Justicia por ende, lograr el derecho de todo justiciable a un proceso judicial justo, equitativo e imparcial (entendiéndose dentro de la imparcialidad la necesaria moralización) lo que ha dejado de ser un problema meramente procesal, incluso de garantía constitucional, para convertirse en un problema capital de la organización social, en uno de los atributos de la personalidad, esto es, en un derecho fundamental. Así como toda persona tiene derecho al trabajo, a la educación, a la vida, a la libertad, etc.; todo justiciable tiene el derecho fundamental de reclamarle al Estado, a la Administración de Justicia, el acceso libre e irrestricto a los Tribunales en la desesperada búsqueda del valor justicia a través de un proceso imparcial que culmine con una declaración de certeza. El acceso a la justicia humana en los términos ya definidos, es un derecho fundamental, uno de los derechos humanos, tan importante como los demás ya clásicos. Jueces, autoridades, abogados, docentes, estudiantes y ciudadanos en general tenemos la obligación de comprenderlo así en toda su plenitud.

Una sociedad sin un sistema judicial eficaz jamás podrá poner en vigencia las bases esenciales

de una organización democrática, ni poner en marcha de manera adecuada los mecanismos de protección de los demás derechos fundamentales y ordinarios; ese mecanismo, es un elemento esencial dentro del sistema de protección de derechos fundamentales y, como ya se ha dicho, un derecho humano.

II. ROL POLITICO DEL PODER JUDICIAL

Tradicionalmente se ha sostenido que los jueces somos apolíticos dado que se nos está prohibido tener afiliación política mientras tengamos responsabilidades jurisdiccionales. Pero, de allí a sostener de modo generalizado que carecemos de percepción política hay una gran diferencia.

En efecto, nuestra apoliticidad funcional está íntimamente ligada a nuestra imparcialidad funcional, lo que empata con la legitimidad social y moral de nuestra diaria labor. Individualmente no debemos tener preferencias políticas para que éstas no interfieran, objetiva o subjetivamente, en nuestras decisiones. Y todo ello en nombre de una justicia que no es objetiva, sino subjetivamente determinada en cada época, en cada generación, en cada año, en cada día, en cada caso. Como trabajadores de la justicia nos hace seres políticos por excelencia, cuando aplicamos con nuestro criterio de conciencia lo normado positivamente en las leyes y reglamentos, que no son otra cosa que manifestaciones jurídicas de otro poder político. Somos el último brazo en la aplicación de una determinada política en el país que no podemos calificar, pero sí *controlar*. Somos agentes políticos en tanto somos agentes del *control político* y en cuanto el destinatario de toda nuestra labor judicial, viene a ser toda la ciudadanía y la comunidad nacional en general.

En las actuales circunstancias de crisis económica, moral y política, el Poder Judicial es un actor privilegiado, a la par que víctima del mismo drama. En el importantísimo "Informe General que la Comisión Especial sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación Nacional" del Senado de la República, que bajo la presidencia del Senador Enrique Bernaldes fue constituida, se lee textualmente en las páginas 334-335: *"Estamos convencidos de que si los Poderes Públicos y la sociedad en su conjunto brindan a los jueces el apoyo moral y material que necesitan, ellos cumplirán con los requisitos de honestidad, capacidad y acierto, que son indispensables para el recto ejercicio de la función jurisdiccional"*. Este mismo estudio —muy valioso por cierto— constata la ingerencia del Poder Político dentro de la actividad jurisdiccional e indirectamente nos demuestra del verdadero rol político de la Administra-

ción de Justicia en la lucha contra toda forma de violencia ciudadana y social.

En la historia del moderno Estado de Derecho podemos apreciar con claridad que en los últimos doscientos años ha habido un notable desarrollo. El Ejecutivo ha cobrado una poderosa fuerza. El legislativo se ha tecnificado y modernizado. Sin embargo, constatamos igualmente con profunda tristeza que el Poder Judicial se ha quedado colgado del tiempo de la historia, enmarañado en sus formas, retórica y ritos, sin lograr esa ansiada modernización que haría más accesible su finalidad. La cibernética –tan común en el uso ciudadano, empresarial y estatal– aparece para el Magistrado tan lejana como imposible. Las formas más racionales y modernas de la administración pública están alejadas del quehacer judicial, perdido en el túnel anacrónico de un inevitable tiempo pretérito.

¿Nos reconocemos acaso agentes del control político? ¿No somos víctimas del exceso de Poder Político? ¿Podemos siquiera, contar con un presupuesto mínimo explícitamente señalado en el texto expreso de la Constitución Política del Estado? Las respuestas son todas, lamentablemente, negativas. Sin embargo, el propio ordenamiento constitucional, el propio orden jurídico nacional nos impone la tarea del control político que no ejercemos a plenitud porque desgraciadamente no somos conscientes del poder de control político que el sistema jurídico nos depara. ¿Qué cosa es si no, la acción contencioso-administrativa que el Art. 240 de la Constitución señala: pues no es otra que la posibilidad de corregir plenamente una decisión gubernativa de carácter individual, cualquiera sea su naturaleza o rango, sin distinción alguna? ¿Qué es la acción popular: es el sistema de control de la constitucionalidad y legalidad de la legislación derivada del Poder Ejecutivo? ¿Qué es, si no, la revisión judicial de la constitucionalidad –tan desconocida– y que está vigente en el sistema peruano desde 1936: pues la posibilidad de declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de una ley emanada del Parlamento Nacional, conforme lo estatuyen los Arts. 236 de la Constitución, 8vo. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3ro. de la Ley 23506? ¿Qué cosa es la acción de habeas corpus si no la posibilidad jurídica dentro de la jurisdicción de la libertad que permite al Poder Judicial poner fin a una detención arbitraria dispuesta por cualquiera fuera de un debido proceso? Y finalmente, ¿qué es si no –yo pregunto– la acción de amparo, también dentro de la jurisdicción de la libertad, sino un mecanismo judicial que permite el control de la constitucional y legalidad en la preservación de todos los demás derechos fundamentales no protegidos por el habeas corpus, y cuya importancia y popularidad son hoy evidentes? Como se ve, los mecanismos para lograr un efectivo control político desde el Poder Judicial están dados. A eso debemos

añadir las facultades específicas reservadas a la Corte Suprema de Justicia de la República en la iniciativa presupuestaria y legislativa en lo que es de su materia, en los vacíos legislativos y en la legitimidad para la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, además de otras como el encausamiento de los altos funcionarios de la República. Y es que, por la propia definición de la Teoría Constitucional sabemos que sólo el Poder controla al Poder. Esa fue la filosofía de Aristóteles y que enriqueció Montesquieu en su obra "Del Espíritu de las Leyes". Somos pues, y así debemos reconocernos, un Poder de control Político efectivo, tan importante como cualquiera de los otros dos diseñados constitucionalmente. Pero, ¿tenemos acaso la misma importancia política o social?, ¿somos acaso, reconocidos socialmente como un factor determinante en la conducción política del país?. La respuesta es nuevamente negativa, por desgracia. Esto parte de un desigual desarrollo del Estado Moderno de Derecho, lo que es un problema histórico de orden contemporáneo. Sin embargo, no debemos quedarnos allí y debemos intentar con todo nuestro empeño cambiar esta situación. ¿Qué requerimos?, Pues, para empezar, lo más simple y fundamental: iniciar por reconocernos como un *Poder de Control Político*, con todos los atributos y todas las responsabilidades que ello entraña. Y en segundo lugar, lograr una imagen social más favorable y acorde con la trascendente tarea que se nos ha reservado. Sólo así podremos evitar –sin lamentarnos– la ingerencia política dentro del principio de la exclusividad jurisdiccional, sólo así podremos vertebrar una verdadera independencia económica de lo que podemos llamar nuestro común hogar judicial; sólo así, finalmente, podremos lograr los niveles de desarrollo que tienen los demás Poderes Públicos.

Necesitamos pues, un Poder Judicial enérgicamente moralizador, valorado conforme a su elevada función con verdadera y real independencia, altamente eficiente en el logro de su misión jurisdiccional, con adecuadas relaciones y de igual nivel con el Parlamento y el Ejecutivo, a efecto de incorporar a la vida democrática del país el anhelado principio del equilibrio de poderes. Algo de todo esto nos sugiere Basadre, quien nos definiera como "*un país de mentalidad sísmica, donde es fácil hallar poetas, políticos, oradores; donde la aparición de grandes juristas es un fenómeno de sedimentación ulterior. El Perú, –dijo– país contradictorio, los ha tenido, a pesar de todo. Riqueza de subsuelo, sin el abono de calores multitudinarios ni belleza ornamental...*". Esto mismo puede definir a nuestros insignes Magistrados de antaño.

III. CAPACITACION JUDICIAL

Son muchas las causas de la situación ya descrita. Muchas cosas en el país tendrían que cambiar

para lograr remontar esta anormal situación, y nuestras razonables perspectivas no son favorables a que ello suceda así. Sin embargo, son también muchas cosas que se pueden hacer para lograr día a día mejorar esta realidad y hacer del Poder Judicial una estructura del Estado sólida, eficaz y mínimamente aceptable por su resultado.

Una de las tareas que considero impostergable para este importante avance es el lograr la capacitación judicial a través de una Escuela Judicial o Academia Judicial. La constatación es muy simple: dentro de su labor judicial el Juez —como operador del derecho— tiene una posición diferente y diferenciada del abogado, del fiscal, del policía, etc. Sin embargo, las Escuelas de Derecho no preparan Magistrados. Estos se forman en la sola praxis o experiencia judicial o simplemente al calor de su enorme empeño, voluntad o vocación. Se nos enseña en la Universidad a ser abogados, juristas, investigadores; pero no se nos enseña a juzgar, tarea diferente y crucial pues la doctrina servirá para la Administración de Justicia, la labor forense concluirá en un estrado judicial con una sentencia definitiva que colme sus expectativas o le llene de desesperanza (pues frente a la injusticia de la Administración de Justicia no hay reparo alguno), la labor docente terminará en la formación de otros abogados, investigadores y docentes; y la noria de la historia se volverá a repetir. Pero, ¿quién nos enseña a juzgar?. La respuesta es simple: nadie, excepto nuestra intuición y la formación letrada que arrastremos con nosotros, unos más que otros. Y nos seguiremos engañando pensando que la mayor experiencia —en términos puramente cualitativos— nos hará mejores Magistrados, sin percatarnos que sin una capacitación permanente el tiempo sólo fermenta nuestros defectos y esconde las pocas o nulas virtudes que podamos tener. Siendo esto un defecto estructural de nuestro sistema educativo, pues se considera al que egresa del Colegio o de la Universidad que ya está preparado para el resto de la vida cuando en realidad la educación para los fines de la vida colectiva debe ser inacabable, porque inacabable es la riqueza de la vida.

Es imprescindible formar conciencia nacional respecto de la necesidad de una Escuela Judicial vinculada estrechamente a la Administración de Justicia y que le sirva de cantera para la provisión de las nuevas generaciones de Magistrados, lo que tiene asidero en el Art. 46 de la Constitución del Estado. Así, la Escuela Judicial uniría ciencia, experiencia y especialidad con el valioso concurso de las Universidades y del Foro nacional. Además de la necesaria especialización, lograríamos ese imprescindible espíritu unitario de cuerpo que nos permitiría recomponer y retomar la competencia de nuestro Poder de Control Político, la unidad frente a la moralización internamente lograda —y no desde afuera como siempre se ha hecho sin resultados positivos—; y finalmente, la consecución del más caro anhelo de todo Magistrado: la composición judicial en términos equitativos, justos e imparciales.

La tarea especializada del Magistrado tiene dos vertientes: la individual, frente al ciudadano, al justiciable que toca las puertas de un despacho judicial en la desesperada búsqueda de su justicia que la reparación de su derecho reclama. Y la colectiva, frente a la presencia grupal, sólida y unitaria ante el aparato del Estado reclamando el sitio y el privilegio que le corresponde como depositario de la voluntad popular en la tarea de la administración judicial.

Las proposiciones que se formulan podrán ser logradas, no sólo como tarea exclusiva de los magistrados sino como tarea y responsabilidad de todos: Poderes Públicos, Colegios Profesionales, ciudadanos en general, esto es, de todos, pues todos podemos terminar siendo justiciables.

Confío en que al finalizar el año judicial 1989 que hoy comienza, y que declaro formalmente inaugurado, podamos decir en conjunto, como el poeta: SATISFECHOS ESTAMOS, POR HABER TRABAJADO BIEN EN FAVOR DE LOS DEMAS.

Muchas gracias.

La Contratación del Estado en el Perú

(un caso lamentable de vacío jurídico)

Alberto Bustamante Belaunde

Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUC.

Es probable que la muy discutida -e históricamente cuestionada- distinción clásica entre Derecho Público y Derecho Privado se encuentre en la base de una de las deficiencias más significativas que padece nuestra institucionalidad legal: un régimen jurídico adecuado para la contratación del Estado. En principio definible como una contratación en la que interviene como parte el Estado -a través de cualesquiera de sus poderes, instituciones o administraciones- nuestro problema consiste, precisamente, en que tal régimen jurídico no ha sido definido en términos adecuados, en el mejor de los casos, o prácticamente no existe, en el peor.

La contratación del Estado ha sido tradicionalmente examinada a la luz del malhadado maniqueísmo Derecho Público versus Derecho Privado. Y se ha señalado, entonces, que el contrato en que interviene el Estado -también llamado "contrato administrativo"- se encuentra dentro de la esfera del "Derecho Público", destacándose que el Estado, gracias a su "ius imperium", es una parte relativamente privilegiada en dicha relación contractual.

Planteada la dicotomía, cuando las vicisitudes del mundo moderno forzaron al Estado a sujetarse al "Derecho Privado" en algunas de sus relaciones jurídicas, nuestra jurisprudencia siguió escarbando ya no en el maniqueísmo de la relación Derecho Público versus Derecho Privado, sino, peor aún, en la densidad conceptual de la denominada "doble personalidad del Estado". Según esta tesis, existen circunstancias en que el Estado se comporta contractualmente como cualquier particular, mientras que hay otras en que asume una relación contractual privilegiada, característica del "ius imperium" inherente al Derecho Público. Así, los fundamentos de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 12 de setiembre de 1967, y especialmente los del voto singular del Vocal Portocarrero Olave, impidieron que el Estado hiciese valer sus

atributos de imperio en una relación jurídica típicamente "privada", es decir, la contratación de un músico de la Orquesta Sinfónica Nacional, a quien se tuvo que reconocer todos sus derechos como co-contratante en el impoluto universo del "Derecho Privado".

Y es que si de regímenes jurídicos queremos hablar, debe decirse con toda claridad que algunas normas constitucionales vagas e imprecisas, así como sucesivas (repetidas o contradictorias) leyes presupuestales que han definido cuándo se debe licitar y cuándo no, y, para terminar, un excesivamente modificado Reglamento Unico de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) o un reciente Reglamento Unico de Adquisiciones (RUA) -los dos últimos evidentemente redactados por ingenieros-, no han definido, ni siquiera en sus términos básicos, cuál es, realmente, el estatuto al que deben sujetarse quienes contraten con el Estado. No existe orgánicamente tal estatuto, y las contrataciones del Estado se regulan por un sinfín de normas de diversa jerarquía y dudosa vigencia, normas que deambulan todavía en la dicotomía Derecho Público versus Derecho Privado y que en modo alguno conforman un cuerpo orgánico y homogéneo de utilidad para la resolución de varios conflictos de Derecho.

En un caso concreto, esa falsa dicotomía parece haber entrampado a la Southern Perú Copper Corporation (en adelante SPCC). Esta empresa ha demandado al Supremo Gobierno por incumplimiento contractual del Convenio Bilateral de Cuajone (en adelante "el contrato"), en el que intervinieron los Ministerios de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, el Banco Central de Reserva del Perú y la SPCC, el 19 de diciembre de 1969. Según la SPCC, sus controversias con el Estado peruano giran en torno a la fecha en que se produjo la recuperación de las inversiones efectuadas por SPCC y al saldo de dinero que SPCC tiene el derecho a remesar al

exterior desde que se produjo la recuperación. Solicita al Juzgado que, en consecuencia, decida y declare que en el mes de julio de 1987 se produjo la recuperación total de las inversiones efectuadas por SPCC y que, al producirse la recuperación, existe un saldo remanente de US \$16'712,960, que SPCC tiene derecho de remesar al exterior según el contrato. Solicita al Juzgado, también, que ordene se expida la Resolución Ministerial que declare que la recuperación de la inversión se produjo en la fecha indicada; que existe un saldo remesable de US \$16'712,960; y que desde la fecha de recuperación se dio inicio al periodo de estabilidad tributaria de seis años pactado en el contrato.

Los fundamentos de la demanda inciden especialmente en la naturaleza privada de la relación contractual que vincula a SPCC con el Estado. Sostiene que el Gobierno, dentro de las facultades otorgadas por ley, actuó voluntariamente y negoció las "condiciones, términos, beneficios y situaciones específicas propias y particulares para la explotación de Cuajone". Dice: "Las obligaciones que solicitamos de nuestra contraparte no son actos discrecionales de derecho administrativo que el gobierno puede o no cumplir", fundamentando que en julio de 1987 se recuperó la inversión en la doble circunstancia de que en tal fecha se había recuperado efectivamente la inversión, de un lado, y de que, mediante Decreto Supremo, se había extendido de diez a once años el periodo en que, en el contrato inicial, se había previsto tal contingencia, de otro lado.

No sería procedente referirse a "entrampamiento" en este caso concreto, si SPCC, antes de recurrir a los tribunales de justicia, no hubiese librado varias batallas administrativas contra igual número de informes evacuados por la Dirección General de Contribuciones, recogidos en muchos casos por actos administrativos o resoluciones fundamentadas en ellos. El "entrampamiento" es aún más visible si se considera la fecha en que SPCC considera se produjo la recuperación de la inversión, julio de 1987, que hubiera constituido un imposible jurídico de no haber mediado un Decreto Supremo calificado por la propia SPCC como "unilateral" en la demanda misma, que extendió de diez a once años el periodo en que era posible la recuperación de la inversión.

Para señalarlo en otros términos, examinada la demanda en abstracto, parecería perfectamente viable, planteada que fue, en efecto, como una acción judicial dirigida a exigir el cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas por su contraparte, es decir, el Estado. La trampa en que una inexplicable deficiencia de nuestro siste-

ma institucional hizo caer a la SPCC consistió, precisamente, en que esta última no se limitó a demandar el cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas, sino que lo hizo en el interior de la dicotomía teórica Derecho Público versus Derecho Privado, enfatizando que su relación con el Estado había sido de Derecho Privado y no de Derecho Público. Al haberse enfangado en esa dicotomía maniquea, no va a faltar el formalista que aduzca que quien ya se comportó como sujeto de una relación de Derecho Público -administrado que libró una intensa batalla administrativa contra informes y actos administrativos- no puede luego, en el plano judicial, solicitar que se declare su derecho mediante Resolución Ministerial (porque bastaría, en todo caso, el mandato judicial), invocar una suerte de inmunidad privatista y olvidar, inclusive, que fue gracias a un Decreto Supremo -que la propia demandante denomina "unilateral"- que la extensión de diez a once años hizo posible, según sus propios criterios y cifras, la recuperación de la inversión en el mes de julio de 1987.

He insistido en calificar de "entrampamiento" a un factor institucional externo a la voluntad de la SPCC, que se vio obligada a adecuarse a los términos tradicionales de discusión del anquilosado Derecho Administrativo peruano. Y no por falta de imaginación de sus abogados, ciertamente, sino porque, sin duda, su salida era la única posible ante las deficiencias de un régimen jurídico, si acaso existe, en materia de contratación del Estado. Y los magistrados que resuelvan la causa, al apreciar el entrampamiento al que se ha visto sometida la demandante, deben considerar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que establece:

"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o por deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

En otras palabras, más allá de que SPCC se vio efectivamente entrampada por la deficiencia institucional que he descrito, no puede negarse que, en el fondo, su pretensión es amparable desde el punto de vista de la justicia.

Trascendiendo el caso concreto examinado, puede sostenerse que esa deficiencia institucional va a continuar siendo un dolor de cabeza: a falta de mecanismos legales concretos, no queda más remedio que recurrir a los paradigmas conceptuales clásicos.

No puede pensarse que la deficiencia que

he intentado describir en estas líneas es exclusivamente solucionable con el diseño legal de un nuevo régimen jurídico para las contrataciones del Estado. Como le está ocurriendo a la SPCC, hay cientos de litigantes que, entrampados por el maniqueísmo legatario de dicha deficiencia institucional, han emprendido la difícil pero comprensible aventura de seguir distinguiendo entre Derecho Público y Derecho Privado, que es un tema que evoca irremisiblemente al tema del sexo de los

ángeles. Todos esos litigantes, a falta de una reforma legislativa de gran calibre, están esperando, al menos, que los tribunales de justicia no bendigan sentencias manifiestamente reñidas con las pautas básicas del Derecho Común, de las que el Derecho Administrativo sólo desprende, como diría García de Enterría, algunas modulaciones y adecuaciones perfectamente plasmables en un estatuto legal consistente. Hacia ello debemos caminar.



Marinera

Los fundamentos científicos del Derecho Procesal

José Antonio Silva Vallejo

Vocal de la Corte Suprema

Profesor Principal en las Universidades de Lima y San Martín de Porres

1. EL SURGIMIENTO DE LA CIENCIA DEL PROCESO

Podemos afirmar, como un primer planteamiento de epistemología procesal, que la ciencia contemporánea del Derecho Procesal es un producto del pensamiento alemán, austriaco e italiano, a través de sus grandes profesores, institutos y Universidades que han forjado, con su entrañable amor a la investigación filosófica e histórica, una rigurosa metodología en el manejo de la heurística y de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que han hecho de estos maestros –los "Professorenrecht"– un luminoso ejemplo de la sabiduría jurídica y un clásico exponente de la investigación científica.

Yo veo en la escuela alemana, especialmente, en su fase "auroral", como la he denominado en otro estudio, el punto de partida de la ciencia contemporánea del proceso y, especialmente, en las obras de Martin y de Gönner el arranque de la moderna epistemología procesal. Allí están diseñados los principios generales del Proceso y, especialmente, la llamada "Verhandlungsmaximen" o "máxima de debate", según la cual, corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la litis o controversia judicial. Surge, así, lo que se conoce en la doctrina y en la legislación comparada con el nombre de "Principio Dispositivo" el que se enuncia en la fórmula de Nikolaus Taddaeus Gönner de la siguiente manera:

A Max Arias Schreiber Pezet y Carlos Fernández Sessarego a quienes en el corazón y en la mente les profeso el culto al ideal científico cual modelos plutarquianos de dos grandes vidas paralelas.

"Wo Kein Kläger ist da ist Kein Kläger", o sea, "donde no hay actor no hay juez"¹.

Observa Gönner que sin un principio dispositivo, esto es, sin un "Kläger" (actor) y sin una demanda judicial, no será posible un proceso. Dicho en otros términos "No hay proceso sin demanda", lo que equivale a sostener "No hay Juez sin actor" ("Nemo iudex sine actore"). De aquí se infieren las conocidas variantes: "Ne procedat iudex ex officio" ("el juez no puede proceder de oficio"), o bien, "Iudex ex officio non procedit", cuyo ejemplo más elocuente está consagrado en el art. 1992 de nuestro C.C., y el corolario "secundum alegata et probata partium iudex iudicet decidere debet" (según lo alegado y probado por las partes el Juez al resolver debe decidir). La contravención a este principio es causal de nulidad y se consagra en lo que denominamos sentencia "ultra p[er]tita" (la que vá más allá de lo planteado en la demanda) y sentencia "extra p[er]tita" (la que se pronuncia sobre algo que nadie ha planteado en la demanda): inciso 9º del art. 1085 del C. de P.C.

La teoría de los principios procesales fue continuada y desenvuelta por la escuela alemana en su segunda y tercera fase. Ejemplo: el profesor Julius Planck (1817-1900), padre del célebre físico-nuclear, analizando el problema de la acumulación procesal nos plantea el principio de economía procesal en base al "non bis in idem"², en tanto que el principio de Oralidad ("Mündlichkeitsprinzip") fue planteado y debatido apasionadamente antes y después de la promulgación de la Z.P.O. en 1876, como nos lo expone Adolfo Wach, "el sumo maestro de Leipzig", en sus célebres "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil"³.

Pero no sólo la búsqueda de los principios procesales ha sido el tema dominante de la ciencia procesal alemana. También lo ha sido la investigación de otro de sus grandes temas favoritos: la teoría de los presupuestos procesales ("Prozessvoraussetzungen") que constituye otra expresiva demostración del alto grado de fundamentación científica y filosófica de la epistemología alemana. Oscar Von Bülow (1837-1907), profesor en la Universidad de Giessen

y, luego, en Tübingen y Leipzig, ha planteado en una obra fundamental ("La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales", Giessen, 1868) la tesis de que el proceso es una relación jurídica de Derecho Público configurada por ciertos presupuestos. A partir de entonces el fundamento ontológico y la naturaleza jurídica del proceso se configuran ya no desde una perspectiva civilista que lo concebían como un contrato o un cuasi-contrato de litis contestatio, sino, desde el punto de vista publicístico con lo cual se perfecciona la metodología en la moderna época constructiva de la ciencia procesal⁴. Más tarde se introducen variantes en la doctrina de la relación jurídica y nuevos planteamientos teóricos sobre la esencia del derecho procesal, como lo expuse en otro estudio sobre este problema fundamental.

La acción y la jurisdicción y la teoría de los actos procesales han constituido temas de arduas y apasionantes discusiones como la famosa polémica entre Windscheid y Theodor Müther sobre la naturaleza de la acción y que, al decir de Chiovenda "inició una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluida, teniendo por objeto la determinación precisa del concepto de Anspruch"⁵.

Recientemente la controversia sobre el objeto del proceso ("der Streitgegenstand im Zivilprozess") ha polarizado las opiniones de ilustres profesores de nuestra disciplina tales como Arthur Nikisch, Leo Rosenberg, Friedrich Lent y Karl Heinrich Schab quien ha dedicado al tema un libro fundamental ya traducido al castellano⁶, tema y problema que también ha suscitado ecos en Italia como las reflexiones sobre el tema de p[er]tita y de causa p[er]tendi expuestas por Crisanto Mandrioli en la Rivista di diritto

1. Nicolaus Taddaeus Gönner: "Handbuch des deutschen gemeinen Process" pag. 180, Erlangen, 1801. Véase referencias en Mauro Cappelletti: "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità", tomo I, pag. 313-327, Milano, Giuffré, 1962; Antonio Nasi: "Disposizione del diritto e azione dispositiva", pag. 8, Milano, Giuffré, 1963; Tito Carnacini: Tutela giurisdizionale e tecnica del processo" en los "Studi in onore di Enrico Redenti", t. II, pag. 693 y sigs., Milano, Giuffré, 1951.

2. Julius Planck: "Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht Göttingen 1844, reimpresa por Aalen en 1973. Véase referencias en Luigi Paolo Comoglio: "Il principio di economia processuale", tomo I, pag. 26-27, Cedam, Padova, 1980; Rosenberg-Schwab: "Zivilprozessrecht", págs. 18-19, München, 1981.

3. Adolfo Wach: "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil", pag. 40 y sig Traducción castellana, Ejea, Buenos Aires, 1958; Mauro Cappelletti: "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità", tomo I, pag. 15 y passim, Giuffré, Milano, 1962.

4. Von Bülow: "La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales traducción castellana, Ejea, Bs. Aires 1964; Kremer: "Zur Konstruktion des Zivilprozesses" en la Grünhuts Zeitschrift, vol. 38, pag. 289 y sigs.; Wach Manual de Derecho Procesal Civil, trad. cast., tomo I, pag. 21 y sigs., 170 y sigs., 243 y passim.; Goldschmidt: "Teoría General del Proceso" editorial Labor, Barcelona, 1936; Id.: "Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens", Berlín, 1925, reedición por Aalen, 1962; Saur: Allgemeine Prozessrechtslehre", Berlín, 1951; Rosenberg: Tratado de Derecho Procesal Civil, t. I, Ejea Bs. Aires, 1955; Pedro Aragoneses Alonso: Proceso y Derecho Procesal, Ed. Aguilar, Madrid, 1960

5. Chiovenda: "La acción en el sistema de los derechos" en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", tomo I, pag. 9; Ejea, Bs. Aires, 1949.

6. Karl H. Schwab: "El objeto litigioso en el proceso civil" Ejea 1968.

processuale⁷ y que constituyen la aporética de nuestro artículo VII del Título Preliminar del Código Civil⁸.

Por otra parte, es preciso dejar establecido que esta vocación de la escuela alemana hacia los problemas y planteamientos de la Teoría General encuentra sus precursores en los teóricos del racionalismo ius-naturalista del siglo XVII, concretamente, en el sistema de Puffendorff-Leibnitz-Wolff-Nettelbladt los "padres de la Teoría General del Derecho"⁹ quienes vislumbraron en sus doctrinas la eidética y aporética de la Parte General.

De otro lado, la Codificación Prusiana realizada bajo Federico el Grande consagra no solo las ideas dominantes de la "Ilustración" sino que cierra y concluye la fase del Derecho Procesal Común de origen medioeval. El "Corpus Juris Fridericianum" promulgado el 26 de Abril de 1781 y cuyo primer libro trata sobre el ordenamiento procesal contiene ciertas equivalencias y paralelismos con los Códigos inspirados en el Derecho Procesal Común del medioevo. Ejemplo elocuente de éstos lo es nuestro Código de Procedimiento Civil de 1911 de inspiración típicamente medioeval y de origen romano-justiniano.

En cambio, en Austria, es posible rastrear ciertos precedentes a las geniales doctrinas y planteamientos de Franz Klein el ilustre autor de la Zivil Prozess Ordnung (Z.P.O.) de 1895, que es, a no dudar, el mejor cuerpo legislativo de toda la codificación germánica, incluida la Z.P.O. alemana de 1876, la Z.P.O. húngara de 1911 e, incluso, el Código italiano de 1942. En Austria es posible encontrar un valiosísimo precedente a todo esto en la "Allgemeine Gerichts Ordnung" (A.G.O.) del 1º de Mayo de 1781, obra de un notable jurista de Turingia llamado Christian Augis Beck cuyas ideas fundamentales se centran en la sumarización del juicio ordinario y en la oralidad: postulados axiomáticos, éstos, que se consagrarían más tarde en la codificación modelo de

Franz Klein¹⁰.

Yo veo en la Z.P.O. austriaca de Franz Klein un estrato decisivo en la fundamentación científica del Derecho Procesal Civil. En primer lugar, su concepción o su visión socio-política del proceso entendido como un instrumento puesto al servicio del Bienestar Social. Es lo que Franz Klein denomina "das Wohlfahrtseinrichtung"¹¹ que constituye una apertura hacia la llamada socialización del proceso, distinta y diferente al sistema procesal comunista, pero, también, distinta y diferente al sistema individualista que se manifiesta en el "adversarial system" del "common law" anglo-norteamericano y, en su forma más rudimentaria, en el sistema del Derecho Procesal Común del Medioevo, cuyo Código supérstite es el peruano de 1911.

2. EL DERECHO PROCESAL COMO CIENCIA DEL DERECHO PUBLICO

Antes del advenimiento de la elaboración científica del Derecho Procesal nuestra disciplina era considerada, como recuerda Hans Sperl, "un siervo del Derecho Privado"¹².

Por nuestra parte, nosotros hablamos de un "estado servil" del Derecho Procesal para referirnos, en primer lugar, a aquellos tiempos caracterizados por el predominio del Derecho sustantivo civil o penal sobre nuestra disciplina. Pero, también existe otra modalidad de estado servil del Derecho Procesal, con respecto ya no al Derecho Privado en general, o al Derecho sustantivo del cual fue su siervo en otros tiempos, sino con respecto a las contingencias políticas, a la mística de la "razón del Estado", o, como dice Mirkine-Guetzevitch –a quien corresponde el mérito de haber comprendido el significado de esta tendencia–, a "la rationalisation du pouvoir", elocuente expresión que se ha hecho célebre¹³.

10. Véase: Rainer Sprung (profesor en Innsbruck): "Le basi del diritto processuale civile austriaco" en la Rivista di diritto processuale, 1979, p. 30.

11. Franz Klein: "Zeit und Geistesströmungen im Prozesse" (Tiempo y corrientes espirituales de la época en el Proceso) pags. 25, 26, 29, Frankfurt 1958 (reimpresión de la edición original de 1901). Sobre esto véase R. Sprung ob. cit., Fritz Baur: "Il processo e le correnti culturali contemporanee" en la Rivista di diritto processuale, 1972, pag. 253 a 271; Fritz Baur: "Liberalización y Socialización del proceso Civil" en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, N°s 2-3 págs. 303 a 333; Mauro Cappelletti: "El Proceso Civil en el Derecho Comparado", pag. 73, Ejea, 1973; José Antonio Silva Vallejo: "El art. VII del Tit. Prel. etc." en el Libro a León Barandiarán, cit., pag. 468 a 478.

12. H. Sperl: "Il processo civile nel sistema del diritto", en los Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda, nel XXV anno del suo insegnamento, p. 811, Cedam, Padova, 1927.

13. B. Mirkine-Guetzevitch: "Las nuevas tendencias del Derecho

7. Crisanto Mandrioli: Riflessioni in tema di petitum e causa pendenti en la rivista di diritto processuale, 1984, pag. 465 a 480.

8. José Antonio Silva Vallejo: El art. VII del Título Preliminar del C.C. llave maestra de la teoría general del Proceso, en los Estudios León Barandiarán, Lima 1985, pag. 455 y sigs.

9. Sobre esto, véase: Knut Wolfgang Nörr (profesor en Tübingen): "Naturrecht und Zivilprozess", 1976; K.N. Nörr: "La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni" en la Rivista di diritto processuale 1981, pag. 23, 24 y passim; Adriano Cavanna: "Storia del diritto modeno in Europa" pag. 350, 338 y passim, Giuffrè, Milano, 1982; Franz Wieacker: "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna" pag. 271 y sigs.; Gioele Solari: "Filosofía del Derecho Privado", t. I, pag. 85 y sigs. editorial Depalma, Bs. Aires, 1946.

Esta mística de la razón de Estado, esta tendencia a la racionalización del poder, aflora en el proceso, que suele convertirse, a veces, bajo su influencia, en un instrumento de asesinato legal¹⁴; aun cuando, "el momento del asesinato legal no estaría en el proceso sino en la ley", porque "el proceso es un acto esencialmente y por definición antirevolucionario, es un momento eterno del espíritu"¹⁵, ya que "si el juicio es juicio, no es revolucionario, si el juicio es revolucionario, no es juicio"¹⁶.

Este es el peligro de la concepción publicística del proceso, cuya hegemonía hizo crisis con el advenimiento del nacionalsocialismo y la dictadura del "führer-prinzip", según lo sostuvieron Roland Freisler, Ostwald, Rothenberger y Baumbach, entre otros¹⁷.

Pero el otro peligro, el de la concepción privatística del proceso, colocaba a éste en una situación semejante a las de las "pompas de aire", en un "flatus vocis", en una disciplina carente de sustantividad y fundamento ontológico, en un mero rito, en una fórmula "quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi", según Celso; o bien, en un "derecho puesto en pie de guerra" como diría Unger.

Así se explica por qué esta concepción pan-privatística del proceso entendía a éste como un contrato o como un "cuasi-contrato" pactado expresa o tácitamente entre las partes, denominándolo de "litis-contestatio". La influencia del Code Civil y la hegemonía de la escuela francesa de la exégesis, permiten explicar el pan-privatismo que avasallaba todos los campos del derecho bajo la égida del civilismo imperante. Por ello, dice Couture que "la adopción de la idea de proceso como contrato corresponde a ciertos pensadores del siglo XVIII, como una particular disposición de este siglo para configurar como contratos las más diversas formas

del orden social"¹⁸.

Ahora bien, el advenimiento de las concepciones científicas del proceso, a partir de Oskar Von Bülow –y aún antes, desde la célebre polémica de Windscheid y TH. Muther sobre la naturaleza pública o privada de la acción–, marca el momento decisivo que podemos llamar de "publicización" del proceso o bien de "desprivatización" del mismo.

Dice textualmente, Bulow:

"Se ha afirmado... que el proceso es una relación de derecho y obligaciones recíprocas, es decir, una relación jurídica. Esta simple pero, para el Derecho científico, realidad importantísima, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada, ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece con toda evidencia al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública"¹⁹.

Fundándose en esta concepción publicista de la relación procesal, la doctrina imperante, a partir de Oskar Von Bülow, ha venido sosteniendo que el Derecho Procesal es derecho público, dado que regula el ejercicio de una actividad estatal, el desarrollo de una función pública. Incluso, como decíamos con anterioridad, ya se vislumbraba este ius-publicismo en la célebre polémica de Windscheid y Theodor, en torno a la naturaleza de la acción. Sostenía Muther que la acción era un derecho público subjetivo frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, mediante el cual se obtiene la tutela

Constitucional", cap. I, Madrid, 1931. También Calamandrei: "Processo y Democracia", esp. p. 35, Ejea, Bs. Aires, 1960.

14. S. Satta: "Il mistero del processo", en Riv. di dir. proc. 1949 Parte I, p. 273 y ss.

15.- Ibid., p. 276.

16. Ibid., p. 283.

17. R. F. "Etwas über Führertum in der Rechtspflege", en Schriften der akademie für deutsches Recht, 1935. (Algo acerca de la jefatura en la administración de justicia, en Escritos de la academia de Derecho Alemán, 1935); Ostwald: "Richterkönigtum Führergrundsatz un Rechtsgestaltung", en Deutsches Jures (Cont. de la nota 6) tenzeitung, 1934, p. 440 y ss. (Reinado el Juez, axioma del jefe y adecuación del Derecho, en Gaceta Jurídica Alemana, cit.); Rothenberger: "Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht", en Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, p. 637 (Autonomía judicial y deber de vigilancia, en la rev. cit.). Para mayores referencias cfr., Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 148 y ss; él mismo El derecho penal to-

II, p. 148 y ss; él mismo El derecho penal totalitario en Alemania, y el derecho voluntarista, en "Criminalista", t. VII, p. 63 y ss; Eduardo Couture "Estudios de derecho procesal civil", t. I p. 333 a 336; Roberto Goldschmidt, "Nuove correnti nel campo della procedura civile in Germania", en Riv. di dir. proc. civ., 1936, I, p. 135 a 139; Calamandrei: "Rassegna di letteratura e legislazioni straniere", en la misma Rivista, 1938, I, p. 130 y 265; y 1939, I, p. 293; Calamandrei: "Abolición del proceso civil?" en Estudios sobre el proceso civil, p. 343 y ss. Bibliografía Argentina, Bs. Aires, 1945, en que reseña a Baumbach y la notable crítica de Bull, Ende des Zivilprozesses?. Ob. cit.

18. Eduardo Couture: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 128, 3a. Edición, Depalma, Bs. Aires, 1958.

19. O. Von Bülow: "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", p. 1-2, Ejea, Bs. Aires, 1964.

jurídica (*rechtsschutzanspruch*) para la obtención de una sentencia favorable²⁰. La tesis fue desenvuelta por Adolfo Wach en su célebre "Handbuch" y en su clásica monografía sobre "La Pretensión de declaración" (*Der Feststellungsanspruch*)²¹. Finalmente la tesis fue consagrada por Chiovenda en su inmortal prolusión boloñesa de 1963 (con la cual se inauguran los estudios científicos del Derecho Procesal en Italia y se entroniza la concepción ius-publicista del proceso)²².

En este estado de cosas, la concepción publicista del proceso, forjada y desenvuelta por la doctrina alemana y luego por Chiovenda y sus discípulos, es torpedeada en un famoso y revolucionario estudio de Salvatore Satta publicado en la *Rivista di diritto processuale civile*, año 1937, p. 32 y ss., que lleva por título: "Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo". El tema constituía la prolusión padovana al curso de Derecho Procesal, en cuya cátedra Satta sucedía a Carnelutti que habíase trasladado a la Universidad de Milán, luego de 16 años de enseñanza en Padua.

El tema verdaderamente se anunciaba asaz, polémico y beligerante:

"A treinta años de distancia de la prolusión de Chiovenda al curso de Procedimiento Civil en la Universidad de Bologna... no es del todo inoportuno cojer la ocasión de esta menor prolusión, para retornar a revisar críticamente el camino recorrido" (*Riv. di dir. proc. civ.*, p. 34, 1937)

En primer lugar, Satta emprendía contra la teoría de la relación jurídica:

"Es mi firme convencimiento que el concepto de relación jurídica procesal no debe acogerse en el sistema de nuestra ciencia". (ob. y loc. cit)

Y esto porque:

"El error de considerar al proceso como el desarrollo de una relación, es similar a aquel que considerase la construcción de un edificio como el desenvolvimiento de un contrato

de construcción.

Es claro que el contrato señalará los derechos y las obligaciones de las partes, mas el edificio será construido con la aplicación de normas técnicas que con el contrato no tienen nada que hacer.

La concepción de la relación jurídica procesal no es solamente un error teórico; ella ha influenciado desfavorablemente sobre la construcción de varios institutos, como la litispendencia, la perención, la cosa juzgada, los presupuestos procesales, que reciben de ella una interpretación publicista enteramente disconforme con la realidad" (pág. 35)

He aquí por qué se debía retornar a una concepción privatista:

"El proceso es el medio, es el modo con el cual se tutela el interés por el cual la acción ha sido ejercitada: esto implica, en consecuencia, que no existe un fin del proceso distinto de aquél que anima a la parte a proponer la acción". (p. 35 in fine)

Y, luego, después de criticar la teoría de Carnelutti sobre la litis y la teoría del objeto del proceso (p. 36 a 41) e insistiendo nuevamente en que una reforma del proceso debería tener por fin asegurar la tutela de los intereses de parte con una más certera y más solícita justicia (p. 44), afirmaba que "el proceso—que no es sino un término elíptico que suena íntegramente como "proceso de realización de la sanción"—no está en contradicción, sino en coordinación con la acción" (p. 45) aunque "la acción en sentido procesal no puede ser acogida en un sistema del proceso. La acción en sentido procesal, si se la considera desde el punto de vista del derecho que se quiere hacer valer, no es una acción, sino es la acción sustancial en cuanto se dirige al tercero que debe emitir una providencia, y como tal, exige la demostración del derecho al cual la acción está cobijada" (p. 46 in fine y 47), concluía que: "la acción en sentido procesal no es acción, es libertad". (p. 47)

En suma, para Satta:

"Fines morales, sociales, éticos, filosóficos, políticos, se asoman en el proceso.

Mas, todos estos fines no entran, y no pueden entrar en la definición, o en la visión jurídica del proceso, por la sencilla razón que definir quiere decir tomar el lado esencial de las cosas.

La tutela de los intereses de parte es el único elemento esencial del proceso, punto de partida y punto de llegada. Todo lo demás es, desde el punto de vista estrictamente técnico, accesorio y secundario.

20. B. Windscheid: "Las pretensiones jurídicas (*ansprüche*). Las excepciones. Trad. de Sentís Melendo, de los S.S. 43 a 48 del Tratado de la Pandectas en la Rev. de Der. Proc. Arg., Año XI. 3º trim. 1953, Nº III, p. 179 y ss; B. Windscheid y TH. Müther: "Polemica intorno all'atto" traduzione di Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese, Firenze, Sansoni, 1954.

21. A. Wach: La pretensión de declaración, trad. del alemán por el Dr. J.M. Semón, Ejea, Bs. Aires, 1962.

22. G. Chiovenda: La acción en el sistema de los derechos, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, t. I, p. 3 y ss. (trad. del italiano por S. Sentís Melendo) Ejea, Bs. Aires, 1949.

Invertir las posiciones, hacer del interés colectivo el fin del proceso, no encontrar lugar donde colocar el interés de las partes equivalente prácticamente, a la abolición del proceso". (Rivista di diritto processuale civile 1937, I, p. 49)

La beligerante posición de Satta que pretendía pulverizar la concepción publicística del proceso, fue replicada de inmediato por un discípulo de Carne-lutti, Giovanni Cristofolini en un artículo intitulado: "A proposito di indirizzi nella scienza del processo", en la p. 105 del mismo año de 1937 de la Rivista di diritto processuale civile.

Según Cristofolini la añoranza de Satta hacia aquellos conceptos tradicionales que serían "después de todo, aquellos eternamente verdaderos y el retorno a lo antiguo (quel che rinasce é ciò che non muore mai: la note della verità che vive nel travaglio delle idee e degli spiriti)", Satta, ob. cit., p. 44) no sería más que el resultado de un profundo error: "se trata, en todo caso, de una nostalgia retardataria"²³.

Y, luego, refutando la concepción de Satta sobre la naturaleza del derecho como tutela de intereses expuesta, a modo de premisa en su obra "L'escusione forzata", objetaba: "A costa de pasar por pedante (más, si nuestro oficio es educar a los jóvenes al rigor y a la precisión del razonamiento lo que es como la higiene mental del estudioso, debemos comenzar por dar el buen ejemplo) debemos decir que la función del derecho no es la tutela de los intereses... función del derecho es la conservación de la paz en el cuerpo social, la actuación de un determinado ideal de justicia, el "servare humanum societatem", según la notable expresión dantesca..."²⁴.

Así, el proceso que, según Satta, sirve a los intereses privados y tutela derechos pre-existentes a tal punto que la acción no es más que el poder de un titular de un derecho de hacer producir la modificación jurídica necesaria para la reintegración del derecho violado, se convierte en una entidad privatística, al igual que la jurisdicción. También para el proceso penal?, también para el proceso administrativo?, se preguntaba Cristofolini²⁵. Si la jurisdicción civil, penal, y administrativa sólo tiene por finalidad servir a los intereses privados no se explica, entonces, cómo se podría hablar de demanda injusta y de sentencia injusta²⁶. Según Cristofolini hay que distinguir entre los fines subjetivos de los litigan-

tes que pueden ser varios y, eventualmente, patológicos con relación al fin normal del proceso (piénsese en el caso del proceso simulado y fraudulento) y el fin del proceso que debe ser referido al Estado²⁷.

Contra esta crítica, todavía Satta opuso una tenaz resistencia en una réplica publicada en Foro Italiano²⁸.

Cristofolini respondió en el acto en una contraréplica publicada en la Rivista di diritto processuale²⁹.

Con diez argumentos polémicos la concepción publicística del proceso se mantuvo a flote, aun cuando la estocada a fondo dirigida por Satta haya servido para poner en evidencia algunas exageraciones de la doctrina publicística³⁰.

3. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PROCESAL

En primer lugar, la cuestión de la "publicización" o "privatización" del derecho procesal nos lleva a un problema fundamental: el de las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Procesal.

Superadas las concepciones privatísticas y refutadas aquellas "nostalgias retardatarias" de que hablaba Cristofolini³¹, el problema se plantea hoy día, más que como una "actio de finium regundorum" entre ambas estancias, como el de una aportación de bienes a una finalidad común que es el común servicio del derecho y la justicia.

27. Cristofolini, ob. cit., p. 123.

28. Satta: "Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo", en Foro Italiano, 1937, p. 276, 4.

29. Cristofolini: "Contro i disorientamenti nella scienza del processo", en Riv. di dir. proc. civ., p. 282 y ss., I, 1937.

30. El problema hay que remontarlo hasta las fuentes mismas de la distinción entre los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado. Sabido es que, aparte de la clásica distinción de Ulpiano formulada en un pasaje famoso del Digesto (Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quos ad singulorum utilitatem pertinet) se ha llegado a formular una multiplicidad de distinciones; aunque lo cierto es que, en la práctica, la distinción desaparece; tanto porque, como dice Giner de los Ríos la división del derecho en público y privado "no puede servir de base para una clasificación de las instituciones"; cuanto, porque, como lo sostiene Hans Kelsen, "el empleo que suele hacerse actualmente de la antigua división del Derecho en Privado y Público, resulta muy impreciso y contradictorio".- Véase al respecto, Aftalión, García Olano y Vilanova: "Introducción al Derecho", capítulo XV, especialmente p. 506 y 507, Sexta Edición, Editorial El Ateneo, Bs. Aires, 1960

31. Cristofolini: "A proposito di indirizzi nella scienza del processo", en la Rivista di diritto processuale civile, 1937, I, p. 105.

23. Cristofolini, en Rivista di diritto processuale, 1937, I, p. 105.

24. Cristofolini, ob. cit., p. 106.

25. Ibid., p. 109.

26. Ibid., p. 122.

Derecho Privado y Derecho Procesal se unifican, más bien que se diversifican, desde el momento que cumplen una finalidad general en virtud de la cual se descubre una común "affectio societatis" que es fundamental para la práctica y en función de la cual lo teleológico, lo dinámico y lo vital se imponen sobre las estratificantes distinciones conceptuales que tienden a divorciar a una y otra disciplina, teóricamente deslindadas y deslindables pero, profesionalmente unidas por un común elan vital.

Es preciso reconocer, no obstante, que este modo de enfocar las cosas conlleva el peligro de desembocar en una conclusión apriorística, unilateral e injusta, en la que caigamos, a fortiori, en una dictadura del derecho Privado sobre el derecho Procesal, como antaño o, a la inversa, en una "procesalización" del derecho Privado, como ya lo han hecho algunos autores.

En efecto, frente a las concepciones que pudiéramos llamar pan-privatísticas que pretendían (como es el caso de la escuela francesa de la exégesis y sus filiales) absorber el derecho Procesal a la órbita del derecho Privado, se yerguen las concepciones procesalísticas que pretenden reducir todo el derecho a puro proceso.

Desde este punto de vista debemos citar las teorías de Fritz Sander, Barna Horvath, Julius Binder, Oskar Von Bülow, Robert Neuner, Enrico Altorio, Giuseppe Capograssi y Carlos Cossio para quienes todo el derecho se reduce a proceso o empieza a existir desde el proceso.

Fritz Sander que se formó en la Escuela Viena de Hans Kelsen y fue al comienzo un seguidor apasionado de la "Reine Rechtslehre"³² para después negar el "dogma de la normatividad del derecho" que ha impedido comprender que "los juicios jurídicos son sintéticos y existenciales" y que la ciencia del derecho debe construirse como "teoría de la experiencia jurídica"³³, sostiene, fundamentalmente —y esto es decisivo—, que todo lo que es derecho es engendrado en un "proceso jurídico", de lo que a su vez se deduce que todas las leyes sean en su esencia "leyes procesales"³⁴.

32. Fritz Sander: "Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz", 1923, y "Merkl's Rechtslehre", en la *Juristischen Zeitschrift zu Prag* 1924.- Cfr., esta referencia en Alfred Verdross: "La Filosofía del derecho del mundo occidental" p. 293, México, 1962.

33. Fritz Sander: "Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtsverfahung", Editorial Deuticke, Leipzig und Wien, 1922, 2 vol., Vid. vol. I, p. 9 y ss; vol. II, p. 1120. Sobre este sentido de la obra de Sander, véase, aparte de la ob. y loc. cit., de Alfred Verdross, Sebastián Soler: "Los valores Jurídicos", p. 10, Bs. Aires, 1948.

34. Fritz Sander: "Staat und Recht", p. 442.

La concepción procesal del Derecho de Fritz Sander, por otro lado, reposa en el principio axiomático de que el Derecho Procesal es la disciplina jurídica fundamental, que "la ciencia procesal es la reina de todo el Derecho"³⁵.

En este punto Sander tiene la genialidad de demostrar que antes del proceso no se puede hablar concretamente de derechos sino de meras facultades, de simples expectativas; con lo cual, el Derecho Procesal, ciencia de las ciencias jurídicas, se convierte en un sistema de prima philosophia que debe construirse como una teoría de la experiencia jurídica en la que el derecho es concebido como un proceso de gradual despliegue dinámico de preceptos³⁶.

En suma, para Sander "no hay ningún delito antes del proceso, no hay ningún contrato antes del proceso civil". Lo que constituye un derecho es la cosa juzgada y la cosa juzgada es el mismo Estado".

Sebastián Soler ha criticado esta doctrina diciendo que con ella "todos los demás preceptos se hacen innecesarios y podrían ser suplidos, por uno solo: "hazte amigo del mandarín".

Y agrega: "Acaso, tal doctrina sea aplicable a algún régimen jurídico; pero es absolutamente seguro que no lo es para el nuestro y para muchos otros. Y la razón es sencilla: no es verdad que una sentencia, para valer como tal, debe sólo ajustarse formalmente a normas constitutivas del órgano. Para nosotros, es necesario que por su contenido se ajuste a la Constitución. Y lo que vale para la sentencia, vale también para la ley. No basta que algo sea sancionado por el Congreso de acuerdo con los procedimientos legislativos; es necesario que lo sancionado se ajuste a la Constitución en un segundo sentido. El procedimiento legislativo es también constitucional; pero no basta en sí mismo para que lo sancionado sea válido como ley. Para ésto, tiene que acordar con la Constitución sustancialmente, y esta segunda relación no está agotada por el examen que hagan las cortes de justicia del procedimiento sancionatorio del acto examinado".

"De lo expuesto se deduce que no es posible interpretar todo el derecho como mero procedi-

35. Fritz Sander: "Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtsverfahung", en la "Zeitschrift für öffentliches Recht", 1920, I, p. 468 y ss.; ver especialmente pág. 479: "acaso el procedimiento llegue a ser la reina de las ciencias jurídicas"

36. F. Sander: "Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung", cit., además: "Der Begriff der Rechtserfahrung", en la *Rev. Logos*, XI, 3, p. 285; además: "Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919, I, p. 132 y ss.

miento ni considerar derecho cualquier acto cumplido por una persona que, además de persona, sea un órgano del Estado. No es posible reconocer como jurídico un acto determinado en sí mismo, aunque sea cumplido por alguien que sea órgano del Estado. Para ello, es necesario compararlo, a lo menos con normas procesales, frente a las cuales el órgano carece de poder creador y valorativo; o las cumple y su acto será judicial, o no la cumple, y su acto será nulo (lo contrario de válido) o simplemente privado³⁷.

Binder, por su parte, reduce el derecho al momento de la tutela jurisdiccional de modo que el derecho sólo adquiriría relevancia en el proceso³⁸.

Von Bülow sostiene que la norma se concentra en el proceso, de modo que, su abstracta sustancialidad sólo opera después de una sentencia³⁹.

Neuner también sostiene el criterio anteriormente señalado y además establece que, mientras que las normas procesales gobernarían todos los procesos, las normas sustanciales aplicables varían de un proceso a otro, individualizando su contenido concreto⁴⁰.

Allorio, recogiendo y desarrollando la tesis de Neuner, sobre la prioridad del momento jurisdiccional, al estudiar las relaciones entre el proceso y el derecho sustancial en la declaración judicial distingue más bien entre normas de derecho sustancial y normas de derecho procesal según que regulen o no las situaciones jurídicas idóneas para constituir objeto autónomo de un proceso de declaración de certeza, constituyendo, modificando o extinguiendo una situación jurídica⁴¹.

Una concepción sumamente interesante por lo que hace a las relaciones entre el Derecho Sustancial y el Procesal se debe a James Goldschmidt, el insigne ex-Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, muerto en el destierro, allende su postrer refugio en las costas del mar montevidense.

En un famoso estudio publicado en homenaje a Bernhard Hübler y que lleva por título "Materielles Justizrecht" ha sostenido James Goldschmidt:

1.- Entre el Derecho Sustancial y el Derecho Procesal existe una tercera zona, zona intermedia, constituida por el "Derecho Justicial Material".

2.- Por Derecho Justicial Material debe entenderse únicamente el derecho que regula la parte material de la relación justicial civil⁴².

3.- En resumen: el Derecho Justicial que, junto con el Derecho Político en sentido estricto y con el Derecho Administrativo, integra el derecho público de la comunidad estatal, se divide en el Derecho Justicial Formal y en el Material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como asimismo el Derecho Penal⁴³.

4.- De esta manera pertenecen al Derecho Justicial Material: a).- la pretensión de tutela jurídica que no forma parte ni del Derecho Procesal Civil, como lo sostiene Adolfo Wach⁴⁴ y sus discípulos Langheineken, R. Schmidt y Konrad Hellwig⁴⁵, ni al Derecho Privado, como lo sostienen Weissmann, Kohler y Kleinfeller⁴⁶. Y así, rotundamente afirma Goldschmidt "todo induce, pues, con imperiosa necesidad a considerar la pretensión de tutela jurídica como un derecho material, por supuesto, publicístico: con otras palabras, como un derecho justicial material"⁴⁷. b).- el Derecho Penal, entendido como "ius puniendi"⁴⁸.

Esta doctrina fue desenvuelta posteriormente por el propio autor en el volumen de Homenaje de la Facultad de Derecho de Berlín a Heinrich Brunner⁴⁹ y luego en sus dos conocidísimas obras edita-

37. S. Soler: "Los valores Jurídicos", p. 40-41, Bs. Aires, 1948

38. Binder: "Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre von Rechtsschutzanspruch" Leipzig, 1917.

39. Von Bülow: "Gesetz und Richteramt", Leipzig 1885, p. 58 y ss. además: "Klage und Urteil" en Zeitschrift für Civilprozess, vol. XXI, 1903, p. 265 y ss. - Citado por Elio Fazzalari: "Note in tema di diritto e processo", p. 18, Milano, Giuffré, 1957

40. Neuner: "Privatrecht und Prozessrecht", Mannheim, Berlín, Leipzig, 1925.

41. Allorio: "El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial", p. 195, Ejea, Bs. Aires, 1958.

42. James Goldschmidt: "Derecho Justicial Material", trad. del alemán por Catalina Grossman, Ejea, Bs. Aires, 1959, p. 20.

43. J. Goldschmidt, ob. y loc. cit.

44. A. Wach: "Der Feststellungsanspruch" (La Pretensión de declaración), trad. del alemán por el Dr. J.M. Semón, Ejea. Bs. Aires 1962.

45. J. Goldschmidt, ob. cit., p. 27.

46. Ibid., ob. cit., p. 25.

47. Ibid., ob. cit., p. 43.

48. Ibid., p. 51 y ss.; especialmente, p. 78, 82, 114 y ss.

49. J. Goldschmidt: "Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht in Festschrift für Heinrich Brünner, 1914.

das en castellano⁵⁰.

Pero, como lo ha reconocido su propio hijo, el profesor Robert Goldschmidt, en estas obras no se halla un desarrollo completo de su pensamiento⁵¹. De allí que la labor fuera proseguida en un estudio publicado en el Homenaje a Alsina y luego recopilado por Sentís Melendo en el volumen conjunto al que por mayor facilidad nos estamos remitiendo.

Según Robert Goldschmidt, la teoría, así desenvuelta, "sin renunciar a aquél proceso científico que deriva de la distinción entre derecho material y procesal, no desconoce la afinidad de las normas sobre la carga material de la prueba, las presunciones, los derechos de acción, los presupuestos de la acción declarativa, de la acción negatoria, etc. con el derecho material"⁵².

Así planteadas las cosas, la teoría que nos ocupa, dice Robert Goldschmidt, se presta a una mejor sistematización de los códigos en los países latinos, "sistematización que, por cierto, no resuelve los problemas que se plantean pero que ofrece ya cierta base para dudar de la exactitud de la doctrina actualmente dominante"⁵³.

Y, ¿cuál es la clave para la nueva sistematización del proceso que propone Robert Goldschmidt? Sin mucho esfuerzo caemos en la cuenta que se trata de la genial pero discutida teoría del proceso como situación jurídica que debemos al inmortal maestro berlines:

"Para crear la síntesis entre el Derecho Material y el Proceso no basta sólo proponer la categoría del derecho justicial material, sino que resulta necesario, además, llevar al derecho justicial material bajo el denominador de la concepción procesalista según la cual no hay derechos existentes y obligaciones correlativas; o sea, bajo el pensamiento de que no hay «relaciones jurídicas» esto es, solo «posibilidades» y «cargas» dirigidas a hacer evidentes los derechos, y «expectativas» de triunfar en este intento"⁵⁴.

Parcialmente de acuerdo con esta afirmación diríamos tal como lo dice el autor citado, que:

50. J. Goldschmidt: "Teoría General del Proceso", Editorial Labor Barcelona, 1936, esp. p. 25 y ss; y "Derecho Procesal Civil" trad. de Prieto Castro, con Prólogo de Alcalá-Zamora, Labor, Barcelona, 1936.

51. Robert Goldschmidt "Derecho Justicial Material Civil" p. 167.

52. Ibid., ob. cit. p. 168.

53. Ibid., ob. cit., p. 169

54. Ibid., p. 175.

"...esta concepción "dinámica" es la única verdaderamente apropiada para el proceso..."⁵⁵.

Ahora bien; se trata en todo esto, de una problemática que conlleva en el fondo una cuestión de naturaleza bifronte.

Como dice Roberto Goldschmidt: "Todo lo que se llama, dentro de la justicia civil, derecho material, tiene una cabeza de Jano: un lado, el del derecho civil, se dirige hacia el adversario; el otro, el del derecho justicial, se dirige hacia el Estado". Y agrega; y esto es sumamente interesante: "El criterio que decide si una norma tiene índole material o procesal, necesita aún una dilucidación más precisa, ante el abandono del criterio de su pertenencia al derecho privado o público. Este criterio no puede resolverse, por supuesto, en la colocación de la norma en el Código Civil (o Comercial) o en un Código de Procedimiento Civil (o Comercial)"⁵⁶.

Por otra parte, también en conformidad con esta tesis, opinan por la naturaleza bifronte de determinadas normas del proceso, entre otros, principalmente, Chiovenda, Carnelutti y Enrico Tulio Liebman.

Ha dicho Chiovenda en su célebre prolusión boloñesa de 1903 que:

"el proceso no es solamente una relación de derecho público. Todo acto del proceso nos presenta el uno y el trino, como ejercicio o actuación de un derecho privado..."

En ello vemos caer las barreras pacientemente edificadas por la doctrina entre el derecho privado y el público: atribuir el proceso más al uno que al otro es disminuirlo.

Uno vio al proceso viviendo de crédito porque pide prestado al derecho privado la acción, al derecho público la jurisdicción. La verdad es que viviendo de crédito el proceso civil se ha enriquecido extraordinariamente y tiene un patrimonio autónomo. Otro dijo que los derechos no son más que acciones. La verdad es que en el proceso el derecho se manifiesta en la totalidad de sus aspectos y de sus relaciones"⁵⁷.

En el Apéndice a su célebre ensayo de 1903 Chiovenda ha comentado la obra de von Bülow intitulada "Klage und Urteil" y a la cual ya nos hemos referido anteriormente. "Bülow no ve antes de la litis

55. Ibid., p. 175.

56.- Ibid., p. 186-187.

57. Chiovenda: "La Acción en el Sistema de los derechos", en el vol. "Ensayos de Derecho Procesal", t. I, pág. 32-33.

más que la posibilidad jurídica, correspondiente a todos, de constituir mediante la proposición de la demanda judicial el derecho al desarrollo y decisión de una litis. Que esta posibilidad general e indeterminada no deba denominarse derecho, es cosa en la que concordamos perfectamente con Bülow⁵⁸.

Y en otra página agrega: "En todo caso, nosotros debemos conceder que el derecho de accionar antes de la decisión de la litis es incierto?"⁵⁹.

Igualmente, Chiovenda se mantiene adicto a esta concepción bifronte o dualista en otro ensayo intitulado: "La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo" en donde sostiene que: "si la opinión que equipara las normas sobre la prueba a las normas sobre el derecho encuentra todavía mantenedores en Italia, esto depende en parte del hábito —que no puede caer de un solo golpe— de considerar el proceso desde el punto de vista del derecho sustancial; pero depende en parte, también del hecho de que se suelen tratar de un mismo modo todas las normas que se refieren a las pruebas, de forma que algunos, teniendo presente alguna norma probatoria que ciertamente pertenecen al derecho sustancial, establece sin más el principio general de que las normas probatorias son de derecho sustancial; y, viceversa, aquellos que parten del principio general opuesto creen deber, como consecuencia, asignar carácter procesal también a normas probatorias que no lo tienen"⁶⁰.

Por su parte, Francesco Carnelutti con referencia al problema de la bifrontalidad del Derecho Procesal en algunas de sus más importantes instituciones, ha dicho en el Prefacio a la Primera Edición de "La Prueba Civil" que:

"...la institución de la prueba se encuentra todavía a horcajadas sobre dos códigos, o mejor dicho, sobre tres; peor aun, se halla difusa y dispersa por todas las vías del Derecho privado. Pudiera ser éste un defecto en la elaboración de nuestras leyes; pero es preciso reconocer la causa del mismo en la profunda ambigüedad de la materia, que mantiene, incluso en las más meditadas y recientes indagaciones, persistentes incertidumbres de su definición. El Derecho Procesal está fuertemente arraigado en el terreno del Derecho Material, y por las cuales la savia del Derecho

Privado sube a vivificar el organismo del proceso, está constituida precisamente por las normas sobre la prueba. Cada institución del Derecho Privado está envuelta por estas normas como por una red de vasos capilares: el juego de acciones y reacciones que media entre los dos campos, se halla tan netamente intuido, que la práctica forense y con frecuencia el lenguaje legislativo e incluso la concepción científica se mueven en un continuo cambio entre el concepto de existencia del Derecho y el de su prueba"⁶¹.

Jano bifronte es la quintaesencia del Derecho Procesal; pero esto se explica porque, en el fondo, Derecho Público y Derecho Privado son una sola cosa, o a lo sumo, las dos caras de una misma medalla, como queda corroborado con los siguientes textos de la antología procesal carneltuttiana:

a).- "El tronco del Derecho es uno solo del que son dos ramas del Derecho Privado y el Derecho Público, el Derecho Procesal y el Derecho Material, ninguno de los cuales nace del otro, sino que parten uno y otro del tallo común".

"Quien considera esto, comprende fácilmente por qué cuando llega al fondo, no encuentra ya la distinción, y advierte que el proceso no tendría razón de ser sin el derecho ni el derecho tendría fuerza para existir sin el proceso. Este ir al fondo es necesario, ya que conviene evitar el peligro de que, con su trabajo de análisis, los cultivadores del derecho procesal por una parte y los estudiosos del derecho material por la otra, separen excesivamente la acción del derecho y el derecho de la acción, perdiendo la sensación de soldadura..."⁶².

b).- "El derecho privado y el derecho procesal se compenetrán y entrecruzan de muchas maneras. En efecto, el derecho subjetivo material pertenece al presupuesto de la pretensión a la tutela jurídica, y por otra parte la llamada accionabilidad, coercibilidad, el deber prestar, pertenece al contenido del derecho subjetivo privado; y por tanto parece que la pretensión procesal a la tutela jurídica y la pretensión material no puedan separarse. Pero, sin embargo, debe ello ocurrir; ya que la pretensión a la tutela jurídica no es contenido de la facultad privada (Berechtigung) frente al obligado, toda vez que este puede sin duda hacer que venga a ser inútil (gegenständlos) pero no satisfacerla, puesto que ella, dirigiéndose a un acto del Estado, a un acto de tute-

58. Chiovenda, ob. cit., pág. 35.

59. Ibid., ibid., pág. 37.

60. Chiovenda: "Naturaleza procesal de las normas sobre la prueba", etc. en el vol. Ensayos. cit., p. 394-395.

61. Carnelutti: "La Prueba Civil", p. XXIII, Edit. Arayú, Bs. Aires, 1955.

62. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones", en Estudios de Derecho Procesal, t. I, p. 380-381, trad. de Sentís Melendo, Ejea, Bs. Aires, 1952.

la jurídica debe, bajo todos los aspectos, pertenecer al derecho procesal⁶³.

c).- "...que al poder del órgano del proceso respecto de la parte no corresponda una obligación, sino una sujeción de ella, constituye probablemente, el carácter más íntimo del derecho procesal en comparación con el derecho sustancial. Hay otros caracteres...pero son secundarios y accidentales, aquellos podrán faltar o haber faltado, éste no falta nunca..."⁶⁴.

d).- "...cuando con el desarrollo del proceso de cognición y con el perfeccionamiento del proceso de ejecución surge la figura del órgano del proceso, juez o ejecutor, no basta que se le atribuya un poder, sino que es necesario imponerle un deber; justamente dice Hellwig: «El Estado ha prohibido la defensa privada y por eso ha asumido sobre sí la obligación de la ejecución». He aquí que también en el campo procesal, junto al poder surge la obligación... De este modo despunta también en el campo procesal, no solo la obligación verdadera y propia, sino hasta el derecho subjetivo...

Creo que puedo concluir: cuando se trata de diagnosticar la naturaleza, material o procesal, de una norma jurídica, lo que hay que considerar atentamente es si ella, junto al poder, constituye una obligación o una sujeción..."⁶⁵.

e).- "Durante mucho tiempo no habíamos advertido la distinción entre el poder-fin y el poder-medio, quedando el poder-medio oculto bajo el poder-fin, o confundiéndolos, por lo menos. Sería una hermosa labor buscar todas las razones de esta involución...La acción ha sido considerada, junto al derecho subjetivo, como el derecho a la tutela jurídica: ésta es la concepción de Wach, la cual ha ejercido y ejerce todavía el predominio sobre la doctrina de los juristas. Pero es ésta precisamente una concepción viciada por el olvido de la relación lógica entre medio y fin. En efecto, se habla de derecho a la tutela, se piensa en la tutela como resultado, no en los medios para conseguirla: tanto que Wach pone como contenido de su derecho a la tutela «la sentencia favorable o la querida ejecución forzada». Pero he aquí que de este modo se recae en la confusión: efectivamente qué es el derecho a la tutela sino el mismo derecho subjetivo..."⁶⁶.

63. A. Wach: "Handbuch des deutschen Civilprozessrechts", p. 118 y s. citado, por Carnelutti: Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones, cit. p. 381.

64. Carnelutti: "Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones", p. 384.

65. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones", cit., p. 385-386.

66. Carnelutti: ob., cit., p. 428-29.

"Cuán tenaz sea esta ilusión también en la literatura italiana, no necesita el culto lector que yo se lo enseñe. Poniendo la sentencia favorable como contenido y correlativamente la pertenencia del derecho tutelar como presupuesto de la acción, la gran mayoría de nuestros estudiosos del proceso paga todavía su tributo, no tanto a la gloriosa escuela de Wach, cuanto al hechizo del derecho subjetivo material. Cree haberse liberado de él y es su prisionera...Ahora bien, la conclusión que quiero sacar se refiere a la grave turbación que este persistente equívoco termina por inferir al equilibrio de la estructura fundamental de nuestra ciencia. El peligro es que se pierda el hilo de las relaciones entre derecho y acción y naturalmente entre derecho privado y derecho público"⁶⁷.

"No hablo de un peligro imaginario. Probablemente, no hay mejor modo de persuadirse de él que el estudio de la teoría de las obligaciones. El último o uno de los últimos episodios es la absorción del derecho subjetivo privado en la acción, según las ideas de Krückmann, quien precisamente, con la premisa del derecho a la tutela jurídica ha llegado a la desconcertante pero en el fondo rigurosa consecuencia de que «derecho privado contra el deudor privado y derecho público contra el órgano del Estado, coinciden exactamente» y que «todo derecho subjetivo privado es un derecho subjetivo público», algo que produce ligeramente vértigo.

Precisamente esa ingeniosa herejía de Krückmann como todas las herejías, dista mucho de ser trabajo perdido; ha servido, por lo menos, para demostrar que las que Krückmann llama las teorías dualistas, en cuanto distinguen el derecho tutelado del derecho a la tutela, no pueden seguir en pie"⁶⁸.

f).- "Por lo demás, si no me engaño, no servirá tampoco para acreditar las teorías monistas, esto es para que retroceda la ciencia en su camino.

...No se puede discutir la distinción en sí, sino un modo de considerarla"⁶⁹.

g).- Perfilando estas nociones precedentemente expuestas ha dicho Carnelutti en sus Instituciones que "en cuanto el proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, sirve al derecho; por otra parte..., el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y pro-

67. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones, cit., p. 429.

68. Ibid., p. 430.

69 Ibid., p. 430 in fine y 431

ceso es doble y recíproca"⁷⁰.

h).- En su genial obra de síntesis dedicada a la tratación del proceso civil y que justamente se titula "Diritto e processo" nos dice Carnelutti que: "la relación entre derecho y proceso..., se ha precisado, finalmente, en el sentido de un servicio que el Proceso presta al Derecho. El derecho sin proceso no podría alcanzar su finalidad, no sería derecho, en una palabra. Mas el problema, así, no está resuelto más que a medias. Si el proceso sirve al derecho, el derecho recíprocamente sirve al proceso". Y concluye: "Sin el proceso, el derecho no podría alcanzar sus fines; mas tampoco el proceso sin el derecho. La relación entre los dos términos es circular. Por eso se constituye aquella rama del derecho que se llama Derecho Procesal"⁷¹.

Según Enrico Tulio Liebman, "el problema del «collegamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale» que el legislador ha querido y creído resolver con algunas de las disposiciones contenidas en el Libro VI del Código Civil (la prueba, la cosa juzgada y los actos más relevantes de la ejecución forzosa), es en realidad un problema científico y no legislativo... Y, por otra parte, su presencia y su colocación en el Código Civil no alteran para nada la obra de la doctrina que con natural variedad de tendencias, ilumina la naturaleza de las relaciones exis-

tentes entre el derecho privado y el proceso civil"⁷².

Liebman critica la doctrina del Derecho Judicial Material de Goldschmidt en estos términos: "Esta tripartición de las normas, que deberían sustituir la acostumbrada bipartición entre derecho sustancial y procesal, tiene, empero, un presupuesto no demostrado e inaceptable: que el derecho procesal, verdadera y propiamente entendido en sentido estricto, sea solamente formal. Es cierto que las formas sean en el proceso numerosas y que las disposiciones que las regulan adquieran en esta rama del derecho una importancia, una minuciosidad, un rigor sumamente especial pero no por esto pretenderemos monopolizarlas, porque no altera su significado en el ámbito y en la economía general del sistema normativo a las que pertenecen, que es el de representar el modo, el tiempo y el lugar con los que deben manifestarse la actividad de los sujetos que, con variedad de posiciones, de intereses y de funciones actúan en el proceso; no, por esto es lícito separar las reglas formales de aquellas que disciplinan los presupuestos, la finalidad y los efectos de la actividad misma, repeliendo o adscribiendo estas últimas al campo del derecho privado, con la consecuencia de obscurecer el perfil publicístico de toda una serie de instituciones en las que campea el acto de un órgano judicial público"⁷³.

70. Carnelutti: "Instituciones del Proceso Civil", vol. I, p. 22 in fine. Traducción de la 5a. edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Ejea, Bs. Aires, 1959.

71. Carnelutti: "Diritto e Processo", p. 33, Morano Editor, Napoli 1958.

72. Enrico Tulio Liebman: "Norme processuale nel Codice Civile", en la Riv. dir. dir. proc., 1948, I, p. 157 y 158.

73. Ibid., ob. cit., p. 159.

Perspectiva de la Comisión Permanente

César Delgado-Guembes

Abogado. Director Técnico de la Oficina de Asesoría Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

1. ANTECEDENTES

En la historia de nuestro desarrollo constitucional, nuestro Parlamento ha contado con un órgano peculiar con singulares y prácticas atribuciones, al que hoy denominamos Comisión Permanente.

Su antecedente más remoto se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812. Sus Artículos 157 a 160, tratan "De la Diputación Permanente de Cortes", y describen un cuerpo de existencia intermitente entre una Corte Ordinaria y otra (Artículo 159). Se componía de 7 representantes (3 por Europa, 3 de Ultramar y uno por sorteo) y estaba facultada para controlar el cumplimiento de la Constitución, convocar a Cortes Extraordinarias y gestionar la presencia de los Diputados suplentes ante la ausencia de los titulares.

Debe ser considerado como antecedente, asimismo, el Reglamento que para el Gobierno Interior de las Cortes Españolas se aprobara, por Decreto de las Cortes, el 4 de Septiembre de 1813, el segundo reglamento hispano moderno de índole parlamentaria, luego del que el 27 de Noviembre de 1810 se aprobara para las Cortes de Cádiz, en el que no consta regulación sobre este asunto. La Diputación Permanente es tratada en 19 artículos (del 183 al 201), y en su mayoría son funciones ceremoniales o administrativas. Se debía reunir todos los días (Artículo 187), administraba al personal (Artículo 186), recibía las quejas de infracción a la Constitución para dar cuenta de ellas a las Cortes (Artículo 189) y atendía los asuntos vinculados al nacimiento o fallecimiento de los miembros de la familia real, etc. Idéntica disposición hacia esta institución guardó en sus Artículos 217 a 245 el Reglamento del Gobierno Interior de Cortes y su Edificio vigente desde el 29 de Junio de 1821.

El antecedente más próximo es el de la Constitución de 1860 que trata en sus Artículos 105 a 110 de la "Comisión Permanente del Cuerpo Legislati-

vo", también como un órgano de existencia interseriada entre Legislaturas Ordinarias, compuesto de 7 Senadores y 8 Diputados titulares, con 3 Senadores y 4 Diputados suplentes. Esta Comisión, hasta su supresión con la ley de 31 de Agosto de 1874, tuvo cuatro atribuciones que no han sido conferidas a la actual. Primera: la de dirigirse al Gobierno para que enmiende las infracciones a la Constitución atribuibles a él o a sus autoridades subalternas. Segunda: la de pedir, como titular, ante la Cámara de Diputados, que ésta acuse a los Ministros responsables por el incumplimiento de sus comunicaciones sobre enmiendas, de las infracciones constitucionales o legales. Tercera: declarar si ha o no lugar a la formación de causa en los procedimientos de acusación constitucional iniciados ante la Cámara de Diputados, durante el receso del Congreso. Y cuarta: definir jurisdiccionalmente en los conflictos entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo.

Entre los países de nuestro hemisferio la República del Uruguay tuvo un órgano análogo, al que su Constitución de 1934 también denomina Comisión Permanente (Artículos 117 a 122), y a la que concibe no como un órgano delegado de la Asamblea General sino como la Asamblea misma.

En España, durante el régimen de Franco, se incluyó dentro de las Comisiones Generales, una denominada Comisión Permanente. Además de recordar que durante ese período histórico las Cortes españolas se convirtieron en un tipo de asamblea corporativa (sin pretensión de asumir el modelo propio de los parlamentos de las democracias representativas, basadas en el Gobierno entre partidos políticos), tampoco debe confundirse este tipo de Comisión Permanente con el que asume nuestro sistema constitucional. El Reglamento de las Cortes Españolas diseña una Comisión Permanente que funciona no *entre* legislaturas sino *durante* ellas. Su más próxima afinidad es más bien la de las Comisiones de gobierno, de administración, o hasta, con reservas, la Conferencia de Presidentes que prevé el Reglamento de la Asamblea Nacional de Francia. Su fin principal es enlazar a las Cortes con el Gobierno.

Actualmente España se vale de las Diputaciones Permanentes para normalizar la continuidad de los trabajos parlamentarios durante los recesos entre Legislaturas en un régimen constitucional, entre regímenes constitucionales, y entre la disolución y la reanudación del régimen interrumpido (Artículo 78 de la Constitución). Ellas pueden, durante los recesos, solicitar la convocatoria a legislaturas extraordinarias (Artículo 73), convalidar o derogar los Decretos - leyes (legislación extraordinaria y urgente) expedidos por el gobierno (Artículo 86 de la Constitución, y 57.1, a) del Reglamento del Congreso de los Diputados), autorizar la prórroga de los estados de alarma y excepción, y declarar a propuesta del Gobierno, el estado de sitio (Artículo 116 de la Constitución, y 57.1, b) del Reglamento del Congreso de los Diputados).

Atribuciones análogas tiene la Comisión Permanente del Portugal (Artículo 182 de la Constitución) debiendo resaltarse el desarrollo que el Reglamento de la Asamblea de la República ha hecho en su Artículo 199, relativo a la convocatoria de ésta, a iniciativa de la Comisión Permanente, cuando el Gobierno, durante el receso, solicite la aprobación de un voto de confianza sobre una declaración política general u otro asunto de interés nacional.

Prevé también una Comisión Permanente, en naturaleza similar a la nuestra, la Constitución de Grecia (Artículo 71) con una composición equivalente al tercio del toral de diputados (Artículo 73 del Reglamento de la Cámara de Diputados) y abundancia de facultades legislativas (*ibid*).

No son antecedente de, ni tiene parentesco tipológico con nuestra Comisión Permanente, las Comisiones legislativas, a las que se llama también Permanentes, de los diversos parlamentos. La generalidad de reglamentos denominan permanentes a esas Comisiones de nomenclatura, composición, competencia y fines invariables durante todo un período constitucional. La temporalidad restringida e intermitencia de su funcionamiento no impidió que nuestros constituyentes de 1978 prefirieran denominarla conforme nuestra tradición constitucional y parlamentaria.

2. FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA COMISION PERMANENTE

La Constitución de 1979 no trata de la Comisión Permanente en un Capítulo aparte. Los diversos aspectos relativos a su existencia, funciones y composición se encuentran regulados en el Título IV, De la Estructura del Estado; Capítulo I, Poder Legislativo; III, De la Formación y Promulgación de leyes; IV, Del Presupuesto y la Cuenta General; y VIII, Del Régimen de Excepción.

Son ocho los Artículos en los que se cita a la Comisión Permanente: 164, 176, 177, 182, 185, 193 y 231.

El Artículo 185 de la Constitución indica que las atribuciones de la Comisión Permanente son las que le señalan la propia Constitución y el Reglamento del Congreso. El Reglamento del Congreso es el Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas de 1853, al que ambas Cámaras han adicionado, como parte integrante de éste, el Reglamento de la Comisión Permanente del Congreso, que cuenta con 19 Artículos. Este último ha venido regulando la existencia de la Comisión Permanente desde el 16 de Diciembre de 1980.

El Reglamento vigente ha desarrollado las facultades originales que recoge la Constitución, y le adscribe asimismo las de los Artículos 173, 174, 179 (dispositivo que ha sido desarrollado por la Ley 24247, vigente desde el 30 de Julio de 1985, y que establece el plazo de 10 días para que el gobierno, las autoridades señaladas en el Artículo 179, y las empresas dentro de la actividad empresarial del Estado, respondan a los pedidos de datos e informes solicitados por los miembros del Parlamento), 186, inc. 2, y 206, inc. 3.

Paralelamente, los Reglamentos Internos de cada una de las Cámaras hacen referencia a la Comisión Permanente. El recientemente derogado Reglamento Interior del Senado, del 15 de Octubre de 1980, la menciona en sus Artículos 36, inciso 7, 82 y 85. El Reglamento del propio Senado, actualmente vigente, publicado el 10 de Mayo de 1988, hace referencia a ella en los Artículos 36, inciso 7; 86; y 90. El Reglamento de la Cámara de Diputados, del 10 de Diciembre de 1987, hace lo propio en sus Artículos 16, 82, inc. d), 90 y 132.

Por último, la Resolución Legislativa del 2 de Marzo de 1988, aprobada por la Comisión Permanente, definió sus atribuciones durante el receso cuando están en funciones las Cámaras del Congreso en el caso de una legislatura extraordinaria. La Comisión Permanente, así, ha desarrollado su propio Reglamento, modificando el texto original del Artículo 1º.

3. NATURALEZA E IMPORTANCIA DE LA COMISION PERMANENTE

Cuando se refiere la bicameralidad del Parlamento se tiende a reducir la comprensión de su existencia a tan sólo 2 de sus órganos: el Senado y la Cámara de Diputados.

Pero ocurre que nuestra Constitución trata también de otros 2 órganos con funciones diversas

de aquellas que individualmente corresponden a cada Cámara: el Congreso y la Comisión Permanente.

El Congreso actúa como un ente con competencias privativas y exclusivas, de las que no participan el Senado ni la Cámara de Diputados aisladamente. El Congreso, por ejemplo, es el único órgano que puede aprobar Tratados, el Presupuesto, y la Cuenta General, autorizar empréstitos, declarar la vacancia o suspensión del cargo de Presidente de la República, y aprobar la prórroga del estado de sitio.

Sin embargo, el Congreso no es, en cuanto a su conformación, un conjunto de parlamentarios diversos de los que integran el Senado y la Cámara de Diputados. El Congreso son todos y los mismos representantes del pueblo *en sesión conjunta* en el local de la Cámara de Diputados: son 240 miembros del Parlamento más los Senadores Vitalicios. El Congreso tiene también Comisiones que reportan exclusivamente a él: la Comisión Bicameral de Presupuesto, la Comisión de la Cuenta General de la República, las Comisiones de Relaciones Exteriores de cada Cámara, y las Comisiones Investigadoras, Especiales, Protocolares, de Representación o Revisoras que se nombre excepcionalmente para casos singulares.

Estas referencias al Congreso son importantes para percibir la naturaleza de la Comisión Permanente. Dice el Artículo 164 de la Constitución que durante el receso del Congreso funciona la Comisión Permanente.

Como en el caso de las Diputaciones Permanentes de la Constitución de Cádiz de 1812, y en el de la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo de la Constitución de 1860, nuestra Comisión Permanente existe solo durante los recesos.

Según el criterio de su existencia la Comisión Permanente es *temporal* (queda en suspenso durante Legislaturas).

Por su origen es un *órgano parlamentario mixto* y de *representatividad indirecta*, con poder de decisión y voluntad propias, aunque dé cuenta de sus acuerdos y los asuntos aprobados al Congreso.

Por su composición es un *órgano proporcional* en cuanto a la participación de los diversos partidos, frentes o tendencias políticas, y *fijo* en cuanto al número de Senadores y Diputados que lo conforman.

Por la forma de adopción de sus acuerdos es un *órgano con decisiones por mayorías separadas*. Los votos de Senadores y Diputados se emiten y com-

putan separadamente según las fórmulas correspondientes para cada asunto bajo consulta (simple mayoría, mayoría absoluta, o dos tercios).

¿Cuál es la finalidad que debe cubrir la Comisión Permanente? En síntesis, es la de garantizar la continuidad de los trámites legislativos, presupuestales, de control y administrativos, que, de otra manera, quedarían en estado coloidal durante los recesos parlamentarios entre legislaturas.

Se la denomina *Comisión* porque recibe su encargo de un órgano complejo –Senado y Cámara de Diputados– al que sustituye durante recesos. A diferencia de las Comisiones Ordinarias (dictaminadoras, o legislativas) y de las Especiales (Investigadoras, de Acusación Constitucional, etc.) se distingue de aquellas porque sus acuerdos sí tienen fuerza vinculante, y no queda como un órgano meramente consultivo.

En sentido estricto esta Comisión *no es permanente* al modo como lo son todas las Comisiones Ordinarias (dictaminadoras o legislativas). Debe entenderse que su permanencia se refiere a la finalidad para la que sirve, a su condición de *órgano sustitutorio* del Congreso, actúa como Congreso, como si el Congreso no perdiera solución de continuidad. La Comisión Permanente continúa con los asuntos pendientes y resuelve o reserva los trámites, según que se trate de asuntos de su competencia o de la competencia privativa de una de las Cámaras o el Congreso.

Su naturaleza, como la de todo ente incorporal, es ficticia. Es un ente con existencia legal, con competencias atribuidas, al que se afectan poderes de representación, es una *persona jurídica*. La representación que ejerce esta Comisión, sin embargo, es tangible: el Congreso queda obligado y sus derechos bien formados durante el receso.

Año a año los integrantes de la Comisión Permanente varían, pero el cuerpo mantiene su entidad.

La importancia de la Comisión Permanente puede verse en algún caso límite, como el que se presentaría durante una legislatura extraordinaria. Si es así que la Comisión Permanente existe entre recesos, ¿cuál es su destino durante legislaturas extraordinarias?

La Constitución establece que las legislaturas extraordinarias se producen *durante* los recesos, y que sus agendas se ciñen estrictamente al o los asuntos que motivan su convocatoria. ¿Queda en pie la Comisión Permanente durante las legislaturas extraordinarias respecto de todos los asuntos sobre los que no pueden tratar las Cámaras?

El vacío quedó resuelto cuando se facultó expresamente a la Comisión Permanente, por medio de la Resolución Legislativa de 2 de Marzo de 1988 (que modifica el Artículo 1º del Reglamento adicionándole un tercer párrafo), para actuar sobre cualquier asunto que no sea materia de la agenda de la legislatura extraordinaria. En consecuencia, desde entonces la Comisión Permanente ha quedado legitimada para actuar, por ejemplo, en el control de la inmunidad e incompatibilidad parlamentarias; la promulgación de leyes; la aprobación de créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones presupuestales; los permisos al Presidente de la República; y el control inicial de la acción del gobierno durante los estados de emergencia. Ello deja ver el tipo de negocios que no quedarán desatendidos de no contar con este cuerpo.

4. COMPOSICION DE LA COMISION PERMANENTE

Tres son los criterios para componer anualmente la Comisión Permanente: el corporativo, el de la representación política, y el de la titularidad.

Según el criterio *corporativo*, nuestra Constitución fija, en el Artículo 185, en 5 Senadores y 10 Diputados, además de los Presidentes de cada rama, el total de integrantes por Cámara. Idéntico es el texto del Artículo 1 del Reglamento de la Comisión Permanente de Diciembre de 1980.

Precisa el Reglamento de la Comisión Permanente que la elección de los integrantes se lleva a cabo dentro de cada Primera Legislatura Ordinaria. Ellos la conformarán durante el receso entre Primera y Segunda Legislaturas, y entre la Segunda y la Primera del subsiguiente año legislativo. De ocurrir que las Cámaras, o una de ellas, no designaran a sus representantes, se mantiene la designación de los del período anterior (Artículo 2 del Reglamento de la Comisión Permanente).

El Artículo 14 de su Reglamento preceptúa que la elección de los Senadores y Diputados se lleva a efecto con el voto de la mayoría de cada Cámara.

Esta última disposición nos refiere al criterio de *representación política* para la composición de la Comisión Permanente. El Artículo 2 señala en su segundo párrafo que se compone de Senadores y Diputados "*con tendencia a la proporcionalidad de la representación de los grupos políticos que integran las Cámaras*". Esta redacción sugiere que a pesar del voto de la mayoría, la Comisión Permanente mantiene representantes de los grupos políticos, y que, en consecuencia, hay coordinación entre éstos para fijar no sólo el número y proporción por cada grupo sino

también la elección de las personas que por cada grupo participarán en este cuerpo.

Hay un tercer criterio que referir sobre la composición de la Comisión Permanente: el de la *titularidad*.

El Artículo 3 del Reglamento señala que el *quorum* para las sesiones es de 4 Senadores y de 7 Diputados. Estos números no son fáciles de alcanzar si sólo se contara con comisionados *titulares*. Previendo el riesgo de dejar a este órgano sin funcionar por falta de quorum, el Artículo 14 del Reglamento indica que al momento de elegirse a los titulares, también por mayoría, cada Cámara debe designar 2 Senadores y 4 Diputados como *suplentes*.

5. FUNCIONES DE LA COMISION PERMANENTE

Podemos dividir las funciones de la Comisión Permanente entre aquellas que le atribuye expresamente la Constitución, y las que el propio parlamento le delega a través del Reglamento, que es parte del Reglamento del Congreso. Fundamento de unas y otras es el Artículo 185 de la Constitución que indica que las atribuciones de la Comisión Permanente son "las que le señalan la Constitución y el Reglamento del Congreso"; y el propio Reglamento de la Comisión Permanente que en su Artículo 19 dice que aquel "forma parte del Reglamento del Congreso y tiene fuerza de ley a partir de su aprobación". El Artículo 177 de la Constitución dispone que "el Congreso aprueba su propio Reglamento que tiene fuerza de ley".

a. Funciones asignadas por la Constitución

Entre las que le encomienda la Constitución las principales funciones de la Comisión Permanente son:

- i. Autorizar el procesamiento o detención de los Senadores o Diputados a los que se denuncia por la comisión de delito común, y la privación de libertad y enjuiciamiento en caso que se trate de delito flagrante.

Si bien hay concordancia entre el Artículo 176 de la Constitución y el Artículo 82 del Reglamento del Senado respecto de ambos casos —delito común, flagrante o no—, no existe compatibilidad entre aquellos y el Artículo 16 del reciente Reglamento de la Cámara de Diputados. Este último enfatiza que los Diputados no pueden ser procesados ni detenidos "sin autorización de la Cámara", y en el caso de delito flagrante es aun preciso cuando establece que entonces, durante receso,

el Diputado "es puesto a disposición de la Comisión Permanente, a fin de que la Cámara de Diputados autorice o no la privación de su libertad y el enjuiciamiento ante el Poder Judicial".

Debe repararse de modo especial en esta limitación. La Cámara de Diputados la tiene como parte de su *corpus iuris acta*. El texto del proyecto que aprobara la Cámara, antes de la homologación y revisión que recibiera por la Comisión *ad hoc* que con esos propósitos se nombró, decía "ninguna autoridad puede detener a un Diputado, excepto por delito flagrante, caso en que será puesto a disposición de la Cámara, del Presidente de la misma o de la Comisión Permanente del Congreso a fin de que éstas autoricen o no la privación de su libertad y el enjuiciamiento" (Artículo 17 del texto del Proyecto aprobado hasta el 12 de Noviembre de 1987). Como se ve, en mérito del acuerdo homologatorio y revisorio de la Cámara, este texto fue modificado. Y la modificación es manifiestamente sustantiva.

La regulación del Reglamento de la Cámara de Diputados suspende la atribución de que gozaba la Comisión Permanente al retener para sí la facultad de autorizar procesamiento, detención, privación de libertad y enjuiciamiento de los miembros de esa Cámara. Esta medida importará que, también durante el receso, la Comisión Permanente no pueda acceder a las peticiones del Poder Judicial, o de la policía, para administrar justicia. El caso será más agudo aun en la eventualidad del delito flagrante, cuando la urgencia de acciones e investigaciones policiales o judiciales es más apremiante.

El Artículo 7 del Reglamento de la Comisión Permanente faculta entonces a este cuerpo a autorizar la acción judicial o policial solamente frente a *Senadores*. Para hacerlo requiere el voto conforme de 2/3 "de los miembros de la Comisión Permanente". Queda sin precisar si acaso los Diputados, miembros de la Comisión Permanente, tendrán o no competencia para autorizar procedimientos contra quienes no son sus pares en sentido estrictamente corporativo, ahora cuando el Reglamento de la Cámara de Diputados ha desprendido de los Senadores la atribución de que antes estaban facultados para autorizar acción judicial o policial contra Diputados.

ii. Promulgar los proyectos de ley no promulgados por el Presidente de la República dentro de los 15 días de aprobados por el parlamento. Esta función aparece consignada en el Artículo 193 de la Constitución y homologa a la Comisión Permanente con el Congreso. Así, la Comisión Permanente tiene, en este caso, un rol entre ceremonial y sancionador; no debe modificar una ley sino dar fin a un trámite con el acto formal que la Constitución exige como requisito previo a la publicidad y vigencia de la ley. Actúa como agente de la "san-

ción real" de un acto ya acordado por los representantes del pueblo.

El Reglamento de la Comisión Permanente reproduce esta atribución en su Artículo 6.

iii. La hacienda fiscal no puede quedar paralizada durante el receso del parlamento. La economía del país, y la administración de nuestros bienes y recursos tiene un flujo indetenible. Para facilitar la gestión económica, financiera y contable la Constitución faculta a la Comisión Permanente, en su Artículo 199, para recibir y dar trámite a los proyectos de ley que contienen créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas.

Los proyectos de ley de este carácter son todos modificación del presupuesto general del país, aprobado o por ley o por decreto legislativo. El proyecto de presupuesto es debatido y aprobado por el Congreso, esto es, por el Senado y Diputados en sesión conjunta y plenaria. Por la naturaleza de la gestión pública, que debe estar amparada en la ley y no sólo en un acto de la administración, se ha facultado a esta pequeña asamblea de delegados de cada Cámara a actuar en función que no es de competencia de cada una de sus Cámaras por separado.

El trámite de créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas, no es un mero trámite administrativo. Se trata de la aprobación de leyes con el más alto nivel de importancia para el desarrollo y diario curso del país.

No puede minimizarse el rol de la Comisión Permanente respecto de la aprobación del movimiento económico. Ya ha sido sugerido: *ni cada Cámara puede aprobar el presupuesto ni su modificación*. La economía debe ser atendida en oportunidad inaplazable; el retraso importa costo.

Cuando el presupuesto se aprobaba por separado en cada Cámara se dificultaba dramáticamente el manejo económico. Por eso el constituyente simplificó el trámite juntando a ambas Cámaras en sesión conjunta. Por eso, también, el constituyente atribuyó a este ente la tarea delicada de supervisar y consentir sobre el manejo financiero, contable, etc.

Pero la Constitución impone a la Comisión Permanente un requisito para la aprobación de los negocios presupuestales: que aquella ocurra con el *voto conforme de los 2/3 de los miembros de la Comisión Permanente*. Igual disposición contiene el Artículo 5 del Reglamento de la Comisión Permanente.

- iv. Una cuarta importante atribución de la Comisión Permanente es la que refiere el Artículo 231 de la Constitución, que ha sido virtualmente reproducida por el Artículo 9 del Reglamento. Se trata del decreto de los estados de excepción de que debe dar cuenta a la Comisión Permanente, durante el receso, el Presidente de la República.

Desde que la Comisión Permanente conoce del decreto se inicia, formalmente, la labor de control. Este control opera de diversas formas según el tipo de estado de excepción decretado. Tanto en el estado de emergencia como en el estado de sitio los dos puntos en conflicto son el ejercicio de la autoridad, y los derechos de la población civil cuya suspensión quede decretada.

El control que ejerce la Comisión Permanente durante los estados de emergencia, como titular oficial y activo de la representación parlamentaria en pleno, es político por naturaleza. Tiene como misión asegurarse que la forma del decreto, y la realidad de las causales invocadas, correspondan a los límites que la Constitución establece y fija al gobierno. En esencia, debe cautelar la eficacia en el respeto a los derechos humanos, fiscalizando las acciones que tomen las fuerzas policiales o armadas.

En el caso singular de los estados de sitio la Comisión Permanente debe canalizar la reunión del Congreso, el que se reúne de pleno derecho según el inciso b) del Artículo 231 de la Constitución. Entre tanto se reúne el Congreso la Comisión Permanente recibe información y actúa con cargo a dar cuenta.

b. Funciones asignadas por el Reglamento de la Comisión Permanente

En vía de desarrollo del texto constitucional el Senado y la Cámara de Diputados fijaron, entre otras, las siguientes atribuciones adicionales a la Comisión Permanente.

- i. El Artículo 8 del Reglamento encarga a la Comisión Permanente para que controle la observancia de los Artículos 173 y 174 de la Constitución. Estas dos normas refieren los casos de incompatibilidad de funciones y prohibición de cargos para Senadores y Diputados.

Los Reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados prescriben en sus Artículos 88 y 45 inc. c), respectivamente, que el conflicto de intereses entre el status de parlamentario y los cargos indicados en los Artículos 173 y 174 de la Constitución, da lugar a la *vacancia* del cargo.

El Artículo 33 del Reglamento de la Cámara de Diputados es aún más drástico al prescribir que los actos realizados por los Diputados contraviniendo las disposiciones del Artículo 174 de la Constitución, "motivan la nulidad de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad a que se hacen acreedores de conformidad con el Artículo 183 de la constitución" (antejuicio político).

Aun cuando el Reglamento de la Comisión Permanente no le otorga competencia para solucionar las incompatibilidades o prohibiciones, su rol censor sí es importante cuando en efecto deba comunicar a las Cámaras sobre el surgimiento de conflicto en el status de un parlamentario.

- ii. Un dispositivo aparentemente tan anodino como el del inciso 2 del Artículo 186 de la Constitución merece la pena de ser resaltado. Su antecedente son los ya mencionados incisos 1 y 2 del Artículo 107 de la Constitución de 1860, que facultaban a la Comisión Permanente, respectivamente, para disponer que el Poder Ejecutivo "enmiende cualquiera infracción que hubiese cometido", y para que solicite de la Cámara de Diputados que acuse constitucionalmente al o los Ministros responsables "en el caso que hubiesen sido desatendidas las representaciones de que se encarga la atribución anterior".

Nuestra Ley Fundamental no ha recogido la extensión de estas 2 funciones, pero resulta significativo que ellas se derivaban, literalmente, de la atribución que hoy recoge el Artículo 186, inciso 2: "velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".

Esta atribución se la adjudica a la Comisión Permanente el Artículo 11 de su Reglamento.

- iii. También resulta ilustrativo referir la facultad que el Artículo 16 del Reglamento de la Comisión Permanente le confiere. Se trata del permiso que puede otorgar para que el Presidente de la República se ausente del país.

El Artículo 206, inciso 3, de la Constitución, sanciona con vacancia la salida del Presidente de la República, fuera del territorio nacional, sin el permiso del Congreso. El Reglamento permite que también la Comisión Permanente otorgue con validez el permiso.

Puede desearse que el Reglamento consigne otras atribuciones a este órgano del Parlamento pero, como se ha sugerido en este texto, no parece apropiado resumir las atribuciones actuales de la Comisión Permanente como meramente administra-

tivas. En ningún caso de los referidos parecería saludable adjudicar estas funciones a órganos como las Comisiones Directivas de cada Cámara: se trataría de un exceso que escaparía a la naturaleza de aquellas como órganos de la administración y gobierno in-

terno de cada rama del parlamento, órganos que, por añadidura, la experiencia no ha permitido verlos aún compuestos proporcionalmente por las tendencias políticas representadas en las Cámaras.



Paisaje

La evolución del constitucionalismo en España: de la polarización a la integración

Francisco Fernández Segado
Catedrático Español de Derecho Constitucional
Universidad Santiago de Compostela

1. EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO POLARIZADOR

Cuenta Teófilo Gautier en su *"Viaje por España"*, en 1840, que al leer sobre la piedra de un antiguo edificio un letrado que titula en cal: *"Plaza de la Constitución"*, se le ocurrió un agudo comentario: *"Esto es una Constitución en España, una pellada de yeso sobre un granito"*. Refleja con certera visión esa reflexión de Gautier uno de los rasgos más significativos y a la par más sorprendentes del constitucionalismo histórico español: la superficialidad del movimiento constitucional. Baste contemplar la ininterrumpida sucesión de códigos constitucionales para adquirir plena conciencia de tal rasgo.

Un total de seis Constituciones (1812, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931); una Constitución aprobada aun cuando no llegada a entrar en vigor (la *"nonnata"* de 1856); un texto (el Estatuto Real) de naturaleza y pretensiones constitucionales; numerosísimas reformas constitucionales; innumerables Anteproyectos de Constitución, y todo ello asentado en la transgresión y el fraude constitucional convertidos en norma.

Esta superficialidad del movimiento constitucional puede explicarse en función de circunstancias muy dispares, que van desde la ausencia de un tejido social sobre el que se consolidara el fenómeno constitucional, que no podía ser otro sino el de la burguesía nacida con la revolución industrial, hasta la visión taumatúrgica con que se contemplan los códigos constitucionales; se piensa que un texto o la introducción en él de una determinada institución, son capaces de producir resultados benéficos ciertos e inmediatos en nuestra vida política, lo que se comprende por el bajísimo nivel cultural e incluso, por la tendencia a lo milagroso y a lo irracional. Si a todo

ello unimos la existencia de un Estado débil, resultante de la ausencia de una clara diferenciación entre el poder social y el poder gubernamental, con lo que administración y oligarquía se encontrarán en perfecta ósmosis, de lo que a su vez derivará el predominio de los intereses locales sobre los nacionales o, lo que es igual, la implantación y estabilidad del caciquismo como forma de organización política, y adicionamos finalmente el carácter partidista de las Constituciones, que por lo general se limitarán a reflejar el programa político del partido con mayor fuerza parlamentaria en la asamblea constituyente, lo que se traducirá en la reticencia de las restantes fuerzas políticas a aceptar como ley fundamental común la que consideran elaborada por aquél y para aquél, tendremos reflejado un sumario catálogo de variables que explican, en alguna medida, el por qué de la superficialidad de nuestros códigos constitucionales.

Al intentar agrupar los textos fundamentales españoles hemos de acudir necesariamente a los tres ciclos que en la diacronía histórica europea pueden distinguirse desde el plano de la civilización política: el liberalismo (1789-1848), la expansión de la democracia política (1848-1914) y la aparición y progresiva consolidación de la democracia social (1914-1945). Estos ciclos tienen su correlato constitucional en tres etapas perfectamente diferenciadas: el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo social.

En España, el fenómeno constitucional, no sin frecuentes arritmias, se ha ajustado en sus grandes líneas a ese desarrollo europeo, pudiendo diferenciarse en él tres grandes períodos, en los que no siempre la homogeneidad de los textos que en cada uno de ellos se suceden es la nota característica: el constitucionalismo liberal (1812-1868), el constitucionalismo democrático (1868-1931) y el constitucionalismo social (1931-1936).

A partir del año 1936 y a lo largo de ocho lustros (hasta 1975), se producirá el más prolongado eclipse constitucional de nuestra historia: un régimen dictatorial primero, autoritario en sus estertores, asentado en una "*pantomima constitucional*", las Leyes Fundamentales, basado en la absoluta concentración del poder en una sola persona, en el rechazo del pluralismo político y del sufragio universal y en la sistemática restricción de las libertades, pervivirá en tanto subsista la persona a cuya imagen y semejanza había sido diseñado el régimen en cuestión.

Entre 1975 y 1978, un proceso, breve en el tiempo, pero delicado y sumamente complejo de transición hacia la monarquía parlamentaria, sustentado formalmente en la Ley para la Reforma Política, hará posible el derribo desde la legalidad del régimen franquista.

Las Cortes elegidas —de facto como constituyentes— el 15 de junio de 1977, culminaban el 27 de diciembre de 1978 la obra de diseño de una nueva Constitución que, entroncando parcialmente con la de 1931, ha venido a culminar ese período que antes llamamos del constitucionalismo social, a través de la instauración de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya meta última es la consecución de una "*sociedad democrática avanzada*", que se ha de apoyar necesariamente en un orden económico y social justo. Cada uno de los tres períodos de nuestra agitada historia constitucional nos presenta unos rasgos peculiares, a los que nos referiremos de inmediato.

El constitucionalismo liberal era la primera de las etapas contempladas. En ella, en realidad, no puede hablarse de la existencia de un auténtico régimen constitucional. El hecho de que la monarquía quede en buena medida al margen del proceso constituyente; la inexistencia de un verdadero régimen de libertades pública (pensemos, por ejemplo, que el derecho de sufragio no es tanto un derecho cuanto una función pública que, por ello mismo, se otorga a los mejores, a los más capaces, que desde la óptica del pensamiento liberal no son los más poderosos económicamente y los más cualificados intelectualmente); el bajísimo porcentaje de ciudadanos con derecho a voto; el desconocimiento del principio de primacía formal de la Constitución, ignorado en 1837 y 1845 e incumplido respecto del código gaditano; la ausencia de todo sentimiento constitucional, sustituido por la visión taumatúrgica e irracional, son otras tantas circunstancias que nos llevan a la conclusión de que quizá lo más exacto sea hablar de un régimen pseudoconstitucional para aludir al modelo político que instauran nuestras primeras Constituciones.

Con el *constitucionalismo democrático* se inicia un significativo viraje. El régimen constitucional va a asentarse con cierta solidez. El nacimiento de un verdadero régimen de libertades públicas, respecto de las cuales —y pese a sus alternativas bien dispares en 1869 y 1876— un conjunto de leyes orgánicas y procesales contribuirán a darles cierta fijeza y estabilidad. Si nuestro primer constitucionalismo se preocupa más de las libertades civiles o privadas, ahora, en especial tras la constitucionalización del derecho de asociación, la perspectiva cambia drásticamente. Por lo demás, la monarquía se reconduce a la libre decisión de la asamblea constituyente, y aunque el código de la Restauración, de 1876, no siga esta línea, el esfuerzo canovista de reconstituir la Monarquía y la Nación (representada por las Cortes) en términos históricos, no podrá impedir su futuro cuestionamiento. Por último, si bien no puede hablarse aún de la existencia de un sentimiento constitucional, parece claro que esa visión taumatúrgica a que antes nos referíamos ha desaparecido en gran medida, dando paso a lo que bien podríamos llamar la existencia de una cultura constitucional.

El constitucionalismo social se inicia al término de la Primera Gran Guerra. Tras ella, los edificios constitucionales y políticos de los viejos Estados crujen, quedando en serio peligro de ruina y desmoronamiento. La crisis del Estado propiciará una nueva fase del mismo en la que el Estado se convierte en instrumento superior de progreso y bienestar.

La transformación social del régimen constitucional se orienta en una doble dirección: de un lado, acomodando la Constitución a las nuevas exigencias resultantes de la complejidad de la vida social, y de otro, incorporando al régimen constitucional, como factores institucionales del mismo, las fuerzas que integran el ser vivo de la sociedad.

Todo ello irá unido a un proceso de racionalización del Poder, que plasma en la tendencia a someter al Derecho todo el conjunto de la vida colectiva, lo que a su vez se traduce en aspectos tales como: la primacía formal de la Constitución y el control de la constitucionalidad; la existencia de verdaderas tendencias sociales en la declaración de derechos; la limitación, en nombre del interés social, de ciertos derechos; la profundización en el régimen de garantías jurídicas de los derechos (pensemos, por ejemplo, en el recurso de amparo); la racionalización del régimen parlamentario, y, por último, el eflujo de las instituciones propias de la democracia directa.

Estos rasgos, de una u otra forma, serán acogidos por los constituyentes de 1931, que darán

a luz una norma fundamental inspirada por una radicalmente nueva visión: la Constitución ya no aparece como la norma reguladora de las instituciones del Estado, que reconoce además formalmente los derechos; la Constitución se extiende al plano social y asume una función inequívocamente transformadora, convirtiéndose la libertad y la justicia en los principios inspiradores de la acción político-jurídica. Culmina así una evolución por cuya virtud se ha pasado de un constitucionalismo básicamente garantista y asegurador de las esferas de acción privadas frente al poder, a un constitucionalismo programador y pretendidamente transformador de las estructuras sociales y económicas.

2. LA CONSTITUCION INTEGRADORA

El 6 de diciembre se cumplieron dos lustros desde que aquel histórico 6 de diciembre de 1978 en que el pueblo español refrendara masivamente el Proyecto de Constitución (un 88% de los votantes se pronunció afirmativamente hacia el código constitucional, votando en contra sólo un 8%, con una participación del 67% del censo electoral), que con anterioridad ya había sido respaldado por la enorme mayoría de las fuerzas políticas del arco parlamentario en cada una de las dos Cámaras. Es posible que el plazo transcurrido, aún no muy dilatado, no nos permita disponer aún de la suficiente perspectiva histórica para calibrar en su justa medida la exacta dimensión de tal hecho; ello no obsta, a mi modo de ver, para que pueda ya hablarse de la conmemoración de uno de los acontecimientos históricos más trascendentales de toda nuestra trayectoria contemporánea.

Basta con que recordemos nuestra atormentada historia política-constitucional para que podamos darnos cuenta de inmediato de que aun con sólo diez años de vigencia, la Constitución de 1978 ya ha marcado unos hitos en verdad importantes.

Desde una perspectiva estrictamente cronológica —desde luego, la menos relevante—, aunque resulte sorprendente, pocas son las constituciones españolas que han superado en su vigencia un decenio; sólo los textos de 1845 y 1876, bien que aplicándose con constantes arritmias, interferencias y aun falseamientos. Desde esta óptica, pues, nuestra vigente "*Ley de Leyes*" se situaría en tercer lugar dentro de las Constituciones españolas.

Si proyectamos sobre la Constitución otra visión bien diferente de la puramente cronológica, su acercamiento a la realidad social, es en-

tonces cuando nos damos cuenta de la novedad que nuestra "*Magna Carta*" entraña. La Constitución de 1978 es fiel al concepto sociológico que de la Constitución diera *Ferdinand de Lassalle*, en su famosa conferencia pronunciada en Berlín en 1862. En su esencia, nuestra Constitución puede ser considerada como la resultante de "*la suma de los factores reales de poder*" que regían en España en el momento en que se redactó. Este rasgo no sólo no es, contra lo que pudiera pensarse, intrascendente, sino que, bien al contrario, en él creo que ha de verse el mejor antídoto contra la endémica inestabilidad constitucional que ha padecido España.

Nuestro tiempo se caracteriza por una acentuada tendencia pluralista, no sólo de la sociedad sino también del Estado, y asimismo, por la consideración del "*pluralismo*" como un valor político y un componente necesario, ineludible, para la democracia (nuestra propia norma suprema considera el "*pluralismo político*" como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico). Sin embargo, una unilateral extensión del pluralismo podría conducir a un proceso acumulativo de atomización o factorialización y, en caso límite, a la destrucción misma de la estructura o sistema de la que forman parte los componentes pluralistas. Esta posibilidad sólo puede ser neutralizada por la presencia de la "*integración*", concepto caracterizado, precisamente, por la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad.

Pues bien, la Constitución cumple una *trascendental función integradora*, que se patentiza en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como en el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico. Como ha advertido el profesor *De Vega*, la Constitución no es un puro nombre, sino *la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político*. Así lo ha venido a entender asimismo la jurisprudencia constitucional, al poner de relieve (en su Sentencia 9/81, de 31 de marzo) que "*la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico*". Así entendida, nuestro Código Político Fundamental se nos presenta como un indispensable instrumento de síntesis y de agregación, que no de diáspora o de dispersión, separándose en ello de modo radical de cuantos códigos constitucionales le han precedido, que han operado más como agentes centrífugos que como cauces de integración.

Por otra parte, nuestra vigente "*lex legum*", profundizando en una dirección ya iniciada por la Constitución de 1931, ha consumado la ruptura con el constitucionalismo liberal clásico en una importante cuestión: la conversión de un constitucionalismo básicamente garantista y asegurador de las esferas de acción privadas frente al poder, en un constitucionalismo programador y pretendidamente transformador de las estructuras sociales y económicas. Si en 1930 el maestro *Posada* podía definir el régimen constitucional como "un régimen de garantías jurídicas", la transformación del Estado liberal de derecho clásico en Estado social de derecho, ha conducido a que el constitucionalismo moderno deje de ser tan sólo un instrumento protector del individuo frente al poder, para asumir una *función transformadora* que nos parece realmente decisiva.

En este sentido, la llamada "*cláusula Lellio Basso*" del artículo 3º de la Constitución italiana de 1947, hoy vigente, trasladada al capítulo artículo 9º. 2 de nuestra norma superior (a cuyo tenor: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*") y reforzada por la voluntad de "*establecer una sociedad democrática avanzada*", que se proclama en el *Preámbulo*, representa, por su contundencia, uno de los ejemplos más significativos, de una gran potencialidad política latente y, desde luego, de un indiscutible valor hermenéutico.

A lo expuesto habría que añadir la existencia de una multiplicidad de "*disposiciones de principio*" en el articulado constitucional, con el significado y eficacia que a ellas les diera en Italia *Vezio Crisafulli*, lo que en definitiva viene a suponer que nuestro vigente código constitucional no puede considerarse como un texto petrificador, sino, bien al contrario, como el imprescindible elemento dinamizador de la sociedad.

Es cierto que el desarrollo de la Constitución no ha dejado de plantear problemas interpretativos; la ambigüedad y ambivalencia de las declaraciones dogmáticas de la Constitución tiene mucho que ver con esas dificultades, derivando a su vez de la nueva composición sociológica de los poderes constituyentes, a la par que siendo tributarias del propio consenso constituyente. Bien es verdad que, a nuestro entender, en cuanto esa ambivalencia hace posible compaginar desarrollos constitucionales dispares, aunque con un imprescindible núcleo en común, ello debe entenderse como positivo, sin que tal consideración nos impida desconocer el grave peligro de que la ambigüedad posibilite desarrollos sólo formal, aunque no sustancialmente, acordes con el texto constitucional.

Junto a las funciones integradora y transformadora, la Constitución ha cumplido una nueva función en verdad trascendente: *una función legitimadora* del sistema político hoy vigente, función que cobra toda su virtualidad cuando el código fundamental viene a suponer la quiebra efectiva, la ruptura total, respecto de un régimen político inmediatamente precedente que se sitúa en las antípodas del que la norma superior viene a institucionalizar; no hace falta decir que tal circunstancia se produjo en España.

Las reflexiones que anteceden muestran a nuestro juicio la trascendencia histórica del momento de ratificación popular de la que habría de ser por vez primera en nuestra historia, *la Constitución de todos los españoles*. Vale la pena, pues, que el 6 de diciembre todos recordemos esta efeméride, y sobre todo, que seamos capaces de recuperar ese espíritu de entendimiento, de acuerdo, de consenso, de concordia, uno de cuyos frutos más trascendentes sin lugar a dudas el que más, ha sido la Constitución de 1978.

Madrid, diciembre de 1988

Amparo contra Ley

Juan José Cauvi A.

Abogado

Miembros del Poder Legislativo, Ejecutivo y del Poder Judicial se han pronunciado sobre los casos en los que procede plantear una Acción de Amparo, discutiéndose e incluso negándose la posibilidad de que ésta se interponga contra actos o hechos que surjan de la aplicación de una Ley. El Amparo es una de las acciones de garantía que la Constitución consagra y, como tal, es un procedimiento de vital importancia si queremos vivir en un Estado de Derecho y además mantenerlo.

El Amparo es una acción excepcional que en la práctica procesal está siendo desnaturalizada en muchas —quizá demasiadas— oportunidades, tanto por los sujetos de derecho (al momento de ejercitar la acción constitucional) como por los propios jueces (al momento de tramitarlas y sentenciarlas). Sin embargo, esta lamentable constatación de la realidad procesal no debe llevarnos a concluir que la Acción de Amparo sea deleznable; por el contrario, debemos preservarla y perfeccionarla.

Modificar la Acción de Amparo con motivación política y sin sustento doctrinario alguno como lo constituye la Ley 25011, lo único que logra es desnaturalizar la Acción de Amparo.

Este artículo pretende demostrar la procedencia en nuestra legislación de la Acción de Amparo (correctamente utilizada) contra actos y hechos que, sustentados en una ley, violan derechos constitucionales.

Resulta pertinente citar dos artículos de la Constitución Política del Perú: el artículo 236 (en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera) y el artículo 295 (la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual da lugar a la acción de Habeas Corpus; la Acción de Amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean

vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona). También debe tenerse presente el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera; los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes) y el artículo 3 de la Ley 23506 (las acciones de garantía —el Habeas Corpus y la Acción de Amparo son las reguladas por esta ley— proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución; en este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento).

Partiendo de la premisa de que existen leyes que emanan del poder legislativo, las cuales por sí mismas configuran actos de cumplimiento obligatorio, es lógico concluir que estos actos son susceptibles de impugnación mediante una Acción de Amparo cuando amenazan o lesionan libertades o derechos constitucionales de los individuos. Existen supuestos en los que la sola promulgación de la ley, su simple vigencia, origina ya la vulneración de un derecho constitucional, incluso antes de que exista un acto aplicativo de la norma al caso particular; es el caso de las normas autoaplicativas.

La Ley es autoaplicativa cuando por su sola promulgación tiene carácter inmediatamente obligatorio, cuando en sí misma contiene principios de ejecución y cuando regulando circunstancias específicas afecta directamente a personas concretas. Cuando la ley es autoaplicativa y su sola expedición infringe algún derecho constitucional individual, el acto que emana de la sola dación de dicha ley puede ser atacado directamente por la Acción de Amparo sin necesidad de un acto concreto de aplicación. En este supuesto la propia ley configura un acto lesivo contra el cual se puede plantear una Acción de Amparo.

El Amparo contra leyes busca la inaplicación de los actos emanados de las disposiciones legales de carácter autoaplicativo. Se trata de que el acto sustentado en una Ley contraria a la Constitución no se aplique al individuo a quien afecta (precisamente por ser violatoria de algún derecho derivado de la Constitución). Por eso la Acción de Amparo contiene una garantía análoga a la Acción de Inconstitucionalidad: ambas coinciden en eximir al titular del derecho lesionado de la aplicación de un acto sustentado en una ley contraria a la Constitución. Aunque la Acción de Amparo no declare expresamente la inconstitucionalidad de una ley (solamente la inaplicación de los actos) el efecto de hacer cesar la violación de derechos constitucionales lleva implícito una apreciación de inconstitucionalidad. Se hace cesar el acto porque viola la Constitución, porque conculca un derecho nacido de ella, porque supone una actividad al margen del ámbito constitucional que, por ende, es inválida e inaplicable al individuo que plantea la Acción de Amparo.

Cabe precisar que la Acción de Amparo es un medio de control constitucional que protege el texto de la Carta Política de todo acto que lo lesione: cuando en una Acción de amparo un sujeto con legítimo interés impugna actos de cumplimiento obligatorio emanados de una ley autoaplicativa (que amenazan o lesionan alguno de sus derechos constitucionales), el propósito inmediato de hacer que cese la amenaza o de evitar la violación ilegítima de derechos constitucionales está supeditado a un propósito más amplio que es el tutelar la propia Constitución (de donde emana el derecho o interés protegido por la acción de garantía).

Por otro lado, siempre que en cualquier procedimiento judicial se pretenda aplicar una ley

que viola o amenaza derechos constitucionales, el juez tiene la obligación (no la facultad) de declararla inaplicable (lo cual no significa que derogue la norma sino que debe dejar de aplicarla en el caso concreto). Si el juez tiene que elegir entre dos normas incompatibles, debe preferir la norma de jerarquía superior y aplicarla al caso concreto. La obligación que tienen los magistrados de preferir la Constitución a las leyes es un mandato constitucional que se fundamenta en los principios de primacía de la Constitución y jerarquía normativa (primer párrafo del artículo 87 de la Constitución). La síntesis de ambos da origen a un tercer y definitivo principio: el de la constitucionalidad de las leyes. Es deber del Poder Judicial aplicar las normas según la graduación jerárquica que éstas tengan dentro del orden jurídico. Formalmente la constitución encabeza la pirámide normativa y está por encima de las demás normas jurídicas; por tanto no existe ningún argumento legal ni jurídico que impida a un juez ordenar la inaplicación de una ley que es contraria a la Constitución. Si todo Juez debe dejar de aplicar la ley que él considera incomparable con la Carta Política en las causas sometidas a su jurisdicción (cualquiera sea la naturaleza de los procesos), con mayor razón deberá hacerlo cuando esa desarmonía entre la Constitución y la ley fluye en una Acción de Amparo. Es evidente entonces que aplicar la supremacía constitucional no constituye una Facultad sino un deber para los miembros del poder judicial y, en general, para todos los poderes del Estado.

En conclusión, considero que el ordenamiento Jurídico peruano permite que se plantee una Acción de Amparo contra actos o hechos que emanados de una ley, violen derechos constitucionales.

El Consejo Consultivo Empresarial Andino y la Concertación en el Grupo Andino

Gonzalo Garland Iturralde

Abogado. Ex Presidente de la Asociación de Exportadores (A.D.E.X.), Ex Presidente del Consejo Consultivo Empresarial Andino y actual Presidente del Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico.

La participación social en la integración se remonta al año 1965 cuando en la Reunión de los Ministros de Relaciones Exteriores de ALALC, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, se acordó crear Comisiones Consultivas: de Asuntos Empresariales y de Asuntos Laborales. La primera tuvo influencia en el desarrollo de la integración como instrumento de base para los planteamientos generales que los empresarios formularon sobre la marcha del proceso de integración regional.

Esta experiencia latinoamericana se utilizó posteriormente al constituir dentro del Acuerdo de Cartagena un órgano denominado **Comité Asesor Económico y Social (CAES)** conformado tanto por representantes de los empresarios como de los trabajadores de los Países Miembros. La Decisión N° 17 reglamentó este Comité afirmando que debía: "reforzar su acción, de manera que sus recomendaciones a la Comisión y a la Junta se sustenten en el estudio exhaustivo de los planteamientos sometidos a su consideración, reflejen el consenso e influyan de manera importante en las decisiones y una vez adoptadas éstas, el accionar de los CAES nacionales contribuya a la mejor ejecución de los planes, programas y proyectos de integración".

"Asimismo será conveniente que se perfeccionen las organizaciones privadas que permitan a los núcleos directivos empresariales y laborales expresar, a nivel sub-regional y a través del órgano competente del respectivo gobierno nacional, sus opiniones y sugerencias respecto de la marcha del proceso en general y de los aspectos específicos que atañen a sus respectivos sectores".

Infortunadamente el CAES no fue efectivo, devino en foro de debate bizantino sobre el proceso de integración y no resultó el órgano de consulta y planeamiento que se pretendía en la citada Decisión. Cesó de sesionar y se originó un vacío en la participación social.

En vista de este fracaso el sector privado en general reclamó ante el Acuerdo la falta de operatividad del CAES y la Junta Directiva de la Asociación de Exportadores ADEX a fines del año 1982, solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena la participación activa del sector privado en el proceso de integración. Con tal fin en la Reunión de la Comisión (de los Representantes Plenipotenciarios de los países miembros) en la Ciudad de Santa Cruz, en Enero de 1983 se dispuso una tribuna para que los dirigentes del sector privado asistentes a esa cita propusieran sugerencias concretas en aras al avance en el proceso integracionista.

Nuevamente ante los Representantes Plenipotenciarios insistimos en el reconocimiento oficial de una participación más activa de los sectores sociales tanto en la formulación política como en la ejecución de los programas que corresponden directamente a ambos sectores y como consecuencia de nuestra ponencia se aprueba la Decisión 175 que crea el **Consejo Consultivo Empresarial Andino** y la 176 que crea el **Consejo Consultivo Laboral Andino**.

Sólo a partir de esta fecha es que se puede evidenciar una participación efectiva y lo que es más importante institucionalmente reconocida por el Acuerdo de Cartagena.

En el curso de los años 83 y 84 la primera Junta Directiva del Consejo Empresarial conformada por el Sr. Andrés Barreiro del Ecuador como Presidente y el suscrito como Vice-Presidente aprueba su Reglamento Interno y en sucesivas reuniones en las Ciudades de Guayaquil, Lima, Caracas, Barranquilla y Lima se logra preparar un documento base denominado "Alternativa Empresarial Andina" que contiene las propuestas, sugerencias, planteamientos del empresariado para la modificación del Tratado del Acuerdo de Cartagena con el fin de agilizarlo, dinamizarlo y sobre todo lograr una concertación permanente de los Sectores Laboral y Empresarial con los Organos Principales del Acuerdo. El citado documento se presentó en Noviembre de

1984 a los Gobiernos de los cinco países, en las personas de sus Presidentes y Representantes Plenipotenciarios y a la Junta del Acuerdo.

Durante el período 85-86 hasta Mayo 11 del 87 (última reunión de la Comisión que modificó el Tratado) correspondió a la Junta Directiva del Consejo Empresarial conformada por el suscrito como Presidente y el Sr. Eddo Polesel de Venezuela como Vice-Presidente abogar por la incorporación de los planteamientos empresariales y del rumbo que debería tomar el proceso y consolidar la presencia institucional en el Acuerdo.

Una de las tareas más importantes que nos ha tocado cumplir en los últimos años ha sido defender las propuestas explícitas en la alternativa en las discusiones de la Comisión del Acuerdo, Instancia donde se estaban realizando los debates tendientes a modificar y modernizar el Acuerdo.

Nuestras iniciativas han tenido buenos resultados ya que podemos decir que la mayoría de los planteamientos que se han hecho están recogidos en el Protocolo Modificadorio de Quito, nuevo instrumento del proceso de integración andina que se suscribió solemnemente el 12 de Mayo de 1987.

Muchos de los temas modificados con el Protocolo de Quito afectan de manera directa a la participación empresarial, entre otros tenemos los siguientes:

— La inclusión del Consejo Consultivo Empresarial Andino como Órgano Auxiliar del Acuerdo. En el Artículo 20 se reconoce como Órganos Auxiliares a ambos Consejos con posibilidad de emitir opinión ante las más altas autoridades del Acuerdo a solicitud de éstas o por propia iniciativa sobre todos los programas o actividades que sean de interés para ambos sectores.

— La modificación de la Decisión 24 mediante la Decisión 220 sobre el tratamiento al capital extranjero flexibilizando las condiciones y términos y por lo tanto adecuándolo a los requerimientos de desarrollo de los países miembros.

— La actualización del Capítulo referido a la promoción de inversiones que trata específicamente de las empresas multinacionales andinas.

Todos estos aspectos, sumados a otros menos específicos, permiten en la actualidad una mayor vinculación entre los empresarios de la subregión con los órganos y mecanismos del Acuerdo de Cartagena.

También que se han estrechado vínculos con otros organismos del Acuerdo, en especial los financieros, donde tiene un lugar destacado la Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Fondo Andino de Reservas (FAR).

A partir de la firma del Protocolo de Quito hay un renovado ímpetu en la integración andina, esto se evidencia en ciertos indicadores económicos y actividades de promoción que están siendo impulsadas actualmente.

En este sentido, primero debemos mencionar el crecimiento significativo del comercio en más de 37 por ciento en el año 1987 y 1988. Este crecimiento muestra que los operadores económicos han logrado encontrar mecanismos y alternativas para sobreponerse a la aguda crisis económica internacional que nos afecta. El comercio intrasubregional en 1987 ha significado más de 850 millones de dólares siendo los principales compradores el Perú y Venezuela en ese orden.

En segundo lugar, la Junta, ha emprendido una relación mucho más intensa con el Consejo Empresarial y está programando una serie de actividades con diversos gremios a objeto de agruparlos y mantenerlos como interlocutores de las actividades que en diversos rubros realiza.

Los empresarios hemos sido invitados a participar activamente del proceso de negociación establecido con la Comunidad Económica Europea en el marco de un acuerdo recientemente firmado.

De otro lado, es importante reconocer que en los últimos años existe el convencimiento que sólo un activo compromiso del hombre de empresa andino podrá hacer avanzar el proceso. En este sentido, es importante difundir con eficacia y oportunidad las distintas posibilidades que existen hoy en día en el Grupo Andino.

No sólo están las empresas multinacionales, los programas de complementación industrial o los incentivos al comercio a través de créditos o información, asesoramiento y ruedas de negocios; sino también están los proyectos que ha elaborado la Junta que por diversos motivos no fueron implementados en el pasado y que hoy día en ciertos casos son más rentables que antes, está también el asesoramiento que realiza la CEE en materia de agroexportación no tradicional, en capacitación de gestión de comercio exterior, están las reuniones de turismo de transportistas privados internacionales, todos buscando una mejor participación ya que el tema de la integración está una vez más vigente y constituye una excelente alternativa a las graves restricciones exter-

nas que están impidiendo el correcto desarrollo de nuestros países.

Además, la participación activa del sector empresarial es de particular utilidad ya que el instrumento de integración señala en su artículo 26 que: "los Países Miembros iniciarán inmediatamente un proceso de coordinación de sus planes de desarrollo en sectores específicos y de armonización de sus políticas económicas y sociales, con miras a llegar a un régimen de planificación conjunta para el desarrollo integrado del área". (Así en el ámbito del Acuerdo de Cartagena funcionan los siguientes Consejos: de Planificación Monetaria y Cambiaria; de Financiamiento; de Política Fiscal; de Comercio

Exterior; de Turismo; de Asuntos Sociales; de Salud y de Integración Física, Decisiones 22, 36, 39, 68 y 71 del Acuerdo).

En cuanto al proceso de ALADI, en el curso del mes de Agosto de 1988 se ha instalado en Montevideo la primera Junta Directiva del nuevo Consejo Consultivo Empresarial; es deseable que también logre la concertación a nivel Regional.

No quisiera terminar sin mencionar que durante todo el proceso descrito ha existido un buen entendimiento en un clima de armonía y una permanente colaboración entre los Consejos Laboral y Empresarial Andinos.



COMPAÑIA DE SEGUROS

La Fenix Peruana

Apuntes sobre la Autonomía de los Gobiernos Regionales

Javier Ciurlizza

Alumno del 7º Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

La Constitución Política que nos rige plantea, en su Capítulo Décimo Segundo, un esquema novedoso y que muchos consideran renovador en la estructura del Estado: la implantación de Gobiernos Regionales, en reemplazo de los artificiales departamentos en que se dividió al Perú durante toda su vida republicana.

Esta plasmación respondió a profundos anhelos descentralistas que no se han de estudiar en esta oportunidad, pues su análisis ha sido materia de numerosos estudios por parte de los científicos sociales y estudiosos de la ciencia política. Lo que pretendemos es exponer algunas ideas acerca del modelo jurídico que se nos plantea en este momento y efectuar un análisis que, sin agotar el punto, muestre la sistematicidad en la implementación del gobierno regional y sus relaciones con la estructura estatal a partir de la instrumentalización de nociones provenientes del Derecho Constitucional y Administrativo.

No está demás señalar la importancia de la generación de un amplio debate jurídico-político alrededor de la cuestión, discusión que debe discurrir por los canales de la ciencia jurídica, evitando centrar la polémica a un nivel meramente retórico y demagógico.

DESCENTRALIZACION: ¿CONCEPTO UNIVOCO?

Para aproximarnos al problema que nos ocupa, debemos definir algunos lineamientos de análisis y luego, un término que ha venido siendo utilizado por los poderes del Estado como si se tratara de algo aprehensible rápidamente.

En cuanto a lo primero, bástenos por ahora afirmar que debemos partir de la constatación de que nuestro estudio recaerá sobre una posibilidad, no sobre una realidad y, lo que resulta

importante para el modelo peruano, sobre una posibilidad que no encuentra referente histórico = legislativo en nuestro país.

Es por ello que resulta imprescindible delimitar el significado del término "descentralización", no sólo buscando la estructura ideal que manejan nuestros constituyentes, sino, en la medida de lo posible, ubicando su sustrato en la dinámica estatal. Sin embargo, algunos elementos y conceptos se irán desprendiendo del análisis subsiguiente.

Dice Ferrando Badía: "la aparición o nacimiento de Estados institucionalmente descentralizados por medio de entidades autárquico-autónomas, las llamadas regiones, ha planteado el problema de si estos estados presentan, en su estructura jurídica, características peculiares..."¹. De esta afirmación nace la problemática que nos ocupa.

La creación de gobiernos regionales en el Perú implica un cambio sustancial en la distribución y sistematicidad del ordenamiento jurídico-estatal peruano, mereciendo la "autonomía" que le da la Constitución algunas precisiones. En efecto, el art. 261 de nuestra Carta Fundamental consagra dicha cualidad en lo económico y lo administrativo pasando de esta somera precisión acerca de su naturaleza a definir el ámbito de sus competencias generales.

La aparición de la "problemática autonómica" en Europa y la introducción de modelos novedosos en lo que se refiere a estructura estatal, obliga a referirse a ciertos conceptos. La "pluralidad de ordenamientos" de la cual habla García

1. Ferrando Badía, Juan: "El estado unitario, el Federal y el estado regional" p. 158. Editorial Tecnos. Madrid, 1978.

de Enterría², responde no sólo a una noción jurídica sino a lo que los españoles denominan "fuegos", mitos que se pierden en el tiempo y que sirven de substrato a su modelo constitucional. Es allí donde la región española encuentra la base de su autonomía, y donde este concepto es diferenciado del de autarquía, en tanto este último está referido a la capacidad de un ente estatal de administrarse a sí mismo, de ejercer la potestad reglamentaria de las normas de rango primario. Por otro lado, los entes "autonómicos" son creados por el plano constitucional, espacio normativo que señala las fuentes y principios de un "ordenamiento" y le confiere facultad legislativa.

La creación de entes autárquicos responderá a las necesidades propias de una descentralización. Nacerá de la voluntad del Estado y se expresará a través de leyes. Esta "descentralización" se caracterizará por no ser jerárquica en su relación con el ente que lo crea pero sólo en un plano de ejecución y potestad reglamentaria.

La autonomía, si bien es un concepto utilizado en su dimensión teleológica, puede concebirse sólo desde una perspectiva política. Es allí donde la Constitución opera, invistiendo al ente autónomo de facultad legislativa. La legislación que dicte será de "desarrollo" en tanto el Estado se reserve el señalamiento de un marco general que plasme el interés mayoritario de la nación. Esta última característica diferencia a este sistema del ordenamiento autónomo de los Estados federales.

Resumiendo lo dicho presentamos el siguiente cuadro:

Fuente	Nivel	Potestad
Constitución o Pactos Constitucionales	Estado miembro	Potestad legislativa originaria
	Ente autónomo	Potestad legislativa de desarrollo
Constitución o normas de cargo primario	Ente autárquico	Potestad reglamentaria y ejecución
	Ente Desconcentrado	Sólo ejecución

2. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo" p. 283 y S.S. Tomo I. Ed. Madrid.

EL MODELO PERUANO

La plasmación constitucional de gobiernos regionales hicieron pensar a más de uno que estábamos ante la conformación de un Estado regional, con entes autónomos que cuentan con facultades legislativas nacidas de una descentralización política; pero, el fondo de la propuesta constitucional desmiente cualquier ilusión o temor (dependiendo de la posición del lector) que pueda haberse abrigado. En efecto, además de conceptualizar a la región como ente autárquico (de acuerdo al citado art. 261), el art. 266 prevé la mecánica a través de la cual el Gobierno Regional ejercerá la potestad legislativa que se le confiere. No estamos, pues, ante un ente autónomo, por lo menos en el sentido que hemos venido manejando el término. Pero, a su vez, no podemos caer en la tentación de calificarlo como ente autárquico, porque existe algo más que potestad reglamentaria y ejecutiva en las funciones del Gobierno Regional.

La Ley de Bases de la Regionalización (T.U.O.), trata con una precisión sorprendente el tema del reparto competencial. De las atribuciones generales y de las sectoriales se desprende el carácter técnico-normativo que le corresponde al Gobierno Central en sus relaciones con los gobiernos regionales (fijar los marcos de la planificación, establecer las pautas a seguirse en materia presupuestaria, etc.). Corresponde al gobierno de cada región ejecutar y, fundamentalmente, dictar una normación de desarrollo al mejor estilo de los entes autónomos.

Esta legislación de desarrollo, nos dice García de Enterría, está caracterizada por plasmar "políticas propias en contra posición con la política global que fija el ordenamiento central"³.

Esta legislación de desarrollo estará asimismo, condicionada, en cuanto a su oportunidad, a una ley habilitante; por lo que podemos válidamente concluir que la facultad legislativa de la región proviene del plano constitucional, pero el momento de su ejecución proviene de una norma de rango primario. La habilitación se concibe aquí como un mecanismo de control previo a nivel inter-ordenamiento, método que se complementa con el veto presidencial.

La afirmación precedente es fundamental. Al cumplir el Gobierno Central una función técnico-normativa de bases en relación con las competencias de las regiones, la legislación de desarrollo se plasmará vía una habilitación que, con el ries-

3. Idem. p. 291.

go de ser inconstitucional, no podrá fijar los términos precisos de cómo desarrollar esa legislación. En otras palabras, una vez habilitado (este es el término preciso y no delegado) el Gobierno Regional no podrá ver perturbada su labor de legislación por leyes del Gobierno Central sobre la materia, pudiendo recurrir en caso contrario a la acción de inconstitucionalidad o a una eventual Contienda de Competencia.

Queda más claro el panorama cuando hacemos un ligero repaso de las relaciones que existen entre el Gobierno Central y los municipios. Al margen de la discusión en relación a si los edictos son normas de rango primario o no, resulta claro que los Concejos Municipales constituyen entes autárquicos por naturaleza. Su relación con el Gobierno Central se rige por el principio de competencia en cuanto al aspecto económico y administrativo, pero cae dentro del precepto de la jerarquía en lo que se refiere a la plasmación de políticas, sean globales o sectoriales, vía facultad legislativa.

La relación que debe haber entre el com-

portamiento del Gobierno Central y el de los gobiernos regionales se guía por el principio de competencia y no por el de jerarquía. La habilitación sólo constituye una forma de concretar las facultades que la Constitución le confiere a un ordenamiento determinado.

A MODO DE CONCLUSION

Podemos afirmar que los Gobiernos Regionales cuentan con la posibilidad de implementarse autónomamente y legislar en las materias de su competencia y en la ocasión en que la ley habilitante se lo permita. Sin embargo, esta afirmación no conlleva a que la Región deba esperar en todos los aspectos una delegación (habilitación) previa. La Ley Orgánica de la Región implica ya una habilitación para que el Gobierno Regional pueda normar su organización interior. Es cierto que el mecanismo de la habilitación resulta cuestionable en tanto puede entrapar un proceso autonómico, pero su peligrosidad se mediatiza cuando se le concibe como un mecanismo de implementación antes que de control.



Marqués de las Arenillas del Rey

La Negociación Colectiva en el Sector Textil

Elizabeth Salmón Gárate

*Alumna de 7mo. Ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUCP.*

En nuestro país la Negociación Colectiva por rama de actividad constituye una excepción pese a que en pro de su utilización existen contundentes razones.

Uno de los más antiguos y pocos casos de Negociación Colectiva de este tipo lo encontramos en la industria textil. Es en este sector, donde año a año trabajadores y empresarios se rigen por un Único Convenio Colectivo Nacional, el cual es producto de largas negociaciones entre la Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú (F.T.T.P.) y el Comité Textil de la Sociedad Nacional de Industrias. Este Convenio pasa sin embargo por múltiples problemas que van desde la falta de democracia en la elaboración del pliego de reclamos (de parte de los trabajadores) hasta la negativa empresarial a negociar y el fuerte intervencionismo estatal. Además de variados problemas técnicos-legales que se presentan por la existencia de normas y procedimientos que en mucho trastocan nuestro actual Ordenamiento Laboral.

Algunos de esos problemas son los que se pretende analizar en el presente artículo.

Particularidades de la Negociación Textil

La Negociación Colectiva Textil presenta un conjunto de particularidades, que terminan por delinear un régimen especial. Se las puede agrupar en dos categorías:

I. Las referidas al aspecto sustantivo de la Negociación: es decir al contenido negocial.

II. Las referidas al aspecto procesal de la Negociación.

I. Contenido Negocial Textil

El contenido negocial en el caso textil se restringe a la negociación de condiciones de trabajo excluyendo lo referente a reclamos salariales. Esto,

como consecuencia de un Convenio Colectivo del año 45 elaborado por una Comisión Tripartita, en el que se dice:

"Quinto: En el futuro no harán reclamos de aumentos de salarios por alza del costo de vida, pues el salario de los trabajadores textiles de la rama de algodón¹ se regulará en la siguiente forma: por cada 9 puntos de fluctuación del costo de vida en la escala del boletín del Banco Central de Reserva del Perú² se hará un reajuste del 5%... en el salario base³"

Este Convenio fue posteriormente refrendado por el D.S. del 29 de Marzo de 1945. Sobre el punto cabe plantearse dos interrogantes:

- 1.- En el sentido de si se trata de la renuncia a un derecho laboral y
- 2.- Respecto a la procedencia o no de la negociación de Bases Salariales.

1. Es indudable que este temprano, quizá primer mecanismo de indexación salarial que garantizaba un reajuste automático de las remuneraciones de manera permanente, resultó una ventaja que colocó al trabajador textil entre los mejores pagados del Perú y Latinoamérica durante muchos años⁴. Sin embargo esta situación cambió hasta llegar a Tablas Standard de pago que en la práctica han desnaturalizado el procedimiento adoptado.

Es en esta medida que resulta pertinente preguntarse acerca de si estamos frente a una renuncia de derechos laborales y de ser el caso qué validez

-
1. El DS del 29 de Marzo de 1945 extiende la aplicación del Convenio a las ramas de Lana, Seda y Puntos Varios.
 2. Por acta del 8 de Octubre de 1945 se acuerda que se usarán los cuadros de la Dirección Nacional de Estadística del Ministerio de Hacienda.
 3. Frase agregada por el DS del 29 de Marzo de 1945.
 4. Sulmont, Denis: "Historia del Movimiento Laboral Textil" p. 34.

tendría en el contexto de nuestra actual ordenamiento constitucional.

La doctrina española ha venido en diferenciar la "renuncia" de la "transacción". Para De la Villa renuncia "es un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento"⁵. La transacción para Prados de los Reyes es "un modo de fijación o declaración de relaciones jurídicas"⁶ que tiene caracteres definidos como la existencia de una res dubbia o litigiosa y la dación de concesiones recíprocas lo cual "introduce un necesario factor de onerosidad en la transacción, estructurado sobre el carácter bilateral de la misma"⁷. Es este último elemento el que permitiría una diferenciación clara de ambas figuras.

Debe recordarse a esta altura del análisis que el fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos se encuentra en la posición de inferioridad del trabajador frente a su empleador. Esta razón de ser del principio exige una revisión al hablar de autonomía colectiva dada la supuesta igualdad que a nivel colectivo las partes obtienen. Se aceptaría así que a nivel colectivo por ejemplo se pueda hablar de "transacciones" e inclusive de renunciaciones. Sin embargo, el mismo De la Villa dice que "no es aconsejable el análisis del tema en una perspectiva doctrinal disociada del propio ordenamiento jurídico"⁸, y es en este sentido que coincidimos con el Dr. Neves en el hecho de que nuestra Constitución recoge una amplia fórmula en su artículo 57 por la cual "la prohibición de la renuncia abarca a todos los derechos reconocidos a los trabajadores, por todas las vías capaces de hacerlo"⁹.

En el caso textil, el Convenio Tripartito de 1945 establecía un sistema salarial indexado a favor de los trabajadores, a cambio de que estos renunciaran —en el futuro— a interponer reclamaciones salariales.

Es discutible el hecho de si estamos frente a una transacción, pero aun en este supuesto lo pactado carecería de validez en la actualidad. La prestación que estaría a cargo de los trabajadores está en principio prohibida dado que es una renuncia a un derecho laboral. La transacción implica una figura

de renuncia que no es querida en nuestro ordenamiento, el cual incluso la sanciona con nulidad.

2. En cuanto a la segunda interrogante, acerca de si cabe o no negociar las Bases Salariales, es necesario considerar dos puntos. Uno que se desprende del propio Convenio de 1945, ya que en base a los términos planteados nada impide a nuestro parecer la negociación sobre el "salario base" al cual se aplicará el aumento. Y otro es el hecho de que esta posibilidad, sin embargo, se vio recortada por el D.S. 5 DT-56 que en su artículo 7 dice:

"A partir de la fecha queda suspendida la tramitación de reclamaciones sobre aumentos de bases salariales textiles, salvo que se sustenten en el cambio sustancial del sistema de trabajo".

Considerando que era necesario precisar cuándo se producía ese "cambio sustancial del sistema de trabajo" se da el 13 de Dic. de 1960 el D.S. 12 DT, que estipula los casos en que los trabajadores podrán formular reclamaciones colectivas, estos casos son tres:

- (a) Cuando en los respectivos centros de trabajo no se hubieran concertado contratos colectivos o no se hubieran resuelto reclamaciones colectivas fijando las correspondientes bases.

Es de destacar en este punto que la norma exige que se trate de contratos colectivos producto de una Negociación Colectiva y no de sumas de contratos individuales que pudieran haber suscrito los trabajadores.

- (b) Cuando laboren en centros de trabajo instalados con posterioridad al 17 de Agosto de 1956, siempre que en los mismos no se hubieran fijado contractualmente o por decisión arbitral o administrativa las bases salariales.

Consideramos que por una interpretación global del D.S. en cuestión debe entenderse que la decisión arbitral o administrativa también se aplican al primer caso como sustitutorias del contrato colectivo.

- (c) Cuando con posterioridad al 17 de Agosto de 1956, hubieran instalado alguna (s) nueva (s) máquina (s), se modernicen o hubieran modernizado las existentes o se implanten o hubieran implantado condiciones de trabajo que signifiquen mayor esfuerzo o responsabilidad del servidor, sin fijarse las correspondientes bases salariales.

5. De la Villa, Luis Enrique: "El Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales" En Revista Política Social, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Nº85.

6. Prados de Reyes, Francisco: "Renuncia y Transacción de Derechos en Estatuto de los Trabajadores". En Revista de Política Social, Madrid, Instituto de estudios Políticos, Nº 27.

7. Ibidem.

8. De la Villa, Luis Enrique. Op. cit.

9. Neves Mujica, Javier: Materiales de Enseñanza. Derecho Laboral. Ed. PUCP 1988, p. 168.

Sin duda es este el caso que mayor discusión genera. Es una industria como la textil en que el proceso productivo es complejo y sujeto a constantes modernizaciones, si se quiere ser competitivo, resulta imposible pensar que las variaciones en el trabajo no sean constantes. Y esto además forma parte del *jus variandi* del empleador, que "es una potestad conferida al empresario para modificar por sí, la forma, modo o lugar de la prestación en interés de la producción"¹⁰, esta institución se encuentra recogida en nuestra legislación.

Cabe suponer también el caso de que sólo se compre una máquina y que ésta afecte a uno o dos trabajadores, ¿será necesario iniciar todo un proceso de negociación colectiva? Al decir de la norma, sí, pero consideramos que conviene en este caso utilizar un criterio que sin ser restrictivo, precise bien los términos y momentos del reclamo para que no se multipliquen innecesariamente los pliegos y situaciones de conflicto.

Otro punto en este tercer caso es el hecho que la modificación o variación debe significar "un mayor esfuerzo o responsabilidad" en el servidor. La norma es nuevamente amplia en este sentido, es real que las modernas tecnologías tienden a reducir el trabajo físico, pero también es cierto que exigen al trabajador mayor concentración y atención visual en las tareas que realiza, creemos que la norma contempla ambas situaciones en su enunciado.

Este Decreto Supremo ha generado mucha discusión entre los trabajadores y empresarios textiles, tanto en su interpretación como en su vigencia. La F.T.T.P. afirma, por un lado, que éste se encuentra derogado por el art. 54 de la Constitución que no impone límites al derecho de negociar; de otro lado, el Comité Textil está por su vigencia, dado que vendría a ser una suerte de norma reglamentaria que especifica las posibilidades de negociación. Lo cierto es que, a pesar de la Cámara de Diputados quien ha emitido un dictamen en el sentido que tanto el DS 5-DT como el D.S. 12-DT están derogados por el DS 006-71-TR art. 57 concordado con el segundo párrafo del art. 56¹¹, no existe acuerdo entre los antagonistas sociales y constituye un constante y complicado problema a la hora de negociar.

II. Aspecto Procesal de la Negociación Textil

Si bien tiene como base la norma general que regula el procedimiento de Negociación (DS 006-71

TR), la Negociación Textil pasa por algunas etapas no previstas que derivan de la mala y a veces caprichosa interpretación de normas sustantivas.

Presentado uno de los supuestos del DS 12-DT, los trabajadores presentan el Pliego de Reclamos tanto al Empresario como al Ministerio de Trabajo.

Una práctica común es que los empresarios antes de iniciar el procedimiento mismo de Negociación solicitan la intervención de la División de Pericias del Ministerio de Trabajo para que opine acerca de la procedencia o improcedencia de la Negociación, en base al cumplimiento de una suerte de "presupuestos procesales" del DS 12-DT para negociar.

¿Es válida esta petición? ¿está permitida por nuestro ordenamiento?. Desde un punto de vista empresarial consideramos lógica tal petición, ya que si asumimos que se negocia sólo en ciertos casos, resulta necesaria la verificación de ellos y quién mejor que el propio Ministerio para hacerla. Y es lógico, también, que se realice en este momento y no esperar a la etapa de resolución por la Autoridad de Trabajo, dado que llegar hasta ahí significa que ya se negoció, que es lo que precisamente se pretende evitar.

Desde la perspectiva de los trabajadores esta petición resulta desleal y absolutamente ilegal dado que "estaría condicionando el ejercicio mismo del derecho". Agregan: "Nos parece inadmisibles que se viole la garantía contenida en el art. 54 de la Constitución, por la cual el Estado debe abstenerse de intervenir salvo para sancionar con carácter definitorio la falta de acuerdo entre las partes"¹².

Son posiciones evidentemente encontradas y al parecer irreconciliables. El Ministerio de Trabajo, órgano encargado de la solución de estos conflictos, no aplica un criterio uniforme agudizando de esta manera las diferencias. Resoluciones contradictorias y negociaciones "extra-proceso" son el diario contexto de este problema derivado de la aplicación de una norma que, al haber perdido vigencia, no debería ser aplicada -a nuestro parecer- por el Ministerio de Trabajo, dando de esta manera total cumplimiento al art. 54 de la Constitución.

10. Cabanellas, Guillermo: "Contrato de Trabajo". Volumen II. Ed. Omeba, Buenos Aires, 1963.

11. Cámara de Diputados, oficio Nº 126 PCT-CD-88 del 25 de Julio de 1988. Presidente de la Comisión de Trabajo: Oscar Morales.

12. Boletín Técnico Textil, Nº 8 p. 20

Aspectos Lingüísticos de la Crisis

Mario Montalbetti

Lingüista

Las relaciones entre los sistemas lingüísticos y económicos (en particular entre el lenguaje y el dinero, entre palabras y monedas) han sido observadas desde antiguo tanto para acuñar símiles sugerentes cuanto para señalar semejanzas estructurales en los procesos de simbolización inherentes a ambos sistemas¹.

En muchos sentidos las palabras son como las monedas, y viceversa. Zenón de Elea solía decir que "las frases hermosas son como las monedas de Alejandro: bellas y bien acuñadas, pero no valen nada. En cambio, las palabras toscas pero llenas de razón son como las monedas áticas de cuatro dracmas"²... Platón encontraba la relación siniestramente reveladora y la empleó para atacar a los sofistas. Estos hacían creer que la sabiduría (o la virtud -cf. *Protágoras* 349) se podía comprar y vender, es decir, *medir* con dinero. Al defender a la convención como medida universal, las sofistas destacaban al mismo tiempo a sus dos manifestaciones más patentes: el dinero y el lenguaje. Los sofistas son pues, para Platón, "mercaderes del espíritu" porque intercambian cosas por palabras como quien intercambia cosas por dinero. Los sofistas no son de fiar porque se interesan en los signos (lingüísticos y monetarios) más que en lo representado por ellos. Aristófanes se reía de los sofistas diciendo que "se les puede parar la lengua con una moneda en la boca"³.

Tal como se puede comenzar a intuir, las relaciones analógicas entre lenguaje y dinero se basan en su poder igualador. Dos objetos pueden ser distintos (digamos, una vaca y una carretilla) pero son igualados cuando pueden ser traducidos

al sistema económico. El dinero es un común denominador para dos objetos que de otra manera son incomparables. Simétricamente, las palabras igualan a las cosas al traducirlas a un sistema lingüístico (mediante las palabras "vaca" y "carretilla" respectivamente). Así visto, los objetos no tienen valor intrínsecamente; sólo tienen valor si pueden ser traducidos a un sistema lingüístico/económico. Si algo no tiene nombre no existe para el lenguaje; si algo no tiene precio, tampoco existe para la economía. Estos son, simplíficamente, los términos de la comparación.

Aristóteles también atacó a los sofistas acusándolos de "ganar dinero gracias a una sabiduría... irreal"⁴. Aristóteles, sin embargo, abrió otro flanco que vale la pena incorporar, sus consideraciones sobre la usura: "Es muy justa la general aversión inspirada por la usura, porque proporciona una riqueza procedente de la moneda misma a la que se le da un empleo que no es el uso propio. Esta fue creada por el cambio; y la usura multiplica sin que haya cambio alguno al dinero... El interés es dinero nacido del dinero"⁵. Su ataque a la usura económica puede extrapolarse a la usura lingüística: la riqueza creada por la multiplicación de palabras por palabras es "irreal" ya que esta riqueza no proviene del cambio palabra-cosa. Si esta extrapolación es permitida entonces toda metáfora es una farsa verbal.

Esta última conclusión radical es defendida más adelante por Rousseau en *Emilio*, en particular cuando presenta su perspicaz análisis de la fábula/poema "El cuervo y el zorro" de La Fontaine. El zorro adúlador hace que las palabras sin referentes parezcan reales (parezcan verdaderas palabras que pueden intercambiarse por cosas). Para Rousseau la metáfora es una adulación del sentido que puede producir ganancias (el zo-

1. Una buena historia de la relación se puede encontrar en los trabajos de Marc Shell, *The Economy of Literature* (1978) y *Money, Language and Thought* (1982). Hay versiones castellanas publicadas por el Fondo de Cultura Económica. Varias de las referencias históricas que empleo en este artículo provienen de esas fuentes.

2. Diógenes Laercio: *Vidas de Filósofos Eminentes*, Libro VII, 18.

3. Aristófanes: *Plutón* 379. Citado en Shell 1978.

4. Aristóteles: *Ética Nicomaquea*, 1164a30. Citado en Shell 1978.

5. Aristóteles: *Política* 1258b.

rro adulator temina con el queso del cuervo) pero una vez más, irreales.

En verdad, aun las ganancias "reales" del lenguaje no-metafórico son enajenantes para Rousseau. El lenguaje es el pecado original; su poder corruptor altera la naturaleza misma de las cosas al intercambiarla por palabras. Para "conocer a las cosas como son" Rousseau nos pide un ejercicio de Crusocismo; nos pide imaginarnos en una isla solitaria donde no exista el intercambio (ni el verbal ni el monetario). Los signos lingüísticos de intercambio son las palabras, los signos económicos las monedas, y los signos políticos las representaciones políticas: las tres son representaciones y por lo tanto enajenaciones, en opinión de Rousseau.

Podemos ser más o menos tolerantes, aprobar o desaprobar los fines, empleos o conclusiones de la comparación entre el lenguaje y el dinero, pero parece indiscutible que los términos mismos de la comparación han constituido históricamente un señuelo infalible que ha sido mordido por una lista larga de pensadores que incluye a Marx, Nietzsche, Wittgenstein y McLuhan. El penúltimo escribió: "Tú dices: lo importante no es la palabra sino su significado, y piensas en el significado como si fuese una cosa del mismo tipo que una palabra, aunque diferente. Aquí está la palabra y aquí su significado. Aquí el dinero y aquí la vaca que puedes comprar con él. (Pero contrasta: el dinero y su uso)"⁶.

Quisiera a continuación (luego de haber presentado algunas pruebas de la existencia de una venerable tradición que ha jugado con la analogía entre lenguaje y dinero) usar la comparación para decir un par de cosas sobre las repercusiones lingüísticas de la crisis económica actual. En efecto, hemos patentado nuevos sustantivos ("paquetazos", p.ej.) y novedosos verbos ("sincerar" p.ej.) pero en realidad me referiré más bien a aspectos más globales y no a reportar descubrimientos léxicos. Tampoco es indispensable para lo que sigue asumir que el lenguaje es superestructural respecto de la economía, ni que las propiedades del lenguaje son determinadas por las condiciones económicas. Simplemente quiero observar que nuestro lenguaje (esa versión del castellano que reconocemos como "peruano") refleja bastante detalladamente aspectos concretos de nuestra economía (esa versión de alguna ciencia, nos aseguran, que llamamos "el modelo peruano").

Usaré la comparación entonces en los siguientes términos. El valor de una moneda puede considerarse desde dos puntos de vista: en relación a los bienes que se pueden adquirir con ella (p.ej., x intis = y Inca Kolas) o en relación a su equivalencia con monedas de otros sistemas monetarios (p.ej., x intis = y dólares). Las palabras pueden concebirse en términos parecidos. El valor de una palabra puede ser visto doblemente: en relación a los objetos que puedo "adquirir" con ella (p.ej., con la palabra "casa" puedo *adquirir* —es decir, referir a— casas) o en relación a su equivalencia con otras palabras de otros sistemas lingüísticos (p.ej., "casa" = "house").

Según M. Shell el economista A.R.J. Turgot sostuvo en el siglo XVIII algo parecido. Para Turgot, "los lenguajes son diferentes según las naciones, pero todos tienen un término común que los identifica. En el caso de la lengua, este término común abarca las cosas... o ideas comunes a todas las naciones. En el caso de la moneda, el término común es el valor"⁸. Para Turgot también no podemos evaluar una moneda sino con otra.

Podemos preguntarnos a continuación si esta base analógica sirve para entender también procesos globales más complejos. Mi propia opinión es que sí. Consideremos el caso de la inflación/devaluación económica. Por un lado, necesitamos más monedas (más dinero) para adquirir los mismos objetos que antes adquiriríamos por menos. El poder adquisitivo de nuestra moneda es menor que antes; el valor de cambio de monedas por objetos se ha alterado negativamente. ¿No ocurre algo similar con nuestras otras monedas, las palabras? En efecto, el poder adquisitivo de nuestras palabras parece haber decaído paralelamente. Es decir, necesitamos más palabras para decir lo mismo que antes decíamos con menos. Cuando decimos comúnmente que el sentido de determinada palabra "se ha devaluado" empleamos una estricta metáfora económica: con esa palabra referíamos a un objeto al que ahora sólo puedo referir empleando más palabras.

Llamemos *universo del discurso*, al conjunto de "bienes" de un sistema lingüístico; es decir, al conjunto de objetos referibles con términos del sistema. Esto nos permitirá considerar un nuevo proceso.

Contemporáneamente a la inflación/devaluación vivimos un proceso de recesión que tam-

6. L. Wittgenstein: *Philosophical Investigations*, 120.

7. Utilizo el término en un sentido intuitivo, no-técnico (desligado, p.ej. de la teoría saussureana del valor —aunque como se advertirá hay semejanzas).

8. M. Shell (1978).

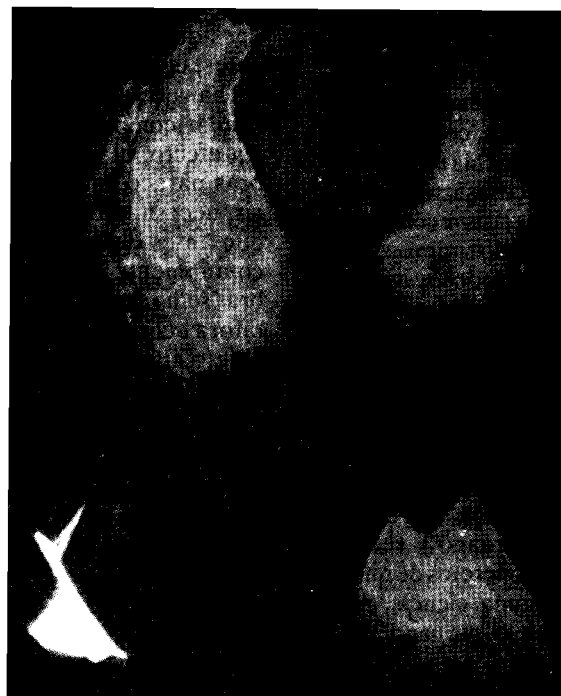
bién tiene su contraparte lingüística. Si bien gracias a la inflación lingüística necesitamos cada vez más palabras para adquirir los mismos referentes, gracias a la recesión lingüística, cada vez referimos a menos objetos. En otras palabras, cada vez hablamos de menos y menos cosas. Cada vez más hablamos de las mismas. Puesto en otros términos: el universo de nuestro discurso se ha contraído. Pero el número de palabras para referir a esos pocos objetos se ha multiplicado.

Debemos ahora refinar un tanto los términos de la analogía; porque toda analogía termina en algún lugar. Una diferencia importante en la comparación que consideramos es que si bien un Estado controla la cantidad de dinero en circulación un Estado no controla la cantidad de palabras en circulación. Tampoco un Estado controla la cantidad de objetos referibles con expresiones lingüísticas. Esto es cierto, pero no completamente.

El diálogo político supone un discurso político común. Podemos entendernos con el Estado si hablamos el mismo lenguaje. (Supongamos que este ideal político es compartido por un Estado).

Ahora bien, si un Estado "habla demasiado", si contribuye a inflar la cantidad de palabras que emplea (sin dotarlas de nuevos referentes) entonces devalúa automáticamente mis palabras, ya que mi intención es, en efecto, dialogar con él. Un Estado también puede imponer el universo del discurso político, restringiendo (o ampliando) el número de objetos sobre los cuales habremos de dialogar. En mi opinión, es responsabilidad de un Estado controlar el circulante lingüístico del discurso político de un país. Tan importante como un Banco Central de Reserva (Económico) es un Banco Central de Reservas (Lingüístico). Buena parte de la vida política consiste entonces en luchar para que los términos del diálogo se mantengan. La inflación lingüística genera tanto malestar como la económica, aunque sus manifestaciones no sean tan materialmente visibles.

Y esto explica finalmente un último punto. Una desmesurada inflación lingüística produce una reacción obvia: la violencia material, física. Por eso la violencia no habla. La violencia no puede hablar porque no permite ser traducida (y por lo tanto igualada) a un sistema lingüístico. La violencia es muda.



Mensaje

Peruanos trabajando por el Perú

Lo que todo peruano debe saber



Desde hace miles de años nuestra tierra esperaba ansiosa poder dar sus frutos al hombre. Hasta que el hombre peruano, unió a su esfuerzo el capital y la tecnología, transformando el desierto en productiva actividad, llena de progreso y vida.

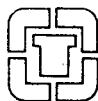


El desarrollo del país, es preocupación de los 40,000

peruanos de Southern Perú. Hoy ellos tienen un presente y un futuro asegurado.

El impulso de la gente de Southern Perú se extiende a toda la zona sur del país, beneficiando a más de 120,000 peruanos en actividades conexas.

Creemos en nuestra gente



SOUTHERN PERU

Peruanos trabajando por el Perú

Breves comentarios sobre el reajuste del tributo y de las multas

Luis Hernández Berenguel
*Profesor de Derecho Tributario
en la Facultad de Derecho de la PUC*

Por el Decreto Legislativo No. 502, recientemente expedido, se ha introducido por primera vez en el Derecho Tributario peruano la institución del "reajuste" del tributo y de las multas, para los casos de falta de pago del tributo dentro de los plazos de ley y de incumplimiento de obligaciones formales, respectivamente. Se reajusta también el monto pagado indebidamente o en exceso por el deudor tributario.

Son muchos los comentarios que suscita este tema, pero la brevedad del espacio que se me ha asignado únicamente permite referir algunos de los tantos aspectos vinculados a la institución del "reajuste". Sobre el mismo tema me he referido anteriormente con mayor amplitud¹.

1. Componentes de la deuda tributaria hasta el 31 de diciembre de 1988

Hasta el 31 de diciembre de 1988 la deuda tributaria podía estar constituida hasta por cuatro componentes. Ellos eran el tributo, los intereses, los recargos y las multas.

El tributo estaba identificado por el monto de la obligación tributaria principal.

Los intereses, tenían naturaleza resarcitoria del costo del dinero que no había sido oportunamente recibido por el Estado, por concepto del tributo, pero mediante el Decreto Legislativo No. 411 también se devengaban con motivo de la aplicación de multas por el incumplimiento de obligaciones formales. Se entendía en este último caso que los intereses mantenían su naturaleza resarcitoria puesto que bus-

caban que el Estado recuperara el costo del dinero proveniente de una multa que no había sido satisfecha al producirse la infracción que la generaba. Adicionalmente, y en tercer lugar, cuando el sujeto pasivo de la obligación tributaria solicitaba las facilidades de pago que concede el artículo 30° del Código Tributario –esto es, el aplazamiento o el fraccionamiento de la deuda tributaria o ambas cosas a la vez–, debía liquidar el monto total de su deuda y sobre ésta –que a su vez podía estar integrada por tributo, intereses, recargos y multas–, una vez otorgada la facilidad de pago, se generaban intereses.

Los recargos y las multas constituían sanciones. En primer término, los recargos eran una sanción que consistía en la aplicación de un porcentaje sobre el tributo dejado de pagar, por cada mes o fracción de mes, con un tope legal al cual siempre se llegaba a los veinticinco meses de atraso, en tanto que las multas constituían sanciones por el incumplimiento de obligaciones formales. Además, los recargos se generaban cuando una reclamación resultaba infundada, calculándose también mediante la aplicación de un porcentaje sobre el monto del tributo y sanciones reclamados cuyo cobro era declarado procedente, con un tope legal al cual se llegaba en el décimo mes contado desde que se había interpuesto el recurso de reclamación. Asimismo, los recargos resultaban aplicables en los casos de reiteración y reincidencia definidos en el artículo 148° del Código Tributario, consistiendo en un porcentaje del 25% en caso de reiteración o del 100% en caso de reincidencia, computables sobre las multas o recargos ya devengados.

Los recargos por el incumplimiento de la obligación principal consistente en el pago del tributo, así como las multas por el incumplimiento de obligaciones formales, podían ser reducidos a la mitad por subsanación espontánea conforme a lo previsto en el

1. Hernández Berenguel, Luis: "Algunos apuntes sobre el reajuste del tributo y de las multas y los Recargos como sanción", en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Vol. 15, Industrial Gráfica S.A., Lima, febrero 1989.

artículo 155º del Código Tributario. Para este efecto, la infracción tenía que ser subsanada, abonándose el monto de la correspondiente sanción, "con anterioridad a cualquier notificación o requerimiento de la Administración relativa al tributo y período fiscalizado". A su vez, el recargo por reclamación infundada podía también quedar reducido a la mitad siempre que el interesado se desistiera del recurso de reclamación interpuesto, antes de la resolución de primera instancia, con arreglo a lo establecido en el artículo 156º del Código Tributario. Hay que aclarar que el órgano competente para resolver puede o no aceptar el desistimiento. Antes de entrar en vigencia el Decreto Legislativo No. 502, las deudas tributarias podían ser clasificadas en dos grandes grupos, por razón de la moneda en que se devengaba el tributo y de la moneda en que la deuda debía pagarse. En un primer grupo se encontraban aquellos tributos que nacían en moneda nacional y tenían que ser pagados en la misma moneda. El segundo grupo estaba constituido por los tributos que nacían en moneda extranjera y que podían ser pagados en moneda extranjera o en moneda nacional.

Como se puede apreciar, hasta el 31 de diciembre de 1988 no existía en nuestro Decreto Positivo la figura del "reajuste", que en definitiva pretende lograr de una manera mucho más efectiva que los intereses, que frente al incumplimiento de la obligación principal de pago del tributo o a la falta de pago de multas por el incumplimiento de obligaciones formales, el Estado no sufra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que por tales conceptos se le adeudaba. Como es perfectamente sabido, desde hace mucho tiempo nuestro país padeciendo por la inflación, la que cada vez es mayor, y los intereses que cobraba el Estado frente a los incumplimientos ya anotados, resultaban ser siempre menores que la inflación acumulada.

2. Componentes de la deuda tributaria a partir del primero de enero de 1989

El Decreto Legislativo No. 502, como ya se ha dicho, ha introducido la figura del "reajuste" del tributo y de las multas y ha suprimido, dentro de los componentes de la deuda tributaria –erróneamente como en adelante veremos–, los intereses.

Paralelamente, entre otras normas ha modificado el inciso a) del artículo 71º del Código Tributario que obligaba a llevar contabilidad en moneda nacional, permitiendo que los inversionistas extranjeros que efectúen inversión extranjera directa en moneda extranjera y que al efecto contraten con el Estado o con entidades o empresas del Estado puedan llevar su contabilidad en moneda extranjera, y en tal caso "la determinación de la base imponible de los tributos que sean de cargo del contribuyente, el

monto de dichos tributos y el pago de los mismos se efectuará también en moneda extranjera".

Ello determina que a partir del primero de enero de 1989 podamos hablar de tres grupos de tributos, según el tipo de moneda en que nace la obligación tributaria y en que la misma debe ser cumplida. Un primer grupo constituido siempre por los tributos que nacen en moneda nacional y se pagan en moneda nacional. Un segundo grupo conformado por los tributos que nacen en moneda extranjera pero que pueden ser pagados en moneda extranjera o en moneda nacional, cabiendo aquí señalar que a este tipo de tributos se refiere erróneamente el cuarto párrafo del nuevo texto del artículo 29º del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo No. 502, al mencionar "que deben ser pagados en moneda extranjera" cuando debió decir "que pueden ser pagados en moneda extranjera". Finalmente, el tercer grupo estaría constituido por aquellos tributos que nacen en moneda extranjera y que tienen que ser pagados en moneda extranjera, en la hipótesis del inversionista extranjero, a la que ya he hecho referencia, que efectúa una inversión extranjera directa en moneda extranjera y contrata con el Estado y con entidades o empresas del Estado, optando por llevar su contabilidad en moneda extranjera.

En lo que se refiere al primer y segundo grupo de tributos, resulta de aplicación la institución del "reajuste", mas no en lo que se refiere al tercer grupo de tributos, pues si ellos no son pagados oportunamente quedan sujetos a la aplicación de intereses, con la tasa efectiva de interés legal que fija el Banco Central de Reserva para las operaciones en moneda extranjera, lo cual resulta comprensible puesto que en este caso al Estado se le va a entregar moneda extranjera que no está sujeta a la disminución de su poder adquisitivo por efectos de la inflación que se vive en el Perú.

Todo esto determina que los componentes de la deuda tributaria sean distintos cuando nos encontramos con tributos comprendidos en el primer y segundo grupo, respecto de aquéllos que están comprendidos en el tercer grupo.

En el caso de los tributos del primer y segundo grupo, la deuda tributaria podrá estar conformada por el monto del tributo, por el reajuste del tributo, por recargos, por multas y por el reajuste de las multas. En cambio, cuando los tributos corresponden al tercer grupo, la deuda tributaria podrá estar conformada por el monto del tributo, los intereses, los recargos, las multas y el reajuste de las multas.

Posteriormente vamos a definir en qué consiste el "reajuste" y analizaremos su naturaleza jurídica.

Por ahora, sólo interesa destacar que subsisten los recargos por reclamación infundada, aún cuando el tope ha sido elevado al 100% y en consecuencia a él se llega en el vigésimo mes contado desde que se interpuso el recurso de reclamación. Subsisten también los recargos por reiteración y por reincidencia, sin modificaciones. Se mantiene la posibilidad de reducción a la mitad de los recargos por reclamación infundada y de aquellos recargos generados por el incumplimiento de la obligación principal de pago del tributo, bajo las mismas condiciones previstas por las normas vigentes el 31 de diciembre de 1988.

Empero, es preciso resaltar que hay modificación en cuanto a los recargos que se generan por el incumplimiento de la obligación principal de pago del tributo. En efecto, a partir del primero de enero de 1989 dichos recargos ya no tienen topes y se aplican según el tipo de infracción, con un porcentaje del 1% o del 2% sobre el monto del tributo dejado de pagar. El 1% se aplica en aquellos casos en que el contribuyente ha dejado de pagar un tributo, el agente retenedor no ha cumplido con la obligación de retener o el agente perceptor no ha satisfecho la obligación de percibir el tributo. El recargo de 2% se aplica en las siguientes tres hipótesis: a) cuando el agente retenedor cumplió con retener el tributo pero no lo entregó oportunamente al Fisco; b) cuando el agente perceptor cumplió con percibir el tributo pero tampoco lo entregó oportunamente al Fisco; y, c) cuando el contribuyente de tributos cuyo monto se incorpora en el precio de venta de bienes o servicios —caso del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto de Promoción Municipal—, no cumple con entregarlos oportunamente al Fisco.

Antes del primero de enero de 1989, el contribuyente que había dejado de pagar un tributo estaba sancionado con un recargo del 4% por mes o fracción de mes de atraso, con un tope del 100% del tributo dejado de pagar. Si el agente retenedor o el agente perceptor no cumplían con sus obligaciones de retener o percibir el tributo, la sanción era del 8% por mes o fracción de mes de atraso, con el tope del 200%. Finalmente, cuando el agente retenedor o el agente perceptor habían cumplido con la obligación de retener o percibir el tributo, pero no lo entregaban oportunamente al Fisco, quedaban sancionados con un recargo del 16% por mes o fracción de mes de atraso con un tope del 400%. En todos estos casos, los recargos se aplicaban sobre el tributo dejado de pagar.

A partir del primero de enero de 1989 los recargos por el incumplimiento de la obligación principal de pago del tributo se calculan, en principio, sobre el monto del tributo reajustado. Sin embargo, por la mecánica de aplicación del "reajuste", que analizaremos en el punto 3, si el tributo no fue pagado dentro del plazo de ley y dicho plazo venció en cual-

quier día distinto al último día del mes, pero es satisfecho, aun cuando tardíamente, dentro del mismo mes, no habrá reajuste y los recargos se calcularán sobre el monto inicial del tributo.

3. Concepto del reajuste, forma de calcularlo y naturaleza jurídica

Todo sistema tributario es concebido para ser aplicado en economías no inflacionarias. Asumiendo que en un momento dado y en un país determinado, el conjunto de tributos que en él se aplican guardan armonía y revelan coherencia y equidad, se está frente a un verdadero sistema tributario. No hay que olvidar, además, como lo señala Sainz Moreno que "... a través de los tributos, deben lograrse aquellas condiciones que ofrezcan posibilidades a todas las expectativas de vida superior"².

Por ello, respecto de cada uno de los tributos que conforman el sistema y del sistema mismo, el poder impositivo del Estado tiene que haber actuado dentro de los límites que le impone la Constitución Política. Esta observancia de tales límites hace que el sistema sea equitativo.

Como expresa Neumark, para asegurar la eficacia técnica u operativa del sistema tributario, éste debe ser estructurado en armonía con los principios técnico-tributarios que cierran el cuadro lógico de la imposición³.

Cuando la economía de un país es sacudida por efectos de la inflación, el sistema tributario se trastorna, pues no está preparado para neutralizar dichos efectos. El sistema, por lo tanto, tiene que acomodarse a la inflación, para que ésta no distorsione la tributación. Un solo ejemplo bastaría para ilustrar las distorsiones que en la tributación produce la inflación. Es el caso de las pérdidas que puede sufrir una empresa en un ejercicio gravable determinado y que, por aplicación de las normas que regulan el Impuesto a la Renta, pueden ser compensadas con las utilidades que obtenga en cuatro años posteriores contados desde el primer año en que tales utilidades se generen. Mientras más fuerte sea la inflación, si la legislación no ha previsto que las pérdidas sean ajustadas para mantener un valor constante, la utilización de las mismas a su valor histórico resulta injusta para el contribuyente que las verá notoriamente disminuidas cuando pueda hacer uso de la compensación, beneficiándose el Estado indebidamente.

2. Sainz Moreno, Javier: "Elementos de Derecho Financiero", t. I, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1983, p. 329.

3. Neumark, Fritz: "Principios de la imposición", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, p. XXII.

Vivir en una economía inflacionaria supone necesariamente que el Estado adopte una política destinada a neutralizar los efectos de la inflación para que ésta no distorsione la tributación. Ello implica adoptar medidas que permitan que el sistema tributario se acomode a la situación de inflación. Pero tal acomodamiento no se producirá si, frente a la inflación, el Estado sólo adopta medidas muy aisladas e incompletas. Esto es lo que, lamentablemente, ocurre en nuestro país, pues el Estado no ha adoptado una política coherente al respecto, habiendo introducido medidas absolutamente parciales y aisladas que sólo han aumentado la inequidad del sistema tributario.

Cosciani expresa que "... la inflación provoca amplias redistribuciones de rentas y de patrimonios determinando evidentes distorsiones en el sistema económico. Elevando nominalmente precios y rentas modifica además, la estructura del sistema tributario lejos de la voluntad del legislador"⁴. Agrega que "El sistema tributario consiste, en efecto, en una serie de parámetros expresados o en términos monetarios de cuantía determinada o en porcentaje de un valor (base imponible) que sirven para calcular la entidad del impuesto frente a cada contribuyente. Un proceso inflacionista modifica tales parámetros y, así, provoca una nueva distorsión de la carga fiscal entre los diversos componentes de la colectividad. Esta distribución de la carga fiscal que se produce por efecto de las fuerzas de mercado, generalmente contrasta con los presupuestos de equidad y de compatibilidad con el sistema económico que constituirían la base del sistema fiscal antes de la inflación y, por tanto, exige correcciones"⁵. Una de las correcciones que aisladamente ha introducido el Estado es el "reajuste" del tributo y de las multas.

Como ya se dijo, el "reajuste" se produce cuando el tributo no es pagado oportunamente o cuando no se cancela de inmediato la multa que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación formal. Existe también una tercera hipótesis, ésta en favor del deudor tributario, que hace de aplicación el reajuste cuando se ha pagado una deuda tributaria indebidamente o en exceso. En todos estos casos, lo que se persigue con el "reajuste" es lograr que se mantenga el valor constante de la moneda, que en los dos primeros casos debe recibir el Estado y en el tercer y último caso el deudor tributario que ha pagado indebidamente o en exceso.

El "reajuste" se determina "... en el mismo porcentaje de variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima

Metropolitana que mensualmente publicará el Instituto Peruano de Estadística...". Este "reajuste" es practicado mensualmente debido a que el índice escogido oficialmente refleja la inflación de todo un mes, no existiendo en nuestro sistema mecanismos de medición de la inflación por períodos inferiores a un mes que resulten de conocimiento público.

En tal virtud, el "reajuste" previsto por el Decreto Legislativo No. 502 cubre el período comprendido entre el último día del mes que precede al vencimiento de la obligación —cuando no ha sido pagado oportunamente el tributo— y el último día del mes que precede al de su pago. En consecuencia, si un tributo nacido en moneda nacional que debe ser pagado en la misma moneda, no es cancelado en el plazo de ley y éste venció por poner un ejemplo, el 12 de enero de 1989, pero el contribuyente satisface la obligación el 18 de marzo de 1989, el período sujeto a "reajuste" es el comprendido entre el 31 de diciembre de 1988 y el 28 de febrero de 1989. Esto es, la inflación acumulada de los meses de enero y febrero de 1989. Si el tributo ascendía a 100, como la inflación ha sido de 47.3% en enero de 1989 y de 42.5% en febrero de 1989, al 1º de este último mes el tributo asciende a 147.3 y sobre este monto se aplicará el reajuste por la inflación de febrero, de forma tal que entre el 1º de marzo y el 31 de marzo de 1989 el tributo asciende a 209.90, siempre que el "reajuste" comparta la naturaleza del tributo, aspecto que analizaremos más adelante.

Cuando el tributo ha nacido en moneda extranjera pero puede ser pagado en moneda nacional, determinándose su monto en esta moneda, tomando como base el mismo ejemplo mencionado en el párrafo anterior, el período de reajuste será también igual (enero y febrero de 1989). La única variante consiste en que el tributo debe ser, previamente al "reajuste", convertido en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha en que es exigible el pago. En el ejemplo, el 13 de enero de 1989 es el día en que resulta exigible el pago.

En el caso del "reajuste" de la multa se considera como fecha de vencimiento aquella en que se cometió la infracción que origina la multa.

Cuando existen pagos indebidos o en exceso, para efectos de la devolución el crédito va a ser también reajustado pero por un período comprendido entre el último día del mes precedente a aquél en que se solicita la devolución y el último día del mes precedente a la fecha en que se efectúa la devolución. Si un contribuyente paga indebidamente o en exceso un tributo determinado, con fecha 12 de enero de 1989 pero solicita la devolución el 1º de junio de 1989 y ésta se hace efectiva el 25 de agosto del mismo año, la deuda sólo va a ser reajustada por el período comprendido entre el 31 de mayo de 1989 y el 31 de julio

4. Cosciani, Cesare: "Ciencia de la Hacienda", Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1980, 8ª ed., p. 410.

5. Cosciani, Cesare: ob. cit., p. 410.

del mismo año. Vale decir que el "reajuste" va a cubrir la inflación acumulada de los meses de junio y julio —sólo dos meses—, a pesar que el pago indebido o en exceso se produjo varios meses atrás.

Con respecto a la naturaleza jurídica del "reajuste", habría que descartar de plano la posibilidad de ser considerado como "sanción" por varias razones de las que citaremos sólo dos. En primer lugar porque el mismo texto del artículo 29º del Código Tributario considera como componentes de la deuda tributaria al tributo reajustado y a las sanciones y, en consecuencia, no identifica el "reajuste" con la "sanción". En segundo lugar, no se han modificado las normas del Código Tributario en cuanto a sanciones, las mismas que siguen siendo recargos o multas, si tomamos únicamente en cuenta a aquéllas que implican una detracción de las rentas o el patrimonio del deudor tributario.

Aun cuando el "reajuste" ha sustituido a los intereses, diversas disposiciones llevan a la convicción de no haber sido el propósito del legislador que el "reajuste" tenga la naturaleza jurídica de una carga financiera. Reconocer que el "reajuste" es carga financiera implicaría aceptar que el legislador ha incurrido en innumerables errores y omisiones. Para que el "reajuste" hubiera sido una carga financiera, se habría tenido que modificar de otra manera por ejemplo, la norma del artículo 26º del Código Tributario, relativa a la imputación del pago, para incluir una norma expresa que establezca en qué momento el pago es imputado al "reajuste", pues la disposición actual sólo ha previsto que el pago se impute al tributo y luego a las sanciones. En iguales términos se habría tenido que modificar el artículo 31º del Código Tributario que está referido a la imputación del pago cuando existe cobranza coactiva y acumulativamente existen varias deudas tributarias del mismo sujeto pasivo. Asimismo, por mencionar otro de varios casos, el artículo 35º del Código Tributario, que se refiere a la compensación, no permitiría que ese medio de extinción de la obligación tributaria funcione respecto del "reajuste" del crédito, cuando existiendo una deuda tributaria existe a su vez un crédito liquidado y exigible a favor del deudor y dicho crédito ha sido reajustado.

En consecuencia, todo indica que el "reajuste" del tributo comparte la misma naturaleza de este último, y es por lo tanto tributo. A su vez, el "reajuste" de la multa es parte de la multa. En otras palabras, el "reajuste" tiene la misma naturaleza jurídica del componente de la deuda tributaria sobre el cual se está aplicando. Esta interpretación permite sostener que no es necesaria la modificación de los artículos 26º, 31º y 35º antes mencionados, puesto que si el "reajuste" del tributo es tributo y el "reajuste" de la multa es multa, las normas sobre imputación del pago previstas en los dos primeros artículos y la de com-

pensación del artículo 35º no requerirían de ser completadas para incluir expresamente el concepto de "reajuste". Sin embargo, es preciso señalar que subsiste en esos artículos el error de no haber considerado como componente de la deuda tributaria a los "intereses", los que todavía seguirán generándose cuando un tributo que nace en moneda extranjera y que debe ser pagado en la misma moneda, no es cancelado oportunamente.

Ahora bien, en beneficio de la simplicidad del sistema tributario, hubiera sido aconsejable que la ley hubiera calificado al "reajuste" como una carga financiera. En tal caso esta carga financiera hubiera resultado siempre deducible como gasto para la determinación de la renta neta, respecto del Impuesto a la Renta, y no se generaría todo un conjunto de problemas que se derivan del hecho ya comprobado que el "reajuste" del tributo es tributo y el "reajuste" de la multa es multa.

Bastaría mencionar dos casos que muestran problemas. Por ejemplo, en el caso de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta. Si un contribuyente dejó de efectuar el pago a cuenta del Impuesto a la Renta correspondiente al mes de enero de 1989, por un monto de 100, y satisface esa obligación tardíamente con fecha 30 de setiembre de 1989, deberá reajustar el monto a pagar en función a la inflación acumulada del período comprendido entre el 31 de enero de 1989 —puesto que el pago a cuenta debió haberse efectuado a más tardar el 21 de febrero del mismo año—, y el 31 de agosto de 1989. Si el "reajuste" es tributo, este contribuyente tendría todo el derecho de considerar como pago a cuenta del Impuesto a la Renta que en definitiva le corresponda, el monto reajustado que canceló el 30 de setiembre de 1989, a pesar que el incremento en el importe nominal del pago a cuenta que originalmente debió satisfacer se ha producido por su incumplimiento.

Como segundo ejemplo, entre otros muchos, podríamos citar el caso del agente retenedor del Impuesto a la Renta por rentas de quinta categoría, que no cumple con efectuar oportunamente la retención y que varios meses después de haber vencido el plazo para el pago procede a entregar al Fisco el monto nominal del tributo que debió retener más el "reajuste" por el período de atraso. Si el "reajuste" es tributo, teóricamente el total pagado a destiempo por el agente retenedor podría ser considerado como crédito contra el Impuesto a la Renta por el servidor al que no se le hizo la retención, y a su vez el agente retenedor tendría el derecho a repetir contra el servidor por el monto reajustado que canceló después del vencimiento del plazo estipulado en la ley.

Evidentemente, el sistema se ha complicado por el simple hecho de haber calificado al "reajuste" del tributo como tributo y al "reajuste" de la multa co-

mo multa. Pero además, la circunstancia de haber sido adoptado el "reajuste" como una medida parcial y aislada, y el hecho de no haber adoptado el Estado una política coherente para lograr que el sistema se acomode a las nuevas situaciones que genera la inflación, contribuyen sin lugar a dudas a que el sistema tributario resulte aún más inequitativo de lo que ya era antes de la inflación.

Hemos tomado conocimiento de la existencia de un proyecto de Decreto Supremo que sería dictado al amparo de las facultades extraordinarias que al Presidente de la República le confiere el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución. En dicho proyecto se estaría contemplando calificar el "reajuste" del tributo y de las multas como una carga financiera y no como tributo y multa respectivamente. En nuestro concepto, el Presidente de la República no podría hacer uso para tal efecto de la facultad que concede dicho inciso, por las razones que en anterior oportunidad expuse⁶. Pero adicionalmente, esta medida resultaría violatoria de la Constitución por cuanto se estaría modificando el Decreto Legislativo No. 502, del cual se desprende que el "reajuste" del

tributo es tributo y el "reajuste" de la multa es multa y que, por lo tanto, tales reajustes no son cargas financieras.

Para dar solución a los problemas que generan la inflación y el "reajuste", es preciso acomodar el sistema tributario a la inflación, adoptando una política coherente y armónica y no sólo medidas aisladas. Además, mediante ley o por decreto legislativo previa delegación de facultades otorgada mediante ley autoritativa, tendrían que modificarse las normas del Código Tributario a los efectos de calificar el "reajuste" como una carga financiera.

abril de 1989

6. Hernández Berenguel, Luis: "El principio de legalidad y las medidas extraordinarias que se pueden dictar en materia económica y financiera", en "Cuadernos Tributarios", Revista de Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruana, Vol. 1, Industrial Gráfica S.A., Lima, octubre 1986.

LIBRERIA



EL VIRREY

Actualización de deudas pecuniarias—Implicancias civiles

Julio A. Fernández Cartagena
Abogado

El artículo 1234o. del actual Código Civil establece que "el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado". Podemos concluir entonces, sin temor a equivocarnos, que el mencionado dispositivo se inscribe en la conocida como Teoría Nominalista. Ello se encuentra reafirmado por la opinión del Dr. Felipe Osterling, quien en la Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones, manifiesta que "el artículo 1234o. consagra como regla general, la teoría nominalista"¹.

Al respecto coincidimos con Hernández Gil², cuando éste señala que nominalismo es el considerar como único valor del dinero a los efectos del tráfico jurídico, el nominal, atribuido por el Estado y que expresa una relación de igualdad. En nuestro caso, un inti es igual a un inti o, para el caso español, una peseta es igual a una peseta.

"El dinero emitido por el Estado tiene el valor que éste le fije, con total prescindencia de su aptitud adquisitiva; en consecuencia, el deudor de una suma de dinero cumplirá entregando al acreedor una cantidad igual a la prometida, cualesquiera sean las fluctuaciones que haya sufrido el poder adquisitivo de la moneda. Por una ficción legal se crea una presunción *iuris et de iure* respecta la identidad del valor de las unidades monetarias en épocas diferentes"³.

Sin embargo, y como seguramente ya lo ha intuido la mente del lector, este concepto del no-

nominalismo se encuentra en nuestros días sometido a duras críticas, debido más que nada a consideraciones de naturaleza económica.

La actual situación de América Latina, donde como es lógico los males económicos repercuten inevitablemente en las esferas políticas y sociales, ha llevado a que principios jurídicos que antes se tenían por incólumes sufran continuos ataques y por consiguiente mutaciones. Uno de ellos es la citada Teoría Nominalista.

Esta ha intentado ser reformada, como consecuencia de "fenómenos inflacionarios", o "hiperinflacionarios", que producen la creciente desvalorización de la moneda, con la consiguiente e inevitable baja en su poder adquisitivo. Así, y tal como señala Hernández Gil⁴ en los casos de préstamos a largo plazo, al momento que el deudor efectúa el pago se libera de una moneda desvalorizada, cuando previamente, con la cantidad originariamente recibida, en un momento que representaba un mayor poder adquisitivo, hizo inversiones que determinaron la entrada en su patrimonio de bienes no desvalorizados. Por ésta y otras razones el nominalismo afecta en cierta manera al principio jurídico de la "reciprocidad"⁵.

El caso de Argentina, país en el cual se da lo que algunos autores más conocen como "inflación estructural", para diferenciarla de la cono-

4. Hernández Gil, Antonio: Ob. cit. p. 339.

5. "En materia monetaria el "nominalismo" es también una expresión de la seguridad, en cuanto prefija la cantidad de monedas que deben entregarse, que permanecerá invariable y por esta vía se consigue la justicia... Pero cuando se emite moneda en forma incontrolada, se provoca con ello la inflación, y se priva al dinero de su función de medida de valores, mantener el "nominalismo" conduce a vulnerar el valor supremo, la justicia. La inflación destruye totalmente los fundamentos del nominalismo, que en dichas circunstancias se aparta no sólo del postulado de justicia, sino también de aquel otro al que se pretendía elevar a primer plano: la seguridad". (Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos. Ob. cit., ps. 36 y 43).

1. Osterling, Felipe: "Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil", Parte III, Vol. V, p. 387.

2. Hernández Gil, Antonio: "Derecho de las Obligaciones", Editorial CEURA, 1983, Madrid, p. 337.

3. Hirschberg, Eliyahu: "El Principio Nominalista, en: Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, Inflación y Actualización Monetaria", Editorial Universidad, Bs. As., 1981, p. 40.

da como "inflación coyuntural", es bastante ilustrativo de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para enfocar el problema del pago de deudas de dinero, desde un punto de vista más justo para el acreedor.

Cazeaux y Tijerina⁶ indican que la primera solución encontrada fue el diferenciar las obligaciones puramente pecuniarias de las de valor, siendo posible reajustar sólo las segundas. En las primeras, el objeto de la obligación es directamente la prestación de la clase de moneda estipulada; "por ejemplo, en un préstamo de cien mil pesos, el objeto de la obligación es la prestación de cien mil pesos y se pagan peso por peso".

Cosa diferente sucede con las llamadas obligaciones de valor. "Al indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un automóvil, en un accidente de tránsito, el dinero no es el objeto inmediato de la obligación, sino que es el medio de obtener un bien concreto de la vida, que por no poder conseguirse del obligado en especie, se sustituye por dinero; en el ejemplo dado, restituir el automotor al estado que tenía antes de ocurrir el accidente".

Aquí el dinero no integra el contenido de la prestación, él es sólo un reemplazante de ella, es por esto que se toma en cuenta la depreciación del signo monetario⁷.

Como ejemplos típicos de deudas de dinero se mencionan, entre otras, las obligaciones derivadas del mutuo dinerario u otras obligaciones de dar sumas de dinero cuando desde su nacimiento tiene por objeto un monto determinado de dinero o circulante. Las deudas de valor, en cambio, se refieren a un valor abstracto, constituido por bienes que habría que medir en dinero recién en el momento de cumplir la prestación. Constituyen ejemplos de estas últimas, la ya citada indemnización por daños y perjuicios y la retribución por prestaciones de trabajo cuando ésta no se encuentra pactada (artículo 1767o. del Código Civil).

Existe consenso entre un gran número de juristas argentinos para considerar que la distinción entre "deudas de dinero" y "deudas de valor" no fue sino un simple "remedio técnico" al

que tuvieron que recurrir para solucionar situaciones injustas de desvalorización monetaria de las prestaciones adeudadas frente a la rigidez del principio nominalista aparentemente consagrado en el Código Civil.

"La distinción disimula el hecho cierto e incontrovertible de que las deudas dinerarias son también de valor y que las de valor son también dinerarias. En efecto, quien contrata la suma de dinero en billetes de curso legal, por ejemplo, no piensa en éstos, sino exclusivamente en cuánto valen, en cuánto se puede adquirir con ellos"⁸.

Ya Enneccerus sostenía en su momento que el objeto de una deuda pecuniaria es siempre el valor de la cantidad debida, por tanto, las deudas pecuniarias deben entenderse como deudas de valor⁹.

Esta diferenciación, por otro lado, no podría prosperar en nuestro país pues es evidente que, para el Código del 84, las obligaciones dinerarias o no dinerarias, deriven o no del mutuo, tienen una misma naturaleza jurídica-económica de "capital" que genera intereses¹⁰ y se encuentran, por tanto, expuestas a la inflación.

La falta de rigor conceptual de la diferenciación fluye de manera casi evidente, al notarse el esfuerzo de la doctrina y jurisprudencia argentinas de incluir en el campo de las "deudas de valor" obligaciones que, con anterioridad, eran consideradas típicamente dinerarias.

Ello provocó que, llegado el momento, el esfuerzo resulte insuficiente, puesto que se amparaban algunas situaciones y otras, conceptualmente iguales, no.

El criterio admitido por la jurisprudencia, para las indemnizaciones de daños provenientes de responsabilidad extracontractual o de obligaciones de valor debía extenderse a toda deuda de dinero por la evidente existencia del fenómeno de la desvalorización monetaria, pues de otro modo se hace sufrir en forma exclusiva al acreedor de las consecuencias de un hecho al que es totalmente ajeno.

6. Cazeaux, Pedro y Tijerina, Wenceslao: "Reajuste de las Obligaciones Dinerarias", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 18 y ss.

7. La distinción entre deudas dinerarias o pecuniarias y deudas de valor proviene de la doctrina italiana que distingue entre "deudas de voluta o dinero" y "deudas de valor". Conf.: Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, T. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 53.

8. Boffi Boggero, Luis M.: "Tratado de las Obligaciones", Astrea, Bs. As., 1975, T. III, p. 364.

9. Cit. por León Barandiarán: Comentarios al Código Civil Peruano. T. IV., p. 167 y ss.

10. Conf. Cárdenas Quirós, Carlos: "El pago de intereses en el Código Civil de 1984", en: Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta, p. 76.

La cada vez más creciente depreciación monetaria, ha provocado el nacimiento del valorismo convencional, que surge cuando el sistema jurídico permite a los contratantes la inclusión de distintos tipos de cláusulas estabilizadoras. De esta manera, el valor de las prestaciones es siempre actualizado, mediando cumplimiento oportuno o en ausencia de éste. El jurista italiano Pacchioni¹¹, rechaza la opinión de quienes ven en este tipo de cláusulas una forma encubierta de usura o especulación. "El prestamista, nos señala el mencionado autor, nunca podrá obtener más de lo que dio, es decir, que no se le devolverá mayor valor del que prestó, sino este valor y nada más que este valor".

Nuestro actual Código Civil permite el establecimiento de este tipo de cláusulas, en su artículo 1235o. En el primer párrafo de la citada norma expresa que "no obstante lo establecido en el artículo 1234o., las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante".

El Doctor Felipe Osterling¹² escribe que "el Código admite como regla de excepción el que las partes puedan acordar mantener en valor constante el monto de las deudas contraídas en moneda nacional. Parece imprescindible que acreedor y deudor estén facultados para pactar libremente obligaciones pecuniarias en valor constante".

Dentro de los supuestos contemplados en el artículo 1235o., podríamos mencionar a las cláusulas de pago en especie, donde si bien el deudor cancela su obligación dineraria en moneda de curso legal, por su valor nominal, lo hace con referencia a bienes existentes en el mercado, ya sea trigo, carne, o cualquier otro producto, mejor protegido de la inflación que el dinero. También existen las cláusulas de escala móvil que remiten la cantidad a pagar a determinados índices de carácter económico, ejemplo de esto en el Perú serían las cifras de elevación de precios al consumidor publicadas mensualmente por el Instituto Nacional de Estadística (I.N.E.)¹³.

11. Pacchioni. "Diritto Civile Italiano", en Cazeaux y Tijerina, Ob. cit., p. 46.

12. Osterling, Felipe: "Para leer el Código Civil", Vol. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 27 y ss.

13. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 10o. del Decreto Legislativo No. 502 y la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo No. 510 el I.N.E. Debe publicar mensualmente, con el carácter de norma legal la variación mensual del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) de Lima Metropolitana y la variación acumulada con respecto al Índice de Precios al

Ahora bien, ¿es posible interpretar las normas generales sobre el pago de nuestro Código Civil, en especial el artículo 1234o., desde un punto de vista valorista?. Nuestras normas en este punto son bastante parecidas al Código Argentino¹⁴. Sin embargo, debemos admitir que este último no contiene una disposición tan evidentemente nominalista como la del artículo 1234o.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos han llegado a señalar que "el Código argentino fue establecido sobre la base de una moneda estable, no llegando a receptor de manera expresa ni la tesis nominalista, ni la doctrina del valor de cambio. Ante la sustancial modificación del supuesto de hecho contemplado por el legislador (la naturaleza del "dinero"), y procurando lograr soluciones justas, equitativas y seguras, pensamos que la respuesta puede hallarse -aunque con imperfecciones inevitables- en la interpretación de aquellos que, en forma moderada, propician la vigencia de la doctrina del valor de cambio"¹⁵.

De esta manera, se intenta interpretar el artículo 619o. del Código Civil argentino de acuerdo con las normas que rigen las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas, régimen que resulta aplicable por así disponerlo expresamente el artículo 616o. del citado Código.

Así, para el caso de estas obligaciones, "el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad" (artículo 607o.) y "si la obligación tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad, con los perjuicios e intereses o su valor" (artículo 608o.).

En períodos inflacionarios, la moneda que sirve para el pago fuertemente afectada en cuanto

consumidor correspondiente al mes de diciembre del año anterior. Estas normas tienen por objetivo establecer el factor de actualización de la Unidad Impositiva Tributaria y de los tributos y multas adeudados a la Administración Tributaria. La actualización de la deuda tributaria no es sino una aplicación de la Teoría Valorista. Sus efectos serán analizados en otra oportunidad.

14. El artículo 619o. de dicho cuerpo de leyes señala que "si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada". Por su lado, el artículo 622o. señala que "El deudor moroso (en una obligación cuya prestación consista en la entrega de una suma de dinero) debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar.

15. Ob. cit. p. 92.

a su poder adquisitivo no es de la "misma especie y calidad" que la que fue objeto de la prestación originalmente pactada; por lo que debe ser reajustada en cuanto a su valor nominal para que tenga el mismo valor real del momento en que se pactó la obligación. Trigo Represas llega a sostener que "de no tenerse en cuenta el verdadero poder adquisitivo de la moneda al hacerse el pago de la deuda, sucedería que se entregaría algo distinto"¹⁶.

En nuestro país este esfuerzo de interpretación podría intentarse partiendo del análisis del artículo 1220o. de nuestro Código: "Se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación". "El deudor para satisfacer la obligación debe cumplirla totalmente"¹⁷. Por ello el artículo 1221o. señala que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación. Para los defensores de la teoría valorista resulta obvio pensar que la prestación se considerará satisfecha únicamente cuando su valor —y no el número de unidades de moneda de curso legal y forzoso en que estuvo originalmente representada— pase del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor. Ello no ocurre en períodos inflacionarios.

No obstante lo dicho anteriormente, la aplicación de la Teoría Valorista no pretende reajustar el monto de las obligaciones dinerarias antes de que éstas resulten exigibles¹⁸ pues el acreedor de las mismas, al momento de concertarlas, ha debido tener la diligencia suficiente como para prever el desenvolvimiento normal de los factores económicos. Esta previsión económica es adoptada por las partes contratantes de acuerdo a sus particulares intereses económicos y su percepción de la realidad. No existe razón que justifique la intervención de la ley en un asunto de naturaleza estrictamente privada, salvo el caso del acaecimiento de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (artículo 1440o. del Código Civil) como lo serían la aplicación de severas (e inesperadas) medidas económicas¹⁹.

Adicionalmente, debe prestarse atención a lo dispuesto por el artículo 1324o. que regula la reparación de los daños y perjuicios en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar sumas

de dinero. Esta reparación está integrada por los intereses por mora fijados por el Banco Central de Reserva del Perú, salvo que, antes de la intimación, se debieran intereses compensatorios mayores, en cuyo caso éstos continuarán devengándose después de la constitución en mora, en calidad de intereses moratorios.

Este régimen constituye una excepción al régimen general de resarcimiento contenido en el artículo 1321o. del Código Civil²⁰ y solamente se le equipara cuando existe un pacto expreso sobre el "resarcimiento del daño ulterior". De mediar pacto, la desvalorización monetaria inesperada no perjudica al acreedor que no tuvo participación alguna en estos hechos. En los otros casos, que son la mayoría, sí²¹.

Este tema del reajuste de las obligaciones pecuniarias tiene a mi entender mucho que ver con otro de los artículos ubicados dentro del título que agrupa a todos aquellos artículos vinculados al pago, como forma mediante la cual se extinguen las obligaciones, nos referimos al 1237o. Dicho artículo permite que se concerten obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales, añadiéndose en su segundo párrafo que "el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Es nulo todo pacto en contrario.

Esta norma es necesario verla para su análisis, bajo dos aspectos principales. El primero de ellos parte de considerarla como una extensión de lo ya estipulado por el artículo 1235o. En este artículo, bajo el influjo de la teoría valorista, se permite que las partes remitan el reajuste de la obligación dineraria (en moneda de curso legal) materia del contrato, a una serie de factores que tienen que ver más con la vida económica que con el derecho. El artículo 1237o. al permitir que estas mismas partes puedan acordar obligaciones dinerarias (en moneda extranjera), y que éstas a

16. Trigo Represas, Félix: "Obligaciones de dinero y depreciación monetaria", 2da. ed. Platense, La Plata, 1978, p. 153 y ss.

17. Osterling, Felipe: "Exposición de Motivos", p. 377.

18. por haberse producido la condición suspensiva o transcurrido el plazo suspensivo.

19. Conf. Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos: Ob. cit., p. 203.

20. Este artículo dispone que "El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución". Dentro del concepto de daño emergente entra la reparación por la desvalorización monetaria súbita e inesperada producida en el signo monetario en el período comprendido entre la inexecución y el resarcimiento, en cuanto se trata de una "consecuencia inmediata y directa" del no cumplimiento.

21. El "daño ulterior" cubre sin lugar a dudas, "el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la devaluación súbita de la moneda estando el deudor en mora". Conf. Trabucchi. Ob. cit., T. II, p. 76.

su vez pueden ser canceladas a elección del deudor, en su equivalente de moneda de curso legal, le asegura al acreedor la estabilidad económica de la prestación a su favor, a través de la referencia a una moneda extranjera que resiste más favorablemente los efectos de la inflación interna. En nuestro país, "el pacto en moneda extranjera" siempre debe ser entendido como una aplicación del valorismo convencional pues, tal pacto, no puede ir en contra de lo dispuesto por el artículo 1237o. que no es sino una aplicación al campo de las relaciones obligacionales privadas de lo previamente estipulado por el artículo 33o. de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, modificada por la Ley No. 23438²².

Evidentemente muy distinta sería la interpretación del citado artículo 1237o. si éste exigiera al deudor, en todos los casos, la moneda extranjera objeto de la prestación como si se tratara de una mercadería, sin posibilidad de optar por el pago en moneda de curso legal²³.

Sin embargo, lo único que verdaderamente garantiza el artículo 1237o. es el carácter de aceptación forzosa en el país de nuestra moneda y nada más. No existe razón para que en un artículo de esencia claramente valorista como el artículo 1237o. se establezcan estipulaciones más restrictivas que las contenidas en el artículo 1235o. que, se supone, es el que contiene el principio general del "valorismo".

Así, mientras que el artículo 1237o. establece que es nulo todo pacto en contrario respecto del "tipo de cambio de venta del día y lugar el vencimiento de la obligación"²⁴ el artículo 1235o. deja librado a las partes el establecimiento del mencionado patrón de referencia pues sólo se refiere al valor "de otras monedas" sin entrar a detallar cuál debe ser este valor.

22. Dicho dispositivo establece que: "los billetes y monedas que el Banco ponga en circulación deberán estar expresados en términos de la unidad monetaria del país, tendrán curso forzoso y servirán como medio de pago de toda deuda pública o privada, sin que obste pacto en contrario".

23. Como, por ejemplo, lo dispone el artículo 617o. del Código Civil Argentino: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas".

A su vez, el segundo párrafo del Código de Comercio Colombiano, aprobado por el Decreto 837 de 1971 establece que "Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago".

24. El Decreto Supremo No. 258-86-EF, publicado el 30 de julio de 1986, establece que es el Banco Central de Reserva, mediante Resolución Cambiaria, quien debe fijar el "tipo de cambio venta" a que se refiere el artículo 1237o.

El segundo aspecto en el cual pienso que se debe incidir deriva del primero y tiene que ver con la necesidad o no de regular el tipo de cambio que las partes deben utilizar para el caso que el deudor desee efectuar el pago de la obligación en moneda nacional.

Somos de la opinión que la nulidad consagrada en el artículo 1237o. debe ser interpretada como tan sólo referida al pacto que impide al deudor cumplir con el pago de su deuda en moneda nacional, mas no ser referida al patrón adoptado como tipo de cambio. De esta manera, las normas sobre valorismo contenidas en nuestro Código Civil tendrían un objetivo armónico, no produciendo resultados contradictorios.

Esto adquiere particular importancia si se tiene en cuenta que el tipo de cambio que fija la respectiva Resolución Cambiaria, en la mayoría de los casos pertenece a un mercado al cual no tienen acceso los contratantes, por la existencia de normas sobre control de cambios o se encuentra totalmente alejado de la realidad, manteniéndose únicamente por razones de política económica. Esto ha sucedido en el pasado cercano y no existe ninguna garantía de que no vuelva a repetirse.

El mismo Código Civil consagra en sus artículos 1354o. y 1356o., la llamada libertad contractual y la supletoriedad de la ley respecto de la voluntad de las partes, respectivamente. Pactar el tipo de cambio al cual han de sujetarse las partes, no viola norma de orden público, puesto que la norma en mención, el artículo 1237o., tiende a proteger al deudor permitiéndole a éste cancelar su deuda, en moneda nacional. Permitir al deudor negociar una posición de cambio que le resulte más ventajosa sólo afectaría al interés patrimonial del acreedor.

El antecedente legislativo del artículo 1237o. se encuentra en el artículo 1245o. del Código Civil de 1936, el cual no fijó la posición de cambio, dejando el tema a la libre determinación de las partes en sus contratos. Tampoco estableció la sanción de nulidad a la cual nos referimos. Opinó que ésta era la solución correcta.

La imperatividad de las normas legales está en relación a materias que necesitan de una solución uniforme y de acatamiento igualitario por todos los individuos de una sociedad, caso en el que no nos encontramos.

Abril de 1989.

Indexación y Derecho

Grupo de Investigación de Thémis*

1. INTRODUCCION

La constante pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda (depreciación) debido al proceso inflacionario que actualmente soportamos, produce una serie de consecuencias jurídicas, algunas de las cuales trataremos en este trabajo.

En los contratos de cumplimiento diferido, en los que una parte está obligada a entregar una determinada suma de dinero dentro de un plazo determinado, la inflación produce una disminución del valor de dicha prestación conduciendo finalmente a una desproporción entre las prestaciones surgidas del contrato.

Algo similar ocurre en los casos en que acudimos al Poder Judicial reclamando cierta cantidad de dinero, en calidad de, por ejemplo, indemnización por responsabilidad extracontractual o por un incumplimiento contractual. Al pasar tres años, tiempo promedio de duración de un proceso, la sentencia de última instancia que ampare el derecho del demandante ordenará el pago de la suma señalada en la demanda, la que, aun aumentada con los intereses respectivos, no representará adecuadamente la pretensión del demandante.

En estos casos qué salida tiene el acreedor que recibe una contraprestación que no "vale igual" a la que se pactó al momento de celebrar el contrato o qué recursos posee la víctima de un daño que obtiene cierta suma de dinero como indemnización que no representa realmente el perjuicio que ha sufrido ?

En circunstancias como las señaladas podemos apreciar claramente que los efectos de la inflación no deben pasar inadvertidos para el Derecho. Nuestra disciplina, por el contrario, debe intentar regular las consecuencias de dicho fenómeno con el fin de que las partes no se

vean perjudicadas por un elemento que puede desproporcionar aquéllo a que estaban obligadas. El Derecho debe buscar, por tanto, que las partes obtengan del contrato lo que realmente deseaban y sobre lo que efectivamente se habían puesto de acuerdo. Ignorar la inflación haría imposible este objetivo.

Se han intentado aplicar una serie de instituciones del derecho civil al problema causado por la inflación en la relación contractual como por ejemplo: la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho, la teoría de la buena fe etc¹. Ninguna de ellas ha logrado dar una respuesta integral y coherente al problema.

La indexación de las sumas de dinero pactadas como prestación en los contratos, es decir la revalorización de las prestaciones pecuniarias, según una gran parte de la doctrina, aparece como el medio ideal para contrarrestar las desproporciones producidas por la inflación, por lo que su sustento jurídico, sus ventajas y desventajas serán materia de este estudio.

El presente trabajo analizará cómo se ha abordado el problema de la inflación en Argentina y Chile, países que han tenido una experiencia similar a la nuestra. Luego veremos qué regulación existe en nuestro ordenamiento al respecto, si éste es coherente con la realidad que atravesamos y qué reformas podrían realizarse.

No pretendemos agotar este interesante y complejo tema, sí esperamos propiciar una mayor preocupación y discusión al respecto puesto que, no se trata tan sólo de un asunto académico sino de algo que nos concierne a todos y que nos afecta diariamente.

*Integrado por José Alfredo Jiménez, Alberto Rebaza y Verónica Zavala.

1. Al respecto leer Cazeux, Pedro: " Panorama general del reajuste por depreciación monetaria en la doctrina y jurisprudencia " en Estudio de derecho Civil, Editorial Universidad Bs. As.

2. LA INDEXACION EN ARGENTINA²

Argentina llegó a la década de los setenta con un nominalismo legislativo similar al nuestro. Esta situación no guardaba relación con la situación inflacionaria que atravesaba dicho país. El valorismo hace su aparición no a través de normas legislativas, sino por medio de fallos judiciales.

2.1 Proceso Jurisprudencial

El Juez argentino entendió que su papel no se limitaba a resolver pretensiones insatisfechas o resistidas, sino que adicionalmente debía cumplir uno nuevo, el de ser "componedor económico". Este nuevo rol, el Juez lo cumpliría, repotenciando las obligaciones dinerarias o recomponiendo las bases del contrato para equilibrar el desfase entre las prestaciones.

De esta manera, el juez emite su fallo sobre la base de un contrato que tiene cumplimiento diferido y cuya moneda de referencia sufre una constante pérdida de poder adquisitivo. Se entendió que el Juez no puede ser un fugitivo de la realidad, debiendo aplicar las normas en consonancia con la situación inflacionaria caracterizada por sucesivas oscilaciones. "De esta manera se aplica un realismo económico que también es realismo jurídico" como sostiene Morello.

En un primer momento, se permitió la indexación únicamente para el caso de las obligaciones dinerarias incumplidas, es decir, cuando el deudor de una obligación incurría en mora. La indexación por tanto era consecuencia de la responsabilidad civil del deudor, quien al incumplir con su prestación ocasionaba un daño a la contraparte, en la medida en que la inflación producía una disminución de dicha prestación.

Luego de sentencias de este tipo, muchos juristas y sobre todo magistrados advirtieron que el problema de la moneda es independiente al de la mora del deudor.

Después de un largo proceso se ha entendido la influencia de lo económico y de lo monetario en lo jurídico. Muchos consideran, entre ellos Hirsberg, que las respuestas al problema de la indexación no se encuentran exclusivamente en el Derecho Civil sino sobre todo en el Derecho Monetario.

El problema se estructura de la siguiente

2. La información sobre Argentina fue tomada de Morello, Mario: "Dinámica del Derecho Contractual".

manera: la moneda pierde su poder adquisitivo a causa de la inflación y sobre esta depreciación opera la corrección, es decir, la indexación. Esto no lo explica ni la teoría de daños ni la responsabilidad civil, ya que el problema no se encuentra en la relación obligacional, sino en el objeto mismo de la prestación.

La depreciación de la moneda, al no incidir en la relación obligacional sino en el objeto mismo de la prestación, no encuentra explicación alguna en la teoría de daños o en la de responsabilidad civil.

En ese sentido es que la Cámara Comercial de la Capital Federal ha señalado que debe admitirse la recomposición de los créditos pecuniarios, aun en los casos en que no medie mora del deudor. Ello, en virtud de que la actualización de las obligaciones encuentra su causalidad en la depreciación del signo monetario y no en la responsabilidad del deudor.

Esto se entendió como coherente puesto que la indexación del capital no constituye un enriquecimiento del mismo, sino que, es su misma expresión en términos monetarios corregidos para ajustarlos a la realidad de los valores del tiempo de pago.

El avance jurisprudencial ha permitido, incluso, indexaciones de obligaciones que no pudieron ser cumplidas a causa de la mora del acreedor: se ha entendido que aun mediando dicha mora, es posible repotenciar el precio en un contrato conmutativo, si ese precio ha perdido el sentido de equivalencia o de justicia de cambio. Esto se sustentó en teorías que se remontan a los principios generales del Derecho, tales como la buena fe, el abuso del derecho y, adicionalmente, el ejercicio antifuncional del derecho.

2.2 Aportes Procesales

En cuanto al proceso judicial en sí, los tribunales argentinos han llegado a una serie de previsiones que merecen ser destacadas:

- Así como procede el reajuste de las prestaciones, a causa del fenómeno inflacionario, también procede el reajuste de los montos señalados en la sentencia, al estimarse que el mismo no consiste en una alteración de la cosa juzgada, sino todo lo contrario, ya que mantiene los valores monetarios intrínsecos de la condena, sin modificar los valores subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

- La depreciación monetaria no tiene que ser probada, pues constituye un hecho notorio.

- En cuanto a la movilidad de la cuantía, pueden utilizarse uno o varios índices que midan la inflación, los que incluso pueden ser pactados por las partes. Ello permitirá que sea comprobable la manera como el juez repotencia las obligaciones. Inclusive pueden preferirse determinados índices dependiendo de la jurisdicción territorial o de la naturaleza de las prestaciones.

- El pedido de actualización por depreciación puede pedirse en cualquier estado del proceso, siempre que no se impida a la otra parte el derecho de contradicción.

- Como el reajuste debe realizarse en el tiempo más cercano al pago, se ha llegado a crear las "sentencias abiertas" en las que se condena a una prestación cuantificada en tiempo ulterior. Esto se debe a que muchas veces el tiempo que transcurre entre sentencia y ejecución, permite que la inflación deprecie la suma condenada sin que haya posibilidad de que los intereses bancarios puedan reajustarla debidamente.

- No debe entenderse al reajuste como operación puramente matemática, sino que debe tomarse en cuenta la capacidad del obligado, de modo tal que la repotenciación no signifique un sacrificio adicional. Debe pues buscarse una solución de equidad. Evidentemente esta prudencia de los jueces no los exime de un requisito básico de los fallos que es la fundamentación.

2.3 Balance de la experiencia previa

La indexación en Argentina, luego de un largo periodo de implementación ha mostrado las siguientes ventajas y desventajas:

Ventajas:

a) Contribuye al sinceramiento de la economía.

b) Ha impedido una excesiva transferencia a los deudores en perjuicio de los acreedores.

c) El "mantenimiento" (por vía del ajuste) del poder adquisitivo de la moneda ha permitido la recuperación del nivel de ahorro monetario y del sistema financiero.

d) Ha mejorado la estructura presupuestal: recaudaciones y repotenciación de créditos.

e) Ha obligado a una mayor cautela en el endeudamiento.

f) Elimina expectativas inflacionarias.

Desventajas:

Perjudica a los sectores con ingresos fijos y a las empresas que sufren una creciente disminución en su actividad, debido a la recesión, y al aumento de sus costos internos.

3. EL CASO CHILENO³

En Chile se ha tratado el problema inflacionario en tres campos diferentes del Derecho: la legislación, la jurisprudencia y los contratos privados.

3.1 Legislación

El proceso inflacionario chileno se inició en el último tercio del siglo XIX pero no es sino hasta la década del 50 en que se empieza a considerar seriamente el problema jurídico que traía como consecuencia. Esto se dio a través de Jornadas, convocadas para tal fin, y de legislación considerada como excepcional, que regulaba los préstamos en dinero para adquirir viviendas económicas de interés social o para cierto tipo de inversiones (industrial, agrícola, ganadera etc.).

La idea era que la restitución del dinero a cabo de algunos años se haría revalorizando la deuda, de modo que el acreedor no se vea perjudicado. Para sustentar esta solución se introdujeron conceptos de interés público y orden público económico.

Posteriormente, en 1974, se promulga el Decreto ley 455 que sigue una tendencia similar a las leyes de carácter excepcional, señalando, por primera vez, normas generales sobre revalorización, como por ejemplo una sobre reajustes en los títulos de crédito.

3.2 Jurisprudencia

La evolución de estas figuras en el campo jurisprudencial se produce, al igual que en el punto anterior, de manera paulatina y progresiva.

3. La información sobre Chile ha sido tomada de Fucyo, Fernando: "Reflexiones sobre la corrección monetaria y pago legal" en Estudios de Derecho Civil. Editorial Universidad Bs.As.

La primera sentencia en la que se revaloriza las prestaciones a las que estaba obligado una parte, es una dictada por el Juez Ramón Briones en el Primer Juzgado de Mayor Cuantía de Santiago de Chile, quien ordenó la revalorización de la pensión alimenticia que correspondía como indemnización a los deudos de un jefe de hogar muerto al ser arrollado por un tren. La pensión original que al momento de la demanda cumplía su finalidad, con el transcurso de los años había perdido absolutamente su poder adquisitivo.

La sentencia se fundó en la existencia de una laguna del Derecho que debía ser suplida por los principios de equidad, así como en la notoriedad del suceso económico inflacionario, en la finalidad de la sentencia condenatoria, en la inocencia respecto a él de los acreedores de la pensión y en el enriquecimiento injusto que por tal motivo operaba en el deudor.

No obstante dicha fundamentación, las instancias superiores no ampararon la sentencia del Juez Briones, asilándose en la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo agregó que no habían más fuentes de las obligaciones que las dispuestas en el art. 1437 del C.C. (que hacía una enumeración de *numerus clausus*), por lo que una corrección monetaria debía descartarse.

Poco después, la Corte Suprema reconociendo un incuestionable proceso inflacionario y en base a un criterio elemental de justicia, según los considerandos, fue variando su interpretación acogiéndose actualmente a la tesis valorista de manera plena.

Sin embargo, para Fuelle la jurisprudencia chilena no debe quedarse en aceptar la revalorización en cada juicio por separado, sino que debe llegar a establecer un principio general aplicable a la corrección monetaria.

3.3 Contratos Privados

En relación al campo privado, en Chile se han ido agregando gradualmente en los contratos las denominadas cláusulas de "estabilización" o de "revalorización", que son fijadas sobre las bases de predeterminados índices⁴.

Al igual que en nuestro Código Civil, según veremos más adelante, la legislación chilena ha

4. Los índices de revalorización más usados en Chile fueron: el salario mínimo, el sueldo vital, el costo del metro cuadrado de construcción y el índice de precios al consumidor. También se usaron algunos otros más específicos, así como la combinación de varios de los mencionados.

permitido este pacto que se apoya de manera incuestionable en el principio según el cual el contrato es ley entre las partes. Sin embargo, es de notar que este tipo de previsión ha llevado también al efecto contrario, es decir, un exorbitante resultado negativo en perjuicio del deudor, que puede resultar de aplicarse rigurosamente estos pactos accesorios. No debe olvidarse que al momento de la celebración del contrato (especialmente en los contratos de mutuo o similares), el deudor es la parte más débil, por lo que podría aceptar un índice de revaluación leonino, impuesto por un acreedor inescrupuloso.

4. EL CASO PERUANO

El tema de la indexación está estrechamente vinculado al de las teorías nominalistas y valoristas con respecto a las obligaciones, puesto que, si se opta por la primera, la indexación estaría prácticamente descartada, en cambio sí se permitiría la revalorización de las prestaciones si la legislación acogiese la teoría valorista. En virtud de lo anterior pasaremos a reseñar lo más saltante con respecto a ambas teorías y cuál fue la solución que dio nuestro C.C.

4.1 La Tesis Nominalista

Nuestra legislación civil, como la mayoría de las latinoamericanas, ha consagrado en el artículo 1234 del C.C. la teoría nominalista. Ello implica una negación al hecho cotidiano de la inflación, impidiendo tanto la posibilidad de la indexación como la de revalorizar las deudas contraídas en monedanacional.

La tesis nominalista se inspira, a decir del legislador en "el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal profundamente arraigado en la conciencia colectiva"⁵ y consiste en que el deudor se obliga a entregar un número determinado de unidades monetarias, cuyo poder adquisitivo es irrelevante respecto de la obligación contraída. Es decir, si se ha pactado un pago de 100 unidades monetarias, el deudor se libera mediante el pago de éstas; la deuda pecuniaria por tanto es tratada como si fuera una obligación genérica y no como deuda de valor.

Sin embargo, el dinero surge para medir el valor de unas obligaciones con respecto a otra. Así Savigny consideró a la moneda como poder adquisitivo abstracto. En otras palabras, la moneda no tiene más valor que aquél que ella consigue imponer.

5. Osterling, Felipe: "Las Obligaciones".

La tesis nominalista sostiene que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. Esta posición, según dicha tesis⁶, se desprende de las disposiciones del curso forzoso y del curso legal, disposiciones que en nuestro país están sancionadas por el BCR. Consideramos esto un error, en todo caso el curso forzoso de la moneda refuerza su aceptación en el territorio nacional, en tanto que la ley del curso legal autoriza al BCR a no reembolsar el valor de la moneda en oro.

Es posible que la teoría nominalista encuentre algún sustento cuando la moneda estaba referida a un patrón oro, de cualquier modo, de acuerdo a las características de nuestra actual emisión monetaria este sustento resulta inconsistente. Es importante destacar que adherirse a una tesis nominalista o valorista en épocas de estabilidad monetaria es prácticamente irrelevante. En coyunturas de inflación cero esas dos visiones convergen en un mismo resultado. Por ejemplo si A le vende a B 100 unidades monetarias que tienen el poder adquisitivo suficiente para comprar dos canastas de productos, es irrelevante al momento del pago discutir si A le debe a B el valor de las dos canastas o si simplemente le debe 100 unidades monetarias.

Sin embargo, el Dr. Felipe Osterling señala que "no conviene adoptar como norma permanente y general una regla destinada a confrontar situaciones que idealmente deben ser excepcionales. Por principio corresponde la tesis nominalista admitiendo por excepción el pacto valorista".

Debe recordarse que la situación excepcional a que se alude va durando más de 15 años y al momento de promulgarse el Código la inflación anual ya superaba el 100%, por ello es que la tesis nominalista no debió plasmarse como principio general, pues significa atar de manos a los jueces y permitir evidentes injusticias.

No hemos afrontado el reto de legislar correctamente para épocas de grandes o pequeñas inflaciones, se ha legislado para un mundo ideal en el que no vivimos desde hace muchos años, negándonos a aceptar la realidad inflacionaria de nuestro país.

4.2 El Pacto Valorista

No obstante lo dicho, el mismo C.C. en su artículo 1235 admite al pacto valorista en que el deudor se libera mediante el pago de un número de unidades monetarias que tengan un poder adquisiti-

vo equivalente al de aquél que se convino originalmente, es decir mantiene el monto de la deuda en "valores constantes".

En el caso del art. 1235, el legislador ha dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el quantum de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tendrán que guiarse por el principio nominalista. Esto se ha hecho sin buscar un medio adecuado que logre la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Por otro lado, al relegar al principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se está dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual, en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda, moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda. En estos casos instituciones del derecho civil tales como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, etc.; no son aplicables.

Es en estos casos en que el Juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del derecho.

Países como Argentina y Chile que han convivido con una inflación similar optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía. En nuestro país es prácticamente imposible puesto que, si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el art. 1234, caería en prevaricato.

Por ello consideramos que la solución debe provenir de la legislación y en ésta se acepta el principio valorista.

No creemos que sea necesario que se cometan injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el periodo de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas.

Sin embargo, somos concientes de los perjuicios que podrían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando vean que dicha prestación es revalorizada, por lo que no podemos dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia; especialmente la argentina, la cual indexó cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

6. Osterling, Felipe op. cit.

Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984

Alejandro Peschiera B.
Egresado

La institución del saneamiento por evicción constituye una figura jurídica de riquísima tradición histórica en el Derecho Civil, la cual tiene sus antecedentes más remotos en el Derecho Romano.

Con el transcurso del tiempo y la evolución del Derecho Civil en todas las legislaciones modernas, el saneamiento por evicción tiene hoy un nuevo rol en todo el mundo contractual.

Al respecto, la doctrina mayoritaria más autorizada en la materia sostiene que el saneamiento por evicción no es un simple deber como consecuencia del incumplimiento de los contratos, sino que se comporta y utiliza como una institución autónoma e independiente dotada de una función indemnizatoria generalizada en todos los contratos donde se transfiere la propiedad, posesión o uso de cualquier bien.

De otro lado y constatando en la realidad concreta la utilización de esta herramienta jurídica, nos encontramos de inmediato ante la cláusula de la evicción y el saneamiento que suele incorporarse, como algunos dirían, "de cajón", en la mayoría de los contratos donde se transfiere la propiedad, posesión o uso de un bien, pero sobre todo en los contratos de compra venta de bienes inmuebles donde se transfiere la propiedad. De esta manera, los abogados del comprador tratan siempre de responsabilizar al vendedor por el saneamiento por evicción, incluso lo amplían a todo supuesto de evicción posible, mientras que los abogados del vendedor pretenden siempre restringir y suprimir la obligación de saneamiento a cargo de sus clientes, dicho de otra manera, establecen la renuncia del comprador a su derecho de saneamiento por evicción.

Creo que este manejo, que para los legos resulta familiar en cuanto a su existencia, pero totalmente extraño en cuanto a su real significación y consecuencia jurídica, ha generado y viene generando innumerables casos de abuso, razón por la cual,

se hace necesario establecer con exactitud los límites en el juego de la autonomía de la voluntad al momento de pactarse este tipo de cláusula.

Desgraciadamente el uso de esta figura jurídica se limita a las cláusulas contractuales antes mencionadas.

En efecto, ante la existencia de un defectuoso sistema registral como el nuestro, a diario se presentan casos de ventas múltiples de un mismo bien, ventas de bienes gravados o en litigios, transferencias de bienes realmente ajenos debido al extralimitado uso que se hace de la figura contractual de la venta de cosa ajena, y en fin, innumerables casos en los que no se logra la eficacia o finalidad de los contratos en los que se transfiere la propiedad, posesión o uso de un bien con un impredecible vicio jurídico, el que como un cáncer no sólo elimina la finalidad querida para el bien en el contrato, sino que simple y llanamente se frustra cualquier finalidad posible debido a la pérdida o privación total del derecho.

La razón no es únicamente la deficiencia de nuestro sistema registral, sino además la falta de conocimiento y manejo legal adecuado de esta obligación por parte de nuestros jueces y abogados.

En el caso de los jueces la prueba está a la vista, o mejor dicho no se ve, ya que el desarrollo jurisprudencial sobre este punto ha sido escasísimo, por no decir inexistente, teniendo gran responsabilidad de ello los abogados que al ignorar la esencia y el funcionamiento de esta figura jurídica, defienden a sus clientes por vías equivocadas como revelan ser la acción de nulidad de contrato de venta, de resolución por incumplimiento, de responsabilidad extracontractual, rescisión de venta de cosa ajena, entre otras acciones erradas y diferentes de la acción de saneamiento por evicción.

Las nuevas normas que sobre el saneamiento por evicción ha incorporado nuestro Código Civil

merecen ser analizadas para de alguna manera contribuir al esclarecimiento y dilucidación de las mismas, en aras de dotarlas de dinamismo y hacer de ellas una herramienta útil y eficaz que sirva a jueces y abogados, que día a día tienen que resolver este tipo de casos, los que se generan y agravan ante la carencia de un rápido y seguro sistema registral.

Bien ha señalado el profesor Dr. Ignacio Izquierdo Alcolea cuando citando a Cicerón dice: "Como escribió Cicerón en su Diálogo "De legibus", las leyes son los magistrados silentes –"lex, magistratus mutus"–, los magistrados, las leyes que hablan –"magistratus, lex loquens". Que hablen los magistrados desde las leyes para su aplicación en la vida colectiva; que las leyes nuevas inspiren a los jueces en su delicada y difícil tarea de dictar sentencias justas, garantía de la paz social, suprema finalidad del Derecho en su realización concreta"¹.

1. Concepto y fundamento del Saneamiento por Evicción plasmado en el Código Civil

Antes de esbozar algunos rasgos que conceptualizan el tipo de saneamiento por evicción plasmado en nuestro Código vigente, es necesario remitirnos a sus antecedentes.

El Código Civil de 1936 regulaba de manera independiente el saneamiento por los vicios redhibitorios y el saneamiento por evicción, a diferencia del actual, que en un primer capítulo sobre las disposiciones generales sobre saneamiento agrupa a los tres tipos de saneamiento.

La razón de ser de su integración obedece a los rasgos comunes y generales que poseen los tres tipos de saneamiento, en todos, tanto por evicción, vicios ocultos y hechos propios del transferente, se priva al adquirente en el ejercicio de su derecho a la propiedad, posesión o uso de un bien adquirido por contrato, lo cual además, según lo dispuesto por el artículo 1485 del Código Civil, no debe permitir destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o disminuir su valor.

Sin embargo, debe tenerse presente que el legislador de 1936 tuvo sus razones para tratar de manera independiente al saneamiento por evicción de los vicios ocultos en el Código Civil de 1936.

Desde su origen en Roma, el saneamiento por evicción revistió características muy propias y peculiares, su génesis fue distinta a la de la garantía de los vicios ocultos.

1. Izquierdo Alcolea, Ignacio: "A propósito de la promulgación del Código Civil Peruano". En: *Thémis, REvista de Derecho* N°4, Segunda Época, 1986, pág. 27.

En efecto, al respecto señala el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle que: "Tratándose de los vicios ocultos, el origen de la acción fue diferente, pues la responsabilidad por el vicio daba lugar a una sanción penal, impuesta por los ediles curules encargados de velar por la rectitud de las ventas hechas en los mercados públicos, llamada *actio redhibitoria*, que tenía como efecto la resolución del contrato, con la devolución del precio recibido por el vendedor y el doble de dicho precio en caso de negativa, existiendo también una acción alternativa, denominada *aestimatariae* o *quanti minoris*, que estaba destinada a la reducción del precio, sin resolverse el contrato"². De igual manera Josserrand señala: "la obligación de garantía es quizá la más compleja de todas las obligaciones; sus ramificaciones se prolongan y dispersan hasta el infinito; se escinde principalmente en tres grupos: 1º El vendedor garantiza en ciertas condiciones, la cabida del terreno vendido (véase N° 1087); 2º Debe la garantía contra la evicción; 3º y también la garantía por vicios ocultos de la cosa. Estos dos últimos grupos tienen distinto origen histórico, acerca del cual no nos detendremos..."³.

El saneamiento por evicción en Roma tiene su nacimiento con la *mancipatio*, una de las primeras y más importantes formas con las que se transfería la propiedad en los principios del mundo jurídico romano. Por la *mancipatio*, que era un acuerdo totalmente solemne y público se transfería la propiedad de un bien valioso en aquella época, como por ejemplo tierras, esclavos, animales como ganado y aves, los cuales eran llamados *res mancipi*.

Si por ejemplo se utilizaba esta modalidad casi ceremonial para la venta de una cosa ajena y se iniciaba luego juicio al comprador por la propiedad de la cosa, el vendedor estaba obligado a intervenir en la defensa, y si pese a ello perdían, al vendedor se le sancionaba con la *auctoritatis*, por la cual se le imponía la sanción de reembolsar el doble del precio recibido.

Lo resaltante de esta forma solemne de contrato, era que en razón de dicha rigurosa y pública formalidad, se sancionaba la evicción con la *auctoritatis* por abusarse de la *mancipatio* para no transferir realmente la propiedad del bien, prestación que constituía el objeto de la obligación básica de la *mancipatio*.

Posteriormente en la época clásica, la venta sufrió una evolución, se convirtió en un contrato consensual donde la indemnización por evicción debía

2. De la Puente y Lavalle, Manuel: "Estudios sobre el Contrato Privado" Editorial Cuzco, 1983, Lima Perú, Tomo II, pág. 329.

3. Josserrand, Louis: "Derecho Civil", Ediciones Jurídica Europa-América Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires. Tomo II, Vol. II, pág. 63-64.

de pactarse previamente, mediante la cláusula *estipulatu duplae* (devolución del doble de lo pagado) y hacerse exigible al producirse la evicción, y en caso de no existir pacto previo se tenía la *actio empti* como acción natural del contrato de compra venta para este tipo de situaciones en las que el juez fijaba una indemnización equitativa. Finalmente Justiniano sentó un criterio jurisprudencial al establecer que en ambos casos la indemnización nunca podía exceder del doble del precio pagado.

Pero lo particular y característico de este nuevo contexto contractual romano es que dentro del mismo no todas las cosas podían ser transferidas en propiedad real, sólo las *res Mancipi* podían serlo y entre ciudadanos romanos, existiendo por tal razón la coexistencia de ventas, con la estricta obligación de transferir la propiedad, caso de la *mancipatio*, y otras en las que no, sino que sólo bastaba cumplir con la entrega en posesión útil y pacífica del bien, puesto que no todo podía ser materia de transferencias en propiedad real, como era el caso de los *nec Mancipi* y de los que no eran ciudadanos romanos.

Al respecto señala Eugene Petit "362-De la obligación del vendedor.- la obligación del vendedor está expresada así por los textos: debe proestare emptori remlicere habere, es decir, *que debe hacer tener al comprador la cosa vendida, procurarle su disfrute completo y duradero*. En el cumplimiento de esta obligación, tiene que abstenerse de todo dolo, lo que es regla común a todos los contratos de buena fe (I). Resulta de la fórmula empleada para caracterizar la obligación del vendedor que *el contrato de venta no le obliga a transferir la propiedad de la cosa vendida...* Pero estos mismos motivos dan el sentido verdadero de la obligación del vendedor. *Debe hacer cuanto de él depende para que el disfrute del comprador sea completo y pacífico*. Debe pues, abonarle todos sus derechos sobre la cosa vendida; por consiguiente, si es propietario debe transferirle la propiedad. Por eso, en caso de venta de una cosa *Mancipi*, entre ciudadanos romanos, el vendedor que es propietario, debe no solamente entregar la cosa al comprador, sino también hacerle *mancipación*. Es la mejor manera de satisfacer a su obligación *rem licere habere emptori*⁴.

Vemos, pues, que al coexistir dos tipos de compra venta, cada una tenía sus propios fundamentos para la garantía del saneamiento.

En el caso de la *mancipatio* estábamos frente a una sanción penal por abusar de la modalidad casi ceremonial y solemne de la que estaba revestida, y que contenía por ello una obligación estricta de

transferir la propiedad a diferencia de la *actio empti* o *stipulatu duplae* propias de la compra venta consensual de bienes *nec Mancipi*, la cual por versar sobre bienes no vendibles como en la forma en que se hacía con la *mancipatio*, no generaba una obligación estricta de transmitir la propiedad como hoy la vemos, sino la simple puesta en posesión pacífica y útil, sobre el bien materia de la venta, razón por la cual el fundamento de la obligación de saneamiento partía este tipo de obligación. De esta manera, teníamos que por más ajeno que fuera el bien, pero sin embargo el comprador lo poseía útil y pacíficamente según su deseo y voluntad que lo llevó a celebrar el contrato, no tenía nada que reclamar al vendedor, por más que se enterara luego, que el bien era ajeno.

Es de este contexto de donde nace el fundamento de la posesión pacífica y útil como sustento para la garantía del saneamiento y, es a partir de aquí de donde dicho fundamento evolucionará al de la teoría de la finalidad de la adquisición, a diferencia del sistema alemán que de una manera realista con el cambio de la concepción de la compra venta, que hoy si importa en estricto como en la *mancipatio* una obligación de transferir la propiedad, encuentra el fundamento de la obligación de saneamiento en el deber de cumplimiento que tiene el vendedor de transmitir efectivamente la propiedad del bien objeto de la venta.

La tesis que fundamenta la obligación del saneamiento en la posesión pacífica y útil de la cosa, que ha sido seguida por los franceses y muchas otras legislaciones, parte de un contexto ajeno al de nuestros días y en particular al del Código Civil Peruano.

Por ello es que consideramos que nuestro Código Civil vigente ha hecho bien en contemplar como fundamento de la obligación de saneamiento por evicción dos supuestos que abarcan todos los fundamentos posibles que se esgrimen en la doctrina como sustento o razón de ser de dicha garantía legal.

En efecto, si bien el artículo 1485 del C.C. establece que "en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción... *que no permita destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido*", agrega además a las evicciones "*que disminuyan su valor*".

Felizmente con esta nueva disposición se reconoce un fundamento amplio que abarca la tesis de que la evicción no permita destinar el bien a la finalidad, sostenida por Borda, Castan, De la Puente y Laval, Rezzonico, entre otros, y a su vez la solución a los casos en que la evicción disminuye el valor del bien, con lo cual aparentemente se dejaría traslucir la tesis ale-

4. Petit, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editorial Saturnino Calleja S.A. Madrid España, pág. 376-377.

mana que no toma en cuenta la finalidad de la adquisición sino el hecho objetivo de la privación del derecho al uso, posesión o propiedad de un bien, que en la mayoría de los casos tiene un valor variable o fijo que puede disminuirse hasta llegar a perderse totalmente.

Incluso el mismo Messineo, quien considera como fundamento de la responsabilidad por evicción: "La no- conseguida finalidad (causa) de la compra-venta", lo equipara a un hecho objetivo al decir: *"o sea, en la falta de adquisición de la titularidad del derecho (de ordinario, del derecho de propiedad) por efecto del incumplimiento del vendedor, haciéndose referencia al concepto de sinalagma funcional"*⁵.

Resulta de esta manera evidente que la racionalidad de esta institución de garantía legal a los contratantes, estriba en la necesidad de cautelar la conmutatividad del contrato que lo hace sinalagmático por esencia.

Tan cierto es ello que agrega el mismo autor: *"En cuanto a otro aspecto, debe observarse que la responsabilidad por evicción opera independientemente de la presencia de la culpa del vendedor; y parece que, de tal premisa, pueda inferirse que se trata de responsabilidad objetiva..."*⁶.

Es entonces, la privación como tal del derecho adquirido con el vicio jurídico, en virtud de una sentencia que declara mejor derecho de tercero, la que impedirá la realización de la finalidad última querida en el contrato para la cosa, lo cual es una simple consecuencia de la evicción que como hecho concreto impide cualquier finalidad querida para el bien, la que incluso suele cambiar por voluntad del comprador una vez poseído el mismo, después de celebrado el contrato.

Personalmente, y con cargo a una mayor investigación que amerita este punto que trasciende en el mundo real o vivo del derecho, consideramos que la ratio legis de nuestro Código Civil, en cuanto al objeto del saneamiento por evicción ha sido incorporar un arma jurídica destinada a establecer la obligación de saneamiento en cualquier caso en el que un adquirente de un derecho de propiedad, posesión o uso, se ve privado total o parcialmente en virtud de una evicción, que no sólo debe frustrar la finalidad de la adquisición originalmente pensada y no siempre expresada ni fácilmente deducible del comprador, sino que simple y objetivamente impida cualquier otra finalidad posible del bien que de ma-

nera razonable pueda apreciarse al momento de celebrarse el contrato, lo cual siempre se traduce en una disminución de su valor, el que puede a su vez terminar perdiendo su valor total.

Por estas razones, pensamos que a nuestro modesto parecer ha hecho bien nuestro legislador en elaborar una norma de carácter objetivo que permita cierta flexibilidad al juez en su apreciación de todos aquellos supuestos posibles que configuren evicción, cuyo efecto central es pues la vulneración del derecho adquirido, el que se comporta básicamente como causa objetiva y evidente de un contrato.

2. Requisitos para la configuración de la evicción

El artículo 1491 del C.C. señala que "Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia".

Puede apreciarse de nuestro Código Civil, el concepto de evicción más generalizado en la doctrina, por el cual es necesario una sentencia firme o la resolución administrativa que haga sus veces, y no la simple perturbación, siendo por ello apropiada la denominación de "privación".

Es a partir de lo que representa la evicción cronológicamente hablando, de donde podemos distinguir la institución del saneamiento por evicción de las otras acciones por otros derechos.

Para este efecto, queremos partir de la siguiente cita de Messineo, que consideramos suficientemente esclarecedora de lo afirmado: "Pero, para explicar cómo de la venta de cosa ajena derive la acción de garantía por evicción, mientras que ya de ella el comprador es admitido a defenderse utilizando la acción de resolución de la venta, es necesario añadir inmediatamente que el comprador tiene derecho a la resolución, por la falta de cumplimiento de la obligación del vendedor de procurarle la propiedad de la cosa y porque después de la estipulación de la venta, él descubre, pero independientemente de pretensiones ajenas sobre la cosa (objeto de la venta), el carácter ajeno de ella; mientras que la garantía por evicción presupone que, entretanto, el comprador haya tenido del vendedor la posesión de la cosa, pero que como declara el artículo 1483, el comprador, por incumplimiento del vendedor, sufra la evicción (total) de la cosa, por efecto de un derecho preferente al del vendedor, que un tercero ha hecho valer sobre ella; *de donde resulta que, en este segundo caso, más que el descubrimiento del carácter ajeno de la cosa, ocasionado por la pretensión del tercero que accio-*

5. Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" EJEA, Buenos Aires, Tomo V, pág. 101.

6. Ob. Cit. pág. 101.

*na de evicción, cuenta la pérdida de la propiedad. Por tanto, los dos remedios tienen campos separados de aplicación y también alcance diverso, en cuanto, mientras en el caso de resolución el comprador está obligado a restituir la cosa al vendedor, en el caso de evicción la cosa es reivindicada por un tercero y el comprador dimite la posesión de ella en favor de éste"*⁷.

Lo afirmado con meridiana claridad por el citado tratadista nos debe servir para detectar en la vida real cuales son los casos en que debemos accionar por el saneamiento por evicción, o sea, cuando estemos solamente ante la presencia de una sentencia firme que prive al adquirente de su derecho sobre la cosa adquirida, antes de ello cabría interponer una acción de nulidad o anulabilidad del contrato, o una resolución por incumplimiento o rescisión según sea el caso, pero después sólo la de saneamiento por evicción.

De otro lado, en lo que se refiere a que el derecho del tercero declarado en la sentencia deba ser anterior a la transferencia, pensamos que ello no es del todo correcto. Creemos con Josserand que: "Se emplea a veces una fórmula diferente, exigiendo que la evicción proceda de una causa anterior a la venta; pero este criterio no es de exactitud constante: la evicción puede tener una causa posterior a la venta y ser sin embargo imputable al vendedor; así ocurre cuando la misma persona ha vendido dos veces el mismo inmueble a dos compradores diferentes, si el primer comprador no transcribe más que después del segundo, puede decirse eviccionado y poner en juego la responsabilidad del vendedor, aún cuando la causa de su evicción —la segunda venta— sea posterior a su título; y la misma observación procede cuando el mismo mueble es vendido sucesivamente a dos compradores, de los cuales el segundo es puesto en posesión". (artículo 1141)⁸.

Como quiera que nuestro nuevo Código Civil admite la evicción objetivamente, al preceptuar que la obligación de saneamiento se genera incluso sin dolo ni culpa del enajenante, no entendemos por qué el derecho del tercero deba ser anterior, ya que lo fundamental es la privación de la propiedad, posesión o uso por las consecuencias de la evicción. Estamos antes una garantía, que a falta de pacto en contrario, puede llegar a ser exigible al enajenante incluso en los casos en que no exista culpa o dolo del mismo, razón por la cual no creemos coherente ni justificado con la naturaleza de esta garantía, el requisito de que el derecho del tercero favorecido en la sentencia de evicción tenga que ser anterior al contrato.

Incluso, el mismo Dr. De la Puente propuso que el derecho del tercero podía ser contemporáneo a la transferencia, no entendemos porque tampoco se incorporó dicha propuesta.

3. La naturaleza jurídica del saneamiento por evicción y el juego de la autonomía de la voluntad de las partes

La obligación de saneamiento por evicción reviste una naturaleza legal, es decir, que su procedencia proviene de mandato expreso legal.

Pese a ello y aunque parezca contradictorio la misma norma legal admite modificaciones contractuales a esta responsabilidad, las cuales sin embargo, deberán ser interpretadas restrictivamente. En efecto, según el principio general enunciado en el artículo 1489 del C.C., los contratantes pueden ampliar, restringir o suprimir la obligación del saneamiento, salvo el caso del saneamiento por hecho propios del transferente y salvo que exista dolo o culpa del transferente, donde el pacto será nulo.

Sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 1497 del C.C. por más que se haya renunciado al derecho de exigir saneamiento por evicción, el transferente deberá siempre devolver el precio recibido, salvo que haya renunciado expresamente a ello. Nuevamente aquí debe obrarse con mucha cautela ya que si existió dolo o culpa del transferente es igualmente nula dicha renuncia. El C.C. de 1936 hablaba de hechos personales, lo cual significa la comprensión tanto del dolo como la culpa (leve e inexcusable) lo cual ha sido recogido tácitamente en el nuevo Código Civil.

4. La intervención del transferente en el juicio de evicción

A diferencia de lo establecido por el Código Civil de 1936 que obligaba al transferente a salir a juicio en defensa del adquirente y, siguiendo la propuesta del Dr. De la Puente y Lavalle, el nuevo Código Civil ya no establece dicha obligación sino que establece la facultad de salir a juicio del transferente y la obligación del adquirente de solicitar, según el artículo 1498, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique al transferente que él designe.

Si bien ha sido aceptado este cambio legislativo, pensamos que el Código presenta un gran vacío en los casos en que el transferente no se presente en el juicio, no obstante haber sido debidamente notificado. Pensamos que para tal supuesto se debió fijar como sanción a la rebeldía del transferente, que en la sentencia de evicción se determine no sólo ésta, si-

7. Messineo, Francesco, ob. cit. pág. 100.

8. Josserand, Louis, ob. cit. pág. 71.

no también de manera automática el deber de sanear a cargo transferente.

De igual manera, creemos que el Código no ha contemplado la posibilidad de que el adquirente pueda en el mismo juicio de evicción demandar por saneamiento a su transferente, con lo cual en caso de rebeldía se estaría a la sanción antes establecida al igual que en el caso que se apersonara para defenderse, lo cual fue propuesto no sólo por razones de economía procesal sino de justicia por el Dr. Manuel De la Puente y Lavalle.

Finalmente tenemos otro vacío que, pese a los advertencias y soluciones propuestas por el mismo autor antes mencionado, no se ha previsto con relación a que la evicción no se haya sólo configurado como una situación que tiene su causa en una demanda contra el adquirente, sino una demanda del adquirente. Al respecto nuestros jueces según lo ordenado por el Título Preliminar del Código Civil, deberán suplir este vacío con el método de la integración jurídica que permite comprender dentro de la misma norma este supuesto análogo y previsto por la doctrina.

5. Efectos del saneamiento por evicción

El artículo 1495 del C.C. se refiere a lo que el adquirente en virtud del saneamiento tiene derecho de pedirle al enajenante.

Al respecto, queremos reiterar que todos los rubros o conceptos debidos, que de manera taxativa contiene dicha norma, deberán ser establecidos en la sentencia de evicción.

En lo que se refiere a la restitución del valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para lo que fue adquirido, debemos señalar que dicha valorización en base a la finalidad, debe ser lo más amplia y objetiva posible; teniendo en cuenta el valor del bien y lo que además pudo significar como potencial económico para el adquirente según lo expresado en el contrato o lo que resulte de los usos o del contexto de que se trate.

De otro lado, como la indemnización por los daños y perjuicios a que se refiere el inciso siete (7) del artículo 1495 del C.C., sólo procede en los casos en que exista dolo o culpa al momento de celebrar el contrato, tenemos que el saneamiento procede como una obligación objetiva y autónoma, o dicho de otra manera, "pura", en los casos en que no haya dolo o culpa.



Marinera

El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento (arts. 1700 y 1704)

Alejandro Falla Jara

Alumno del 9º Ciclo de la Facultad de Derecho de la P.U.C.

I. INTRODUCCION

Cuando por primera vez leí los arts. 1700º y 1704º tuve una sensación de insatisfacción; tenía la intuición (jurídica) de que algo andaba mal: o era mi ignorancia sobre la materia o realmente "algo raro" existía en ambos artículos. Al compartir mi sensación con otros compañeros y profesores, me di cuenta que también ellos eran partícipes de mi asombro. ¿Qué dicen ambos artículos? ¿existe contradicción entre lo que dice uno y otro? ¿cómo interpretarlos conjuntamente? ¿cuál es la solución a adoptar? todas eran dudas compartidas.

Este artículo pretende tratar de aclarar algunas de estas dudas y con ello contribuir, de algún modo, a una discusión que recién se inicia. El problema, hasta fecha muy reciente, no había pasado de ser uno de interés meramente teórico, y poco percibido por ello; pero en la actualidad es un problema que se ha puesto "sobre el tapete" a partir de la posibilidad de iniciar acciones de desahucio por vencimiento del plazo del contrato, en los arrendamientos de inmuebles (excepción hecha respecto de los destinados a casa-habitación); tanto abogados como magistrados se ven compelidos a afrontar ambos artículos y a pronunciarse sobre ellos; ya no es sólo un problema privativo de los "claustros universitarios" (?). Esperamos crear un ambiente de crítica y de análisis alrededor del tema.

II. LA SITUACION A REGULAR

De una lectura rápida de los principales Códigos Civiles existentes se puede advertir una regla respecto a la forma de conclusión de los contratos de arrendamiento a plazo determinado: concluirán, de pleno derecho, al expirar el plazo sin necesidad de ningún tipo de aviso previo. A

renglón seguido, los códigos se han visto en la necesidad de ocuparse de una situación: generalmente el arrendatario permanece en uso del bien luego de haber concluido el contrato, luego, no restituye inmediatamente el bien.

¿Cómo reglamentar este hecho? Los códigos presentan uno o varios artículos regulando esta situación; sin embargo, no existe uniformidad en la manera como lo hacen, dado que son varias las posibles formas de hacerlo.

III. OPCIONES REGULADORAS

La situación admite varias posibilidades de regulación:

1. La reconducción tácita, que tiene su origen en el derecho romano (Digesto Ley 13, párrafo 11, título 2, libro 19) y es adoptada por la mayoría de Códigos. Consiste en forma simplificada, en crear un nuevo contrato a partir de voluntades presumidas por la ley tomando en cuenta determinados hechos concretos. Si concluido el contrato por el vencimiento del plazo, el arrendatario continúa en uso del bien durante determinado período sin oposición del arrendador, se entenderá "renovado" el contrato de arrendamiento, esto es, que se ha celebrado un nuevo contrato. La ley entiende que la conducta de las partes "evidencia" el deseo de seguir unidos por un nuevo contrato, se trata de una presunción de existencia de voluntades contractuales; pero, como toda presunción, podrá ser destruida con la prueba de una voluntad diferente: no cabe aducir la reconducción tácita cuando existió una solicitud anticipada de devolución del bien, por ejemplo. Este nuevo contrato tendrá como fecha de inicio el día siguiente al vencimiento del plazo anterior y tendrá las mismas condiciones que el anterior excepto en cuanto al plazo.

Las variaciones que experimenta este sistema al ser acogido por los diferentes códigos no modifican el sentido de la institución, pudiéndose señalar básicamente dos:

a) En cuanto al período que debe mantenerse en posesión del bien el arrendatario, los códigos no son uniformes: algunos señalan plazos fijos (BGB, 2 semanas; CC de Panamá, 15 días; CC Español, 15 días); otros prescriben un plazo variable dependiendo su extensión de la duración del contrato que concluye (CC Portugués, 6 meses, si el término de la locación es de 6 años o más; de 60 días, si el plazo es de uno a 6 años; de 30 días si el plazo es de 3 meses a un año; y de un tercio del plazo si éste es inferior a 3 meses); otros no señalan plazo alguno dejándolo al juez la facultad de examinar, según la circunstancia del caso concreto, cuándo existirá tal voluntad contractual (CC de Bolivia, Italia, México, Brasil, Guatemala);

b) En cuanto a las condiciones del nuevo contrato, todos aceptan que éste mantendrá las del anterior excepto en lo relativo al plazo; no existe uniformidad en cuanto al tipo y duración de éste en el nuevo contrato. Algunos indican que el nuevo contrato tendrá una duración igual al del que fenece (CC de Portugal), otros le colocan un límite o un plazo legal mínimo (CC español, mejicano), en tanto la gran mayoría de códigos considera que el nuevo contrato será a plazo indeterminado.

La crítica principal que se ha hecho a esta solución es que resulta arbitrario deducir de un hecho equívoco (la conducta de las partes posterior al vencimiento del plazo) una supuesta voluntad contractual (el deseo de celebrar un nuevo contrato). Por lo general, el hecho que el arrendador permita al arrendatario permanecer en uso del bien, luego de concluido el plazo del contrato, responde a una mera condescendencia con éste, sin que ello involucre el deseo de celebrar un nuevo contrato; lo mismo sucede con los pagos posteriores al vencimiento, los cuales obedecerían a una justa indemnización por el uso del bien y no implicarían necesariamente la manifestación de una voluntad contractual. Se ha dicho, también, que debe evitar la celebración de contratos a partir de voluntades presumidas por la ley. Algunos de los códigos que han adoptado esta posición son los Códigos Civiles de Bolivia (art. 710), Panamá (art. 1317), Guatemala (art. 1887), México D.F. (art. 2486), BGB (art. 568), Brasil (art. 1195), Italia (art. 1597), Francia (art. 1733) y Portugal (art. 1566).

2. Una segunda opción reguladora, es la que parte de afirmar que el contrato concluye

definitivamente al vencimiento del plazo; producido éste, de la conducta posterior de las partes no es posible deducir nada claro: son hechos de los cuales no puede interpretarse con certeza y en forma indubitante el sentido de la voluntad existente, por ello es riesgoso que a través de una disposición normativa se interprete o presuma la existencia de una voluntad contractual. Finalizado el contrato, si el arrendatario continúa en el uso del bien ésta será una mera situación de hecho y estaremos ante un deudor que incumple con sus obligaciones contractuales, por lo que deberá abonar daños y perjuicios, se podrán ejecutar las garantías prestadas, etc. De este modo, la única forma de renovar el contrato será a través de una manifestación expresa. Esta solución no desecha la posibilidad de que una de las partes pruebe que el sentido de la posterior conducta de éstas responde a una efectiva voluntad contractual, al deseo de celebrar un nuevo contrato; por ejemplo, si se otorgaron recibos posteriores al vencimiento sin reserva alguna, o si se ha ido aumentando periódicamente la renta, o si la aparente "situación de hecho" se prolonga por 3 ó 4 años, pese a que la duración del contrato anteriormente concluido es de 7 meses, etc. Todos son hechos que indicarían indubitadamente (dependiendo del caso concreto) la presencia de una voluntad "expresa", en el sentido de celebrar un nuevo contrato.

Esta posición ha sido adoptada por los Códigos Civiles de Chile (art. 1956°), Ecuador (art. 1924°) y Colombia (art. 2014°).

3. Una tercera posibilidad es la seguida por el Código Civil argentino, en su art. 1622. Vélez Sarsfield, autor de esta norma, partiendo de las críticas formuladas al sistema de la reconducción tácita (Sistema imperante en su época) trata de elaborar una nueva respuesta. Ella sería como sigue: si terminado el contrato por vencimiento del plazo, el arrendatario continúa en el uso y goce del bien, se entenderá que el contrato "concluido continúa" bajo sus mismas estimaciones (monto de la renta, fecha y lugar de pago, obligación de conservación, etc, excepto respecto del plazo), hasta que el arrendador solicite la devolución del bien, que podrá pedir en cualquier momento. Así, la permanencia posterior del arrendatario en el uso del bien no da lugar a una "tácita reconducción".

A través de esta solución se evitaría la celebración de un nuevo contrato a partir de "voluntades presuntas" deducidas de hechos equívocos; debe entenderse que no se crea un nuevo contrato, sino que se trata de la continuación del contrato anterior. Por otro lado, se ha entendido por la jurisprudencia que es posible probar en

contra de este artículo, esto es, demostrar que los hechos posteriores responden a la voluntad de crear un nuevo contrato y no a la mera continuación del anterior. Los códigos que han acogido la solución planteada son el CC argentino (art. 1622) y el CC uruguayo (art. 1790).

La crítica a esta posición será hecha más adelante dada la íntima relación que guarda con el art. 1700º de nuestro Código Civil.

4. Una cuarta alternativa es la de combinar las anteriores, ya sea colocando una de ellas como regla general y a otra como excepción, o adoptando una y otra pero cada una con un campo específico de aplicación. Así, en la legislación argentina, hasta antes de 1976, existía una combinación: mientras que respecto del arrendamiento en general regía el art. 1622º ("continuación del contrato concluido"), para el arrendamiento rural existía la reconducción tácita (art. 20 de la Ley 13246, modificado por el art. 2º de la Ley 21472). Asimismo, en el CC venezolano se adopta la reconducción tácita como regla general y para el arrendamiento de casas rige el sistema argentino de "continuación del contrato" (arts. 1699 y 1614).

IV. LEGISLACION PERUANA: ANTECEDENTES

¿Cuál ha sido la opción escogida por el legislador peruano para regular la situación?

Haciendo un poco de "arqueología jurídica", encontramos que el legislador de 1852 optó por la solución que predominaba en su época: la reconducción tácita (art. 1607º); el CC de 1936 continúa en la misma línea (art. 1532º) aunque modificando algunos aspectos adjetivos; sin embargo, en esencia se mantuvo la opción reguladora. La misma solución se extendió a legislaciones especiales como la Ley de Inquilinato (art. 17º D. Ley 21938, para los contratos celebrados a plazo fijo) aunque con caracteres especiales (el modo en que el arrendador debería solicitar la cosa, para evitar la reconducción tácita, es mediante la interposición de una demanda judicial dentro de un plazo que se ampliaba a 2 meses).

V. APLICACION JURISPRUDENCIAL

Hasta allí no existía problema, salvo las críticas doctrinales a la opción tomada; pero el excesivo formalismo de nuestros magistrados los creó donde no debieron existir.

El art. 1532º del Código Civil del 36 in-

dicaba la reconducción a partir de una voluntad presunta y para destruirla era necesario probar una voluntad contraria (mediante la solicitud de la cosa o su devolución efectiva) que debería existir necesariamente hasta 15 días posteriores al vencimiento del plazo del contrato; por lo tanto, nada impedía que la solicitud se realizara antes de la fecha de conclusión del contrato, ya que se buscaba evitar la reconducción, evidenciando con ella la no existencia de una voluntad de renovar el contrato por parte del arrendador. ¿Qué resolvieron nuestros tribunales? Se entendió que la solicitud debía ser hecha durante los 15 días posteriores al vencimiento y de hacerla antes no surtía efecto para impedir la reconducción tácita¹.

Otra ejecutoria entendía que cualquier pago realizado entre arrendador y arrendatario ocurrido con posterioridad a la fecha del vencimiento del contrato, aun cuando exista de por medio la interposición de una demanda de desahucio, implicaba la renovación del contrato². ¿No se había manifestado ya una voluntad contraria a tal presunción? ¿no era acaso un legítimo derecho de arrendador-propietario cobrar una indemnización por el uso de su bien? ¿debería de haber esperado 3 ó 4 años hasta que finalice el juicio para cobrar dicha indemnización?

El problema no acababa aquí ¿Se exigían formalidades para la "solicitud" del bien? ¿debía ser hecha necesariamente por vía judicial?. El art. 1532 no parecía plantear una exigencia en tal sentido, por la que ésta podía ser hecha verbalmente o por escrito (sea a través de un telegrama, por carta notarial, etc.), pero de modo indubitable.

¿Qué entendieron nuestros magistrados? Entendieron que el plazo de 15 días eran uno de "caducidad", siendo la "única" forma de interrumpirlo, y con ello evitar la reconducción tácita, el emplazamiento judicial con una demanda de desahucio; pero no era suficiente la interposición de la demanda dentro de los 15 días, sino que la notificación al demandado debía realizarse dentro de dicho plazo. Para agravar el problema se entendió que no bastaba la notificación personal sino que era necesaria la notificación postal, que para el caso solo surtiría efectos 3 días después y todo esto debía realizarse dentro de los 15 días posteriores al vencimiento del contrato³.

1. *Rev. de Jurisprudencia Peruana* Nº409, febrero de 1978; Exp. 2475/77; pp. 150-151.

2. *Rev. de Jurisprudencia Peruana* Nº403, agosto 1977; Exp. 875/77; pp. 990-991.

3. *Rev. de Jurisprudencia Peruana*: Nº402, julio de 1977; Exp. 477/77 pp. 846-847; -Nº403, agosto de 1977; Exp. 875/77

Posteriormente, la jurisprudencia se modifica y se acepta expresamente la existencia de otros medios idóneos, diferentes a la demanda de desahucio, que permitirían hacer efectiva la "solicitud de devolución" y con ello evitar la reconducción tácita⁴. Otras ejecutorias admitieron que existiendo una notificación personal realizada dentro del plazo, no era necesario que la notificación por vía postal se produzca también dentro del mismo, ya que era suficiente la primera para evitar los efectos del 1532⁵. También se aceptó en otra resolución suprema que era suficiente la interposición de la demanda dentro del plazo, no interesando la fecha en que ella fue notificada⁶. Este reacomodo de la jurisprudencia, aparte de ser minoritario, se produce tardíamente. Algunas se han ido dando a partir de mediados de 1984 poco antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984. En conclusión, predominó por mucho tiempo una interpretación del art. 1532º del Código Civil de 1936, que hacía prácticamente imposible evitar la reconducción tácita.

Creemos que esta práctica predispuso a las personas que integraron las comisiones encargadas de reformar el Código Civil de 1936 contra el sistema de la reconducción tácita; a esto hay que añadir las críticas de fondo que se le hacían a tal solución.

- pp. 990-991; -Nº408, enero de 1978; Exp. 1987/77 pp. 56-57; -Nº411, abril de 1978; Exp. 5/78 pp. 387-388; -Nº424, mayo de 1979; Exp. 2654/78 pp. 506-507; -Nº429, octubre de 1979; Exp. 3498/78 pp. 1052-1053; -Nº430-431, noviembre-diciembre de 1979; Exp. 3532/78 pp. 1136-1138.
4. Rvta. Jurídica del Perú: -octubre-diciembre de 1978, Exp. 2505/78 pp. 276-277. 4. Rvta. Jurídica del Perú, enero-marzo de 1985, Exp. 572/84, pp. 85-88.
5. CONSIDERANDO: "que según el contrato de locación conducción que corren en el folio siguiente el plazo de convenio de arrendamiento venció el 31 de agosto de 1984; que en consecuencia habiendo sido interpuesto, admitida y notificada la demanda de fojas ocho el 14 de setiembre de 1984, resulta haber sido planteada dentro del plazo a que se refiere el art. 1532 del Código Civil de 1936; que a mayor abundamiento, la notificación personal al demandado no ha sido cuestionada como aparece de fojas diez y de la diligencia de comparendo de fojas doce; que la notificación por correo tiene el carácter de supletoria, cuando ha sido debidamente hecho la notificación personal, como ocurre en el caso de autos". Resolución no publicada, de fecha 16 de julio de 1987, Exp. 672/86 Arequipa.
6. CONSIDERANDO: "que, concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan 15 días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada, conforme a lo dispuesto por el art. 1532 del Código Civil derogado: que, el plazo antes referido debe computarse considerando la fecha del cargo de presentación de la demanda o del decreto admisorio de la misma, si dicho cargo no existiera; pero no desde la fecha de la notificación; porque el locador puede interponer su acción aún en el último día del plazo, en cuyo caso las notificaciones de la demanda se realizarán con posterioridad" Resolución no publicada, de fecha 20 de febrero de 1987, Exp. 1300/84 Ancash.

Existía, entonces, en los legisladores la voluntad de modificar la solución dada al problema por el Código Civil de 1936, lo que queda corroborado por la opinión vertida por uno de los partícipes en estas modificaciones.

VI. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

En el Código Civil de 1984 encontramos dos artículos, el 1700º y el 1704º, que tratarían de regular el problema planteado. De una primera lectura, nos encontramos con que ambos tienen "casi el mismo" ámbito de aplicación, siendo uno más amplio que el otro. Así, el art. 1704 tiene un campo de aplicación mayor, un supuesto no regulado por el 1700º referido a la situación que se presenta cuando la finalización se produce mediante un "aviso de conclusión" (contrato a plazo indeterminado y contrato por períodos forzosos). Suprimamos en el art. 1704º "o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento" (lo cual no atenta contra las reglas de la lógica, ya que se trata de dos premisas alternativas, cuyas consecuencias pueden ser predicadas independientemente a uno u otra); leamos luego los artículos, y tendremos que ambos se han colocado ante el mismo supuesto: la situación que se produce si vencido el plazo del contrato (lo que hace referencia a los contratos a plazo determinado) el arrendatario "permanece en el uso del bien arrendado" o, lo que es lo mismo, "si el arrendatario no restituye el bien". No existiría problema alguno si se tratara de una simple repetición de dos artículos, el problema radica en que sus consecuencias son totalmente diferentes. Así, tenemos que ante la permanencia en el uso del bien arrendado luego de producido el vencimiento del plazo, en uno de los artículos el contrato "continúa" (1700º), en tanto en el otro el contrato concluye definitivamente y la circunstancia se explica como un mero incumplimiento.

Analicemos estas discrepancias a través de hechos que se pueden presentar y que serían resueltos de modo diferente si aplicáramos uno u otro de los artículos:

7. Jorge Muñoz, comentando la parte del Código referida al contrato de arrendamiento, dirá: "Este artículo (1700º) contiene un principio fundamental que de alguna manera había sido desvirtuado por las diversas interpretaciones que se venían efectuando con relación a su antecedente inmediato que es el artículo 1532º del CC de 1936 (...) Es indudable que este art. (se refiere al del CC de 1936) ha traído diversos problemas, tanto en su comprensión como en su aplicación. No resultaba claro para los entendidos en la Teoría General del Contrato, que la ley produjera un nuevo contrato cuando las partes así no lo habían declarado. Se imponía a una parte una declaración de voluntad que no había efectuado en provecho de otra que tampoco lo había realizado...". En: Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Delia Revoredo de Debakey, tomo 6 p. 379.

1) Cláusulas penales.- En muchos contratos de arrendamiento suelen incluirse cláusulas penales del tipo: "si vencido el plazo del contrato el arrendatario no restituye el bien abonará la suma XXX por cada mes que permanezca en uso del bien; dicho monto se incrementará en 20% a partir del tercer mes y así sucesivamente". Si acogemos como regla el art. 1700º, no será suficiente el vencimiento del plazo para que el arrendador tenga derecho al cobro de estas sumas (ya que el "arrendamiento continúa, bajo sus mismas estipulaciones"), será necesario que solicite la devolución para tener derecho (a partir de esa fecha) a la penalidad convenida. Situación distinta se presenta si aplicáramos ante este mismo supuesto el art. 1704º.

2) Mora.- ¿A partir de qué momento se debe entender que el arrendatario se encuentra en mora respecto de su obligación de restituir el bien? Recordemos que la situación del deudor es sumamente gravosa: responde por los daños y perjuicios que sufra el bien, aun cuando ellos obedezcan a causas que no le son imputables. El 1704º pareciera hablar de una mora "ex-re", no siendo necesaria intimación alguna, ya que el deudor incurre en mora automáticamente con el solo vencimiento del plazo. Por otro lado, el art. 1700º establecería aparentemente una situación diferente: es necesaria una intimación expresa (solicitud de devolución) para constituir en mora al arrendatario.

3) Garantías.- Cuando las garantías han sido otorgadas para respaldar las obligaciones del arrendatario, ¿a partir de qué momento el arrendador tendrá derecho a ejecutar las garantías, por incumplimiento de la obligación de restituir el bien? ¿en qué momento se libera el tercero que prestó garantías? ¿estará obligado el tercero-garante por el tiempo que "continúa" el arrendatario en uso del bien, luego de vencido el plazo del contrato?. Las respuestas serán diferentes si tomamos uno u otro artículo.

4) Prórrogas "legales".- Si estando vencido el plazo y el arrendatario continuara en uso del bien, se produjera la dación de un DS (211 inc 20 de la Constitución) o de una Ley o Decreto Legislativo, que ordenara que todos los contratos de arrendamientos "vigentes a la fecha de publicación de la norma", quedarán necesariamente prorrogados o se prorrogarán por determinado plazo: ¿se estaría dentro del ámbito de aplicación de la norma?. Si tomáramos el 1700º la prórroga le sería aplicable, ya que el "contrato continúa" (no ha concluido definitivamente); situación diferente sucedería si aplicáramos el 1704º.

Problema similar se presentaría si lo indicado por las normas estuviere referido a un aumento en el monto de la renta.

5) Acciones procesales.- Si una vez que ha concluido el plazo pactado el arrendatario continúa en uso del bien: ¿qué acción debe iniciarse? ¿una de desahucio o de aviso de despedida?. Si tomamos el 1700º debemos iniciar un aviso de despedida, pues el contrato aún "continúa", nunca uno de desahucio (salvo que previamente hayamos cursado una "solicitud de devolución", que equivaldría a un aviso de despedida extrajudicial); si, en cambio, tomáramos el 1704º, tendríamos que iniciar una demanda de desahucio, ya que nos encontramos ante un contrato concluido, nunca una acción de aviso de despedida.

En conclusión, tenemos dos artículos, casi uno a continuación del otro, que tienen igual rango y cuyo ámbito de aplicación es el mismo (con la salvedad hecha anteriormente respecto al 1704º), pero que regulan la situación de forma totalmente diferente. No se trata de una regla y de una excepción: ambos en pie de igualdad regulan el mismo supuesto; ninguno tiene vocación de superioridad (al menos no hay nada que lo indique, salvo que se piense que prima el 1700º por ser el primero o el 1704º por ser el número más alto); no se trata tampoco de artículos que regulan aspectos diferentes de un mismo problema, lo que podría ser lógico.

¿Cómo explicar esta duplicidad de criterios existente en el código? ¿error mecanográfico? ¿"se les pasó"? La razón de esta duplicidad no la sabremos con certeza hasta que se publiquen las actas de sesiones de las respectivas comisiones.

Tenemos pues un problema, ¿qué norma aplicar en el caso que el arrendatario continúe en uso del bien luego de producido el vencimiento del plazo?

Esta dificultad no se presentará cuando la terminación se produzca por efecto de un "aviso de conclusión" (contratos a plazo indeterminado), ya que existe consenso en que la norma aplicable es el art. 1704º. La situación es de gran actualidad, no solo porque a partir del DS 217-88-EF se permite iniciar acciones de desahucio por vencimiento del contrato (respecto a los arrendamientos para local comercial), sino además por el gran número de contratos de arrendamiento de otros tipos de bienes: automóviles, computadores, etc. que afrontan dicho problema (o lo afrontarán).

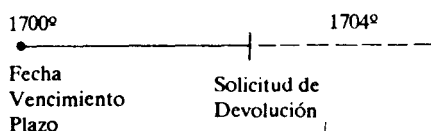
VII. POSIBLES SOLUCIONES

Ante este problema existen dos posibles soluciones:

1) Tratar de conjugar ambas normas siendo que cada una tendría su propio ámbito de aplicación.

Este razonamiento o posibilidad interpretativa ha sido puesto de manifiesto anteriormente en un artículo publicado en esta revista⁸. La idea sería, en forma resumida, tal como sigue: al vencerse el plazo del contrato si el arrendatario continúa en uso del bien, éste continuará bajo sus mismas estipulaciones (renta, fechas, pagos, etc.) hasta que el arrendador solicite su devolución (hasta aquí se aplicaría el art. 1700°); luego de producido el aviso o solicitud de devolución, el contrato no continuaría más, siendo posible a partir de dicha fecha el cobro de penalidades, ejecución de garantías, etc. (esta situación estaría regulada en el art. 1704°).

Gráficamente la situación quedaría como sigue:



2) Aplicar exclusivamente el art. 1704º, dejando de lado el art. 1700º. Una vez vencido el plazo del contrato, éste concluye definitivamente; si el arrendatario no restituye el bien, nos encontraremos ante una situación de incumplimiento: podrá exigirse al arrendatario la devolución, cobrar las penalidades convenidas, ejecutar garantías, las sumas que se paguen no tendrán la calidad de "renta" sino la de indemnización por un uso, etc.

Estas posibles soluciones son permitidas por el texto de los respectivos artículos, ya que ambos se aplican al mismo supuesto ("vencido el plazo del contrato..."). Elegir una de ellas implicará negar o contradecir el texto de todo o parte de un artículo; así, si nos inclinamos por la primera posibilidad tendremos que desconocer o ignorar la parte inicial del art. 1704^º ("Vencido el plazo del contrato..."), si adoptáramos la segunda tendríamos que hacer lo mismo con todo el art. 1700^º.

¿Cuál debemos elegir? No debemos aquí hacer uso de un argumento simplista, en que muchos estarán en la tentación de caer ("en aras de la coherencia y armonía"), es más fácil negar existencia, poner un dedo escondiendo el error de 3 ó 4 palabras, que hacerlo respecto de todo un artículo. Deben guiarnos en nuestra elección los principios de interpretación: dentro de varias interpretaciones posibles se debe elegir la que sea mas sistemática y coherente con el todo (tanto a nivel de articulado como con los principios que inspiran el código y la institución en particular de que se trate), la que esté más acorde con la voluntad del legislador.

VIII. SOLUCION A RMONIOSA (?)

Aparentemente deberíamos elegir la propuesta que armoniza ambos artículos: la primera posibilidad. No obstante, somos de la opinión que ésta es incongruente y por tanto debe ser desechada. Analicemos de cerca tal posición. Lo positivo de esta propuesta es que armoniza ambos artículos, sin negar ninguno, al menos totalmente, aunque parcialmente lo hace con el art. 1704º.

Las críticas que se pueden hacer a esta opción son múltiples. Empezaremos por el art. 1700º para luego ver lo que sucede con la unión que se pretende entre ambos.

Me propongo demostrar que el art. 1700º es un artículo criticable tanto en su redacción como en la solución que adopta. Es necesario advertir que en el contexto en que sólo existiera esta norma, aun en el caso en que se llegara a la conclusión de que se trata de una "mala norma", ello no afectaría para nada su aplicación; podrían existir propuestas modificatorias o "suavizaciones" jurisprudenciales, pero dicho artículo no podría ser dejado de lado (esto es lo que ocurre en Argentina con el art. 1622º de su Código Civil). Pero existiendo un problema ante el cual son posibles dos soluciones, siendo que de una de ellas el artículo criticado es pieza fundamental, cualquier crítica a éste puede inclinar la balanza a favor de la otra opción.

Nuestro art. 1700° ha sido tomado del Código Civil argentino (art. 1622°), norma adoptada por Velez-Sarfield en una opción contraria a la "reconducción tácita". Y ha tenido una larga trayectoria de aplicación y análisis en ese país. De

8. Fernando Cantuarias: "Conclusión del contrato de arrendamiento de duración indeterminada" En *Thémis* 11.

9. "... entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo" En (Sebastián Soler: "Interpretación de la Ley", Barcelona, Ed. Ariel, 1962, p. 168).

allí la vital importancia de revisar la doctrina y la jurisprudencia argentina para entender la problemática que presenta en su formulación teórica y en su aplicación práctica. El artículo ha sido materia de muchas críticas en Argentina y han existido propuestas concretas de modificación y solicitudes para que se retorne al sistema de la "reconducción tácita"¹⁰. Todas estas críticas conservan su valor para nosotros en lo referente al art. 1700º. El artículo argentino, al igual que el nuestro, no trata de hacer una excepción a la regla respecto de la forma de conclusión de los contratos a plazo determinado; estos concluyen al vencerse el plazo pactado (1604 inc. 1 CC argentino y 1699 CC peruano), se está siempre ante un contrato concluido. De ello nacería el derecho del arrendador de exigir o solicitar la devolución del bien¹¹, opinión que es ratificada por el propio texto de la norma argentina ("Si terminado el contrato... la continuación de la locación concluida"). El problema se origina cuando se habla de la "continuación del contrato concluido", expresada en el CC argentino. En el peruano, si bien es de admitirse que el texto no lo indica, de la lectura del art. 1699º y 1700º tendremos necesariamente que arribar a tal conclusión.

¿Qué implica afirmar que el contrato continúa? que sigue existiendo, que el contrato aún no ha concluido, que las obligaciones y derechos surgidos del contrato se mantienen y rigen para ese período posterior. Ambas afirmaciones implican un contrasentido: lo que concluye no puede continuar, "lo muerto no puede seguir vivo". Esto ha sido el principal punto de crítica. Muchos, tratando de interpretarlo, han llegado a la conclusión de que encubriría una "reconducción tácita". Para Segovia (autor argentino) el código de su país admitiría la "reconducción tácita" aunque "por huir diga que hay continuación de la locación en lo que existe una verdadera implicancia:

10. Alberto Spota no solo critica la figura existente en el Código Civil argentino sino solicita el retorno a la reconducción tácita, además nos da noticia de un "proyecto de locación" presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso argentino en donde se retornaba al sistema de la Tácita Reconducción, en Spota, Alberto; "Contratos"; Buenos Aires: Depalma, 1979. 7 tomos. tomo 5 pp. 701-706.

Adelqui Carlomagno, considera que por razones de equidad debe retornarse al sistema de la Reconducción Tácita. En Carlomagno, Adelqui: "La Locación". Buenos Aires 1926. p. 260.

Además: Campagnale, Humberto: "Síntesis del plazo contractual en el arrendamiento agrario y en la locación urbana"; en: Revista Jurídica Argentina La Ley, 1986-C, pp. 739-747.

11. Salvat, Raimundo "Tratado de Derecho Civil Argentino"; Buenos Aires, Ed. La Ley, 1946, tomo V p. 474; Héctor Lafaille "Curso de Contratos" Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, tomo II pp. 266-269; Adelqui Carlomagno "La Locación" Buenos Aires: 1926, p. 260; Luis María Rezzónico "Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil" 3era. ed. Buenos Aires: Depalma, 1969, tomo II, pp. 485-487.

si continúa no ha concluido, y si ha concluido y las obligaciones subsisten es que hay un nuevo contrato tácito"¹²; para Spota estaríamos ante una "reconducción tácita precaria"¹³. Esta interpretación choca con el texto de ambos artículos (el argentino y el peruano), los cuales se encargan en dejar constancia que no debe entenderse que existe una "reconducción tácita"; pero además colisiona con la voluntad expresa del legislador. Nos encontramos ante un primer problema: ¿cómo afirmar que el arrendamiento "concluye" y que "continúa" sin admitir una "reconducción tácita"? ¿no es esto incongruente?.

Cabe hacer a ambos artículos otra crítica. Uno de los motivos que hicieron que el legislador se alejara del sistema de la reconducción, fue que, a partir de hechos equívocos se interpretaba la presencia de una voluntad contractual, la ley "presumía" la existencia del desco de celebrar un nuevo contrato; esto fue condenado como arbitrario¹⁴. Pero la solución ideada por el legislador argentino (y recogida por el nuestro) resulta siendo tan arbitraria como la anteriormente combatida. El art. 1622º argentino, como el 1700º peruano, "presumen" la voluntad de las partes de querer seguir unidos por el mismo contrato (modificado en cuanto al plazo, y sin que ello implique la formación de un "nuevo contrato"). La permanencia en el uso del bien arrendado, la no solicitud de devolución, son hechos que le hacen pensar al legislador la existencia de esa voluntad, la cual al fin y al cabo es una "voluntad contractual": no crea un nuevo contrato pero sí modifica uno. ¿No podría decirse que la permanencia posterior al vencimiento es consecuencia de la "buena voluntad" del arrendador sin que ello implique una "voluntad de continuar" el contrato?. En todo caso, son hechos equívocos, tanto para demostrar el deseo de celebrar un nuevo contrato, como para modificarlo en una de sus partes. Todo lo anterior será válido siempre que se entienda que lo que hacen ambos artículos es presumir una voluntad a partir de determinados hechos, ya que de negarlo tendríamos que empezar a buscar la razón de tal consecuencia, llegando tal vez a la conclusión de que es la ley la que impone la "continuación" al margen de ésto. ¿Qué motivó tan agresiva intervención del legislador en un contrato privado?, ¿qué interés superior al de las partes avala o

12. Citado por L.M. Rezzónico en nota a pie de página, Ob. cit., pp. 485-486.

13. Alberto Spota, ob. cit. 701-703.

14. Comentando el art. 1622 de CC argentino Vélez Sarsfield. dirá: "Es muy arbitrario crear una reconducción, un nuevo contrato por la continuación del arrendatario en el uso de la cosa, que las más veces sucede por una mera condescendencia del locador. La variación de los diversos Códigos en éste punto, hace ver que sus disposiciones no partían de ningún principio jurídico".

justifica tal actitud?, ¿es constitucional una intervención de este tipo?

Otras críticas menores al art. 1700º serían: a) el artículo no ha previsto qué pasaría en el caso que el arrendatario deseara devolver el bien, luego de vencido el plazo de contrato: ¿podría el arrendador negarse a recibirlo aduciendo que el contrato continúa y que él es el único facultado para ponerle término mediante la "solicitud de devolución"?; b) si ha precedido a la fecha de vencimiento una solicitud de devolución, ¿se debe reputar que el "contrato continúa"? Teóricamente no existiría problema alguno, ya que el contrato "continúa" porque se presume una voluntad de las partes en tal sentido, pero la presunción cae ante cualquier hecho que pruebe lo contrario; con el aviso o solicitud se quiere dejar en claro que no existe el deseo de continuar el contrato ni de celebrar uno nuevo; por lo que, una vez producido el vencimiento, si el arrendatario se mantiene en uso del bien será imposible "presumir" una voluntad de continuación del contrato. El artículo está redactado de tal manera que pareciera que la solicitud debe necesariamente ser posterior a la fecha de vencimiento y, conociendo el "positivismo criollo" de nuestros magistrados, no me cabe la menor duda que esta opción será la que prevalecerá.

Hasta aquí nos hemos limitado a criticar el art. 1700º y hemos podido tener una historia casi similar a la argentina, siguiendo a autores de ese país; pero todo lo que en otras latitudes es simple, trasladado al Perú tiende a complicarse; a partir de aquí la historia se hace exclusiva y por ello más complicada.

¿Qué sucede con la pretendida unión entre el art. 1700º y 1704º? Somos de la opinión que tal unión es criticable, por las incongruencias que acarrea. Se parte en el razonamiento, aceptando como válido lo estipulado por el art. 1699 y 1700º, esto es; el contrato concluye al vencerse su plazo; si el arrendatario continúa en uso del bien el "arrendamiento continúa" (sin que ello implique una "reconducción tácita") hasta que lo solicite el arrendador. La única forma de unir el 1700º con el 1704º es sosteniendo que la "solicitud de devolución", a que hace referencia el 1700º, equivale al "aviso de conclusión" del art. 1704, lo que implicaría afirmar que el acto por el cual el arrendador solicita el bien "pone fin al contrato", hace que éste concluya definitivamente. No hay que ser demasiado astuto para darse cuenta de lo incongruente de tal afirmación: resulta que tenemos un contrato que "muere dos veces", que tiene dos "momentos de conclusión"; tendríamos, pues, una nueva modalidad de "conclusión a pocos": concluye el contrato (por pri-

mera vez), al vencerse el plazo, pero el arrendamiento "continúa"; una vez cursada la solicitud de devolución del bien el contrato concluye (por segunda vez), a partir de lo cual se puede considerar el arrendatario como un deudor moroso. Salvo que se piense en la "Resurrección de Lázaro" y en la proyección del fenómeno al código, no me cabe la menor duda de lo absurdo que resultan tales afirmaciones; o el contrato concluye al vencerse el plazo o concluye con el aviso o solicitud de devolución, pero no en ambos momentos a la vez.

Existen dos formas de "armonizar coherentemente" ambos artículos:

1) Considerando que el 1700º es una excepción al 1699º, el contrato no concluye al vencerse el plazo sino, posteriormente, con la solicitud del arrendador. Sin embargo, no hay nada en el texto de los artículos que nos permitiría arivar a tal conclusión: el art. 1699º no hace excepción alguna respecto a la conclusión del contrato de arrendamiento por vencimiento del plazo. En caso de aceptar tal excepción, ¿cuál es la razón de ésta? Si el contrato no ha concluido al vencimiento del plazo, ¿cómo explicar el derecho del arrendador a solicitar "la devolución"?; ¿de qué forma se produce la mutación del contrato de uno a plazo determinado a otro que no lo tiene, sin que ello implique la creación de un nuevo contrato?, ¿tal mutación se realiza a partir de una voluntad presunta o es una imposición legal?

2) Entendiendo que en el art. 1700º se está regulando una "reconducción tácita" oculta o precaria. El contrato concluye al vencimiento del plazo, de no solicitar el bien ni proceder a su devolución se da nacimiento a un nuevo contrato (ámbito de aplicación del 1700º); finalmente, si existe posteriormente una solicitud de devolución el contrato concluirá en tal fecha (art. 1704º). Esta interpretación, como ya vimos, sería contraria al propio texto del art. 1700º, que la niega; estando, en consecuencia, en contra de la "voluntad del legislador".

Somos de la opinión que todo intento de compatibilizar ambos artículos será una empresa extremadamente difícil; y no digo imposible, ya que es posible hacerlo "creando excepciones" donde no existen, o leyendo artificiosamente el articulado respectivo, o dejando de lado la génesis del artículo y la opinión del legislador, etc. Si por arreglar un "entuerto" (ocasionado tal vez por la falta de observación del legislador) creamos otros, es mejor alejarnos de esta posibilidad interpretativa, más aún si tenemos otra tan válida como esta y más coherente que ella.

IX. OTRA POSIBILIDAD

Pasemos a la otra opción: aplicar exclusivamente el art. 1704°. Lo negativo de este razonamiento es que deja completamente de lado el art. 1700 para mantener una coherencia interna. Ante sus defectos, ante los problemas que ocasiona mantenerlo, se opta dejándola de lado; posibilidad que sólo es admitida en casos muy excepcionales (236° de la Constitución) en el resto de los casos las normas no pueden dejar de aplicarse. Lo positivo de adoptar esta posición sería: a) el art. 1704° es una norma coherente con el resto del código: no se establece ninguna excepción a la regla de conclusión de los contratos por vencimiento del plazo (1699°), ya que se entiende que el arrendamiento concluye al producirse éste; b) el artículo no crea ficciones ni presunciones: no se presumen voluntades contractuales a partir de hechos equívocos, lo que es coherente con la intención del legislador desprendida de una lectura integral del código; c) respeta la voluntad de las partes: si las partes al celebrar el contrato determinaron la fecha en que éste concluiría, este pacto debe respetarse considerando que no existirían intereses superiores que inclinaran al legislador a desconocerlo; d) es un artículo aplicable tanto a los contratos a plazo determinado como a los de plazo indeterminado, dando un trato paritario a fenómenos similares; e) es un artículo que permite probar en su contra, esto es, que los hechos acaecidos luego de vencido el plazo (pago de una suma de dinero, continuación en la posesión, etc) constituyen una manifestación de voluntad tendente a la formación de un nuevo contrato; pero esto debe ser probado por la parte interesada, y será la autoridad judicial la que determine si existe o no tal manifestación inequívoca de voluntad; no existe en esto ninguna presunción de voluntad, pero tampoco se cierra las puertas a la prueba de existencia de una voluntad contractual.

X. CONCLUSION

Es obligación de todo intérprete realizar su tarea subordinándose a los textos normativos, tratando que en su interpretación se conjuguen todas las normas integrantes sin dejar de lado ninguna de ellas; privilegiando, por lo tanto, las interpretaciones que den sentido a todas las normas sobre aquellas otras que no lo hacen. Está obligado a que la interpretación que realice sea "coherente", no sólo con el texto de la norma interpretada, sino sobre todo con el resto del articulado implicado, con los principios que inspiran el Código y -según algunos- con la "voluntad del legislador".

La solución que se pretende a través de la

"unión armónica" de los artículos 1700° y 1704° es incoherente, por ello debe ser descartada. De no existir otra tendríamos que "rasgarnos las vestiduras", "clamar a Dios y a los Santos"...y (para los incrédulos) tocar la puerta de nuestros atarecados parlamentarios buscando se modifique "lo más pronto posible" (léase 5 ó 10 años) la norma incoherente. Pero de ningún modo podríamos dejar de aplicarla. En nuestro caso tenemos otra que es aplicable al mismo supuesto, aplicación que no acarrea los problemas de incoherencia del anterior. No estamos "creando por interpretación" una nueva norma (lo que podría ser cuestionado por algunos), no estamos apartándonos del "texto expreso y claro" de la norma, estamos aplicando un artículo del propio Código. Creemos que la situación que se produce cuando vencido el plazo del contrato el arrendatario permanece en uso del bien, debe ser regulada exclusivamente a través del art. 1704°. Hacemos, desde ya, un pedido para que el artículo 1700° sea derogado, por las razones antes indicadas; la ausencia de éste en el CC de 1984 no será motivo de ningún sentimiento de congoja ni de añoranza, sino por el contrario de alivio.

APENDICE NORMATIVO

Legislación Nacional

CC 1852: art. 1607°. Concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan ocho días sin que el locador disponga de la cosa ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato sobre las mismas bases del anterior; pero queda en la clase de los de duración indeterminada, y sujeto también a las reglas establecidas para estos. En la locación que se renueva por voluntad tácita de las partes, no subsisten las fianzas y seguridades que constituyó una tercera persona en el contrato anterior.

CC 1936: art. 1532°. Concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada. En este caso, no subsisten las garantías que constituyó una tercera persona en el contrato anterior.

Legislación Extranjera

CC argentino :

art. 1604°. La locación concluye: 1° si fue-

se contratada por tiempo determinado, acabado ese tiempo.

art. 1622º . Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluida, y bajo sus mismo términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa; y podrá pedirle en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa.

CC Alemán, BGB:

art. 568º. Si después de espirar el tiempo de alquiler continuase el arrendatario usando la cosa, se entenderá prorrogado el contrato por tiempo indeterminado, a menos que el arrendador o el arrendatario notifiquen lo contrario a la otra parte en el término de dos semanas. El plazo comenzará para el arrendatario a partir de la continuación del uso, y para el arrendador desde el momento en que tenga conocimiento de la continuación.

CC Chileno (de 1855):

art. 1956º. Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia de arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera. Con todo, si la cosa fuere raiz y el arrendatario con el beneplácito del arrendador hubiere pagado la

renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier otro hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones de antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y el necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.

CC Español:

art. 1566º. Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que halla precedido requerimiento.

CC Italiano :

art. 1597º. El arrendamiento se tiene por renovado si, vencido el término del mismo, el arrendatario permanece y es dejado en la detención de la cosa arrendada o si, tratándose de arrendamientos por tiempo indeterminado, no se ha comunicado el aviso de despido a tenor del artículo anterior. El nuevo arrendamiento es regulado por las mismas condiciones que el anterior, pero su duración es la establecida para los arrendamientos por tiempo indeterminado. Si se ha dado aviso el arrendatario no puede oponer la renovación tácita, salvo que conste la voluntad del arrendador de renovar el contrato.



Caducidad de la acción de calificación de despido: su suspensión en razón de la "continuidad en el proceso" *

Luis Vinatea Recoba

Alumno del 9º ciclo de la Facultad de Derecho de la P.U.C.

Expediente No. 500-88-CD.

Lima, veintiseis de diciembre de mil novecientos ochentaiocho.

Vistos: En Audiencia Pública del 6 de diciembre de 1988 con el expediente acompañado No. 283-87; seguido entre las mismas partes ante el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo de Lima, y el Informe Oral de los Doctores Hugo Munguía Calderón y Ezequiel Ayllón, y **Considerando** : Que en el art. 10mo. de la Ley 24514 se establece que el término para interponer la acción será de treinta (30) días calendario contados desde el día siguiente de aquél en que el trabajador fue notificado a conocimiento de su despido; que amparado en este dispositivo legal el actor interpuso demanda ante el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo de Lima, como consta en el Expediente acompañado, fundando su acción en la mencionada Ley 24514 y D.S. 03-80-TR, como aparece a fojas 4; que seguido el procedimiento de acuerdo al D.S. 03-80-TR se expidió Sentencia, la que fue declarada Nula por Resolución del Tribunal, como consta a fojas 90 a 91 del expediente acompañado y en copia a fojas 3 y 4 de los autos, dejándose a salvo el derecho del actor para que lo haga valer con arreglo a Ley; que el art. 19 del D.S. 03-80-TR establece que la demanda presentada sin los requisitos señalados en los arts. 17 y 18 del mismo decreto, no será tramitada, debiendo el Juez indicar con claridad los requisitos omitidos; que debe entenderse que la Resolución del Tribunal de fojas 90 y 91 del expediente acompañado ha tenido como finalidad disponer que la demanda se regularice con los requisitos pertinentes; que al haber terminado el procedimiento seguido en el mencionado expediente, y antes que se devuelvan los autos para que se cumpla lo ejecutoriado, el actor interpuso la demanda de fojas 8 y 9 que corre en este expediente; de manera que existe continuidad en el proceso, razón por la cual no se puede alegar la existencia de caducidad por no existir interrupción en el procedimiento; que el concepto de caducidad contenido en los arts. 2003 a 2007 del Código Civil es claro al señalar que vencido el plazo que la Ley establece no se puede interponer la acción, pero en el caso de autos el actor ha presentado su demanda antes del vencimiento de dicho plazo, como consta a fojas 2 a 5 del expediente acompañado; que, además, no es causa imputable al trabajador que oportunamente no se le haya solicitado, si así fuere el caso, que adecuara su demanda como lo señala el art. 19 del D.S. 03-80-TR; que sin embargo, no puede ser exigible a los trabajadores que se amparan en la Ley 24514 el conocimiento de expresiones técnicas del proceso o de directivas que lo aclaran, máxime si se tiene en cuenta que el art. 36 de la misma Ley no obliga a tener asesoramiento de letrado ni su firma que autorice el recurso; que es obligación de los jueces aplicar la norma correspondiente, aunque no haya sido alegada, conforme lo dispone el art. 7mo. del Título Preliminar del Código Civil, razón por la cual la Directiva No. 08-86 expedida por la Presidencia del Fuero debe considerarse como aclaratoria del procedimiento a seguir, pero no de rigurosa aplicación, porque debe primar la disposición señalada del Código Civil y el contenido del art. 19 del D.S. 03-80-TR por ser norma de mayor jerarquía; que en este sentido se ha establecido Jurisprudencia en las Ejecutorias recaídas en los Expedientes No. 55-88-Q, de 29 de Agosto de 1988 y 313-88-CD de 31 de Agosto de 1988; que en caso de duda se debe resolver de acuerdo al principio de la norma que favorece al trabajador, conforme se establece en el art. 57 de la Constitución; que, finalmente, aparece en ambos expedientes que hay continuidad en el procedimiento seguido, tanto en el acompañado como en la demanda incoada de au-

(*) A la Memoria de don Eduardo Recoba Guerrero.

tos, por lo que no se ha producido caducidad, debiendo por lo tanto resolver el Juzgado el fondo del litigio: **Revocaron** la sentencia de fojas 60 a 61 y en cuanto declara fundada la Excepción de Caducidad, la que declararon improcedente; **La Confirmaron** en cuanto declara improcedente la Excepción de Prescripción; mandaron que se expida nuevo pronunciamiento teniendo presente las considerativas de esta Resolución; en los seguidos por don Carlos Enrique Vargas Machuca Ballona con Lima Caucho S.A.B.F. Goodrich; y los devolvieron al Décimo Quinto Juzgado de Trabajo de Lima. Gutiérrez Ballón - Chirinos Cárdenas - Rojas Taza.

ANTECEDENTES

Encontrándose vigente la Ley de Estabilidad Laboral No.24514, don Carlos Enrique Vargas Machuca interpone ante el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo de Lima demanda solicitando su reposición inmediata al Centro de Labores en razón de haber sido despedido de manera injustificada, según sostuvo, por su empleador Lima Caucho S.A. B.F.Goodrich. La demanda fue interpuesta a los 28 días de ocurrido el despido. El Décimo Tercer Juzgado de Trabajo la admite tramitándola en el Expediente No. 283-87, y emite pronunciamiento declarándola fundada basándose en argumentaciones que posteriormente dieron pie a un nuevo pronunciamiento emitido por el Segundo Tribunal de Trabajo con fecha 27 de Noviembre de 1987 y mediante el cual se dejó sin efecto la Sentencia de primera instancia declarando Nulo todo lo actuado e improcedente la demanda. Los aspectos más importantes de dicho pronunciamiento fueron los siguientes: El Juez de primera instancia se pronunció sobre materia no demandada; el Juez no aplicó la Directiva No. 08-86-FTCL cuyo cumplimiento resultaba obligatorio; y no resultaba de aplicación el art. 7mo. del Título Preliminar del Código Civil por cuanto no se había omitido la invocación de la Ley pertinente sino que se había incurrido en error al iniciar la acción lo cual determinó su improcedencia de origen; finalmente, no resultaba de aplicación a dicho caso el tercer párrafo del art. 42 de la Constitución Política del Estado pues dicha norma se refería a un concepto distinto al de la función tuitiva, la misma que debía aplicarse siempre que no se oponga a disposiciones legales de obligatorio cumplimiento. A los 5 días de haber sido notificados de la Sentencia, el señor Vargas Machuca interpone demanda de Calificación de Despido conforme lo disponen la Ley 24514 y la Directiva Jurisdiccional No. 08-86-FTCL, ante el Juzgado de Trabajo de Turno, dando origen al procedimiento en el que se emitió la Sentencia materia del presente análisis.

COMENTARIO

Sin duda alguna nos encontramos ante un

pronunciamiento curioso y controvertido. De él fluyen diversas interrogantes que por efectos metodológicos constituirán el esquema de trabajo del presente análisis. De él también fluyen elementos de especial importancia que, contrapuestos a los considerandos de la Sentencia de fecha 27 de Noviembre de 1987, y a la que se hace referencia en los antecedentes del presente caso, dan como resultado una distinta apreciación de los hechos por parte de los miembros componentes de las distintas Salas.

1. ¿Puede hablarse de continuidad entre los dos procedimientos iniciados por don Carlos Vargas Machuca?

Evidentemente que no. El proceso es un conjunto de actos procesales que están destinados a obtener una solución judicial a determinado conflicto y ésta se da por medio de la Sentencia. Alsina señala que la Sentencia "es el modo normal de poner fin a la relación procesal", y al hacerlo, involucra en su definición el efecto de la cosa juzgada, "la cual supone un proceso terminado"¹. En este sentido, podemos afirmar que el proceso culmina con la Sentencia y que tal circunstancia impide que se establezca una "continuidad" entre dos procesos distintos e independientes entre sí. Lo expuesto no escapa, de manera total, a las consideraciones del Tribunal de Trabajo. Ello se desprende de las contradicciones en que incurre al señalar "que al haber terminado el procedimiento seguido en el mencionado expediente... el actor interpuso la demanda de fojas 9...; de manera que existe continuidad en el proceso...". Más patente aún es la posición de la señora Vocal Doctora Chirinos Cárdenas en su voto singular, que por razones de espacio no se ha reproducido, en el que manifiesta "que aunque exista diferente proceso, el accionar por sus derechos tiene evidente continuidad...". No se puede pues hablar de procesos continuos o de "continuidad en el proceso" en tanto la figura además de no encontrarse procesalmente admitida, en la práctica resulta

1. Alsina, Hugo: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo I, Pág. 264.

materialmente irrealizable.

2. Puede la declaratoria de improcedencia de una acción –y la declaratoria de Nulidad de todo lo actuado, consecuentemente– suspender o interrumpir un plazo de caducidad?

En principio, el art. 2005 del Código Civil señala que la caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el art. 1994 numeral 8). La salvedad a la que se alude en el mencionado artículo va referida a la imposibilidad de reclamar el derecho ante un Tribunal Peruano. Sin lugar a dudas la declaratoria de improcedencia de una acción no se identifica con tal excepción y desde esta primera perspectiva se debe entender que la antedicha circunstancia no puede suspender o interrumpir un plazo de caducidad.

El Tribunal de Trabajo no es ajeno a esta situación; mediante Directiva Jurisdiccional No.015-88-ST-FTCL de fecha 2 de Diciembre de 1988, estableció que "el término de treinta días calendario para entablar la acción de Calificación de Despido, es un término de caducidad y la única interrupción o suspensión respecto a su cómputo es la señalada en el inciso 8) del art. 1994 del Código Civil". Es necesario señalar que dicha Directiva en virtud del art. 2do. del Acuerdo de Sala Plena No. 001-88-SP resulta de obligatorio cumplimiento dado su carácter supletorio. Del mismo modo, debe señalarse que la Sentencia se emite a los pocos días de aprobarse la Directiva Jurisdiccional ya referida.

Por otro lado, la Declaratoria de Nulidad de actuados e improcedencia de una acción, tiene como resultado inmediato la ineficacia del acto jurídico procesal destinado a reclamar un derecho ante el Órgano Jurisdiccional; esta circunstancia implica se tenga a la acción judicial por no iniciada y en consecuencia carente de efectos jurídicos. Alsina señala a este respecto, que la Nulidad "es la sanción por la cual la Ley priva a un acto jurídico (procesal) de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla".

Desde esta otra perspectiva, es claro que no solo no se puede hablar de interrupción de plazos de caducidad sino que además ésta, en el supuesto de que fuera admisible, no podría materializarse por medio de un acto que ha sido declarado ineficaz y carente de efectos jurídicos.

3. ¿La sola interposición de una acción detiene los efectos de la caducidad?

Es cierto que lo único que puede impedir la caducidad de un derecho es su ejercicio², pero ello no implica la interrupción ni la suspensión de la caducidad debido a que el plazo sigue su curso. La sola interposición de una acción no tiene por objeto suspender los efectos de la caducidad; va dirigida, primordialmente, a reclamar un derecho ejercitado en el plazo pre fijado por la Ley. El carácter temporal de la caducidad determina que ésta transcurra inevitablemente no obstante la interposición de la acción, debiendo resaltar que el derecho reclamado se reconocerá en la Sentencia que declare fundada la demanda, previa constatación del ejercicio de la acción dentro del término establecido por Ley.

En consecuencia, para que la interposición de una acción escape a los efectos de la caducidad es necesario que ésta sea declarada fundada.

4. Asumiendo que los argumentos expuestos anteriormente carezcan de validez, y que se haya suspendido el plazo de caducidad por efecto del procedimiento iniciado por el demandante ante el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo, ¿puede hablarse de "continuidad en el proceso" estando a que los plazos previos a la interposición de las dos demandas del señor Vargas Machuca superaban largamente, en suma, el término previsto por la Ley 24514?

Sin duda alguna que no. El término de treinta días calendarios establecido por el art. 10mo. de la Ley 24514 es un plazo de caducidad y ello ha sido reconocido por reiterada Jurisprudencia del Tribunal de Trabajo. La suma de los plazos previos a la interposición de las demandas del señor Vargas Machuca, en un primer caso 28 días y en un segundo más de 3 días, determina no solo la interrupción de los procesos, y por ende su falta de continuidad, sino la caducidad del derecho reclamado. Es necesario recalcar que esta circunstancia, aunque inaplicable por las consideraciones expuestas en los puntos anteriores, de acuerdo a la lógica utilizada por el Tribunal de Trabajo en la solución del caso materia de análisis, debió haber sido considerada, lo cual no obstante haber sido expresamente señalado durante el proceso, no fue apreciado.

2. Vidal R., Fernando: "La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano". Pág. 210.

5. ¿Se puede, en virtud del carácter tuitivo del proceso laboral, habilitar un plazo de caducidad ya vencido?

El Tribunal de Trabajo ha argumentado una "continuidad en el proceso"; con el objeto de revisar los errores que a su juicio cometió el Tribunal que conoció el anterior procedimiento, interpretando lo resuelto en la primera ejecutoria de modo tal que, por esa vía, se impida la extinción del derecho que reclamaba el demandante. Esta actitud, desde el punto de vista procesal, resulta inadmisibles en tanto atenta contra elementales normas de orden público, pero más allá de ello, vulnera el principio de seguridad jurídica en el que se sustenta nuestro ordenamiento legal.

Es cierto que la limitación del formalismo es un principio del derecho procesal del trabajo³, pero tal principio tiene sus límites y sólo se aplica a las normas supletorias que no siendo de naturaleza laboral, se aplican en el proceso. Pues no cabe asumir la existencia de normas procesales especiales -emitidas por entidades pertenecientes al Sector Trabajo- que no se regulen por los principios generales que informa el proceso laboral. En este sentido, no puede hablarse de normas de "no rigurosa aplicación" atendiendo a que son emitidas por órganos especializados, como es el caso del Fuero de Trabajo.

Por otro lado, el desconocimiento de la Ley -si es que realmente existió- no puede alegarse como medio de defensa y mucho menos como argumento de una Sentencia. El principio de publicidad de las normas y la presunción de conocimiento de las mismas colisiona con el razonamiento del Tribunal, el que a su

vez analizó el argumento del "desconocimiento de la Ley" sin confrontarlo con la obligación de los jueces de cumplir con los Acuerdos de Sala Plena que ellos suscriben. Del mismo modo, no creo que lo señalado en el art. 36 de la Ley 24514 abunde en los Argumentos del Tribunal a este respecto. El referido artículo no tiene por objeto limitar la formalidad del proceso; más bien, responde a una constante que se admitía con el D.L. 22126 -dado que la reposición se tramitaba en la vía administrativa- que se expresó en el art. 32 del Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Diputados, el que señalaba: "en los procedimientos, sean Administrativos o Judiciales, el trabajador podrá ser representado por su representación sindical"⁴. Sin duda alguna, el caso del señor Vargas Machuca se identifica con este supuesto, más aún cuando durante el proceso fue patrocinado por un Abogado.

Finalmente, hay que señalar que lo concerniente a la aplicación o no del art. 7mo. del Título Preliminar y el art. 42 de la Constitución si bien resulta discutible -por lo sostenible de ambas posiciones-, no tenía mayor trascendencia en el caso que nos ocupa, por cuanto como ya se dijo esa Sentencia revisa una anterior, ejecutoriada, de manera inadmisibles.

En conclusión, la drástica de la caducidad no puede flexibilizarse en el caso del derecho laboral. En tal sentido, la aplicación de figuras no admitidas en el ordenamiento procesal, creadas bajo el amparo de un equivocado concepto de lo que es el carácter tuitivo del proceso laboral, no solo no permiten la habilitación de un derecho caduco; sino que además, atentan contra el derecho constitucional de las partes a un debido proceso, tal y como lo señala el art. 233 de la Constitución Política del Estado.

3. Krotoschin, Ernesto: "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Pág. 665. También en Angulo, Jorge: "Derecho Procesal de Trabajo". Pág. 37.

4. Garrido Lecca, Jorge: "Exégesis de la Ley de Estabilidad Laboral No. 24514".

Reseñas de Tesis

"La Interpretación Constitucional"

Carla Lorena Pegorari R.

Tesis sustentada en enero de 1989 ante los Doctores Marcial Rubio, Jorge Melo-Vega y Francisco Eguiguren. Sobresaliente.

La tesis aborda una temática prácticamente inédita en nuestro medio académico. El mundo de la interpretación jurídica es fascinante y complejo. Ingresar a los terrenos de la hermenéutica para desentrañar el verdadero (o adecuado) sentido de una norma o principio que nos facilite la aplicación de las reglas de derecho siempre ha sido vasto territorio para iusfilósofos y civilistas.

En el presente Siglo, fundamentalmente con las obras de F. Geny, Von Savigny, Emilio Betti y Díez Picazo, se ha llegado a un nivel de sistematización de los principios o reglas más importantes que deben conducir a un adecuado ejercicio de interpretación jurídica. A esto se le ha denominado "cánones" de interpretación. Así, sabemos que hay notoria diferencia entre la interpretación literal, la *ratio legis*, la teleológica, la histórica o, finalmente, la auténtica.

Uno de los primeros aspectos que todo intérprete debe tener en cuenta en su labor es el objeto de la interpretación, con la finalidad de aplicar un método idóneo y obtener un resultado válido. Dentro de esto el moderno constitucionalismo ha reconocido que las normas constitucionales no son normas jurídicas ordinarias, sino que las reglas de la Constitución son, antes que normas jurídicas, normas políticas conti-

nentes de principios, valores, postulados y declaraciones de una diferente configuración, sentido y finalidad.

El primer gran aporte de este trabajo de investigación jurídica constituye precisamente eso: el intento de demostrar la diferente naturaleza de los postulados constitucionales con la finalidad de concluir que los métodos tradicionales de interpretación jurídica no son aplicables al texto constitucional, de donde se concluye a la vez que para interpretar adecuadamente la Constitución hay que "descubrir" otros cánones interpretativos diferentes de los tradicionales y acordes con la naturaleza del objeto de la interpretación.

En nuestro medio podemos afirmar que este es un trabajo pionero. Antes de su realización la bibliografía nacional sólo recogía - hasta donde podemos saber - un artículo referido a esta temática; y casi al final del mismo otro trabajo - también preliminar y de diferente óptica que el primero - aborda directamente la Interpretación Constitucional. En esto, creo yo, radica el inicio de su mérito, al haber ingresado a una investigación sin mayor antecedente doctrinario nacional. Es más, podría afirmar que no todos estamos aún en posición de admitir el valor político - antes que jurídico - de las normas constitucionales y menos aún el diferente camino interpretativo.

Es un trabajo muy detallado, de lectura compleja, pero muy enriquecedor e importante. En su primera parte desarrolla la temática de la constitución como Norma, su naturaleza jurídica, política, los precedentes, la estructura constitu-

cional, los valores constitucionales y el problema de las denominadas normas programáticas o diferidas y las autoaplicables o self-executing o self-enforcing. La segunda parte discurre por sobre la interpretación jurídica tradicional con un buen trabajo de sistematización, para llegar al tercer capítulo con lo que es propiamente la Interpretación Constitucional, desarrollando el tema de la Constitución como norma política, la necesidad de una privativa interpretación constitucional, las normas primarias, las leyes interpretativas, los principios generales y neutrales, el contrapeso de los valores, la "concretización", la estructura de poder de la constitución, entre otros. En la parte final la tesis desarrolla la temática de las fuentes de la interpretación constitucional, discuriendo entre la jurisprudencia empírica, la política, la ordinaria y la Justicia Constitucional

En suma, un desarrollo doctrinario moderno y audaz que sin duda merece ser revisado por todo interesado en la problemática constitucional tan en auge actualmente en nuestra Facultad de Derecho. Una buena relación bibliográfica que se puede seguir en las citas le ponen punto final.

He sido asesor de este trabajo de investigación y he seguido muy de cerca su desarrollo. Estoy, pues, en condiciones de recomendarlo sin ambages. De su lectura, quizás, pueda motivar en sus lectores muchos más cuestionamientos y dudas que posibiliten seguir avanzando en la temática. Una cuestión surgió, precisamente, en el examen de grado; la determinación de intérprete auténtico de la Constitución peruana de 1979. Tenemos un sistema mixto de justicia constitucional

(Domingo García Belaunde le llama "dual") pues se conjuncionan el sistema americano o difuso y el europeo o concentrado. Por otro lado, la Constitución reserva para el propio Parlamento la facultad de interpretar las leyes y, por ende, a la propia Constitución. ¿Quién es, pues, el supremo intérprete de la Constitución en el Perú?. La respuesta rebasa largamente la finalidad de esta reseña. (Aníbal Quiroga León).

"La Relación Jurídico Patrimonial"

Alfredo Bullard G.

Tesis sustentada en marzo de 1989 ante los Dres. Jorge Avendaño Valdez, Fernando de Trazegnies Granda y Carlos Cárdenas Quiroz. Sobresaliente.

El trabajo del señor Alfredo Bullard tiene características poco comunes y representa un esfuerzo del más alto nivel.

Con una honestidad intelectual a toda prueba y un agudo espíritu inquisitivo, el señor Bullard ha realizado una peregrinación intelectual a la búsqueda de una "verdad del Derecho" que, como horizonte al que nunca se llega, elude continuamente ser aprehendida. Así, en sus conclusiones el señor Bullard da cuenta de su desconsuelo por no llegar a la meta originalmente propuesta (ni a las que se propuso en el camino) ya que las 663 páginas que tiene la tesis parecen un permanente retroceso en vista a que cada vez se abren más interrogantes.

Sin embargo, ¡Cuánta riqueza encontramos en el paisaje del camino y en las reflexiones del autor! En primer lugar, el autor es un caminante precavido; y con todo cuidado, examina en el primer capítulo (denominado "El Marco Teórico") todo su equipo de viaje: los aspectos metodológicos son discutidos en primer término. Se busca definir en esta parte dos asuntos

considerados modulares. En primer lugar, describir en qué consiste el método tipológico como una necesidad previa al inicio de todo análisis científico. En segundo lugar, se eligen determinados tipos o modelos que le permitirán al autor clasificar la realidad. Así, dedica la segunda mitad del primer capítulo a definir cuál es su noción de Derecho, y en particular, cuál es la noción de Derecho Occidental Moderno, efectuándose al modelo liberal algunos ajustes provenientes de modelos distintos (en especial de los modelos tradicionales pre-liberales y del modelo socialista). Se persigue definir al Derecho como un fenómeno histórico, señalándose que ésta es la única vía para comprenderlo a él y a sus instituciones.

Luego de determinar su marco teórico, el señor Bullard emprende la ruta. Dedicar los capítulos segundo y tercero a analizar a la relación jurídico patrimonial. En primer lugar busca encontrar una noción de relación jurídica. Señala cuál es la importancia que esta noción tiene para el Derecho, al que se le asigna una función a la que se denomina "función relacional". Se ve al sistema jurídico como vínculo, como interrelación entre comportamientos subjetivos. Para ello hace un análisis detallado de cómo ha evolucionado el concepto de relación jurídica a lo largo de la historia, encontrando el autor en el pensamiento de Savigny un hito por el que muestra especial simpatía. Es en base al modelo savigniano (y que en opinión del autor permite tender un puente entre el Derecho como sistema formal de regulación de conductas y la realidad) que se formula una construcción personal de lo que debe entenderse por relación jurídica dentro de lo que es la noción de Derecho Occidental Moderno y que define en los siguientes términos:

"Unidad de vinculación entre sujetos de Derecho, determinada normativamente, mediante la cual se establecen comportamientos orgánicamente estructurados a fin de

dotar a ciertos intereses de tutela efectiva, logrando el desarrollo de las relaciones sociales sobre las que se construye para el logro de un modelo de convivencia social específico".

Analizada la patrimonialidad de una relación jurídica, se divide el análisis de esta institución en el de sus aspectos estáticos (la estructura de la relación jurídica, es decir las ideas de sujeto, objeto y contenido) y de los aspectos dinámicos (aquellos fenómenos que crean, modifican y extinguen a las relaciones jurídicas) haciendo una propuesta interesante en torno al llamado problema de las fuentes de las obligaciones.

El capítulo cuarto resulta uno de los más interesantes, pues lo dedica al estudio de la conocida distinción entre relaciones reales y relaciones obligacionales. Luego de formular críticas a las teorías que pretenden explicar la distinción (ha ubicado hasta doce teorías distintas), se cuestiona duramente la distinción en sí misma, considerando que las categorías de reales y obligaciones aparecen como rezagos históricos, como "conceptos sobrenaturales" que se justifican a sí mismos a pesar de "carecer de fondos en la moneda de los hechos". Se califica la distinción como de irreal y disfuncional, lo que conlleva una organización del sistema patrimonial considerada por el señor Bullard como anacrónica y carente de sentido. Cabe destacar que las críticas se extienden a muchas formas de razonamiento que solemos tener los abogados, y que consisten en abstraer por abstraer, alejándonos inútilmente de lo que es el fin esencial del Derecho, la realidad misma.

El quinto capítulo se ha dedicado a analizar el concepto de relación jurídica en nuestro Código Civil. Se usa la noción de relación jurídica como un instrumento de análisis que nos permite descubrir los principios y la coherencia que el sistema jurídico patrimonial puede tener a su interior. Cabe destacar

un somero estudio que se efectúa de todas las relaciones jurídico reales contempladas por nuestro Código Civil, así como de aquellas relaciones obligacionales en las que la distinción entre reales y obligaciones parece contradictoria. Así mismo se analizan determinadas normas vinculadas con la distinción misma (principio de "numerus clausus, normas de Derecho Internacional Privado, el artículo 2022 referido a la oponibilidad de derechos registrados, etc.). Se termina cuestionando la forma como se organiza nuestro sistema patrimonial en torno a la mencionada distinción, y se sugiere una forma de organización diferente. Se centra la atención en el problema de la oponibilidad de las diversas relaciones jurídicas (donde se indica que entre la oponibilidad "erga omnes" y la oponibilidad "inter partes" podemos encontrar una serie de niveles intermedios no contemplados como en la dualidad reales-obligacionales). Se vincula luego la oponibilidad con un llamado signo de cognoscibilidad (que en principio puede ser el registro o la posesión) que permite a los individuos llamados a respetar una relación jurídica conocer su situación de obligados. Así, nadie puede estar llamado a respetar algo que no está en la posibilidad de conocer por un elemental principio de seguridad jurídica. Ello lleva a que la preocupación del legislador se centre, antes de en clasificar los derechos como reales u obligaciones, en determinar prelación clara de oponibilidad entre derechos, vinculadas a la existencia de signos de cognoscibilidad, y que permitan responder a la pregunta ¿qué relaciones se oponen a qué relaciones?

El último capítulo se dedica a analizar la crisis del sistema jurídica patrimonial privado. Se indica que los postulados básicos de la ideología liberal (en especial el llamado postulado de la eficiencia económica) se encuentran en una aguda crisis que exige una reformulación. Se extiende el análisis de la crisis al fenómeno de la codificación civil. Finalmente, se termina

con una pequeña referencia acerca de la racionalidad económica (y por ende la organización jurídica) de las comunidades campesinas. El trabajo en este punto es reconocido por el mismo autor como incompleto e insuficiente, pues para él es más la expresión de una intuición, el planteamiento de una interrogante, que un análisis serio y exhaustivo sobre el punto. Sin embargo, este somero análisis persigue confrontar el sistema jurídico occidental moderno con ciertas realidades que parecen responder a una racionalidad distinta.

Es de destacar que lo interesante en la peregrinación del señor Bullard está en que, a pesar de haber definido al inicio de su trabajo las premisas básicas sobre las que pretendía sustentarlo (y que él mismo declara como lo único que le brinda cierta seguridad en el análisis), basta que haya avanzado algunos pasos para que las realidades que va encontrando le hagan repensar los modelos y, finalmente, lo obligan a reexaminarse a sí mismo. El modelo de Derecho Occidental se hace elusivo, la idea de la relación jurídica adquiere tales connotaciones que el contenido rebasa al continente, la distinción entre relaciones reales y relaciones obligacionales se esfuma, cada una de las relaciones jurídicas examinadas presentan tal dinamismo interno que, dentro del marco institucional, nada queda en su lugar.

La tesis de Alfredo Bullard tiene la virtud de mostrarnos la transformación efervescente del Derecho y constituye, por ese motivo, una perspectiva fascinante de estudio. (Fernando de Trazegnies Granda).

"Crítica al sistema de transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles registrados en el Código Civil Peruano de 1984"

Fernando Cantuarias S.

Tesis sustentada en abril de 1989

ante los Dres. Jorge Avendaño, Jack Bigio C. y Humberto Jara. Sobresaliente.

La tesis de Fernando Cantuarias tiene un primer mérito que cabe resaltar: su actitud irreverente hacia los conceptos tradicionales. Los cuestiona con vehemencia. Y también con fundamento. Así, su acercamiento al estudio de las instituciones jurídicas es creativo. No se limita a recoger las opciones de los autores y menos a compartirlas por el simple hecho del argumento de autoridad tan extendido (y buscado por la mayoría de nuestro alumnos); por el contrario, plantea desacuerdos y desarrolla, a la luz de determinadas lecturas, su propia postulación.

En este sentido, en su primer capítulo realiza un importante aporte. Refuta la tradicional definición del derecho real o, para decirlo con más precisión, revisa las varias modalidades de definición que se suelen utilizar y concluye negándoles validez. Menciono dos de esas modalidades que son las más frecuentes.

La primera: en nuestro medio, se ha venido definiendo al derecho real como aquél que pone en relación directa al hombre con una cosa. Esta definición, es hoy inválida. El derecho regula comportamientos humanos, no puede regular relaciones con objetos, no existe para el derecho ni para la lógica un acto volitivo de una cosa. Puede hablarse de relaciones entre hombres respecto de cosa, mas no de relaciones entre objetos inanimados y el ser humano. El bachiller Cantuarias manifiesta, acertadamente, su desacuerdo con esta definición. Segunda: otra manera extendida en nuestro medio es definir por vía indirecta. No se entrega un concepto sino una vaguedad. Lo hacen quienes definen al derecho real como aquel que exige a todos los miembros de la sociedad un deber de abstención sobre una cosa. Un derecho es real cuando todos tienen que respetarlo, vale decir, usando la terminología de

Planiol, cuando "existe una obligación pasiva universal". Esta postura es impugnada por el Sr. Cantuarias, con buenos argumentos y con saludable ironía, pues, recurre a una cita en la cual se dice que "el sujeto pasivo universal es una bella ilusión. Se siente uno conmovido ante la idea de ser deudor del derecho de propiedad que una geisha tenga sobre su casita de bambú en Yokohama o de una servidumbre que un gaucha tenga en La Pampa" pero en modo alguno se trata de una definición aceptable en términos de ciencia jurídica.

Frente a esto el aporte de la investigación radica en proponer una definición del derecho real que, en nuestra opinión, es válida. En efecto, el autor sostiene que son derechos reales "aquellas relaciones jurídicas que nacen como oponibles erga-omnes y que para su constitución necesitan de un signo de reconocibilidad que impida su constitución clandestina". En tal sentido, se estará ante un derecho real cuando éste, desde su nacimiento, desde su constitución sea oponible absolutamente, sea visible a todas luces. El derecho real es erga-omnes sin estaciones, sin tránsitos, sin actos posteriores que le otorguen un status superior, nace con status, no lo adquiere. Esta manera de entender el derecho real tiene una directa consecuencia: los derechos reales nacen no en virtud del acuerdo privado de las partes sino en virtud de un modo que los hace públicos desde un inicio. Significa entonces que, en el derecho moderno, nacen en virtud de la inscripción en un registro público. Ese es su signo esencial. Sin clandestinidad, con absoluta nitidez pueden ser opuestos a todos desde su ori-

gen. Sólo así se puede hablar entonces de derechos absolutos, de derechos con persecución y preferencia y, en fin, de derechos que ostenten toda la gama de atributos que se les otorga a los derechos reales.

Este planteamiento de Fernando Cantuarias lleva, como hemos señalado, a una conclusión inevitable: sólo en los sistemas en los cuales los derechos reales se constituyen mediante mecanismos válidos de publicidad se puede hablar de derechos reales. Lo cual conlleva una pregunta crucial: ¿En nuestro actual ordenamiento legal existen, en materia inmobiliaria, derechos reales? ¿Al haberse desechado la propuesta de clasificar a los bienes en función del registro existen derechos reales? ¿Al no existir un modo para transferir la propiedad inmobiliaria sino un simple consenso, existen derechos reales? ¿El artículo 949 encargado de transferir la propiedad no será paradójicamente el que demuestra que no existen derechos reales inmobiliarios en nuestra legislación?

La respuesta en tanto afirmativa es atrevida, por lo menos para quienes insisten en creer que el Derecho es un conglomerado de conceptos tradicionales. El Sr. Cantuarias cree lo contrario y ese es su mérito. Va más allá del criterio tradicional y sostiene, polémicamente, que en nuestro actual Código Civil no existen derechos reales respecto a los bienes inmuebles.

Para sostener tal argumento parte de la defectuosa norma contenida en el art. 949 del Código vigente, y señala que no es posible sostener, como ese artículo pretende, la existencia de derechos reales

creados por un sistema consensual. No existen derechos reales inter partes y derechos reales frente a terceros. Sostener ello significa sostener que existen derechos reales clandestinos y derechos reales públicos, lo cual es un contrasentido. De ahí que la opinión de Manuel Adrogue, que Cantuarias suscribe, sea muy elocuente: "El dominio es un derecho absoluto, erga omnes, si no existe con relación a tercero, tampoco puede existir entre las propias partes contratantes. Un dominio que solo es dominio entre los contratantes, mas no con relación a terceros, es una monstruosidad que repugna a la razón".

Como podrá notarse, se trata de un trabajo en el que la lectura creativa ha ido de la mano con la reflexión. El resultado tiene un aspecto que es necesario recalcar: la tesis en este caso viene a ser lo que su nombre indica: la postulación de una hipótesis de trabajo que se demuestra a través de una investigación. Se puede estar de acuerdo o en desacuerdo con las conclusiones a las cuales el autor arriba, pero lo que queda en claro es que existe un aporte muy interesante y muy valioso para la discusión jurídica y, sobre todo, para sustentar una modificación del articulado del Código que, a solo cuatro años de vigencia, ya exige una reforma al haberse tratado equívocamente una materia tan importante. Para finalizar debo mencionar explícitamente lo que fluye entre líneas en esta nota: que el Bachiller Fernando Cantuarias merece un cálido elogio por su dedicación y por sus aptitudes para la investigación jurídica. (Humberto Jara).

EL NUEVO LOCAL DE LA FACULTAD

La obra del nuevo local de Derecho está progresando ostensiblemente. Hay cuatro aulas ya listas (inclusive una de ellas está en uso). Hay otras cuatro aulas que están en proceso de construcción.

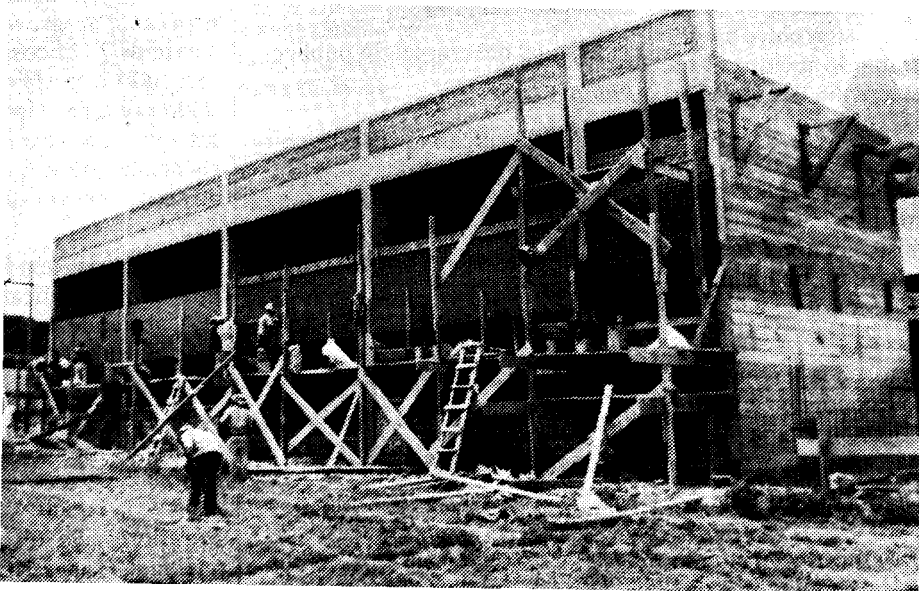
Según hemos sabido de fuente fidedigna, aprovechando las vacaciones de medio año se hará dos cosas: se abrirá el pasaje que comunica el nuevo pabellón de ocho aulas con el resto del "nuevo" local

(patio central y aulas existentes). Este pasaje cruzará por el lugar que actualmente ocupa el salón de grados. Este último se trasladará a una de las aulas vecinas. Lo segundo será sembrar césped y acondicionar el área libre que está delante de las ocho nuevas aulas, exactamente detrás de la actual aula-anfiteatro. El propósito es que los alumnos ocupen esa área entre clase y clase.

A partir del segundo semestre del año en curso, se utilizarán las cuatro aulas ya concluídas del nuevo pabellón, y probablemente también las otras cuatro en actual construcción, en caso de que ésta

concluya en agosto. Si esto fuera así, la gran mayoría del estudiantado de Derecho se habría trasladado al nuevo local a partir del próximo semestre académico.

De acuerdo a los avances de Pro-Derecho y a las donaciones que está recibiendo, es posible que en las próximas semanas se inicie la construcción de las oficinas administrativas de la nueva Facultad (Decanato, Secretaría, Sala de Consejo, etc.). Si así fuera, estas oficinas estarían listas para usarse a partir del primer semestre académico de 1990.



THĒMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Patricia Buzonich, Mauro Calderón, Aureliano Cóndor, Elena de Beaumont, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paulla de Mallma, Hans Flury, Silvia Granda, Hugo Guerra, César Landa, Esteban Laura, Luis Nieri, Patricia Samaniego, Filiberto Tarazona, José Tola P., Alberto Varillas, Milton Von Hesse.

