

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Fernando de Trazegnies
Jorge Avendaño • Aníbal Quiroga
Lorenzo Zolezzi • Mario Pasco
Javier Neves • Alfredo Bullard
Valentín Paniagua • Alberto Ruiz-Eldredge
Manuel de la Puente • Julio Wong

THEMIS Revista de Derecho

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

Comité Directivo: Javier Chocano Portillo, Juan García-Montúfar Sarmiento,
Carlos Garatea Grau, Juan Carlos Mejía Cornejo, Rosario Saco Oliva.

Miembros de la Revista: Lorena Borgo H., Carlos Casabonne S., Alejandro Lira
P., Roberto Mac Lean M., Rosa María Montero M., Susana Paniagua J., Fer-
nando Pardo S., Mario Pasco L., Verónica Zavala L.

Comité Consultivo: Jorge Avendaño V., Enrique Bernales B., Manuel de la
Puente L., Fernando de Trazegnies G., Javier Neves M., Anibal Quiroga L., De-
lia Revoredo M.

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: Andrés Zevallos (1916)
"La Cuesta"

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

THEMIS

Revista de Derecho

INDICE

3

Presentación

5

Jorge Avendaño V.

THEMIS, cinco años de su segunda época

7

Entrevista a Fernando de Trazegnies

13

Martín Moscoso V.

Ultima llamada a escena

15

Anibal Quiroga León

La casación civil y la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

27

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Proceso civil y realidad social

31

Alberto Bovino

Culpabilidad, cultura y error de prohibición

37

Mario Pasco Cosmópolis

La Negociación Colectiva en el sector estatal

41

Javier Neves Mujica

Autonomía convencional e intervención estatal

47

Alfredo Bullard G.

Contratación en masa ¿Contratación?

57

La Mesa de Negociación: mayor presencia de los instrumentos de corto plazo en el mercado de recursos financieros

60

Luis Felipe Cantuarias S.

El sistema peruano de conversión de deuda pública externa en inversión

65

ACTUALIDAD: REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

Alberto Ruiz Eldredge

La Constitución y la Paz

71

Valentín Paniagua Corazao

Terrorismo y Tribunales Militares

75

Mario Saldaña C.

Crisis y mutación constitucional

79

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL

Manuel de la Puente y Lavalle

Abriendo el debate

85

Julio Martín Wong Abad

El Precario

91

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Mario Pasco Lizarraga

Título Valor endosado en blanco

95

RESEÑAS DE TESIS

Segunda Epoca / 1989 / N° 15



MultiLex Soft

"El Fichero Legal"

- ¿ Está Usted seguro de haber cubierto toda la legislación aplicable al último informe jurídico que preparó?
- ¿ Está Usted seguro de no haber citado una norma ya derogada?
- ¿ Se siente satisfecho de haber analizado todas las variantes del caso que Usted tiene entre manos?
- ¿ Cuenta Usted con una biblioteca legislativa que le permita una rápida conclusión?

MULTILEX, un consorcio de empresas dedicadas al desarrollo de bancos de datos legales, aplica la tecnología informática para responder a este conjunto de interrogantes y pone a su alcance MULTILEX SOFT.

MULTILEX SOFT es un Sistema Computarizado que contiene un banco de datos de toda la Legislación Peruana clasificada en más de 1100 temas, con sus modificaciones y concordancias desde su Norma Matriz, a través de un completo sistema de sumillado y con infinitos puntos de referencia.

MULTILEX SOFT, en pocas palabras, es un gran índice legal diseñado con un enfoque práctico y sin complicaciones que asegura su fácil manejo y rápido aprendizaje, sin exigirle conocimientos previos de computación.

MultiLex®

Pioneros en la Informática Jurídica

Jr. Kikijana 338 - Lima 30 - Telf.: 364865

PRESENTACION

Reflexionar sobre la importancia del Derecho en nuestro país es una necesidad. Son muchos los contrastes que aparecen en nuestros días y muchas las ilusiones e inquietudes que como estudiantes depositamos en el Derecho. El aprecio a la vida, la búsqueda de la justicia y el logro de la paz son constantes en nuestro camino y son, al mismo tiempo, motivo de cuestionamiento permanente por su escasa vigencia. Por ello, el estudio del Derecho es un reto y una gran responsabilidad que, quienes aún continuamos en las aulas universitarias, debemos asumir con madurez y seriedad.

En este sentido, es importante destacar el Claustro Pleno de Derecho, realizado el mes de Octubre pasado, en donde el trabajo conjunto de estudiantes, profesores y autoridades permitió reflexionar sobre la situación actual de la enseñanza del Derecho, con la finalidad de proponer las reformas que nuestra Facultad exige. Fue un trabajo largo pero altamente provechoso. Se logró afirmar, por ejemplo, que todo egresado de la Facultad de Derecho debe haber recibido una formación crítica, ética, plural, interdisciplinaria y haber adquirido conciencia social a través del fenómeno jurídico.

Si bien *Thémis*, pretende contribuir con el desarrollo de las Ciencias Jurídicas mediante valiosos aportes que recibe tanto de profesores como de alumnos, no podemos hoy dejar de expresar nuestro reconocimiento, amistad y gratitud a José Alfredo Jiménez y César Parodi por el nuevo brillo que lograron darle a nuestra revista. Ello nos compromete a seguir trabajando con el entusiasmo y la dedicación que nos enseñaron.

Queremos saludar la reciente publicación en nuestra Facultad de la revista "Derecho y Sociedad", a quien deseamos todos los éxitos y brindamos desde esta página el reconocimiento al esfuerzo realizado. Asimismo, queremos expresar nuestra satisfacción al apreciar que el interés por el desarrollo de las Ciencias Jurídicas en nuestro medio es imitado por otras publicaciones como "Advocatus" en la Universidad de Lima y "Aequitas". A ellos, nuestras felicitaciones.

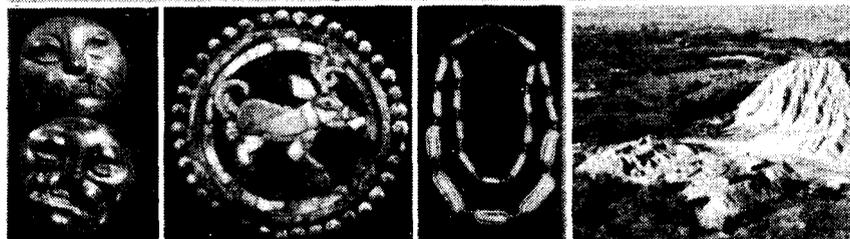
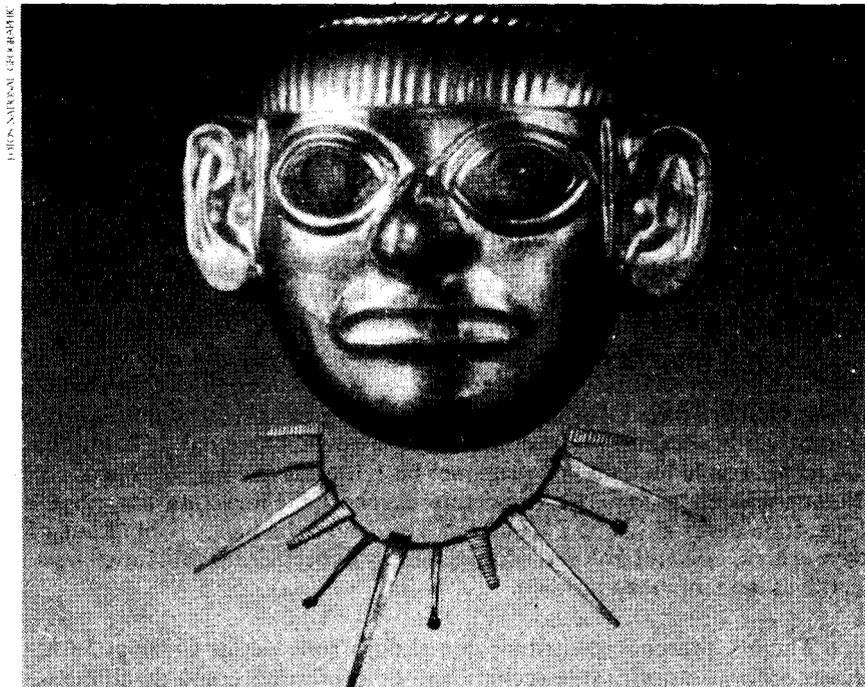
Finalmente, expresamos nuestra convicción en el respeto a la persona, la vida y la vigencia del Derecho. Su logro nos permitirá contribuir con un país mejor. Esta es nuestra meta y hacia ella debemos trabajar.

Diciembre de 1989
Comité Directivo.

Proyecto Arqueológico Huaca Rajada

SIPÁN

C H I C L A Y O



Desde hoy totalmente iluminado

La cultura es la luz de los pueblos. De ahí nuestra participación en programas que permiten su desarrollo, promoción y divulgación. Hace unos meses el mundo entero volteó la mirada hacia Chiclayo y se maravilló ante el descubrimiento de

la Tumba del Señor de Sipán, considerada el más fino ejemplo de joyería pre-colombina. La Tumba de Sipán forma parte del Proyecto Arqueológico Huaca Rajada donde el Banco Latino se hace presente encargándose de la iluminación de este importante complejo turístico.

 **Banco Latino**
Donde usted exige.

THEMIS, cinco años de su segunda época

Corría el año 1965. Quien escribe estas líneas era Decano de la Facultad de Derecho. La Facultad funcionaba en el antiguo local de Riva Agüero, en Camaná 459, en el centro de Lima. Los estudiantes no llegaban a 400 y los profesores apenas eran 40. Un grupo de estudiantes de Derecho, liderados por el Cuerpo de Redacción integrado por Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva y Luis Stucchi, irrumpió en los predios universitarios y jurídicos del país con una flamante y ambiciosa revista.

Fueron catorce estudiantes los fundadores de THEMIS. De ellos, Domingo García Belaúnde, Baldo Kresalja, Jack Baticevsky y Jorge Vega Velasco son actualmente profesores en nuestra Facultad.

A propósito de la aparición del primer número de THEMIS -en el cual el suscrito tuvo el gusto de publicar una contribución- la revista "Derecho" insertó la siguiente nota en su Crónica del Claustro:

"LA REVISTA THEMIS.- Ha aparecido el primer número de la revista "Themis" que publica un grupo de alumnos de nuestra Facultad. Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva y Luis Stucchi forman parte del Cuerpo de Redacción. Este número que corresponde al último trimestre de 1965 contiene colaboraciones de Catedráticos y alumnos. Entre los primeros: los Dres. Jorge Avendaño (Títulos Supletorios y la acción declarativa de prescripción); Raúl Ferrero (Misión Social del Derecho) y Felipe Osterling Parodi (El Pago con efectos de Cambio). Entre los segundos se publican interesantes notas de Domingo García Belaúnde, Miguel Vega Alvear (sobre la obra de Carnelutti), Ignacio Basombrión Zender (El Desarrollo Económico y la Evolución del Derecho), Luis Stucchi Díaz (El Senado Funcional). La Revista, de unas 30 páginas, está bien impresa y publica, como lo acabamos de ver, buenas colabora-

Jorge Avendaño V.

Decano de la Facultad de Derecho y miembro del Comité Consultivo de Themis

ciones. Deseamos todo éxito a esta nueva publicación, que constituye un esfuerzo digno de encomio".

Durante la primera época de THEMIS, que duró de 1965 a 1967, varios de nuestros actuales profesores escribieron contribuciones importantes. Así, en el número 1, el Dr. Felipe Osterling publicó un artículo sobre el pago con efectos de cambio. En el número 2 el Dr. Enrique Elías Laroza escribió sobre la noción jurídica de las reservas y el Dr. Fernando de Trazegnies se refirió a la presencia de Locke en el derecho contemporáneo. En el número 3 publicó una contribución el Dr. Domingo García Belaúnde y en el número 6 el Dr. Fernando Vidal escribió unas consideraciones preliminares con relación a la responsabilidad civil extracontractual. El Dr. Marcial Rubio, entonces alumno, publicó un trabajo sobre el objeto del estudio del derecho a través de Hans Kelsen.

Es importante hacer una breve referencia al medio estudiantil en aquel entonces, para comprender mejor el enorme esfuerzo que representó THEMIS para sus fundadores. En esa época sólo había una publicación en la Facultad, la revista "Derecho", que aparecía una vez al año y que era el órgano oficial. A cargo de ella estaba nuestro recordado Secretario Académico el Dr. Xavier Kiefer-Marchand. Los alumnos no tenían representación en el Consejo de la Facultad, tampoco había claustros plenos ni comisiones paritarias. Los cursos eran anuales y el curriculum era absolutamente obligatorio, sin posibilidad de elegir materias a gusto de los estudiantes. Los alumnos asistían a clase todas las mañanas y por las tardes hacían prácticas en Estudios y oficinas legales. En este medio, sin participación estudiantil y sin muchos estímulos académicos, surgió la iniciativa de estos catorce destacados estudiantes, hoy profesionales de prestigio.

THEMIS apareció hasta 1967. ¿Por qué se extinguió THEMIS? Nunca he sabido la respuesta precisa, pero me atrevo a suponer que sufrió una

morte natural, muy frecuente en las publicaciones jurídicas que circulan en nuestro medio, originada muy probablemente porque la mayoría de sus fundadores se graduaron de sus estudios y no hubo quién los sucediera.

Casi 20 años después, otro destacado grupo de alumnos (José Amado, Fernando Arias Stella, Eduardo de Rivero, Jackeline Chappuis y Gustavo López-Ameri), asesorados por los profesores Miguel de la Lama, Domingo García Belaúnde y Alfredo Ostoya, publicaron el primer número de la segunda época de THEMIS. Desde entonces, catorce números han salido a publicidad. Ininterrumpidamente la revista ha sido publicada por diversos Comités Directivos que han ido reemplazándose. THEMIS tiene un Comité Directivo integrado exclusivamente por alumnos que van cambiando conforme los mayores van egresando de la Facultad. Tiene además un Comité Consultivo integrado por profesores de la Facultad, quienes también cambian periódicamente.

Grandes dificultades han tenido que superar los editores de THEMIS para mantenerla viva durante estos cinco años. La principal dificultad ha sido la de orden económico. No es fácil obtener el financiamiento para editar una revista jurídica, cuyos lectores no son muchos en un medio como el nuestro. Pero el entusiasmo y empeño de los alumnos que han estado a cargo de THEMIS han asegurado su aparición periódica y siempre con buena calidad.

Hace más de 20 años, como el primer paso del proceso de reforma que emprendimos en Derecho, tres profesores de la Facultad fuimos invitados por la Fundación Ford para visitar 5 Escuelas de Derecho de los Estados Unidos. Felipe Osterling, Carlos Fernández Sessarego y el suscrito visitamos las Escuelas de Derecho de Notre Dame, Georgetown, Harvard, Columbia y Nueva York. Allí vimos, por primera vez, lo que son las revistas de las Escuelas de Derecho norteamericanas. Todas ellas de excelente calidad, de circulación nacional en algunos casos, citadas frecuentemente en los procesos judiciales e informes de los abogados, con una característica común: todas son editadas por los más destacados alumnos del último año de la respectiva Facultad. Hay un Comité Directivo que preside un alumno y que integran exclusivamente alumnos. Es-

te Comité decide qué se publica, cómo se publica, qué se suprime y qué se corrige. Así se trate del más destacado jurista que pretenda colaborar, su contribución pasa por el tamiz de este Comité Directivo integrado exclusivamente por alumnos. Ser presidente del Comité Directivo de la revista de las principales Escuelas de Derecho de los Estados Unidos, es tener el futuro profesional asegurado, porque ese cargo es tarjeta de presentación para cualquier actividad futura.

Cito todo lo anterior porque me pregunto hasta qué punto influyó esa experiencia en la decisión de nuestros alumnos de entonces. Recuerdo que de regreso de ese grato y fructífero viaje, los tres profesores comentamos con entusiasmo la forma como se editaban las revistas en los Estados Unidos. Muy probablemente nuestros alumnos de entonces escucharon estos relatos y así despertó en ellos una inquietud que ya tenían latente, el de la lucha por el derecho a través de un medio de expresión conducido exclusivamente por ellos.

THEMIS es ya una institución en la Facultad de Derecho de la Católica. Esto habrá de materializarse próximamente cuando inauguramos nuestro nuevo local completo. En el primer piso del nuevo edificio hay actualmente en construcción una oficina que se destinará a las tareas administrativas de THEMIS.

Entre las muchas satisfacciones que deben tener los alumnos que han dirigido THEMIS en estas dos épocas, hay una que probablemente los gratifica más. Su ejemplo ha sido imitado. Otros alumnos de Derecho acaban de publicar una nueva revista, "Derecho y Sociedad", a la cual también deseamos una existencia duradera. El ejemplo, sin embargo, no sólo ha sido imitado en la Católica. También los alumnos de Derecho de la Universidad de Lima han publicado recientemente el número 1 de la revista "Advocatus", en un esfuerzo alentador que se une al de THEMIS -y ahora al de Derecho y Sociedad- para incrementar la contribución de los estudiantes en el campo jurídico.

Al cumplir 5 años de su segunda época, expreso a través de estas líneas mi más cordial felicitación a los editores de THEMIS en sus dos épocas.

Entrevista a Fernando de Trazegnies

En el Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas realizado en la República Oriental de Uruguay, del 08 al 10 de setiembre de 1988, se logró aprobar la creación y difusión del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes (COLAPJE), con la finalidad de promover el apoyo e intercambio de revistas y la elaboración de programas entre sus miembros. En dicha oportunidad Thémis fue elegida como secretaria coordinadora de la región comprendida por Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, tal como informáramos en Thémis 13.

Con tal fin, Thémis celebró un Convenio de Intercambio y Colaboración con la revista "Lecciones y Ensayos" de la Universidad de Buenos Aires, cuyo primer acto sería la entrevista conjunta al Dr. Fernando de Trazegnies realizada en Lima, el 31 de enero de 1989 y que en esta edición cumplimos con presentar.

La preparación y edición de esta entrevista correspondieron a Alberto Bovino (Lecciones y Ensayos), Alfredo Bullard y José Alfredo Jiménez (ex-Thémis)

En una de sus clases del curso de Filosofía del Derecho Ud. anota una frase en la pizarra y le pide a sus alumnos que la comenten. Quisiéramos por un momento invertir esa figura y que nos comente la frase "Estudiar el Derecho es estudiar la ley".

Efectivamente yo coloco la frase en una de las primeras clases del curso, pero el objeto que tiene es invitar a una reflexión en este sentido, no para llegar a una conclusión positiva o concordante, simplemente para abrir la discusión. Tengo la impresión de que muchas veces cuando los abogados hacemos derecho, y cuando los profesores lo enseñamos, partimos de una cierta actitud frente al derecho, de un concepto de derecho con el que vivimos intuitivamente; pero en el momento que alguien nos pregunta: ¿qué piensa Ud. del derecho, cuál es el concepto que de él tiene?, entonces soltamos un concepto totalmente diferente. En el fondo creo que somos un poco esquizoides. Hay en nosotros una parte teórica y otra práctica, y creo que todos somos así, porque hemos sido formados en eso; aunque algunos sean más o menos concientes del asunto, en definitiva todos somos así. Lo normal es que la persona estudie muy positivista a un cierto nivel; a otro nivel, digamos, de mayor profundidad, será muy creativo, aun cuando se sienta a él mismo actuando muy positivista, o por lo menos de acuerdo con ciertos patrones positivistas. Pero si uno hace la pregunta directa, ¿qué opina Ud. del derecho?, la mayor parte de la gente, por lo menos aquí en el Perú, contesta diciendo que el derecho es el derecho natural y terminamos jusnaturalistas. Yo creo que tenemos hasta tres niveles de planos complicados. Lo que intenta esa frase es poner de relieve esta situación interna dentro de noso-

tros e iniciar una especie de psicoanálisis jurídico, que cada uno saque de adentro estos elementos que tiene a nivel inconciente y con los cuales evalúa la realidad, los ponga adelante, les dé vuelta para todos lados, los mire y finalmente al concluir el curso diga, "bueno, efectivamente, yo tenía todas estas ideas, todavía me gustan, estoy de acuerdo con ellas y sigo adelante", pero ya concientemente; o "no me gustan y las cambio".

¿Cuál es su opinión sobre el positivismo kelseniano?

Yo creo que Kelsen tuvo un mérito extraordinario. Ese mérito fue el de imponer un rigor en el conjunto jurídico, que no existía quizás antes. Creo que obligó a ser muy coherente, muy lógico, a atender una serie de detalles, a pensar el derecho como un sistema, y para eso tuvo que podar muchas cosas, a fin de que pudieran caber dentro del sistema; hubo que cortarle los pies al cadáver para que entrara en el ataúd, pero ahí estaba el sistema. En ese sentido creo que tuvo un mérito extraordinario. Otro mérito del positivismo kelseniano es su valoración de algo que me parece importante en el mundo actual y no lo ha sido siempre en todas las épocas, la seguridad jurídica. Creo que Kelsen produce todo eso como consecuencia valiosa. El problema con el positivismo kelseniano consiste en que lo que se ha difundido habitualmente no es el propio positivismo kelseniano sino un positivismo pop, algo así como recibir a Kelsen de salpicón. Posiblemente alguien leyó en forma parcial a Kelsen y con ese material fragmentado armó un Kelsen en su cabeza, a partir de esa parcialidad ha enseñado a otras personas y éstas a terceros; entonces todo el

mundo habla de Kelsen y yo dudo de que, por lo menos en el Perú, exista mucha gente que haya leído completa la Teoría Pura. Tengo la impresión de que hay una gran cantidad de personas que se sienten positivistas o que por lo menos actúan positivamente en ese otro nivel del que hablábamos hace un momento y que sin embargo no han leído la Teoría Pura, sino que les ha caído un poco de salpicón. Eso hace que los defectos que tenía la Teoría Pura en sí misma hayan sido acentuados y tomados en algunos aspectos de manera tan dogmática que Kelsen no lo hubiera aceptado. Por ejemplo, con respecto a la interpretación de la norma, se estudia una teoría que flota aquí en el ambiente, siendo en verdad algo con lo que Kelsen habría estado en total desacuerdo. En realidad Kelsen nunca quiso hacer una teoría de la interpretación única de la norma, nunca quiso llegar a la conclusión de que a través de la interpretación era posible, como en un razonamiento matemático, llegar a una conclusión única; al contrario, cuando refiriéndose a la interpretación habla de "la ciencia tradicional del derecho", entiende referirse a la ciencia exegética, y por exegética lo pasado. "La ciencia tradicional del derecho quisiera esto, pero esto es una ilusión" agrega, y razona de la siguiente manera: "Lamentablemente, yo no puedo ayudar al juez en forma directa, aunque quiera hacer una institución muy rigurosa, sería una interpretación a nivel científico, es decir, yo puedo intentar interpretar la norma concreta, concordándola con el resto del aparato normativo, y llegar a este tipo de conclusiones, que pueden ser varias; pero no puedo escoger entre ellas porque ya no tengo el elemento normativo para hacerlo, tendría que escoger en base a elementos que no están en las normas mismas. Sin embargo, lo que se entiende por teoría kelseniana de la interpretación es eso que Kelsen criticaba como ciencia tradicional; se quiere hacer decir a Kelsen que él era partidario de una interpretación única de las normas, y creo que Kelsen, no sé si a su pesar, o si le entusiasmaba la idea también, no dejaba de reconocer que el juez es un creador; es verdad que a él le gustaba la coherencia lógica perfecta y que la creación rompe un poco la lógica, pero admitía que el juez tiene que hacer todo el trabajo lógico como el científico, y es ahí donde va a encontrar tres o cuatro posibles interpretaciones, y frente a ellas va a dar una propia opinión, a agregar cosas y a crear soluciones. Creo que, normalmente, esto no se ha visto en el Perú y por eso el kelsenismo ha sido un poco distorsionado en nuestro medio. Aparte de eso, tengo objeciones al kelsenismo en otro sentido. Considero que esa dicotomía entre el científico y el juez que aplica es interesante hasta cierto punto, pero no resuelve el problema en última instancia. El derecho no puede quedarse a diez centímetros del suelo, tiene que llegar hasta el suelo mismo, tiene que llegar hasta la aplicación misma, y una teoría o alguien tiene que poder explicar el conjunto de todo. Entonces es

preciso crear una cierta "impureza" a la teoría para poder dar ese salto del fin del nivel científico al que llega Kelsen, del último escalón científico hasta la tierra. Para eso hay que dar una teoría y ello ya no será puro desde el punto de vista kelseniano, pero creo que no hay más remedio.

¿Cómo definiría a grandes rasgos los sistemas jurídicos latinoamericanos?

Creo que, en general, los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido profundamente influenciados por los sistemas europeos. Nosotros en buena cuenta hemos retomado esa tradición occidental, en el sentido más descriptivo del término, y hemos tratado de aplicarla a nuestro medio. Ahora, es cierto que en la aplicación se han creado cosas y que, conciente o inconcientemente, se las ha entendido de manera diferente. Hay otros aspectos en los que directamente se ha transformado lo que viene de afuera para adaptarlo a nuestras realidades y en otros casos simplemente se ha calcado con bastante buen resultado. Considero que la legislación latinoamericana es una buena legislación y que hemos tenido gente de primerísima en todos estos países, lamentablemente más fuera del Perú que dentro del Perú. Latinoamérica ha tenido la suerte de tener un Vélez Sarsfield, que creo ha sido un monstruo; ha tenido la suerte de tener un Tejeira y un Andrés Bello, que me atrevería a calificar de igual manera. El Perú no ha tenido un jurista de esa categoría. El Código de 1852 fue hecho por una comisión de juristas muy capaces e inteligentes, pero ninguno de ellos al nivel de estos grandes personajes latinoamericanos. Luego, para el Código de 1936 hubo un equipo bastante bueno. Era, en líneas generales, gente interesada en cosas nuevas, abierta y con gran inquietud. Ninguno tampoco que descollara en una forma única o absoluta, pero como equipo fue bueno. Finalmente, el último Código, de 1984, también ha tenido un equipo que ha trabajado muy honestamente, con verdadera dedicación al asunto. En síntesis, hemos tenido buenos juristas.

¿Qué inconvenientes y conflictos surgen en el sistema jurídico ante la existencia de culturas tan diversas como las que conviven en el Perú?

En países como el Perú, distintos de la realidad argentina, tan homogénea, se vive dentro de una multiculturalidad; no tenemos una situación única, estable, homogénea, sino al contrario, una situación plural, muchas veces incoherente, donde los elementos sociales están a veces en contradicción, provienen de orígenes distintos, se encuentran a niveles de desarrollo y en épocas totalmente diferentes. Esto crea dificultades muy graves. En ese sentido, creo que hay un cierto derecho que, lamentable o afortunadamente, no lo sé, tiene que ser destinado a la actividad más occidental, siempre en el sen-

tido más descriptivo del término. Es decir, tiene que haber un código civil moderno, hecho de tal manera que si llega un inversionista belga, norteamericano o chino, pueda leerlo y decir: "Aquí reconozco todos los principios que están en nuestras legislaciones", y así podamos hacer negocios y tratos con estas personas, porque no son, pues, unos monstruos que vienen de Marte, totalmente diferentes, con cuatro ojos y seis brazos; son gente como nosotros y esto es lo importante, sentir que hay una cierta comunicación con los demás países del mundo, y cierto tipo de actividad que desarrollamos aquí y que es una actividad del mismo nivel que en esos países. Para ello se necesita una cierta normatividad. El problema está en que gran parte de nuestras mayorías nacionales viven dentro de otro cuadro de condiciones sociales, económicas, en otro tipo de mundo, con otra clase de relaciones, y para ellos estos códigos resultan absolutamente fantásticos, como de ciencia ficción, pues nada tienen que ver con su realidad cotidiana. Si pensamos en las relaciones contractuales, si queremos llamarlas contractuales además, que nacen en el interior de una comunidad indígena, por las cuales una persona trabaja la tierra del otro. Eso, ¿qué es?, ¿Es un contrato de arrendamiento?, ¿Es un contrato de aparcería?, ¿Es una asociación en participación?. Si tuviéramos que aplicarle cualquiera de nuestras instituciones occidentales las cosas no funcionarían. Aquí también se sale el muerto del ataúd por todos lados, los brazos son muy largos, las piernas, la cabeza. No entran las cosas, y creo que forzar para que entren es muy complicado, no daría buenos resultados. Por eso tenemos que acostumbrarnos a vivir dentro de una situación de pluralismo jurídico. El Perú tiene que reconocer que hay circunstancias en las cuales el derecho occidental no se aplica; el problema está en los límites del pluralismo jurídico, lo que se ha discutido mucho en el Perú y siempre nos crea algo de angustia. Porque no se trata simplemente de admitir que cada grupo cultural tiene su propia normatividad consuetudinaria y que cada uno baile con su propio pañuelo, como decimos aquí. Esto no puede ser, porque implicaría la desarticulación del Estado. El Estado moderno es siempre un Estado central y no hay duda de que el derecho tiene que ser de alguna manera un derecho unificado; aun cuando admitamos el pluralismo debe existir algún criterio de unificación del derecho, ya que se trata de disgregar la sociedad. Actualmente existe una cierta tendencia a medievalizar el Estado moderno y así cada comunidad, cada grupo de intereses tienen sus propios regímenes. Yo creo que esto es negativo, dado que en primer lugar hay que mantener una cierta centralización, en el buen sentido del término, no un centralismo, en la capital de la República o en la visión occidental, pero sí un estado central que subsista a través de todos los pluralismos. En segundo lugar, hay cierto tipo de campos en los cuales el pluralismo no es tolerable, y no

lo es cuando afecta demasiado gravemente las concepciones del resto de la población. Imaginemos un grupo amazónico que, como a la ley islámica, se le ocurriera que a todo aquél que robe se le cortará la mano, y a todo aquél que comete adulterio se le castrará. Bueno, el Estado peruano no puede admitir este tipo de situaciones, que repugnarían demasiado a conceptos que consideramos no solamente parte de la civilización occidental, sino que son, o deberían ser, universales. La civilización occidental tiene ciertos elementos que, por considerar fundamentales, pretende imponer sobre las otras aunque éstas no lo quieran -claro que todas las civilizaciones han tenido sus propios núcleos que habrán pretendido imponer sobre las demás, lo cual no es una particularidad de esta civilización occidental- llámense derechos humanos, o llámense aspectos fundamentales de la dignidad humana, que no son materia de transacción. Entonces, cuando ese tipo de derechos consuetudinarios tocan esos aspectos, no es posible permitirlo. Imaginemos por ejemplo que aquí hubiera situaciones paralelas o similares a las de algunos países árabes, en donde todavía se somete a las niñas de ocho a diez años a una operación terrible cortándoseles el clítoris para que no tengan nunca placer, porque el hombre musulmán no quiere que la mujer tenga placer, quiere tenerlo él solamente. Esto es una barbaridad del que no se puede permitir. Y nosotros no estaríamos de acuerdo con eso nunca, aunque viviéramos en un país musulmán. Aquí en el Perú, si a alguien se le ocurriera que por sus convicciones religiosas esto debería ser aplicado, no podríamos permitirlo y habría que sancionarlo. Es así como el pluralismo jurídico topa con ciertos límites; dónde poner esos límites, hasta dónde sí, hasta dónde no, es muy difícil de determinar. Creo que esos límites vienen un poco dados por la noción de sentido común, son parte de la tolerancia que tiene una determinada sociedad. En cambio hay otras áreas en las cuales puede admitirse perfectamente el pluralismo jurídico sin ninguna duda, como en los sistemas de matrimonios consuetudinarios. Nosotros tenemos en el Perú ese sistema de matrimonio, el *servinakuy*, que alguien ha llamado matrimonio a prueba, pero que no es propiamente tal, sino más bien un matrimonio por etapas; es decir, la persona "se va casando" y va asumiendo compromisos mayores a lo largo de un proceso a través del tiempo y no en un solo acto como la firma en el registro. Sin embargo, así como el hombre va adquiriendo derechos sobre su mujer desde el inicio del proceso, en cualquier momento puede cortarlo porque no ha terminado todavía. Este *servinakuy* es perfectamente válido en nuestras comunidades serranas y no veo por qué nosotros no podríamos reconocer ciertos derechos que se derivan de él; más aún, no es claro el por qué no podríamos considerar al *servinakuy* como una institución válida y legal para evitar que nuestro derecho occidental cause injusticias en esas áreas.

¿A qué se refiere Ud. cuando habla de evitar que el derecho occidental cause injusticias en esas áreas?

Cuento un caso que es muy breve pero muy claro en este aspecto. Un chico de una comunidad serrana, de unos catorce años, se "casa" en servinakuy con una chica de doce, perteneciente a la misma comunidad. Pero el matrimonio en las comunidades serranas no es un proceso entre dos personas sino entre dos familias; es casi una alianza familiar. Una vez "casados" y después del intercambio de regalos, van a vivir con la familia del marido. Es en esta época cuando la chica queda embarazada, pierde su bebé, y poco después sufre otro aborto. Cuando él ya tiene dieciocho años y ella dieciseis deciden venir a Lima para probar suerte. Así lo hacen, se establecen en el Callao y él comienza a trabajar. En Lima vive una tía de ella desde hace más de veinte años, totalmente aculturizada. Un sábado a la noche el chico regresa a su casa, habiendo tomado unos tragos con sus amigos, tal como pasa en la sierra donde el sábado en la noche se pegan su gran bomba, su gran borrachera. Ella lo recrimina por haber bebido demasiado y haberse gastado la plata de la semana y él, entonces, le arrea una golpiza de todos los diablos. La muchacha, con los ojos hinchados y varios moretones, va corriendo donde su tía, pidiéndole consejo. La tía le recomienda denunciar el hecho en la comisaría. Una vez allí le explica al oficial: "Mire Ud., me han pegado, me han hecho esto". "Bueno -dice el oficial-, entonces vamos a detener a tu marido". "Ah, no, detener no, eso ya es demasiado. En realidad yo no quiero que me lo metan preso; yo lo quiero a él, sólo le pido que Ud. le hable". "Oiga, no, que la comisaría no se ha hecho para hablar, yo lo voy a detener". La conversación sigue y en ella la muchacha explica que ha vivido con su marido por cuatro años. "Cuatro años y en realidad tú no eres casada" -afirma el oficial-. "Bueno, sí somos casados pues, en servinakuy". "Tú no eres casada -repite el oficial- ¿Y qué edad tienes?". "Dieciseis". "¿Cómo, entonces tú estás desde los doce años con tu marido? ¿Y has tenido relaciones sexuales con él?". Así, la muchacha cuenta inocentemente toda su historia. Y en la comisaría le dicen: "¡Ah! Violación, acto carnal con menor de edad", e inmediatamente mandan un policía y detienen al muchacho. La chica desesperada dice: "Yo no quería hacer esto. Déjenlo libre, quito todos mis cargos, ya no quiero saber nada del asunto". "No -se le responde-, es que ya no es un problema suyo, sino del Estado peruano contra su marido, porque él ha cometido violación". "Pero es que no es violación, si esto ha sido en casa de sus padres -explica ella-. Hemos vivido allí después de toda la ceremonia". "No, es violación". Entonces, se abre la instrucción contra este muchacho. El caso lo conozco porque he visto el expediente con motivo de la graduación de un estudiante de la Universidad, y el que estaba

a mi lado como uno de los miembros del jurado era un vocal que había participado en el expediente, de modo que tuve oportunidad de conversar bastante con él y de preguntarle qué había sentido ante esta situación. Me explicó que en el tribunal la situación había sido terrible, porque se actuaron como prueba todos los elementos que acreditaban que esto había sido un servinakuy. No había duda, y efectivamente ahí estaban todas las declaraciones. Era perfectamente normal en las comunidades serranas que un chico de catorce años y una chica de doce tuvieran relaciones sexuales. Pero, por otra parte, el Código Penal peruano dice que esto es violación y en esos términos no hay nada que hacer. Claro que como en el tribunal se sentían muy mal frente a esta situación, aplicaron un medio para salir adelante y al mismo tiempo no violar la ley. El chico había estado ya seis meses detenido, mientras se desarrollaba la investigación y el juicio llegaba al tribunal correccional. Lo que hicieron entonces fue aplicar el art. 45 del Código Penal, según el cual tratándose de indios semi-civilizados o degradados por el alcoholismo y la servidumbre, el tribunal puede reducir la pena por debajo del mínimo legal. Le aplicaron así seis meses de prisión, con lo cual quedó purgada su pena con la carcerería que ya había sufrido y el chico salió libre del tribunal. Creo, sin embargo, que estos casos debieran ser solucionados sin tales artificios. El Derecho debería tomar una actitud más honesta frente a ellos y verlos más directamente. Al decir: "Caramba, estamos ante una situación que el derecho occidental no puede solucionar", aquí no se afecta ningún principio tan grave tampoco. Aunque frente al hecho de que las relaciones sexuales se den a los doce o trece años, nosotros, por nuestra mentalidad, consideremos que esa edad es un poco pronto, la comunidad serrana no lo considera así y en definitiva es un problema de ellos; por lo tanto no veo por qué nosotros vamos a aplicarles nuestra propia legalidad. Este es el tipo de problemas que se presenta y me parece bien complicado de manejar, pero la solución es enfrentarlos de manera muy directa; claro que no es eso lo que se está haciendo, no hay un trabajo serio sobre este asunto.

¿Cuál cree Ud. que es la solución que el sistema debe asignar a este tipo de conflictos, y, particularmente, cuál es el rol de la Universidad ante el problema?

Miren, la Universidad tiene que buscar un poco, porque es el centro de la investigación; pero a lo que hay que llegar simplemente es a una norma legal que establezca las diferentes competencias y jurisdicciones. Aquí hay, yo diría, dos problemas: uno de derecho aplicable y otro de jurisdicción competente. Son dos cuestiones diferentes pero en ambas juega el tema del pluralismo. El problema del derecho aplicable se presenta cuando se va a re-

solver un caso, y como en el caso concreto de la violación que veíamos, se va a aplicar como criterio la norma jurídica del derecho occidental incorporada en el Código Penal; o las costumbres de la comunidad considerándolas como una normatividad diferente. Estamos en una elección entre dos derechos. ¿Quién hace la elección? El juez occidental, el tribunal correccional. Un segundo problema es el de la jurisdicción competente, es decir qué cosas deben ser resueltas por los tribunales occidentales y qué cosas deberían ser resueltas por los tribunales locales que surgen de abajo, de los propios grupos sociales involucrados. Las dos preguntas son complicadas, juegan además una con la otra, y hay una serie de matices que deben también tomarse en cuenta. Personalmente diría que no se puede -sin peligro de afectar el Estado central que, creo, debe ser conservado- dejar que las comunidades apliquen sanciones que sean demasiado graves. Y no creo, por ejemplo, que una comunidad indígena pueda aplicar pena de muerte. En primer lugar, porque ni siquiera se admite en el derecho occidental peruano; la Constitución peruana no la admite, y en esa no admisión se está planteando un principio que el conjunto de los peruanos quiere. Quizás en un futuro se cambie, pero por el momento la pena de muerte no se puede aplicar en el Perú, y si no se puede aplicar en el Perú, no la puede aplicar ni el derecho occidental ni tampoco una comunidad serrana. Entonces, si un día hay un linchamiento en una comunidad serrana porque un señor fue abigeo o lo que fuera; creo que el Estado debería intervenir y considerar que esto no es un derecho popular o una justicia popular sino una infracción grave de los principios que rigen el sistema actual. Hay un nivel de penas que no es posible aplicar por las propias comunidades locales y que tienen que ser aplicadas por el tribunal oficial del Estado peruano. Por otro lado, hay asuntos que son tan propios de la vida cotidiana que no deben ser resueltos por los tribunales oficiales sino manejados por los tribunales locales, por ejemplo estos problemas a los que nos referíamos hace un momento. La relación que existe entre dos comuneros cuando uno se pone de acuerdo con el otro para que éste le trabaje la tierra y a cambio le da una parte, es una relación demasiado complicada para nosotros, simplemente no la entendemos. Quizás sea muy sencilla, tan simple que no la entendemos por tener una mente complicada. Pero el hecho es que para nosotros esto no resulta fácilmente manejable, y que lo entienden mucho mejor ellos mismos. En tal caso, el presidente de la comunidad -si es un hombre honesto- o, en su caso, un consejo de la comunidad, como un consejo de Varayocs, puede resolver este problema mucho mejor. Se pueden crear así ciertas competencias a estos niveles. Esto se ha dado ya en la ley de comunidades nativas (nosotros llamamos comunidades nativas a las amazónicas y comunidades serranas o andinas a las de la sierra, las de altura), en

la que se ha dado cierta clase de facultades a las personas que viven en grupos étnicos tradicionales en la selva. Allí ha habido casos terribles, casos muy complicados. Uno de ellos, es el de un individuo considerado por su tribu selvática como un brujo malo (ellos consideran que hay brujos malos y buenos). Este era un hombre que tenía poderes que de repente no usó bien, transformándose así en brujo malo. Por arte de brujería mató a otro individuo de la comunidad enviándole una serpiente para que le picara. Bueno, nosotros nos reímos, pero en realidad para ellos es muy serio, están convencidos de que esto es así. Evidentemente no están dentro de esa categoría, como decía Max Weber, de pensamiento lógico-formal, y están viviendo dentro de una categoría diferente, en la cual no se mueven con una manera racional de juzgar. Si bien para nosotros no hay relación de causa y efecto entre la picadura de la víbora y los rezos que puede haber hecho el otro señor para que la víbora le picara, para ellos eso es relevante; creen que si la víbora picó, es porque la mandaron. Entonces la comunidad designa cuatro personas con unos nombres de lo más extraños para que vayan y maten al brujo malo. Entran en su choza una noche, lo acuchillan e inmediatamente lo entierran en la selva. Pasa por allí de casualidad una patrulla, formada por un solo hombre, un policía en una canoa, y se detiene en el sitio donde vive esta tribu. Y alguien, seguramente uno de los parientes de aquél que mataron, del brujo malo, le relata su muerte y la razón de ella. El policía, indignado, se propone capturar a esas personas y finalmente lo logra, prendiendo a los cuatro que han matado. Les pregunta: "¿Uds. han matado?". "Pues sí, matamos -le contestan- pero lo hicimos en nombre de la comunidad". Después de escuchar esto, el policía decide llevarse a los cuatro confesos. Los carga en la canoa y se los lleva al tribunal correccional de Amazonas.

Allí se les inicia un proceso ante el juez instructor, en cuyas manos demora mucho tiempo el asunto. Finalmente, llega al tribunal que se encuentra en una situación extrañísima, estas personas parecían lo más simple, lo más honesto, lo menos peligroso. Además, el indio amazónico no puede vivir preso y estos hombres ya hace varios meses que lo estaban y habían comenzado a adelgazar, son como pájaros silvestres que metes en una jaula y comienzan a entristecerse, a debilitarse. La situación era terrible y en los interrogatorios estos hombres confesaban abiertamente que habían matado, pero que consideraban que estaba bien. El tribunal correccional francamente no sabía qué hacer con ellos. Pero sin duda éste es uno de los casos en que hay que sancionar de alguna manera, quizás no con la misma dureza con que se pudiera sancionar a un hombre de cultura occidental, pero sí debe haber alguna sanción; de lo contrario, casos como éste seguirán proliferando, y es una de las cosas que hay

que erradicar porque altera y afecta demasiados valores que para nosotros son importantes. Pero en todo caso el tribunal, aquí, frente al problema, no sabía cómo sancionar, qué hacer, y encontró también un artificio procesal realmente increíble. Mandó a la policía a buscar el cuerpo del delito, que en este caso era el cadáver y una patrulla de dos o tres policías fue a buscarlo a la selva, pero nunca lo hallaron; fue imposible exhumarlo. Así regresaron y dieron cuenta de que el cadáver no existía. Por consiguiente, al no existir cuerpo del delito, no había delincuentes. Y aunque esta gente reconocía haber matado, salió libre. Obviamente se trataba de un artificio que revela la contradicción mental que tenían estos señores vocales, que no sabían qué hacer frente al hecho. Como vemos, todo esto debe ser trabajado, profundamente estudiado. Y en ello la Universidad tiene un papel importantísimo. Sin embargo, el tema no se está viendo suficientemente; hay focos de atención por momentos, como cuando se presentó el caso Huayanay que desató un poco de discusión en los periódicos, en la Universidad; pero después todo el mundo se olvidó del asunto, o cuando lo del caso Uchuraccay sobre el cual, si bien fue radicalmente diferente del caso Huayanay, también hubo cierta discusión acerca de la situación del pluralismo jurídico, luego todo pasó. Yo he intentado algunas veces organizar en la Universidad (THEMIS puede ayudarme a hacerlo algún día) una especie de forum, trayendo gente de fuera del país, antropólogos que hayan trabajado sobre este mismo problema; pero lamentablemente no he logrado hacerlo hasta ahora. Sin embargo, no sería realmente difícil, contando con belgas, ingleses o americanos que hayan trabajado en Africa y domi-

nen el tema. Discutir con los antropólogos y así lograr la comunicación de dos disciplinas, la antropología y el derecho, sería fascinante a nivel científico y, lo que es más importante, útil para el país.

¿A qué cree Ud. que se debe que habiendo tantos casos que han llegado a ser muy conocidos, haya tan poco reconocimiento a nivel legal de las instituciones de estas comunidades?

Se debe a que en el fondo, quizás, la gente sea egoísta y viva metida en su propio mundo; y sucede que los mismos "interesados" no tiene mayor interés, porque el hombre de la comunidad serrana, el hombre de la comunidad nativa, no tiene ningún interés en que le cambien las leyes desde Lima, ni tiene acceso a que lo hagan. Y él no se preocupa del asunto, sino que vive su mundo, perfectamente dentro de su propia esfera. Claro que algunas veces hay conexiones entre las esferas y eso le molesta. Entonces sigue el camino más práctico: huir de ellas. Se va, se esconde cuando lo persiguen por un hecho que el sistema occidental considera delito y él no. Se va, se sube a la punta de un cerro y no lo encuentra nadie. Después regresa. Toma, más bien, ese tipo de medidas defensivas. En los mismos nativos no hay una iniciativa para llevar adelante el asunto. Y con respecto a los que vivimos dentro de un mundo occidental y de un derecho occidental, aunque exista cierta conciencia del problema, estamos muchas veces inmersos en otras cosas, como nuestro trabajo cotidiano; y claro, aunque por momentos todo el mundo tiene interés, después éste invariablemente baja cuando pasa el acontecimiento.

Ultima llamada a escena *

Toda elección conlleva difícilmente la posibilidad de un resultado unánime. Por ello advertiré que no poseo otra representatividad, que la que pueda tener cualquiera de mis compañeros, plenamente fundamentada en seis años y medio de confrontación con un espacio común que incluye a los Estudios Generales Letras y la Facultad de Derecho de esta Universidad.

Al final de este transcurrir, uno se encuentra en un período de crisis, de cambio, comparable al momento en que un actor está terminando un acto, y debe iniciar inmediatamente el siguiente. Sin embargo, nuestra ventaja respecto al actor, es que podemos evaluar el acto anterior, sistematizar lo aprendido, planificar el siguiente acto y asumir el rol que hemos elegido. A semejanza suya, tendremos que enfrentar a un público que no tardará en manifestar su aprobación, o por el contrario, su desagrado con nuestro desempeño profesional.

Imaginemos que este actor va a ingresar a escena por primera vez, y va a asumir un rol importante para el cual se ha preparado mucho: el de abogado, rol que anteriormente han venido interpretando sucesivamente muchos actores, razón por la cual el público ya tendrá una imagen previa del personaje.

¿Cuál es esta imagen?

"Buen jurista, mal cristiano", afirmaba Lutero en el siglo XVI.

La literatura, espejo de la percepción social del rol del abogado en este mundo, nos brinda una opinión muy similar a la anterior.

El Rey Claudio, uno de los personajes de Hamlet, afirma:

"En este mundo estragado, sucede con fre-

Martín Moscoso V.

Egresado PUC

cuencia que la mano delincuente, derramando el oro, aleja la justicia y corrompe con dádivas la integridad de las leyes".

El licenciado Vidriera, personaje de Cervantes, que al recuperar la cordura, fracasa paradójicamente en la Corte, se refiere a ella como "sustento abundante de truhanes desvergonzados".

Es por demás conocida la terrible anécdota que narra Kafka en "El Proceso" en la que un hombre es detenido, juzgado y condenado sin saber por qué.

La literatura peruana tiene un carácter más testimonial como demuestra Maruja Barrig en su estudio sobre la justicia en la narrativa nacional titulado "La Ley es la ley".

Nuestros novelistas concuerdan en mostrar al Derecho y a sus profesionales, como co-responsables de una situación nacional de desestructuración social, donde priman la injusticia, la violencia y la corrupción.

Así, por ejemplo, López Albújar, juez de profesión, encuentra un punto de contacto entre los jueces, los médicos y las madres de caridad: La anestesia del sentimiento.

Manuel Scorza, afirma detrás de uno de sus personajes de "La tumba del relámpago" que "en justicia todo es tarifa".

En fin, cabe preguntarse si nuestro actor sigue dispuesto a entrar en escena y asumir tan desprestigiado rol.

Se llega a informar, sin embargo, que a pesar de tal imagen, no todo el público reacciona igual. Que de integrarse al espectáculo en el rol que se le ha predeterminado, aceptando el guión pre-elabo-

* Discurso pronunciado en la Ceremonia de Graduación de la Promoción de Derecho 1989-I el 22 de julio de 1989.

rado, probablemente alcance mucho éxito profesional, dinero y hasta reconocimiento social. Que todas estas ventajas pueden acallar fácilmente aquellas críticas y permitirnos vivir en paz.

Si por el contrario el actor decide asumir que es el hombre el responsable de su historia, y que como tal, está facultado para alterar el guión, modificar la escena y redefinir su rol en ella, habrá optado por la vía más difícil.

Tendrá que descartar al Derecho como instrumento de dominación social, o de enriquecimiento acelerado, para entenderlo como herramienta de ingeniería social, como mecanismo generador de transformaciones que son reclamadas desde la sociedad, configurando necesidades y expectativas, frente a las cuales el Derecho tradicionalmente ha hecho caso omiso.

Desde las distintas opciones profesionales, como la del litigante, el Asesor Jurídico, el Administrador de Justicia, el Investigador, el abogado promotor social, el dedicado a la cátedra y desde las distintas áreas del Derecho: sea esta Civil, Penal, Laboral, Constitucional, Tributaria o algunas de enfoque más interdisciplinario como la Filosofía, la Sociología o la Antropología Jurídicas, va a ser posible implementar cualquiera de las dos opciones.

Pero para que uno tenga la posibilidad de actuar adecuadamente según la opción elegida, deberá contar con instrumentos teóricos que hayan partido de una reflexión sobre los problemas más acuciantes de nuestra sociedad y los distintos roles que el Derecho ha asumido respecto de ellos.

Lo anteriormente señalado sólo es posible si desde la formación se promueve la investigación y la proyección social, haciendo más factible el cumplimiento del objetivo normativamente consagrado en el Reglamento de la Facultad, por el cual en ella se deben sugerir los cambios necesarios para la vigencia social cada vez más efectiva de la justicia.

Es necesario por ello, resaltar la importancia que tiene la actual realización del Claustro Pleno, reunión conjunta de profesores y alumnos para analizar los problemas de esta facultad y las posibles medidas a implementar, retomando de esta manera, los esfuerzos que significaron la Reforma de Derecho de 1968, el Primer Encuentro de Estudiantes de 1984 y el Segundo Encuentro de 1987.

La percepción de tal necesidad, explica los valiosos intentos auto-formativos que han generado agrupaciones como el Taller de Derecho, la Asociación Jurídica Thémis, Derecho y Sociedad, entre otras, para poder contar con tal instrumental.

Nosotros, a diferencia del actor, nos hemos preparado durante seis años y medio para ingresar a la escena social, y desenvolvemos de acuerdo a nuestra opción. No debemos olvidar que como beneficiarios de una inversión de la sociedad, tenemos una deuda para con ella.

Ultima llamada a escena...

A diferencia del actor, sería mejor pensar antes que en prematuros aplausos, en asumir con mucha voluntad, decisión y compromiso, junto a Vallejo, que..." Hay hermanos, muchísimo que hacer..."

La casación civil y la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español *

Aníbal Quiroga León

Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Consultivo de Thémis.

"Abolidos por el Código Napoleónico la absurda prohibición de interpretación judicial y el *refere* legislativo, y puesta la interpretación de la ley en orden al caso singular controvertido entre los oficios esenciales del Juez, la Casación -que tomó el nombre de *Cour*, en lugar del de Tribunal, a partir del Senado Consulto del 28 floreal del año XII- extendió su control, que antes se limitaba a la contravención expresa de la ley, a la interpretación errónea y a la falsa aplicación de la ley, hasta llegar a los errores de derecho in iudicando".

Piero Calamandrei
La Cour de Cassation

I. INTRODUCCIÓN

Las modernas corrientes sobre interpretación en la jurisprudencia constitucional han cambiado los conceptos tradicionales de **hermenéutica** sistematizados inicialmente por las obras de Geny y de Von Savigny, y después profusamente desarrollados por diversos tratadistas, entre los que destacan trabajos como los de Francesco Messineo y Diez-Picazo¹. En efecto, ya no se considera a la Constitución sólo como el vértice normativo superior de todo el ordenamiento jurídico de la Nación, sino que, además de norma jurídica -o antes que eso, quizá- es fundamentalmente **norma política** continente de principios y postulados fundamentales para la orga-

nización política, social y económica de la Nación, los que por su propia naturaleza y aplicación históricamente dinámica, han de tener diferente vigencia que las normas jurídicas comunes, movilizándose en planos disímiles².

El tema que aborda el presente trabajo, es de características interesantes pues se trata de determinar si el comportamiento del Tribunal Supremo español (la admisión a trámite del recurso de casación y posterior pronunciamiento sobre el fondo de la controversia), a la luz de la interpretación de los principios constitucionales que contiene la Constitución de 1978 respecto al derecho a la **Tutela Jurídica de las Personas**, es adecuada o no. Para ser

Trabajo reformulado del original "La Casación y la Tutela Jurídica de las personas -indefensión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los años 1981 y 1982", presentado al Curso Monográfico del Doctorado Interpretación de la Constitución, del Dr. Enrique Alonso García, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Curso 83/84.

Debe tenerse en cuenta que por las críticas que este trabajo recoge se expidió la Ley 34/1984, del 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituye el Título XXI de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, adecuándose al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español toda la concepción y trámite de la casación. Este trabajo fue previo a dicha reforma. También nos interesa sobre la base del "Proyecto de Ley del Recurso de Casación" que desde 1986 ha dado a publicidad la Dirección de General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia. Sobre esta materia puede revisarse la tesis de Bruno Marchese Quintana "La Casación de los Procesos Civiles por la Corte Suprema de Justicia"; Fac. de Der., PUC del Perú, Lima, 1987.

cos del Ministerio de Justicia. Sobre esta materia puede revisarse la tesis de Bruno Marchese Quintana "La Casación de los Procesos Civiles por la Corte Suprema de Justicia"; Fac. de Der., PUC del Perú, Lima, 1987.

1. Messineo, Francesco: "Conocimiento, interpretación e integración de las normas. La Tarea del Intérprete..."; Mimeo, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima 1977. Ver también Diez-Picazo, Luis: "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona. 1975; y Pegorari Rodríguez, Carla: "La Interpretación Constitucional", Tesis, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima, 1988.
2. Quiroga León, Aníbal: "La Interpretación Constitucional", en: Derecho No. 38, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima, 1985 y Hesse, Konrad: "Escritos de Derecho Constitucional-Selección", Centro de Est. Constitucionales, Madrid, 1983.

más claros, establecer a manera de conclusión apriorística, si la actuación del Tribunal Supremo español ha sido o no constitucional en el tratamiento de la casación, comparando determinados aspectos de la casación versus los postulados constitucionales de la Tutela Jurídica de las Personas y cómo ello ha sido planteado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Sabido es que dentro del Derecho Procesal la Casación ocupa el lugar de una de las instituciones más complejas e interesantes. El detalle más importante estará centrado en la diferenciación entre la casación civil y la penal, y sus similitudes de trámite engorroso, donde radicaría fundamentalmente la diferencia de **Tutela Jurídica** y de vigencia de los principios constitucionales, a partir de una de las garantías más importantes de todo proceso moderno: la **pluralidad de instancias**.

II. LA CASACIÓN

1. NATURALEZA

Etimológicamente casación proviene del latín. En su segunda acepción en el Diccionario de la Lengua Española es la derivación de *cassare*, de *cassus*: vano, nulo; y significa acción de anular, abrogar, derogar³. Denota, en definitiva una aplicación procesal como recurso, la acción y efecto de recurrir en juicio u otro procedimiento para reclamar contra resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra. El moderno recurso de casación es el que se interpone ante un Tribunal de orden Supremo contra los fallos definitivos o laudos dictados por una instancia inferior, en los cuales se presumen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna de las formas que dan garantías esenciales al procedimiento⁴.

Ya en un aspecto más técnico, la casación es el recurso que se confiere contra determinadas sentencias para lograr su nulidad. Suprimido por algunos países como México -en realidad sustituido por el **juicio de amparo**- se mantiene vigente en diversos sistemas jurídicos con raíces comunes y peculiaridades de cada Ordenamiento Jurídico⁵. Al decir de Escribano⁶, es la acción de anular y declarar por ningún valor ni efecto algún acto público.

La casación es una institución del derecho

3. Diccionario de la Lengua Española.- XIX Ed. (vocablo "casar").
4. Op. Cit. (Vocablo "recurso de casación").
5. Pallares, Eduardo: "Diccionario de Derecho Procesal Civil", (vocablo "casación").
6. Op. Cit.

procesal moderno, cuyas raíces más antiguas pueden ser halladas en el derecho romano. Con el tiempo ha ido mutando hacia concepciones más técnicas, de manera que en la actualidad, influenciados básicamente por el modelo francés -perfilado con posterioridad a la Revolución- de la **Cour de Cassation**, consiste en el derecho del litigante de recurrir ante un Organismo Jurisdiccional de carácter nacional a fin de que revise, en última y definitiva instancia, el comportamiento jurisdiccional precedente dentro de su causa; comportamiento que ha de tener por límites dos características fundamentales de la casación: la actuación **in procedendo** (forma del proceso) y a actuación **in iudicando** (modo del juicio).

Guasp⁷ precisa que: "Es el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inherentes al proceso en que dicha resolución fue dictada. Es, pues, un recurso de carácter extraordinario (...) donde las partes no pueden acudir a ella en base a su simple interés, sino que tiene que contar con una base legalmente determinada, (...) esto es, con un motivo".

Y ello está en el fondo de la naturaleza de la casación. Los Tribunales de Casación no pueden conocer de los procesos litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los Tribunales de instancia, sino que encuentran limitados sus poderes a temas taxativos y que se conocen como los **motivos de la casación**.

Sin embargo, en el caso de la casación española -como en la mayoría de los sistemas de casación actuales- el curso histórico de la institución, como apunta Vázquez Sotelo⁸, no ha limitado desde el principio al Tribunal Supremo a una mera anulación de la sentencia recurrida, sino que opera como lo que se entiende la casación más auténtica, la de fondo, asumiendo también jurisdicción positiva y fallando sobre el fondo del tema empeñado, lo que en este particular caso quita gran parte de interés a la polémica doctrinal que sobre ese instituto pesa⁹.

Ahora bien, ¿Qué ha sucedido con la casación

7. Guasp., Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel: "La Casación Civil española en algunas de sus complejidades", p. 13.
8. Vázquez Sotelo: "Rasgos definidores de la casación civil española", citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 14.
9. Jurisdicción positiva a diferencia de la llamada jurisdicción negativa, que es la imperante en sistemas clásicos de casación (como la francesa), con fallos de nulidad y reenvío al Tribunal de Instancia para un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la causa una vez corregido el vicio de nulidad.

española? Taboada Roca ¹⁰ explica la situación siguiente: "En mi larga experiencia como Magistrado (...), he comprobado (...) -con natural insatisfacción- cómo muchos recursos de casación por infracción de ley nacen condenados al fracaso porque quienes los preparan, (...) no han parado en mientes en la enorme trascendencia de las fases de preparación y de interposición y desdeñaron el estudio de las normas de inexcusable trascendencia que se exigen...". A ello agrega "Y lo triste es que en muchos casos, si los recursos se hubiesen formulado correctamente, o hubieran sido acompañados de los documentos complementarios, habrían tenido probabilidad de éxito o, por lo demás, habrían pasado a la fase de decisión. (...) No es sólo el desdén con que algunos letrados miran las fases previas lo que provoca la inadmisión y, en su caso, la desestimación de muchos recursos. Es también la falta de concreción idiomática de que hace gala nuestra Ley al regular esta materia (...) y la complejidad y abundancia de formalismos (...) a lo que habría que agregar, también, (...) la extraordinaria rigurosidad que ha desplegado la jurisprudencia (...) en la interpretación de las normativas referentes a las formalidades del escrito de interposición".

El Profesor Prieto-Castro ¹¹ añade: "... que no conocía un sistema jurídico de casación que ofrezca mayores dificultades que el español en orden de acierto en el cumplimiento de unos requisitos formales que, de no observarse, tienen como consecuencia la pérdida del recurso. Quien no esté muy versado en los secretos que la Ley y la técnica jurisprudencial obligan a conocer, siempre que se trate de usar alguna modalidad del recurso supremo y de elegir la causa concreta, el motivo específico y el concepto idóneo (...), razonablemente queda siempre temeroso de haber errado y aguarda con inquietud el trámite de admisión (...), o el fallo en el que la causa de inadmisibilidad pueda aparecer".

Sin embargo, pese a estas críticas a la naturaleza de la casación en España, el propio Prieto-Castro ¹² enarbola la bandera de la defensa de la casación al formular tajante oposición a una ponencia presentada en un Congreso Internacional de Derecho Procesal, bajo el epígrafe de "Defensa de la Casación", y a la vez rebate la posibilidad de suprimir o sustituir el recurso de casación, en los siguientes términos: "... la característica de la casación española consiste precisamente en esto; que no es una ju-

risdicción negativa, sino (...) positiva. El carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Supremo sólo existe en el sistema francés, por ejemplo, y en aquellos otros sistemas donde el Tribunal de Casación no tiene más que una jurisdicción negativa. La declaración de ese Tribunal (...) es vinculante para el Tribunal de Instancia, el cual tiene que atenerse a la interpretación que ha hecho aquél cuando entra a conocer sobre el fondo, porque estos Tribunales no entienden en el fondo, sino que anulan, casan y remiten al inferior para que él falle (reenvío). El Supremo español no solamente casa, sino que dicta otra resolución (...). En definitiva: contemplada la institución como hoy existe, y contemplada, a la vez, la organización del Supremo, nosotros tenemos que decir que la casación no solamente es popular en España, sino que es la última esperanza de los litigantes y los Letrados, por la formación de sus Magistrados, por lo que representan, (...), etc. Es decir: que si la casación necesita indudablemente muchas reformas, que ya se apuntan, desde luego, debe existir tal como está organizada y obediente a los principios que la presiden".

2. CARACTERÍSTICAS

Es fundamental de la casación como institución del Derecho Procesal el control de la legalidad en la actuación jurisdiccional. Esto es, la posibilidad -o necesidad en aras del derecho y la justicia- de una vía procesal para la revisión de la propia función jurisdiccional -entendida ésta en su sentido procesal más restringido, esto es, como la potestad de declarar el derecho en el caso concreto y de manera definitiva-, en sus dos manifestaciones: la forma de proceder (procedendo) y el modo de juzgar (indicando).

A la anterior se le ha agregado una segunda, casi tan importante como la primera, que radica en la necesidad de unificar los criterios de interpretación judicial o jurisprudenciales (función de nomofilaquia) a un nivel nacional, de manera que rijan (en algunos países como Francia de manera vinculante) como modos y líneas directrices de interpretación del Ordenamiento Jurídico en la solución de los conflictos particulares.

Calamandrei ¹³ justifica la casación de esta manera: "... como todas las actividades humanas están (...) sujetas a error, puede ocurrir que la conducta de los sujetos procesales no se desarrollen en el proceso de un modo conforme a las reglas del derecho objetivo y que, por tanto, uno o más de los actos coordinados queridos por la Ley sean, contra

10. Taboada Roca, Manuel: "La casación civil en algunas de sus complejidades", Real Academia de Jur. y Leg., Madrid, 1977; pp. 9-11.

11. Prieto Castro y F., Leonardo: "Trabajos y Orientaciones del Derecho Procesal", Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1964, p. 384.

12. Op. Cit. pp. 440 y ss.

13. Calamandrei, Piero: "La casación civil", citado por Taboada Roca. Op. Cit. p. 15.

la voluntad de ella, olvidados. Se produce entonces la inejecución de la Ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta Ley le impone (inejecución in-omittendo), o ejecuta lo que esta Ley le prohíbe (inejecución in-faciendo) (...); esta inejecución de la Ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un 'vicio de la actividad' o un 'defecto de construcción' y que la doctrina del derecho común denominaba un 'error in procedendo'. (...) El Juicio está construido, strictu sensu, por el trabajo lógico del Juez a través de una serie de silogismos que le han de llevar a una declaración de certeza (sententia) en la que comparará el caso particular (...) con el hecho específico legal de una o varias normas jurídicas, deduciendo, a guisa de conclusión, la concreta voluntad de la Ley. Ahora bien, puede ocurrir que la voluntad concreta de la Ley proclamada por el Juez (...) en su sentencia no coincida con la voluntad efectiva de la Ley (sentencia injusta), porque, aún (...) inmune de errores in procedendo, el Juez haya incidido en error en el desarrollo de su actividad intelectual de manera que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya incidido necesariamente en la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el Juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio', que la doctrina más antigua denomina un 'error in iudicando'".

Por todo lo anterior, es característica de la casación que dentro de ese control de la función jurisdiccional -control inter órgano- se suele atribuir como objetivo de dicho instituto procesal dos aspectos fundamentales: la protección de la Ley o función nomofiláctica, y la unificación de la Ley, o función unificadora ¹⁴.

Guasp ¹⁵, en cambio, se alza contra todo intento de apología de la casación que la fundan en esos dos objetivos primordiales (la defensa de la Ley y la unificación en su aplicación). Según afirma categóricamente, tales aspectos no son tareas directas de la actividad procesal en la función jurisdiccional, por lo que le resultan ajenas.

Es conveniente diferenciar claramente la casación, como recurso extraordinario de impugnación, de la apelación, como recurso ordinario de impugnación o medio de gravamen a tenor de la definición de Calamandrei ¹⁶. En efecto, en primer

término, la apelación de una decisión judicial conlleva implícita una **garantía fundamental del proceso justo** cual es el **derecho a la pluralidad de instancias** o derecho al grado plural del que más adelante se detallará. La apelación, o el vencimiento de su plazo, otorgan de una u otra forma firmeza a una decisión judicial y le confieren la autoridad de cosa juzgada. Por eso, en aras de la seguridad jurídica del derecho a través del proceso judicial, Calamandrei ¹⁷ afirma: "Como el ordenamiento positivo garantiza a los litigantes más de una instancia y admite, de otra parte, en cuanto a los vicios más graves, remedios especiales, autores procesales como Wach, Fischer, Kohler opinan que, una vez agotadas las instancias a través de las cuales la controversia puede ser repetidamente examinada (...) debe prohibirse irremisiblemente toda reclamación contra los vicios de la sentencia".

Dentro del estudio de la apelación, Calamandrei ¹⁸ distingue lo que es un medio de gravamen (mezzo di gravame o Rechtsmittel) de lo que es un recurso impugnatorio (Anfechtungsklage). Y dice: "Medio de gravamen (la apelación) nace como instituto de naturaleza exclusivamente procesal dirigido a remediar la posibilidad de que el error de juicio cometido por el Juez pueda dar lugar a una sentencia injusta. Hecho posible por una subordinación jerárquica del Juez inferior al Juez superior, el medio de gravamen puede tratar (...) de hacer cumplir por el Juez el nuevo gravamen de la sentencia inferior a fin de que aquél corrigiese los errores de juicio (injusticia) cometidos por éste. Pero hoy el concepto se ha ampliado y transformado; mientras, según el concepto originario, la decisión del superior se dirigía a corregir directamente los errores del Juez inferior, hoy día, la Ley, partiendo de la premisa de que una sola instancia no ofrece garantías suficientes para producir sentencia justa, quiere que en toda controversia la parte pueda obtener dos decisiones (principio del doble grado) (...), de modo que la decisión posterior se sobreponga a la (...) anterior, aún cuando ésta fuese perfectamente justa e inmune".

Sobre lo que enseñaban los antiguos Doctores que la interposición de la **appellatio** reducía a la nada la sentencia de primer grado y llevaba de nuevo la causa al estado de **litis-contestatio** ¹⁹, el medio de gravamen es el derecho de obtener una nueva decisión sobre una relación jurídico-procesal ya resuelta una primera vez y absolutamente independiente del vicio de la sentencia. Se concede a la parte vencida en un juicio en todos aquellos supuestos en que la Ley cree que un solo grado de juzga-

14. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 16.

15. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 17

16. Calamandrei, Piero: "Estudios sobre el Proceso Civil". Bib. Omeba, Bs. As., 1961; p. 422 y ss.

17. Op. Cit. p.

18. Op. Cit. pp. 439-440

19. Op. Cit. p. 443

miento es insuficiente garantía de justicia ²⁰. La diferencia con el medio de impugnación puede sintetizarse en que el medio de gravamen tiene por objeto un nuevo pronunciamiento lato, creando una situación de pendencia sobre el fallo de primera instancia, en tanto que el medio de impugnación tiene por objeto un nuevo pronunciamiento ante una instancia superior pero por sobre defecto o vicio acusado en el pronunciamiento precedente, y que tiene que haber sido deducido y precisado por la parte que se sienta afectada por el mismo, en restitución directa de la Ley. Vista esta diferencia podemos concluir, que la casación es (además de recurso) un medio extraordinario de impugnación de las sentencias al que necesariamente debe serle precedente un medio de gravamen impuesto por la Ley en garantía de la equidad y justicia del proceso.

3. LA CASACIÓN CIVIL

3.1. Clases:

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario de sentencias judiciales definitivas dictadas en apelación, mediante el cual se somete las mismas a conocimiento del Tribunal Supremo, con la finalidad de que por el mismo -ejerciendo un control intra-órganos- sean examinadas en la aplicación del derecho objetivo efectuada por Tribunal o Juez inferior, así revisar su actuación procesal ²¹.

La clasificación más aceptada está sustentada en las características del recurso de casación, esto es, por un lado, el error **in procedendo** o vicio de la actividad procesal, que da lugar a la casación por **quebrantamiento de forma**; y, por el otro, el error **in iudicando** o vicio de juicio que da lugar a la casación por infracción de Ley o de doctrina legal. Se puede concluir que una primera clasificación nos da como resultado la existencia de dos tipos legales para la casación civil: la casación de fondo y la casación de forma.

Según lo explica Taboada Roca ²², el Art. 1691º de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español contenía una división tripartita de la casación, que era poco afortunada, ya que también en los supuestos de los numerales 2º y 3º se quebrantaba la Ley y no sólo en el supuesto 1º que así lo indica textualmente. En esto está de acuerdo Gomez Orbaneja ²³,

quien sostiene: "Cierto es que quebrantar las formas esenciales del juicio representa también violación de la Ley, pero de carácter especial. Significa que el Juez ha desconocido o infringido las normas que le imponía el derecho procesal como garantía (básica) de un fallo justo, no que actualmente no lo sea".

3.2 Análisis Legislativo:

El Título XXI, bajo el epígrafe **De los recursos de casación**, contiene en diez secciones las reglas de la casación civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con evidentes modificaciones legales a lo largo de más de un siglo de vigencia normativa. Así, desde el Art. 1686º al 1795º se contenía la normatividad procesal, compleja por cierto, de sustanciación de este recurso que, como ya hemos visto, es un medio de impugnación de carácter extraordinario.

Vemos luego de una apretada síntesis, ²⁴ que la naturaleza, característica y procedimiento de casación civil están tratadas al máximo detalle en la normatividad procesal civil siguiéndose una corriente típicamente decimonónica. Es realmente farragosa la legislación y son tantas las formas a guardar que suman en la complejidad al recurrir ante el Tribunal Supremo en busca de tutela jurídica. Si a lo anterior se auna la técnica jurisprudencial que ha perfilado el propio Tribunal Supremo en la admisión y resolución de las casaciones, llegaremos a la conclusión de que existe un excesivo culto al formalismo y tecnicismo en detrimento, muchas veces, del derecho material, de la Justicia y de los propios fines del recurso de casación: la observancia de la Ley en la función jurisdiccional.

3.3. Motivos de la Casación:

Como hemos visto, básicamente para definir los motivos de la casación deben ser aplicados los Arts. 1691º, 1692º y 1720º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pero su interpretación no es fácil y es menos simple aún su realidad judicial. Así, partiendo del texto legal ya se suscitan críticas a la redacción de las normas que regulan los motivos.

Taboada Roca ²⁵ precisa: "En nuestro lenguaje forense (...) se llama motivos de la casación (...) a cada una de las tesis impugna-

20. Op. Cit. p. 445

21. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 21.

22. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. pp. 23-24.

23. Op. Cit.

24. Con las modificaciones de las Leyes de 27 de agosto de 1938 y 17 de julio de 1945.

25. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. pp. 25-26.

tivas de la sentencia que, numeradamente, con designación de vía de impugnación, concreción de norma infringida y señalamiento del modo o 'concepto' como es vulnerada, intenta poner de manifiesto la existencia de una determinada infracción (...) y razona dicha pretensión impugnativa".

Guasp²⁶ señala, por su parte, que motivo de la casación es la causa de la impugnación y constituye un requisito de la mayor importancia. Para que la casación procesa es preceptivo que se dé una **justificación objetiva** legalmente establecida, que funciona como **motivo del recurso**.

De la Plaza²⁷ dice: "...es la razón que la Ley señala como causa en que ha de fundarse la pretensión impugnatoria: la existencia de un determinado vicio o un error indicando en la sentencia contra la cual se recurre".

Prieto-Castro²⁸ sostiene: "... cuando se habla de la historia de la casación española (...), se dice que motivo del recurso en la Ley de 1855 era uno, general, por error de juicio: ser la sentencia contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales (Art. 1720^o). Para este tratadista, los motivos de la casación en general son los relacionados en el Art. 1692^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y, en cambio, los motivos de casación en particular son los tres de que trata el párrafo 1^o de ese precepto, a los que denomina, también, submotivos²⁹.

Finalmente, Carnelutti³⁰ explica que los motivos de la casación viene a ser las razones que pueden provocarla y que necesariamente consisten en una discrepancia entre lo que el Juez ha hecho y lo que hubiera debido hacer; los que se expresan como error **in procedendo** y error **in iudicando**, esto es, error en el procedimiento y error en el juicio, errores en la actividad y errores en el juzgar.

3.4. El Caso de la aplicación indebida de la norma:

Empezaremos por señalar que también

hay discrepancias respecto a si la aplicación indebida de la norma es un error **in iudicando** que se comete dentro de la labor juzgadora en la premisa menor del silogismo judicial del Juez en su trabajo lógico al sentenciar, o si el error se presenta en la conclusión³¹.

En este sentido De la Plaza dice³²: "... el error in iudicando no se contiene en la premisa mayor del silogismo, sino en su premisa menor, porque es al subsumir los hechos establecidos en la norma cuando el error puede concretarse".

Prieto-Castro³³ comenta: "... se refiere a la premisa mayor del silogismo en que consiste la sentencia, o sea, en el manejo de las normas jurídicas, en cambio la aplicación indebida toma en consideración la premisa menor, o sea, parte de los hechos".

Guasp³⁴ manifiesta: "... por aplicación indebida (...) no se puede entender cualquier falso manejo de los datos jurídicos o de los datos de hecho que haya que utilizar en la sentencia, sino estrictamente aquel que, suponiendo bien elegidas y bien interpretadas las normas, así como correctamente apreciados los hechos, produce, no obstante, un resultado contrario a la Ley, por alteración en el último momento, o conclusión, del proceso que el Juez ha de seguir en la construcción del fondo de la sentencia; (...) una aplicación indebida es un error en la conclusión del silogismo judicial, una infracción que (...) se produce cuando la comparación entre las normas (...) y los hechos (...) no se verifica (...) de acuerdo con lo que quiere el derecho objetivo".

Independientemente de la discrepancia respecto del lugar exacto del error (**in iudicando**) en la aplicación indebida de la norma (premisas mayor, premisa menor o conclusión), este supuesto radica en la existencia de discrepancia en la interpretación de las normas de derecho material en la solución de los conflictos judiciales, es decir, en el error en la relación entre el supuesto de hecho normativo (**fattispecie**) hallado por el Juzgador en su tarea interpretativa dentro de su función jurisdiccional.

26. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 27.
27. De la Plaza, Manuel: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 29.
28. Prieto-Castro y F., Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 31.
29. Op. Cit.
30. Carnelutti, Francesco: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 32.

31. Op. Cit. p. 78
32. De la Plaza, Manuel: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 78-79.
33. Prieto-Castro y F., Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit.
34. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. pp. 79-80.

diccional y el hecho concreto, factual, del caso a resolver, ya sea de un lado o del otro.

3.5. Dificultades de la Casación:

Haciendo una rápida visión de la casación en el derecho comparado francés, la coincidencia de *ouvertures à cassation* y de *ouvertures de la requête civile*, imponen a los juristas un minucioso estudio para evitar que el Tribunal declare la *irrecevabilité*. Pero, fuera de eso, tienen bastante seguridad respecto del método sobre las condiciones y requisitos de admisión de uno y otro recurso, al cabo de una elaboración secular muy constante por la *Cour de Cassation*. Es más, las anticuallas, dice Prieto-Castro³⁵, procedimentales recogidas por el *Code de Procedure* o que continúan fuera de él (*formalités surannées* les dicen los procesalistas franceses) son suavizadas y contemporalizadas por aquel Tribunal de Casación.

Por su parte, los justiciables alemanes llevan grandes ventajas. Los requisitos procedimentales quedan muy reducidos existiendo menores riesgos de ser envueltos y confundidos en ellos. Baste señalar que no existe diferenciación entre los errores *in procedendo* y errores *in iudicando*, con trascendencia del método de interposición del recurso y de alegación de causas, motivos y conceptos de las infracciones. Sólo se conoce³⁶ la infracción de norma jurídica causal de la sentencia (*die Entscheidung auf die Verletzung einer Vorschrift beucht*), entendiéndose que se ha violado la norma jurídica cuando ésta no se ha aplicado cuando debiera haberlo sido o ha sido erróneamente en un supuesto fáctico no correspondiente (*nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*).

En el Derecho italiano existen las causas generales del Derecho alemán: *violazione* o *falsa applicazione di norme di diritto* y *nullità della sentenza* o del procedimiento; de modo que el juicio dado para la casación alemana vale para la italiana³⁷.

El formalismo, y consecuente desamparo del litigante, están muy acentuados en el sistema de casación española como lo precisa Prieto-Castro³⁸. Hay multitud de las denomi-

nadas "minucias de la casación" que ponen en peligro los derechos del litigante al menor descuido, como si la ley estuviese adecuada para reglamentar **juegos de destreza** (sic) en los que el astuto para lo pequeño triunfa sobre la mentalidad del jurista, y cuando no sucede de esa manera, la perplejidad, la duda y la inseguridad asaltan al justiciable.

Taboada Roca³⁹ establece que recién instaurada la casación en España, comenzó pronto a dar óptimos resultados. Se consiguió implantar una interpretación uniforme de la Ley, corrigiéndose algunos de los graves errores en que incurrían los Tribunales de Instancia. Pero poco a poco se ha ido poniendo de relieve un criterio demasiado formalista, tanto por lo que inspiraba el texto normativo como por la interpretación que del mismo hizo el Tribunal Supremo.

Su resultado fue que la casación civil, que había sido acogida en España con euforia por los óptimos resultados que prometía, no los dio tan buenos como se esperaba y ello precisamente por el rigorismo formalista con que se le configuró en la práctica judicial, lo que hizo que muchas veces lograra predominar la ritualidad de la forma por sobre la justicia inherente en el recurso de casación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, dice Prieto-Castro⁴⁰, a fuerza de querer extremar la limitación formal del órgano encargado de conocer el recurso, contiene disposiciones en el Art. 172º verdaderamente asombrosas. Si a ello se agrega, en opinión de Alvaro de Albornoz⁴¹, entonces Ministro de Justicia en el discurso de apertura de los tribunales del 15 de setiembre de 1932, que los horizontes del recurso de casación, ya rígidamente tratados por la Ley, han ido cerrándose más cada día por la jurisprudencia, tendremos el cuadro completo de las dificultades y vicisitudes por las que pasa el ejercicio del recurso de casación civil en la actualidad.

III. LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PERSONAS -INDEFENSIÓN-

I. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

Dentro de los derechos constitucionales que se garantizan y reconocen como fundamentales en

35. Prieto-Castro y F., Leonardo: "Trabajos y Orientaciones del Derecho Procesal", Op. cit.: p. 384

36. Op. Cit.

37. Op. Cit. p. 386

38. Op. Cit. pp. 386-387.

39. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 139

40. Prieto-Castro y F. Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. p. 141.

41. Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 142.

la Constitución Española, se halla claramente definido el **Derecho a la Tutela Jurídica de las Personas**, definido también como la ausencia de indefensión, y que se contiene normativamente en su Art. 24.1 y cuyo texto dice:

"Artículo 24.- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

El Art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho de que es titular toda persona a obtener la tutela jurídica, definida como **tutela efectiva de los jueces y tribunales**, reprobando expresamente la presencia de indefensión. Es decir, no sólo se establecen las pautas positivas del derecho, sino que se precisa el aspecto negativo que excluye en perseverancia del propio derecho consagrado.

Es, por tanto, un **derecho público subjetivo** frente al Órgano Jurisdiccional del Estado, de naturaleza fundamental y reconocido tanto a los españoles como a los extranjeros, a las personas naturales como a las jurídicas, y que tiene por objeto normar lo que en el derecho procesal se conoce como el **Derecho de Acción o Derecho de Petición Judicial**, es decir, el derecho y el poder de obtener una respuesta del aparato judicial cuando se formula la correspondiente postulación.

Así, dentro del mismo principio se contiene el **derecho de defensa** cuando dentro de una postulación distinta a la propia, una persona ve involucrados sus legítimos derechos e intereses. Es, en definitiva, el acceso libre y directo al ámbito de la función jurisdiccional, reconociéndose a todos el derecho a la defensa de los legítimos derechos, y cuya efectividad tiene reflejo en el reconocimiento de las garantías judiciales establecidas en el párrafo 2 del mismo Art. 24 ya citado.

Pero este principio de Tutela efectiva de los jueces y tribunales no debe estar presente sólo en la postulación o su defensa, sino que su naturaleza fundamental debe preceder a todas las garantías procesales, constitucionales y legales, de la Administración de Justicia, de modo que siempre, en todo momento, procedimiento y estadio judicial estén presentes; pues de lo contrario no se cumpliría el precepto constitucional, dándose lugar indefectiblemente a una violación de un derecho fundamental constitucionalmente protegido⁴².

42. En este punto puede revisarse Quiroga León, Anibal: "Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: La Constitución Peruana de 1979 y sus proble-

2. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PERSONAS - INDEFENSIÓN

La vinculación subjetiva por razón de la materia está especialmente dirigida hacia el órgano Jurisdiccional, puesto que la Tutela Jurídica de las Personas es función del Estado y es ejercida por este Órgano estatal conforme lo establece el Art. 117.1 de la propia Constitución al señalar que: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial..."⁴³.

En segundo término, también la vinculación está especialmente dirigida, en términos subjetivos, al Poder Judicial, por cuanto la propia norma pone como destinatarios de su mandato de Tutela Jurídica a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. Son éstos los especial y primordialmente vinculados, en primer y fundamental término, para conceder la Tutela Jurídica a las personas, que en uso de sus derechos y acciones se lo soliciten. En definitiva, son ellos los destinatarios de este mandato constitucional.

3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vamos a referirnos, brevemente, a las garantías procesales recogidas, directa o indirectamente, en la propia Constitución.

3.1. La igualdad ante la Ley. En la participación de todo justiciable en la Tutela Jurídica, en el ejercicio del juicio de valor que hace el Juzgador en su tarea, en los procedimientos y reglas para la tramitación de juicios y demás trámites judiciales, debe siempre estar presente la igualdad, quedando proscrita la discriminación por cualesquiera motivos, lo que es base de la imparcialidad judicial, así como han de facilitarse los mecanismos necesarios para la igualdad procesal de los desiguales, a fin de que la defensa en juicio sea equivalente y en ningún caso esa desigualdad pueda producir, no sólo discriminación, sino indefensión (Art. 14º);

mas de aplicación: Cult. Cuzco, Eds. Lima, 1986; así como del mismo autor "Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: La Constitución Diez Años Después; Const. & Soc., Fund. Naumann, Lima, 1989.

43. En este punto, el Diccionario de la Constitución; de Fernández Vega, José y Mariscal de Gante y M., Jaime (Madrid, 1983), señala que hay una confusión terminológica en esta fórmula constitucional, y ello porque es el poder de juzgar, el Poder Judicial, el que emana del pueblo y no la justicia, pues su concepto trasciende al pueblo. p. 17.

3.2. El libre acceso a la Justicia. El derecho a la acción judicial, a impetrar válida y positivamente el amparo de la Tutela Jurídica, de poner en movimiento la maquinaria del Poder Judicial en resguardo y amparo de derechos legítimos protegidos por la Ley material (Art. 24.1);

3.3. El Juez natural y ordinario previsto por Ley. Una de las garantías fundamentales de todo proceso justo es, para empezar, la imparcialidad del Juzgador.

Para esto, dadas las diversas competencias, la Ley establece con claridad las reglas para determinar al Juez competente en cada caso. Nadie, pues, por tanto, puede ser derivado de esa competencia abstractamente predeterminada en la Ley, salvo en los casos de prórroga de competencia o de arbitraje, mediando la voluntad del justiciable que la propia Ley prevé (Art. 24.2);

3.4. El proceso público y expeditivo. El acceso al proceso público y oral, propios del moderno sistema procesal, que se señala como otra de las garantías de un juzgamiento justo e imparcial (Art. 24.2);

3.5. La presunción de inocencia. Toda imputación punible debe ser debidamente probada en juicio previo, para dar lugar a una condena justa y legal (*nullum poena sine iudicio*), derivándose de ello la presunción de inocencia, en tanto dicha condena no se produzca y la que debe sostenerse en una definitiva e inequívoca declaración de certeza, pues de lo contrario, aparecería uno de los beneficios del justiciable que es el de favorecerse en inocencia en caso de duda (*Indubio pro reo*) (Art. 24.2 in-fine); y,

3.6. El control jurisdiccional. Es la potestad conferida a los Tribunales de Justicia, para ejercer el control de la actividad administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (Art. 106.1).

4. LA INSTANCIA PLURAL COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Tal como ya habíamos visto en la opinión de Calamandrei⁴⁴, la institución de la apelación se consolida en el proceso conforme este se moderniza y dentro de lo que se considera el proceso justo o el debido proceso (*due process of law*); donde se llega a la convicción de que por más que las reglas de procedimiento cubre *per se* las garantías procesales a los justiciables, por más que la organización

judicial esté estructurada sobre bases democráticas y técnicas que garanticen a su vez su idoneidad y por más que el razonamiento legal de las sentencias sea exhaustivo, era imprescindible dar al litigante la posibilidad de recurrir a una nueva instancia, distinta y superior a la primera, que revisara su proceso y emitiera una nueva sentencia.

No se trata en este caso de denunciar aspectos concretos de injusticia de una sentencia o sus vicios de nulidad *contra lege* o *contra proceso*, se trata de una revisión global de todo el proceso por una instancia superior que va a ratificar o rectificar en todo o en parte, lo inicialmente sentenciado. Y es que la instancia única, el juzgamiento singular, no garantiza en modo alguno la justicia en la resolución de una causa judicial, por más que en la misma se reúnan todas las garantías posibles. Sólo en los tiempos antiguos en que la justicia tenía una concepción deificada e infalible o que la sabiduría del *Magister* era incorruptible en el error, se consideraban las causas judiciales en única y definitiva instancia. En algún momento, a pedido de los procesalistas que propiciaban una justicia rápida bajo el valioso argumento que una justicia lenta es siempre una injusticia, se experimentó con la posibilidad de la instancia única como modo de abreviar la duración de los litigios. El resultado fue más desastroso aún, creando no sólo desconcierto sino gran inseguridad que hizo regresar, en la provincia de La Rioja de la Argentina, a la más lenta, pero segura, segunda instancia.

Sin embargo, el proceso ha ido evolucionando, y con él los principios y garantías que informan su finalidad. En materia de decisión judicial, la sentencia de primera instancia que es rectificable por la sentencia superior **no es jurídicamente nula** (exceptuando los casos de expresa nulidad con orden de reenvío), **ni ilícita**; son decisiones plenamente válidas cuyo mandato va a quedar rescindido merced a un nuevo pronunciamiento en la misma causa y sobre la misma materia, en distinto sentido, que es de imperio superior por jerarquía normativa de las sentencias, en ejercicio equivalente a la interpretación de las normas jurídicas de distinto rango donde prima la de mayor, como es evidente. Asimismo, una vez concluida la causa, la decisión judicial no está dividida en dos o más sentencias, sino que éstas, formalmente separadas, han de integrarse en una sola, en todo lo que sea congruente con su sentido y que formaran una única decisión jurisdiccional.

5. LA INSTANCIA PLURAL COMO DERECHO CONSTITUCIONALIZADO CON RELACIÓN AL PROCESO Y A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

¿Es la instancia plural una de las garantías del

44. Ver notas 16 y 17.

proceso, y de la Administración de Justicia, en el cumplimiento efectivo de la Tutela Jurídica de las Personas, en la Constitución Española de 1978?.

Para intentar una respuesta, podremos citar, por ejemplo, el caso peruano donde la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁵, en su Art. 3º Inc. d), precisa:

"Artículo 3º.- Son garantías de la Administración de Justicia:

(...)

d) La motivación de las sentencias en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos en que se apoyan;"

Es claro que aquí se está garantizando, además de la motivación de las sentencias, la pluralidad de las instancias. Pero aún más, por si quedare duda alguna, la Constitución Política del Perú de 1979⁴⁶, constitucionalizó más garantías de la Administración de Justicia que lo que hacía la norma legal ya citada estableciendo para ello diecinueve incisos en el Art. 233º, además de otros postulados en diferentes artículos conexos. Y ahí, el Inc. 18 del referido Art. 233º dice textualmente:

"Artículo 233º Son garantías de la administración de justicia:

(...)

18. La instancia plural; y,"

No cabe duda, pues, que en el caso del Ordenamiento Jurídico peruano la pluralidad de las instancias no es sólo una garantía de la Administración de Justicia de rango legal, sino una garantía constitucional de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso de la Constitución española -impronta de la peruana- tal mención expresa a la pluralidad de instancias no existe, como tampoco existe en la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial española. Sin embargo, ¿Es qué, acaso, esta aparente omisión da como significado su exclusión e inobservancia en la normatividad y funcionamiento jurisdiccional español?. Nuestra respuesta es negativa.

En efecto, cuando al normarse en el Art. 24.1 se dice textualmente: "Todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales

45. Decreto Ley No. 14605 de 25 de julio de 1963, con modificaciones, ampliaciones y derogaciones de posteriores leyes.

46. Aprobada por Asamblea Constituyente, vigente desde el 28 de julio de 1980.

en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"; no sólo se contiene un mandato directo (otorgar tutela efectiva) sino que autoriza implícitamente a que en el cumplimiento del mismo se tomen las medidas necesarias para dicho efecto: es decir, que no se podrá otorgar tutela jurídica efectiva si no se garantiza a su vez un proceso justo e imparcial. Ahora bien, ¿Es acaso la instancia plural una garantía esencial de un proceso justo?. Nuestra respuesta es afirmativa; de donde concluimos, sin temor a equivocarnos, que dentro de las garantías procesales implícitas en el postulado del Art. 24.1 de la Constitución está considerado el derecho a la pluralidad de decisiones de rango diferente en una misma causa.

6. LA CASACIÓN Y LA INSTANCIA PLURAL

En el caso del procedimiento civil es evidente que el recurso de casación ha de estar precedido siempre de una pluralidad de instancias, pues es la sentencia de vista o de segunda instancia la que llega en casación, con excepción de las causas cuyo conocimiento inicial compete a las Audiencias (Cortes Superiores), en cuyo caso el recurso de casación opera como medio de gravamen donde el Tribunal Supremo actúa como una segunda instancia.

Por lo tanto la garantía de la doble instancia o pluralidad de instancias está siempre presente, y no es el recurso de casación la vía para cumplir con ello, sino un medio extraordinario, adicional, situado más allá del cumplimiento mismo de la garantía. Es una adición en aras de supremos intereses de respeto a la Ley y de unidad jurisdiccional.

En este sentido, en sí mismo el rigorismo en la admisión de la casación no es inconstitucional, puesto que si la Ley procesal ha cumplido con las garantías mínimas o básicas que la Constitución señala, no tienen que verse afectadas éstas con, posteriormente, darle a este recurso extraordinario una rigurosidad en el tratamiento legislativo y judicial. En este aspecto, no vemos problema constitucional alguno, puesto que no hay derecho alguno, ni expectativa legal señalada, a los efectos de que sea de justicia que una causa llegue necesariamente al Tribunal Supremo. Todo ello se cumple debidamente con la pluralidad de instancias judiciales. Lo posterior ya no es problema constitucional; el que la casación sea exquisita en su admisión y tecnicidad deja de tener un matiz constitucional a menos que, en su actuación extraordinaria, infrinja normas legales concretas, ya no por exceso sino por defecto, caso en el que su comportamiento sería inconstitucional por violación legal.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE CASACIÓN EN LOS AÑOS 1981 Y 1982

1. SENTENCIA No. 9 de 31 de marzo de 1981
SALA PRIMERA. RECURSO DE AMPARO No. 107/80
Pnte. D. Rafael Gomez-Ferrer Morant
(BOE 14.4.81)

Fundamento 3º.- "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 convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. (...) La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación".

Fallo: Desestima el Amparo.

2. SENTENCIA No. 12 de 10 de abril de 1981
SALA PRIMERA. RECURSO DE AMPARO No. 96/80
Pnte. D. Angel Latorre Segura
(BOE 25.4.81)

Fundamento 3º.- "(...) hay que aclarar (...), que las garantías constitucionales del Art. 24.1 son aplicables a las sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al Tribunal Supremo deben observarse también estas garantías..."

"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el juicio equitativo a que toda persona tiene derecho se refiere no sólo a lo acertado del fundamento fáctico (le bien-fondé en fait), sino también a su fundamento jurídico (le bien-fondé en droit)".

Fallo: Deniega el Amparo.

3. SENTENCIA No. 56 de 26 de julio de 1982
SALA SEGUNDA. RECURSO DE AMPARO N° 60-110/82 (Acum.)
Pnte. D. Francisco Rubio Llorente
(BOE 18.8.82)

Fundamento 2º.- "(...) La vulneración de este derecho, como la de cualquier otro de los que consagra (...) la Constitución, sólo puede ser denunciada ante este Tribunal (...) cuando se ha agotado infructuosamente todos los recursos utilizables en la vía judicial,

pues la protección de los derechos corresponde primordialmente a los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio, sólo pueden otorgarla, cuando se la busca a través de las instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas. El problema con el que aquí nos enfrentamos, es el de determinar si las normas que definen estas instituciones pueden seguir siendo interpretadas en los mismos términos en que lo eran antes de promulgarse la Constitución, aún a riesgo de reducir el número de "recursos utilizables" dentro de la vía judicial, o es necesaria una nueva interpretación de conformidad con la Constitución a fin de llevar lo máximo posible la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales a los derechos fundamentales (...). Una consideración superficial podría llevar (...) a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración (...) claramente es (cierta), pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado a formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte de otras muchas consideraciones, carece de atribuciones que el Art. 902 de la LECri confiere a la sala de Casación para dictar sentencia sustitutiva a la anulada (...) (hay) que afinar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental para garantizar que (...) no se sacrifiquen más los fueros de inocencia. No es (...) la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución (...). La vulneración (del derecho) no es directa, pues es evidente que el auto en cuestión no hace pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, sino indirecta, puesto que se le cierra el camino por el que intentaba remediar la lesión a que ese derecho a ser presumido inocente causó..."

Fundamento 3º.- "(...) Las razones que llevaron a la inadmisión se reducen, en sustancia, a la de que el precepto constitucional no es precepto penal de carácter sustantivo ni una norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en aplicación de la Ley penal (...). Sin ser en sí misma de carácter procesal, es norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (...). La violación del derecho a ser presumido inocente sólo se puede originar en un 'error in procedendo'. Esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esta violación, pues de un lado, el carácter casuístico y cerrado de la enumeración de los motivos de la casación (...) no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible..."

Fundamento 4º.- "(...) En la medida en que la impide

(la casación), basándose en una interpretación del Art. 849.2 de la LECri tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución en cuando no tiene en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia, el Auto de 27 de enero de 1981 viola el derecho del recurrente".

Fallo: Estima fundado el recurso de Amparo.

V. CONCLUSIÓN

En la adaptación de la nueva Constitución a la realidad, la tradición y estructura del ordenamiento jurídico español tuvo que hacerse de manera progresiva, envolvente y paulatina. Ello porque muchos de sus preceptos colisionan frontalmente con instituciones tradicionales del derecho que luego aparecen superadas porque se piensa que la Constitución, y el Derecho Constitucional en general, son ajenos a tal o cual disciplina. En el caso del Derecho Administrativo, por ejemplo, la opinión de García de Enterría⁴⁷ es definitoria cuando dice: "La nueva Constitución no supuso un gran cambio en los conceptos del Derecho Administrativo precedente. Por ello, Otto Mayer (...) intentó justificar las escasas variantes que la Constitución del Weimar imponía a su obra general, realizada bajo el sistema político bismarckiano, con una frase paradójica y pronto famosa, desde entonces muchas veces repetida con intención diversa: "El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece".

En consecuencia, una primera conclusión es la de establecer que los principios ordenadores de la Constitución se imponen progresivamente sobre las instituciones jurídicas pre-existentes adaptándolas y uniformizándolas. En el caso concreto de la casación cabe afirmar sin ambages que el Art. 24.1 de la Constitución debe convertirse en principio ordenador e informador de todo procedimiento judicial y de toda la actuación del Organismo Jurisdiccional a quien está referido en primera instancia.

En segundo término, debe hacerse conciencia en jueces, tribunales y juristas, de la necesidad de preservar los principios ordenadores por sobre todo. Taboada Roca⁴⁸ en ningún momento se plantea una eventual ilegalidad o injusticia latente en el proceder del Tribunal Supremo en materia de casación. No obstante la calidad de su obra, el problema de la casación es tratado como de menor rango, de técnica procesal-judicial y de lo que se trata, en

consecuencia, es de agilizar, "modernizar", el trámite del instituto a través de su reforma sin variar, su esencia, a fin de que pueda cumplir con "los altos fines para los que fue creado". Otro ex-magistrado Bonet Ramón⁴⁹, no obstante enunciar los problemas de la casación, no llega a visualizarlos por completo y mantiene la tradicional postura de hacer un tratamiento técnico de este instituto, cuando afirma respecto del Profesor Castan Tobeñas: "Castan en la Sala Primera del Tribunal Supremo (...) coge y perfila con facilidad la técnica específica de la casación, para la que no basta saber derecho civil y procesal. Castan encajó con precisión todo su buen saber de civilista escelso con los moldes rígidos de la casación estricta. El civilista retoña en el Supremo con airosas formas jurídicas dentro de la biología de la casación. Sin embargo, Castan no es un mero técnico mecanizado, mira en todo momento el fondo moral del problema debatido, busca que la técnica sólo sea amparo y forma interna de la Justicia". Pues aquí tampoco se aprecia que el meollo del problema esté determinado y, como ya lo hemos señalado, sigue viéndose a la casación con veneración y respeto, y desde un punto de vista meramente técnico.

En tercer lugar, el principio ordenador del Art. 24.1 de la Constitución respecto a la tutela efectiva de jueces y tribunales, se cumple en el procedimiento civil por la existencia (aunque expresamente no se lo diga, se refiere a ello) de la instancia plural. Es decir, que mediando "recursos utilizables en la vía judicial", como lo señala el Art. 44.1 de la LOTC, donde el recurrente ha hecho valer en más de una oportunidad sus derechos y alegaciones, carece de sustento la invocación del amparo constitucional, máxime cuando se señala expresamente en esta SENTENCIA que por su carácter extraordinario, la casación no es recurso obligatorio para el cumplimiento del Art. 24.1 de la Constitución. Pero es aquí donde se concatena nuestra cuarta, y definitiva, conclusión: No hay lugar al derecho de casación mediando "recursos utilizables en la vía judicial" dado su carácter extraordinario.

En efecto lo anterior es lo que nos lleva a concluir que en materia del procedimiento civil, mediando instancia plural por el ejercicio del derecho de apelación (medio de gravamen) antes de acceder a la casación, el Art. 24.1 de la Constitución se cumple plenamente, siendo un problema de técnica judicial el tratamiento formalista o liberal que se le quiera dar a la casación.

47. García de Enterría, Eduardo: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas IV Ed. Madrid, 1983.

48. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit.

49. Bonet Ramón, Francisco: "Perspectivas de la Responsabilidad Civil", Estudio de Derecho Comparado; Madrid, 1983.

Proceso civil y realidad social

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la PUC.

Hablar de proceso civil y realidad social supone preguntarse si el proceso civil es una institución socialmente útil y si, siéndolo así, es accesible y produce los frutos que se esperan de él.

Cada sociedad percibe su proceso civil, en este contexto, de una manera distinta, porque el proceso es una institución que, por una parte, está vinculada con la ideología y, por otra, es un componente de un sistema.

Veamos el caso de los Estados Unidos. Desde hace algún tiempo se han levantado críticas en este país contra lo que se ha dado en llamar **hiperlexis**. Esto alude a que habría demasiadas leyes, demasiados abogados y demasiados procesos. La percepción del problema aparece en el área de la responsabilidad civil extracontractual (torts), donde un exceso de demandas y una actitud demasiado favorable al demandante por parte de las Cortes, estaría llevando a ciertas trabas en el proceso económico y a un encarecimiento de los costos. En este sentido, el Informe sobre "La Crisis actual de los Seguros", elaborado por un Grupo de Trabajo sobre Políticas en materia de Torts de la Oficina del Attorney General "critica los desarrollos doctrinarios que expanden la responsabilidad estricta y que conducen a nuevas teorías sobre la causa, plantea que ha habido un incremento explosivo en las indemnizaciones concedidas y sugiere que los costos en el sistema son demasiado elevados. Concluye que el sistema de torts se ha convertido en demasiado ineficiente, demasiado costoso para la industria y demasiado impredecible, forzando a las compañías de seguros a limitar la cobertura ofrecida o a cobrar premios dramáticamente incrementados" (Nelson, 1988). Paralelamente, diversos trabajos enfatizan la necesidad de limitar el acceso a las Cortes y de enfatizar las posibilidades que ofrece el sistema legal para solucionar controversias a través de medios alternativos, como la mediación y el arbitraje.

Contra estas afirmaciones y contra esta línea de pensamiento se han alzado diversos esfuerzos in-

telectuales de investigación que pretenden demostrar que no existe tal hiperlexis. Tal es el caso de los trabajos de Marc Galanter y del proyecto de investigación conducido en la Universidad de Stanford. En un extremo, nada menos que el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Warren Burger, acusó a los norteamericanos de "un foco casi irracional, de una virtual manía de litigar como manera de resolver todos los problemas". En el otro extremo, Galanter, un sociólogo del derecho recibía un privilegio pocas veces concedido a un experto en Sociología del Derecho: nada menos que una página de la revista Newsweek, incluida su foto, dedicada a sus investigaciones (Newsweek, 21 de noviembre de 1983). Citando los trabajos de Galanter, se dice que "sólo 1 de cada diez personas, que sufrieron un agravio fue alguna vez a un abogado. Los otros, o se tragaron el problema o arreglaron pacíficamente con el ofensor, ya sea éste el gerente de una tienda, el propietario de la vivienda o el vecino. La mitad de los que buscaron un abogado nunca llegó a plantear una demanda, y de los que lo hicieron, 92% llegaron a un arreglo antes de llegar a juicio. En resumen, sólo 1 de cada 67 personas con un agravio llegó a presionar hasta una sentencia judicial final".

Se ha dicho que a pesar de las demostraciones de estos estudios, la opinión pública y las autoridades insisten en la tesis de hiperlexis, pues la presión de los grupos de poder es muy fuerte para limitar el acceso al sistema formal de administración de justicia. El sistema formal -la autoridad- ha sido muy favorable a los demandantes y se busca ahora -y se vendría logrando- la limitación en el acceso, por lo menos en los casos de torts, y la utilización de foros de mediación y arbitraje, donde predomina la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, la posibilidad de que los más fuertes se aprovechen de los que no lo son.

En nuestro país, no es posible hablar de un fenómeno de hiperlexis ni, por otro lado, de alternativas a la administración de justicia formal que cubran el mayor número posible de situaciones y que

sean ampliamente difundidas. Hay ciertos márgenes de cultura popular que han sido objeto de un interesante estudio por parte de Hans-Jürgen Brandt (1987). Más bien cabe caracterizar la interrelación entre necesidad social y función jurisdiccional social de la siguiente manera:

1) El acceso a la administración de justicia es limitado. El problema del acceso está vinculado a los siguientes fenómenos:

-Visibilidad del juez o tribunal.- Este es un problema de cultura. Los posibles agraviados, titulares de un derecho justiciable, deben saber que existe el juez, que tienen derecho y posibilidad de acudir a él y deben saber dónde queda el local del juzgado y éste, a su vez, debe estar organizado para recibir a sus potenciales usuarios.

-Cercanía física.- Esto no es sino un rasgo específico de lo anterior. El juzgado debe estar en el vecindario. Uno de los costos más importantes para las personas de escasos recursos son los precios de los pasajes y la pérdida de tiempo que supone movilizarse en las grandes ciudades.

-Costos específicos del proceso.- Honorarios del abogado, aranceles, pagos informales, copias fotostáticas, etc.

2) Una vez planteado un proceso, la reparación del agravio se torna en una posibilidad incierta. Planteamos el término agravio en su sentido más amplio: sufre un agravio el que tiene una pretensión que puede reclamar en juicio.

Esta incertidumbre proviene de las siguientes características:

Demora.- La demora está dada, entre otras cosas, por aspectos netamente procesales. Comentando la ley española, una de las fuentes de nuestro Código procesal vigente, ya en 1919 José Roig y Bergadà podía decir lo siguiente:

"Hemos dicho que es complicada aquí la justicia. ¡Y tan complicada!. Nuestra justicia es un aparato de relojería; nuestra ley de Procedimientos es una ley tan minuciosa que el legislador ha procurado, por todos los medios, preverlo todo, y especialmente atar las manos del juez (...), y no ha visto el legislador una cosa: que a fuerza de atar las manos del juez se las ha dejado libres al litigante de mala fe, que se aprovecha de toda esta serie de minucias que el legislador ha previsto para dilatar indefinidamente los pleitos y hacerlos ruinosos" (Toharia, 1974).

Entre los componentes de este mecanismo de relojería cabe señalar lo siguiente:

-La existencia de tres instancias. En una Tesis de Bachillerato sustentada en la Universidad Católica, Bruno Marchese señala que "Para interpretar correctamente el Art. 241 de la Constitución, debe entenderse que la última es siempre la segunda instancia; lo que hace imperativo la desaparición de la tercera instancia del ordenamiento jurídico peruano". (Marchese, 1987). Es probable que las condiciones sociales en las que se desenvuelve nuestra administración de justicia no aconsejen privar a la Corte Suprema de la posibilidad de seguir siendo un tribunal de grado, pero no cabe duda que la intervención de una tercera instancia contribuye al aumento de la demora en la tramitación de los procesos.

-Las articulaciones que se permiten a los litigantes: devolución de notificaciones, postergaciones, nulidades, incidentes, etc. En algunas legislaciones, incluyendo algunas tradicionales como la propia España, se vienen imponiendo severas limitaciones a los incidentes y nulidades, se introducen los despachos saneadores que hacen recordar las "pre-trial conferences" del derecho norteamericano, etc.

-El hecho de estar en manos de las partes el movimiento del proceso. A despecho de algunas reformas introducidas en nuestro Código de Procedimientos Civiles, factores culturales y de organización del sistema de trabajo del juez y el secretario, hacen que el juez no impulse el proceso *motu proprio*.

Impredecibilidad.- El resultado del juicio es absolutamente impredecible. Esto va contra la misma idea del Derecho. Recuérdese la famosa definición de Oliver Wendell Holmes, el fundador del realismo jurídico: "Las profecías de lo que las Cortes harán de hecho, y nada más presuntuoso, es lo que yo entiendo por derecho" (1897). Claro que la impredecibilidad no puede ser absoluta en favor de una de las partes. El proceso admite razonablemente dos posiciones y dos resultados, cuando menos. Sin embargo, en derecho se admite que hay posiciones mucho más fuertes que las otras, por ser muy claros los hechos, o estar la ley de manera muy clara amparando a una de las partes, o existir jurisprudencia uniforme en un determinado sentido. Aun así, la otra parte se defiende buscando una nueva interpretación o introduciendo nuevos hechos. En el Perú, sin embargo, factores externos suelen tener fuerza decisiva en el resultado del proceso, como los que provienen de los fenómenos de corrupción, sometimiento de los jueces a presiones políticas o ignorancia y falta de cultura de los jueces.

Imperfección del proceso.- Nuestro Código de Procedimientos Civiles empezó a ser elaborado en forma sistemática el 15 de abril de 1904, en que tuvo lugar la primera sesión de una comisión no oficial que se propuso preparar un proyecto de reforma del Código de Enjuiciamientos Civiles. La Comisión estuvo integrada por los Dres. Luis F. Villarán, Anselmo Barreto, Pedro Carlos Olaechea, José Matías Manzanilla, Manuel Vicente Villarán, Víctor M. Maúrtua y Plácido Jiménez. El Comité concluye su trabajo 4 años después. El Código fue promulgado el 15 de diciembre de 1911 y entró en vigor el 28 de julio de 1912. Desde entonces sigue vigente. No cabe duda que es un Código antiguo, no tanto por las fechas, sino porque no bebió de los grandes Códigos innovadores de finales del siglo pasado, como el Código Alemán de 1877 y el Código Austriaco de 1895. Permaneció ajeno a los dos grandes "landmarks" del movimiento reformador:

-la acentuación de la función activa del juez.

-el contacto directo, personal, oral del juez con las partes, asistidas, pero no sustituidas, por sus defensores (Cappelletti, 1970).

Nuestro proceso civil, además de los defectos señalados: tres instancias, rol pasivo del juez, falta de intermediación, agrega otras imperfecciones, como la falta de un adecuado tratamiento del liticonsorcio, de la intervención de terceros en el proceso, de las medidas cautelares, entre otras.

Párrafo aparte merece el siguiente rasgo de nuestro proceso civil: Las formas de intervención judicial en materia civil son demasiado rígidas en el Perú. Lo que no tiene una tramitación específica se rige por los trámites del juicio ordinario, que, como se sabe, está diseñado para una ventilación exhaustiva de los hechos y suele tener una duración exagerada. Fuera de la tramitación del proceso ejecutivo, que por su naturaleza está prevista para situaciones específicas, sólo quedan los trámites del juicio de menor cuantía y los trámites de los incidentes, a los cuales se refieren diversas normas que desean señalar expresamente una sustanciación rápida. El trámite incidental, empero, se reserva para las oposiciones, por lo que solamente queda como juicio rápido el de menor cuantía, con el comparendo, las eventuales postergaciones de éste, el término probatorio con sus ampliaciones, las tachas, nulidades, impugnaciones, etc. Las diligencias preparatorias, en las que podría pensarse como alternativa, no implican pronunciamiento alguno por parte del juez.

En conclusión, no existe en el Perú, salvo la acción de amparo que exige una cierta acrobacia mental para vincular el hecho con algún derecho constitucional y del cual, dicho sea de paso, se ha

abusado últimamente, un sistema que permita al juez intervenir en casos de emergencia y emitir órdenes que sean cumplidas de inmediato, con cargo a una ventilación procesal posterior, o un proceso sumarísimo.

3) En el Perú no existen medios alternativos de solución de controversias, con la salvedad hecha líneas arriba. El arbitraje, si bien estaría a disposición de cualquiera para cualquier tipo de reclamación, en la práctica se ha reservado para asuntos comerciales de gran envergadura y está sometido a una serie de tecnicismos que no lo convierten en una alternativa viable para vastos sectores de la población. Sobre todo si se tiene en cuenta que el mayor número de casos que se ventila en los procesos civiles requiere del valor simbólico de la fuerza del Estado o está prohibido que se lleven a arbitraje. No existen estudios suficientes sobre conciliación, pero me atrevería a afirmar que tampoco es viable para los casos que suelen dirigirse a los tribunales.

¿Cuáles son las consecuencias sociales de todo esto?

a) Autotutela o autodefensa. La justicia por mano propia -la contratación de "matones"- puede ser una alternativa para muchas personas, expandiéndose de este modo la violencia que invade todos los ámbitos en el Perú actual.

b) La frustración y la posible canalización de la misma hacia diversos tipos de comportamiento violento. Este es un punto sobre el que no se ha reflexionado lo suficiente. Vivimos una situación en la cual, a la falta de trabajo y de recursos para solventar las necesidades básicas de la persona y de la familia, se agrega la falta de amparo de las instituciones. Quién no ha escuchado decir, ante un robo, "para qué voy a hacer la denuncia policial". Si uno compra una casa y lo estafan, si uno entrega dinero a una empresa y lo estafan, si los papeles de una venta están incorrectos, si uno requiere su casa y el inquilino se niega a desocuparla vencido el contrato, si uno se accidenta en un buzón sin tapa, o si queda lisiado por una inyección mal puesta, o si se envenena por un alimento consumido, ante quién acude, para qué acudir ante el Poder Judicial, si la respuesta llegará tarde, mal y nunca, y si se obtiene algo -una reparación, por ejemplo- será una suma pequeña, o envilecida por la inflación, o no habrá manera de ejecutarla. De todo esto se sigue una consecuencia muy simple de enunciar: la escasez de bienes (bienes materiales, puestos de trabajo, derechos) existente en el Perú aumenta la posibilidad de que seamos privados de los que logremos tener, y si se produce esta eventualidad, la justicia formal no nos da una respuesta rápida y eficiente.

**Para comprar
no lleve efectivo!**

**lleve
CONTICARD**



BANCO CONTINENTAL

Su Banco Amigo

Culpabilidad, cultura y error de prohibición

Alberto Bovino *

"Nosotros entendemos que Perú, y cualquier otro país sudamericano, no es una sola nación sino que está conformado por una suma de naciones que existieron desde siempre" (Salvador Palomino Flores).

"...en un Estado social y democrático de derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad" (Santiago Mir Puig).

I. INTRODUCCION

Este trabajo procura hallar una solución adecuada a numerosos problemas que se plantean en la aplicación del derecho penal peruano a personas con pautas culturales no asimilables a las del modelo jurídico-estatal, como pueden ser los miembros de una comunidad serrana o amazónica.

La solución se intenta dentro del ordenamiento jurídico vigente partiendo de un esquema finalista de la teoría del delito. Por ello, no discutiremos aquí la teoría causal ni las probables soluciones político-jurídicas referentes al problema de la multiculturalidad.

Creemos que el elemento dogmático indicado para resolver el conflicto entre los elementos normativos estatales y las normas consuetudinarias de culturas sustancialmente distintas, es el error de prohibición culturalmente condicionado. Pero antes del tratamiento de este tipo de error, es preciso un breve análisis de algunos conceptos a usar en esta exposición.

II. LA CULPABILIDAD NORMATIVA

De acuerdo con Welzel, para que una acción típica y antijurídica se convierta en delito, es necesario agregarle otra característica: la culpabilidad.

Así, la antijuricidad es una relación entre la acción y el ordenamiento jurídico, que expresa la disconformidad de la primera con la segunda. Pero la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica cuando podía hacerlo. Lo que se le reprocha al autor es que hubiera podido motivarse con la norma¹.

Stratenwerth sostiene que la pena implica un reproche personal, por lo tanto, la adecuación al supuesto de hecho típico y la antijuricidad, que sólo demuestran la contradicción de la acción con el orden jurídico, no pueden justificarla por sí solas. Es preciso analizar la responsabilidad del autor, esto es, si la acción puede ser cargada en su cuenta. Para ello es menester analizar una serie de elementos que se caracterizan como pertenecientes a la culpabilidad. Lo ilícito se relaciona con la lesión del deber establecido por el derecho, independientemente de si el autor tenía la posibilidad de cumplirlo; al analizar la culpabilidad, por el contrario, se observa la capacidad individual de cumplir con el deber. Así, actúa antijurídicamente el que no hace lo que debía hacer y culpablemente sólo aquél que pudo haber hecho lo debido. Es decir que lo esencial, en la culpabilidad, es la posibilidad de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo con este: es la posibilidad de una decisión responsable².

* Alumno de 5º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ayudante alumno de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la Cátedra del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

1. Welzel, Hans: "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, pág. 197.

2. Stratenwerth, Günter: "Derecho Penal, Parte General", Edersa, Madrid, 1982, págs. 70 y 71.

Para Zaffaroni, no debe ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta, esto es, quien ha obrado en forma contraria al derecho porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada. De allí que la culpabilidad importe un conjunto de caracteres o presupuestos que debe presentar una conducta para poder serle reprochada a su autor mediante una sanción de naturaleza penal. Este concepto presupone una determinada idea del hombre, una concepción antropológica que se funda en su responsabilidad: el hombre es persona³.

Como vemos, estos tres autores sostienen lo que se ha dado en llamar una teoría normativa de la culpabilidad, en donde ésta es siempre reprochabilidad, lo que implica que nadie puede ser penado si no tuvo la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. No bastaría, pues, la posibilidad real de actuar conforme a derecho, ya que el coacto*, por ejemplo, cuenta con ella, sólo que en este caso, la conducta debida no le es exigible.

Por otro lado, creemos que esta concepción del hombre que subyace en la teoría normativa, es la única compatible con el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad, el *nullum crimen sine culpa*, dentro de una teoría finalista que reconoce la estructura compleja del tipo penal y la culpabilidad normativa, tiene dos aspectos relacionados con dos estratos diferentes de la teoría del delito.

El primero es la afirmación que una acción u omisión no pueden ser penalmente típicas si no existió dolo o, al menos, culpa en su autor. Dolo entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo; culpa entendida como violación del deber de cuidado determinante de resultado típico. Este problema se resuelve dentro de la tipicidad. El segundo aspecto se refiere a la culpabilidad e implica que no puede haber pena sin reprochabilidad. El derecho penal debe dirigirse al hombre como persona, como sujeto capaz de auto-determinación. Si el hombre no fuera capaz de decisión, si no pudiera evitar la realización de una conducta antijurídica, no tendría sentido aplicarle una pena, ya que no tuvo otra posibilidad más que la de cometer ese acto. Ahora, si rechazamos este concepto determinista y aceptamos que la

persona tiene capacidad de decisión sobre sus actos, podremos sostener que el Estado aplicará racionalmente la pena sólo cuando la conducta le sea reprochable a su autor.

Consideramos que la aplicación de una pena dejando de lado el *nullum crimen sine culpa* es incompatible con el respeto a la dignidad humana y a los principios del Estado social y democrático de derecho y, por lo tanto, contraria a los artículos 1º y 4º de la Constitución. En el sentido expuesto anteriormente se pronuncia Zaffaroni al sostener: "La enunciación del principio de culpabilidad como no hay delito si al menos no es culposo es un error. Esto es una consecuencia típica del *nullum crimen sine culpa*, pero no es el principio de culpabilidad. El *nullum crimen sine culpa* se debe separar en dos etapas o estratos diferentes: el primero en la tipicidad, ...que excluye toda forma de responsabilidad objetiva, y el segundo en la culpabilidad, que tiene la función de excluir cualquier punición sin reprochabilidad"⁴.

IV. EL ERROR DE PROHIBICION

Se denomina error de prohibición a la falta de comprensión de la ilicitud penal del hecho debida a error o ignorancia sobre su prohibición. La antigua diferenciación que se establecía entre ignorancia, como ausencia de conocimiento, y error, como conocimiento distorsionado, no tiene mayor sentido, ya que ambos producen idéntico efecto. Pero sí es importante la distinción entre error inevitable y evitable, porque producen efectos jurídicos distintos. El fundamento de las consecuencias del error de prohibición consiste en que a una persona no le es exigible actuar conforme a derecho, desde que no sabe o no conoce que está actuando antijurídicamente. El error de prohibición excluye o atenúa la reprochabilidad, debido a que el autor del hecho no tuvo conciencia de la criminalidad de su conducta.

Esto implica que el error debe recaer sobre la prohibición de carácter penal, y que el conocimiento de la antijuridicidad extra-penal no excluye el error. Es decir, que si el sujeto tenía conciencia que su conducta era contraria a una norma de derecho privado, pero no sabía que estaba desaprobada por un precepto penal, está en un error de prohibición.

Esto es así ya que si decimos que la reprochabilidad supone la posibilidad exigible de motivarse en la norma, la sanción que se aplica (pena), tiene que estar referida a la norma que la establece (tipo penal) y con la cual le era exigible que se motivase. No resulta lógico sancionar a alguien que viola una norma penal en base a que sí conocía la antijuridici-

3. Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 1988, tomo IV, pág. 10.

* Coacto: Quien obra coaccionado.

4. Ibidem, pág. 33.

dad extra-penal de su conducta.

Según Stratenwerth, "Aún cuando el autor, por su constitución psíquica, disponga de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, la falta de comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuanto en circunstancias externas (como una falsa información sobre el derecho). Por lo tanto, no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas"⁵.

Para Welzel, el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo (con dolo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que está permitido. Sucede cuando el sujeto no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone que concurre una causa de justificación. Estos errores excluyen la reprochabilidad si son inevitables y la atenúan cuando son evitables⁶.

De acuerdo con lo que propone Bacigalupo, tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza, de allí que el error sobre la cuantía de la pena no sea relevante⁷.

Podemos dividir el error de prohibición en directo e indirecto. El error es directo cuando recae sobre la norma prohibitiva o sobre su alcance. Es indirecto cuando se basa en la falsa suposición de que se actúa justificadamente.

El error directo puede subdividirse en: a) error de subsunción: el autor conoce la norma, pero no sabe que su conducta es contraria a ella por efecto de un error de interpretación; b) error de validez: el autor conoce la norma pero la considera inválida por algún motivo; c) error de conocimiento: implica el desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva; y d) error de comprensión: cuando existe el conocimiento de la norma pero falta su comprensión debido a que ha internalizado otras pautas que el derecho penal no puede reprocharle⁸.

5. Stratenwerth, Günter: op. cit., págs. 177 y 178.

6. Welzel, Hans: op. cit., págs. 232 y 233.

7. Bacigalupo, Enrique: "Derecho Penal, Parte General", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 270.

8. Zaffaroni: op. cit., pág. 191.

El error indirecto puede adoptar dos formas: la creencia de que se actúa amparado por una causa de justificación que el ordenamiento no contempla; o la suposición errónea de estar en la situación objetiva exigida por una causa de justificación.

V. FUNDAMENTO POSITIVO DE LA ADMISIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICION

El Apartado d) del inciso 20 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú establece: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

¿Cuál es el sentido de esta disposición constitucional? Como es obvio, se relaciona con el requisito garantizador de la ley previa o principio de legalidad. Pero también, y en este sentido puede decirse que el principio de culpabilidad se complementa con el de legalidad, es indispensable que exista la norma antes que el acto u omisión para que el sujeto pueda conocerla y motivar su conducta conforme con ella.

Así, este precepto no cumple sólo con la función garantizadora de prohibir la persecución penal con una ley posterior al hecho, sino también con la función motivadora de conducta que debe tener toda ley penal. De esta manera, el individuo podrá conocer y comprender las disposiciones penales y abstenerse de realizar las acciones en ellas descritas.

Pero la sola existencia de la ley previa no justifica la pena si el sujeto no pudo, inevitablemente, conocerla y comprender la criminalidad de su conducta. En este sentido, la jurisprudencia argentina ha sostenido: "Máxime cuando aquí se trata de lo penal, donde las prohibiciones, mandatos y permisos, no sólo deben ser genéricamente conocidos o tenerse noticias de su existencia por la comunidad, sino que este conocimiento por vulgar que sea, debe ser posible en la realidad y no en la fantasía de la aludida presunción 'iuris et de iure' de su previa publicación, como si ésta ofreciese garantías de conocimiento y comprensión universal..."⁹.

De esta manera, puede sostenerse que el principio de culpabilidad y la admisibilidad del error de prohibición tiene rango constitucional y,

9. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, febrero 26-1987, in re Ferreira Gil, Isabelino, publicado en Revista "La Ley", 14/04/88, voto del Dr. Alberto A. Campos.

por lo tanto, no pueden ser desconocidos por ninguna ley penal.

Mir Puig brinda otro argumento de carácter constitucional cuando dice que se violaría el principio de igualdad real de los ciudadanos (artículo 2º, inciso 2, Constitución Política del Perú) si se impone una pena prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivación normal. Agrega que si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad¹⁰. En los casos de error de prohibición estamos sin duda ante una inferioridad situacional ya que el individuo, por razones que no le son exigibles, desconoce o no comprende la prohibición, lo que incide sobre su capacidad de motivación normal.

VI. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

Existe este tipo de error cuando el autor de un hecho antijurídico no tiene conciencia de su antijuridicidad debido a su condicionamiento cultural.

Pero no siempre el condicionamiento cultural provocará un error de prohibición, en algunos casos excluirá la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, el brujo de una tribu africana que hace ingerir una sustancia abortiva a una mujer embarazada creyéndola idónea únicamente para bajarle la fiebre, actuará con error de tipo que eliminará el dolo y la tipicidad del aborto, y no con error de prohibición.

El error de prohibición culturalmente condicionado, si bien es frecuentemente un error directo de comprensión, puede ser también un error indirecto.

Veamos cómo se puede caracterizar el error de comprensión. Para la formulación del reproche, el derecho penal no exige la efectiva comprensión de la antijuridicidad, sino que basta con su posibilidad. Pero, por comprender no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión, pero ésta requiere internalizar, introyectar, que la norma pase a formar parte de nuestro propio equipo psicológico. Comprender implica, pues, conocer y también internalizar. En este sentido, se hace evidente que quien realiza una conducta antijurídica frecuentemente no ha comprendido su antijuridicidad. Por ello, el derecho penal no puede

exigir una efectiva comprensión de la misma, pues casi nunca se da; lo que el derecho penal requiere, y está dado en la mayoría de los casos, es la posibilidad de comprender la antijuridicidad¹¹.

Ahora bien, la exigibilidad de la comprensión (internalización) de la antijuridicidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. Cuando podía exigírsele jurídicamente esa comprensión, la acción antijurídica es reprochable en la medida de la exigibilidad y del grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar. Pero si nos encontramos ante un supuesto en que la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, y en el que el esfuerzo que debe realizar el autor es de una magnitud tal que claramente determina su inexigibilidad jurídica, este será un caso de error de prohibición que excluye la reprochabilidad¹².

En este tipo de casos la imposibilidad de comprender no se relaciona, como en los supuestos de inimputabilidad, con una insuficiencia o alteración psicológica, sino que tiene que ver con la introyección de otra estructura normativa diversa que su comunidad le exige. El sujeto se enfrenta así a una elección entre dos normas. Por un lado, la norma consuetudinaria que ha internalizado por las vivencias culturales desarrolladas en el seno de su comunidad y que comprende perfectamente. Por otro lado, la norma positiva del derecho peruano que le ordena, a veces, lo contrario, y que no ha internalizado, no la comprende, ya que contiene un sustrato valorativo que su comunidad no comparte y que le resulta extraño.

¿Es lícito en estos casos imponer una pena a quien actúa siguiendo pautas normativas internalizadas a lo largo de toda su vida de relación, y reprocharle que no ha ajustado su conducta a derecho, cuando este derecho no puede motivarlo por la gran diversidad cultural? Si contestáramos afirmativamente a esta interrogante, estaríamos diciendo que es tan reprochable el homicidio realizado por una persona que ha nacido y se ha criado en Lima, de acuerdo con las pautas de la cultura occidental, como el cometido por un nativo al que su misma comunidad le exige que, en su nombre, mate al "brujo malo" de la tribu¹³. Es evidente que aplicar la misma solución a ambos casos implicaría una notoria injusticia.

10. Mir Puig, Santiago: "Derecho Penal, Parte General, PPU". Barcelona, 1985, pág. 82.

11. Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 1987.

12. Zaffaroni: op. cit., tomo IV, pág. 100.

13. Ver en este mismo número, entrevista al Dr. Fernando de Trazegnies.

Qué hacer con este segundo homicidio que debería quedar impune, es un problema que no podemos solucionar con el derecho penal. Lo único que puede decirnos en este caso el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho es que no corresponde aplicar una pena pues al sujeto le fue imposible comprender la criminalidad de su conducta.

VII. EL ARTICULO 87 DEL CODIGO PENAL PERUANO

El Código Penal, en su artículo 87, regula los supuestos de error. En su primer párrafo, refiriéndose evidentemente al error de hecho, dice: "En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia...". Pero la segunda parte de este párrafo agrega: "... o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito...", lo que parece referirse al error de derecho. Sin embargo, un error sobre el carácter delictuoso de un acto puede estar fundado sobre el desconocimiento de hechos o de normas jurídicas, es decir, este segundo párrafo bastaría para cubrir ambos errores, que, de cualquier manera, no deberían tener un tratamiento distinto.

Las expresiones "no provenientes de negligencia" y "no culpables" se refieren a la inevitabilidad del error. Para poder hablar de ella, el autor debe haber realizado todo esfuerzo serio que pareciera adecuado para despejar la duda sobre la antijuridicidad. El criterio de evaluación de dicho esfuerzo se puede plantear desde dos puntos de vista: a) subjetivo, según el cual el autor habrá obrado en error inevitable cuando agotó los medios que, se le ocurrió, podrían despejar su duda; y b) objetivo, en cuyo caso el error sería inevitable si el autor ha realizado lo que una persona consciente de su responsabilidad hubiera hecho para despejar la duda en la situación en que obró el autor. En principio, se debería dar preferencia al criterio subjetivo¹⁴.

Finalmente, el artículo 87 establece que es irrelevante la ignorancia de la ley penal en el caso de delitos "que tengan señalada pena mayor que la de prisión". Para interpretar este párrafo en el sentido más restrictivo de la punibilidad, deberíamos sostener que el error sobre un elemento normativo de otra rama del ordenamiento jurídico por ejemplo sí puede ser relevante. También es relevante el error sobre la situación objetiva de una causa de justificación (creer que se actúa en legítima defensa), ya que se trata de un error de hecho.

De acuerdo con lo expuesto, podríamos sostener que el tratamiento del error de prohibición conforme al artículo 87 es el siguiente:

A) Cuando no tiene pena mayor que la de prisión: si el error de prohibición es inevitable, el juez podrá reducir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal respetando lo establecido por el artículo 88. Si el error es evitable, el juez sólo puede disminuir el reproche dentro de los márgenes que le permita el tipo correspondiente. La primera solución es a todas luces injusta y contraria al principio de culpabilidad, de raigambre constitucional, ya que el error inevitable debe excluir la reprochabilidad y no atenuarla.

B) Cuando el delito tiene pena mayor que la de prisión: si el error de prohibición es inevitable y se trata de desconocimiento de la ley penal, o si el error es evitable, se aplica la misma solución, el error es irrelevante para eludir el mínimo legal y se debe respetar el marco dado en el tipo concreto. El único caso en que se puede aplicar la pena por debajo del mínimo legal es cuando se trata de ignorancia de derecho extra-penal o error sobre la situación de hecho y el error es inevitable. Estas soluciones también son violatorias del *nullum crimen sine culpa* tal como lo entendemos.

Por otra parte, la distinción del artículo 87 in fine está basada en un concepto "natural" de delito que resulta irrazonable. No se puede presumir, sin admitir prueba en contrario, que los delitos con determinadas penas son conocidos por todos, y menos en un país con la diversidad cultural que presenta el Perú; esto puede llevar a dictar sentencias que causen más alarma social que la misma realización del hecho prohibido. El delito como hecho social no existe, en el sentido que desde la óptica de las relaciones sociales, nada tienen en común el libramiento de un cheque sin provisión de fondos y el homicidio. El hecho social se constituye en delito mediante un precepto legal, o sea que lo único que hace que todos los delitos sean tales es su normatividad penal.

Como se puede apreciar, la mecánica aplicación del artículo 87 a los casos de error de prohibición nos lleva a soluciones que contradicen el principio de culpabilidad. Ahora, ¿es ésta la solución correcta? Creemos que no. Sostenemos que el artículo 87 es anticonstitucional.

El principio de culpabilidad, que comprende la admisibilidad del error de prohibición culturalmente condicionado, tiene su fundamento normativo en el artículo 2º (inciso 2 e inciso 20, apartado d) de la Constitución Política del Perú. La norma referida del Código Penal peruano contraría el texto y el espíritu de la ley fundamental. Por lo demás, una

14. Bacigalupo, Enrique: op. cit. pág. 273.

legislación que no respete el mencionado principio afecta la dignidad del ser humano y contradice las bases del Estado social y democrático de derecho (artículos 1º y 4º).

El juez, frente a un caso de esta naturaleza, si quiere obrar de acuerdo con los criterios constitucionales y con el imperativo establecido por el Art. 236 de la Carta Fundamental, no debe aplicar pena cuando medie error de prohibición inevitable y condicionado culturalmente.

Tampoco deben aplicarse los artículos 44 y 45 del Código Penal, que son la manifestación de un etnocentrismo que considera "salvaje" a una persona sólo por tener pautas culturales diferentes, y que contradicen el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución. Por otra parte, el error condicionado culturalmente también lo puede sufrir una persona "civilizada" de un país occidental donde el hecho no constituye delito.

VIII. CONCLUSION

La aplicación de la ley penal en un Estado social y democrático de derecho no puede abandonar el principio de culpabilidad, según el cual la pena sólo puede imponerse al autor de una acción u omi-

sión dolosa o, al menos, culposa, que tuvo la posibilidad exigible de adecuar su conducta conforme a derecho.

Es este principio, que se desprende de la Constitución Política del Perú, el que fundamenta la inaplicabilidad de la pena en el caso de error de prohibición inevitable. Por ello, cuando la inevitabilidad del error provenga de la imposibilidad de comprensión de la norma penal debida al condicionamiento cultural, la conducta, si bien típica y anti-jurídica, debe considerarse inculpable y, por lo tanto, impune.

No debería ser otra la resolución de este tipo de casos si deseamos respetar los preceptos constitucionales. Así, el artículo 87 del Código Penal peruano no puede aplicarse cuando contraría el nullo crimen sine culpa.

Consideramos que en estos conflictos causa más alarma social la aplicación de la pena que la impunidad. El problema de la multiculturalidad es un condicionante político que debe contemplar pero de ningún modo puede resolver el derecho penal. Finalmente, cabe la aclaración que la facultad punitiva del Estado no puede actuarse sin una adecuada fundamentación si no quiere caerse en un mero ejercicio de poder.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- Epígrafe 1: Entrevista en la revista "El Porteño", Buenos Aires, abril de 1984.
- Epígrafe 2: Santiago Mir Puig, "Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982, pág. 98.

La Negociación Colectiva en el sector estatal

Mario Pasco Cosmópolis

Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la PUC

La Constitución Política del Perú reconoce, tanto a los trabajadores privados como a los servidores públicos, los derechos de sindicación y huelga, y lo hace por separado, en forma reiterada y simétrica: en los artículos 48o. y 55o. del Capítulo V para los primeros, y en el artículo 61o. del Capítulo VI para los segundos.

No sucede igual, en cambio, respecto de la negociación colectiva, que sólo está reconocida a los trabajadores privados (Art. 54o.), pero que es omitida para los servidores públicos. Ello no significa que les niegue ese derecho; simplemente, no lo reconoce con rango constitucional.

De otro lado, la Constitución dispone (Art. 60o.) que un Sistema Unico Homologado regula las remuneraciones de los servidores públicos, lo que implica que todos éstos deben percibir una remuneración igual de acuerdo al nivel, grado o cargo que desempeñen, con independencia total de la Reparación en que laboren. En otras palabras, a cargos iguales deben corresponder remuneraciones iguales, sea que pertenezcan al gobierno central, a los Poderes del Estado, a los gobiernos locales o a las instituciones autónomas.

A partir de las premisas constitucionales, se ha establecido por decreto el derecho de los sindicatos de servidores públicos a la negociación colectiva pero sólo respecto de condiciones generales de trabajo, no así sobre remuneraciones (D.S.026-82-JUS). Es más el Decreto Legislativo 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa- dispone en su artículo 44o. textualmente lo siguiente:

"Las entidades públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o modifiquen el Sistema Unico de Remuneraciones que se establece por la presente Ley, en armonía con lo que dispone el Artículo 60o. de la Constitu-

ción Política del Perú. / Es nula toda estipulación en contrario".

ANTECEDENTES

La idea de un Sistema Unico Homologado es antigua y se eslabona con la de reservar al Estado la atribución de fijar unilateralmente las remuneraciones. Los esfuerzos por implantar tal Sistema en la década de los 70' se vieron, sin embargo, dificultados por la aparición, por vía fáctica, de mecanismos de sindicación, negociación y huelga.

En forma acelerada, los sectores con capacidad de presión -maestros, médicos del Estado- o que se vinculaban con actividades particularmente protegidas -servicio diplomático- o estimuladas -pesquería- fueron obteniendo ventajas respecto de los demás, lo que, lejos de homogeneizar los regímenes, los multiplicó y dispersó.

En tales circunstancias se debatió la actual Constitución. Fue objetivo muy claro de los constituyentes acabar con esta disparidad a través de la centralización y unificación de las condiciones remuneratorias, fundamentalmente por medio de un Sistema unificado. Ello explica, además, el por qué no se incluyó la negociación colectiva entre los derechos del servidor público.

La fijación de remuneraciones y, en general, derechos económicos debe hacerse, de otro lado, en la Ley General de Presupuestos que el Parlamento aprueba el 15 de diciembre de cada año y que rige por todo el año inmediato posterior.

La rigidez presupuestal se vio impotente para enfrentar el fenómeno inflacionario desatado en 1976, y que en los últimos años ha alcanzado índices altísimos, superiores a 4 dígitos.

Cara a la situación descrita, el gobierno se ha visto obligado a otorgar, cada vez con mayor frecuencia y por montos cada vez más elevados, au-

mentos generales de salarios, los cuales, sin embargo, han estado siempre por debajo de la cuota inflacionaria, determinando una profundísima caída de los salarios reales.

La fijación unilateral de salarios y condiciones se da de tres maneras o en tres momentos: primero, en lo estructural, al fijar el marco legal de las remuneraciones y condiciones de trabajo; segundo, en lo económico permanente, al señalar el monto de las mismas vía la ley anual de presupuesto; y finalmente, en lo coyuntural, al decretar ajustes periódicos para contrarrestar o compensar el deterioro provocado por la inflación.

No obstante mantenerse este sistema en lo fundamental, en los últimos años ha habido una apertura hacia la participación de los trabajadores en la determinación de sus derechos, reflejada en la adopción de mecanismos de consulta y negociación colectiva.

El mecanismo de la consulta fue introducido, al menos en teoría, por decreto supremo No. 003-82-PCM, de 24 de enero de 1982; su artículo 22o. dispone que para la elaboración del proyecto modificatorio del Sistema Único de Remuneraciones de la Administración Pública, el Poder Ejecutivo formulará las consultas que fueren del caso a las organizaciones sindicales debidamente registradas.

A tal efecto (D.S. 039-83-PCM) y para la coordinación de la consulta, se ha creado una **Comisión Nacional de Consulta de los Servidores Públicos**, integrada por dos representantes del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), uno de los cuales la preside, dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas y dos representantes del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

El mecanismo, hasta donde tenemos conocimiento, no viene siendo aplicado y pareciera ser inoperante.

LA NEGOCIACION COLECTIVA

La negociación colectiva sólo está autorizada respecto de condiciones de trabajo no remuneratorias, lo cual, obviamente, reduce al mínimo su importancia y eficacia prácticas.

El proceso negocial se da al interior de una **Comisión Paritaria**, dentro del esquema siguiente:

–**Contenido material:** El pliego de peticiones debe versar única y exclusivamente sobre fijación o variación de condiciones de trabajo; no puede contener aspectos salariales.

–**Legitimación:** Habiendo pluralidad sindical, tiene derecho a presentar anualmente, en forma escrita, un Pliego de peticiones sobre condiciones de trabajo (excluidas las remuneratorias) el sindicato **mayoritario** de la Repartición.

–**Comisión Paritaria:** Recibido el pliego, el Titular de la Repartición debe convocar a una Comisión Paritaria integrada por 4 representantes del sindicato mayoritario, 4 representantes de la Repartición y un representante del Titular de la misma, quien la preside.

La Comisión Paritaria debe, en el término de 10 días, evaluar el pliego y buscar una fórmula de arreglo, previa opinión favorable de la Comisión Técnica. Con opinión favorable, la fórmula de arreglo queda consolidada, debiendo el Titular de la Repartición expedir la correspondiente resolución aprobatoria, con lo que concluye el proceso. Si la Comisión Técnica plantea observaciones, la Comisión Paritaria puede recogerlas, procediéndose en la misma forma; pero si no las acepta, el caso va a arbitraje.

–**Dictamen previo: Comisión Técnica.** Si no se hubiera llegado a un arreglo, la Comisión Técnica debe emitir, en un plazo máximo de 30 días hábiles, un informe sobre los aspectos legales, técnicos y posibilidades presupuestales de la petición y formular sus recomendaciones y sugerencias.

Las Comisiones Técnicas deben ser organizadas por el INAP anualmente, integradas por dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos del Ministerio de Justicia y dos del propio INAP.

–**Arbitraje:** Como secuela de las negociaciones, si no se llega a una fórmula de arreglo o si la Comisión Paritaria no acepta las observaciones de la Comisión Técnica, el asunto pasa a decisión de un Tribunal Arbitral constituido en cada Repartición por dos árbitros designados por el sindicato mayoritario, dos designados por la Repartición y un Presidente elegido por aquellos de común acuerdo o, a falta de acuerdo, designado por la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente, a solicitud del Titular de la Repartición.

El Tribunal debe conocer el pliego y expedir laudo en un plazo de tres días. El laudo debe tomar en consideración el informe de la Comisión Técnica y tiene carácter de cosa juzgada, siendo de obligatorio cumplimiento.

Este arbitraje adolece de las mismas limitaciones de la negociación: sólo puede pronunciarse respecto de materias no remuneratorias.

Que tengamos conocimiento, hasta la fecha no se ha dictado un solo laudo arbitral, en los 7 años que tiene de implantado el sistema.

ENFOQUE CRITICO

Todo el sistema concebido por el D.S. 026-82-JUS adolece de un defecto monumental: está totalmente divorciado de la realidad y es, por tanto, ineficaz.

La negociación colectiva de los trabajadores privados, cuya existencia en nuestro país data de principios de siglo y ha sido institucionalizada y regulada legalmente desde la década de los años 30', tiene como tema fundamental el salarial: las convenciones colectivas peruanas son casi sólo salariales; la fijación de cláusulas previsionales o de otra índole es muy limitada, casi inexistente. Siendo así, siendo ésa la tradición nacional a emular en esta materia, resulta obvio que si se priva a la negociación de su contenido remuneratorio deviene prácticamente en vacía, inútil. Eso es lo que sucede con la negociación formal en el sector público: resulta superflua, inconsistente, intrascendente.

De otro lado, empero, en un país cada vez más avasallado por la informalidad, las fuerzas sociales y las necesidades económicas no pueden ser contenidas mediante recursos formalistas; su empuje genera su propia dinámica, abre su cauce, produce resultados. Así, aunque la negociación está proscribida y hasta fulminada por la ley, en la práctica goza de buena salud. Los sindicatos de empleados públicos, la CITE y en general los diversos estamentos burocráticos presentan pliegos "remuneratorios", se declaran en huelga, fuerzan la apertura e instauración de comisiones paritarias, negocian y alcanzan finalmente muchos de los objetivos perseguidos.

El gobierno -los gobiernos, en verdad, de 1980 a la fecha- se guarda mucho, eso sí, de no llamar negociación a la negociación, ni actas a las actas, ni convenios a los acuerdos. Celoso guardián de las apariencias, cambia los nombres, utiliza eufemismos, se cuida muy bien de respetar la ley que prohíbe negociar, y entonces, en vez de dar valor directo a las convenciones, las recoge en decretos y resoluciones. De ese modo, no son ni la negociación ni el convenio los que producen el aumento salarial, sino el acto unilateral y soberano del Estado plasmado en una norma gubernamental. Puro artificio, en verdad; respeto sacramental a la forma y desprecio por la verdad y la sustancia.

PROBLEMATICA

La negociación colectiva en el Sector Estatal confronta numerosos problemas, no sólo los reseñados líneas arriba.

Por un lado, el crecimiento desmesurado de la burocracia, su gigantismo cuantitativo, hace muy gravosas para el Erario público cualesquiera concesiones económicas. Hay una insuficiencia de base, una incapacidad real e inocultable para atender las expectativas del servidor público. Luis Aparicio Valdez ha dicho, con ese tono socarrón que él usa con tanta simpatía, que en el fondo **la burocracia en el Perú es un sustituto del seguro de desempleo: se le paga poco y se le exige menos o nada a cambio.**

Por otra parte, conspira contra un mejor desarrollo de la negociación el tono marcadamente conflictual con que se plantean las reivindicaciones. Los gremios de servidores públicos han sido copados por los sectores radicales, cada vez más extremos en la búsqueda de acentuar las contradicciones del sistema para intentar acabar con él. No hay, entonces, interlocución posible. Y si cuando candidatos, los más altos dignatarios del actual régimen solían acompañar las marchas de los huelguistas, en especial cuando estaban cercanas las cámaras de la T.V., hoy descubren consternados que esas dirigencias sindicales son intransigentes y duras. Pero no son las dirigencias ni su actitud las que han cambiado, ciertamente.

Hay, finalmente, un factor demoledor: la hiperinflación. Mientras este flagelo persista, nada en el Perú -la negociación colectiva incluida- tendrá medianas posibilidades de eficacia o éxito.

PERSPECTIVAS

Conjugar el mandato constitucional de un Sistema Unico Homologado de Remuneraciones con un sistema abierto de negociación es tarea por demás difícil.

La necesidad de respetar ese Sistema, dentro de un esquema prohibitivo de la negociación salarial, llevó a la creación de una Comisión Nacional integrada por funcionarios de primer nivel administrativo, encargada de estudiar los problemas sectoriales y general y elevar sus conclusiones al Ministerio de Economía y Finanzas para su inclusión en el presupuesto general. Todo ello con carácter único para todos los servidores públicos, sin excepción, vale decir, con el grado máximo de centralización.

Ahora bien, desde años atrás el Presupuesto General de la República ha dejado de ser un auténtico presupuesto y se ha convertido, como tantas otras cosas, en otra forma meramente apariencial.

Por un lado, una porción inmensa del presupuesto de gastos corrientes aparece atribuida sin más, como un inmenso saco de dinero, al Ministerio de Economía y Finanzas. para que éste lo adminis-

tre y distribuya *ad libitum*. El MEF extrae del mismo a lo largo del año las habilitaciones y transferencias que habrán de permitir atender los mayores egresos derivados de los incrementos del gasto, fundamentalmente en el rubro de remuneraciones. Como quiera que en nuestro país el MEF no sólo prepara el presupuesto, sino que también lo administra, eso es exactamente igual que poner al gato de despensero. Esa es parte de la explicación del por qué los ministros de economía suelen convertirse en superministros que tienen no sólo la sartén por el mango, sino el mango también.

Por otro lado, y ésta es invención más reciente, se ha creado el llamado "presupuesto cero", esto es, un presupuesto concebido como si no hubiera inflación (inflación cero, de allí el nombre); así, se aprueban en diciembre de cada año ingresos y gastos para los doce meses siguientes calculados, unos y otros, como si los de enero se fueran a mantener invariables hasta diciembre. Esto, en un país cuya inflación viene teniendo un ritmo de 45% mensual*. En los apenas 15 días que transcurren desde la aprobación del "presupuesto cero" hasta el inicio de su vigor, las cifras ya llegan desfasadas en un 15 ó 20 por ciento.

Ese "presupuesto" de presupuesto no tiene nada; ni el nombre, en realidad, porque el cero es la nada.

Todo esto tiene que cambiar si aspiramos a ser, algún día, un país en serio. En ese país que hipotéticamente podríamos ser, las cosas tal vez tendrían que funcionar de la manera siguiente:

—La CITE, o como quiera se llame para entonces la Central debidamente registrada que represente a los servidores públicos, tendría que asumir esa representación con carácter universal. Si hubiera pluralismo confederal, habría que buscar soluciones como la del sindicato más representativo u otra similar.

—La negociación tendría que ser salarial, básicamente salarial; si no, no es negociación. Por respeto al Sistema Unico previsto en la Constitución, esa negociación debería ser rígidamente centralizada.

—Tendría que darse en oportunidad y tiempo suficientes para permitir que los acuerdos sean incorporados al proyecto de presupuesto. Como éste debe quedar listo en agosto, la negociación por fuerza tendría que ser en época anterior: junio o julio, tal vez.

—Obviamente, si el presupuesto es tal y la Constitución sigue siendo la Carta Magna, los efectos de esa negociación sólo regirían desde enero del año siguiente.

Nuestra propuesta, abrumados psíquicamente como estamos por la hiperinflación, puede parecer irreal y hasta irrisoria; pero, claro, también para ser país serio tenemos que comenzar por derrotar a la inflación. En todo caso, la negociación puede contener fórmulas flexibles, variables, adaptables a la realidad. Lo importante es que, cualesquiera sean los acuerdos, aparezcan reflejados presupuestariamente de modo transparente y real.

—A la par con todo ello, los sindicatos de base podrían actuar descentralizadamente para negociar, allí sí, sólo las condiciones de trabajo, porque éstas no pueden ser generalizadas ni pueden ser iguales para todos los sectores. Ello permitiría introducir mecanismos de articulación negocial, niveles diferentes de negociación a partir de materias distintas a ser tratadas en cada nivel.

Avanzar en esta dirección parece muy difícil hoy en día: (1) El gobierno -los gobiernos- ve con poca simpatía a la CITE (a cualquier CITE) y con pavor la centralización de su poder negocial. (2) La contratación articulada es resistida por algunos sectores empresarios, y otros quisieran librarse de la contratación por rama de actividad; ese espíritu de alguna manera tiene reflejo o puede tenerlo en los gobernantes que deban enfrentar similares desafíos en el sector estatal. (3) Al Ministerio de Economía - a todo ministro de economía- no hay quién le quite de las manos la formulación y ejecución presupuestal, fuente primordial de su enorme poder. (4) El Parlamento, a su vez, puede crear invadidos sus fueros si se le presentan acuerdos ya formalizados en materia retributiva que deban ser incorporados *in totum* al presupuesto, que es una ley que emana del Parlamento. (5) La CITE y los citeños pueden seguir sintiéndose más confortables en el conflicto que en el avenimiento.

En pocas partes o en ninguna parecería tener asidero la propuesta que hacemos. Puede parecer utópica. Pero si lo es, ¡Enhorabuena!. No pueden expropiarnos la utopía; debemos defenderla con uñas y dientes.

De lo contrario, mejor sería colocar en nuestro país el lema que el divino Dante puso en el umbral del infierno: "Lasciate ogni speranza voi ch'entrate".

* Los índices que hace referencia el autor corresponden al primer trimestre de 1989.

Autonomía convencional e intervención estatal *

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la PUC

1. La autonomía privada individual y la intervención estatal

El Derecho Romano diseñó dos figuras contractuales para regular el trabajo humano productivo¹, por cuenta ajena² y libre³ (Alonso Olea): 1) la *locatio conductio operarum* y 2) la *locatio conductio operis*. La primera figura comprendía la obligación del locador de prestar su actividad a un tercero, sometiéndose a sus órdenes, a cambio de una remuneración. La segunda, abarcaba la obligación del locatario de ejecutar una obra para un tercero, con los materiales proporcionados por éste, sin obligación de obediencia, a cambio de una retribución (Sanguineti Raymond).

El Derecho Francés (Código Civil de 1804) retomó varios siglos después esas mismas figuras, con la denominación de contrato de arrendamiento de servicios y de obra, respectivamente, ambas en el campo del Derecho Civil. En épocas más o menos coincidentes, sin embargo, se habían producido la Revolución Industrial (en lo económico-social) y la Revolución Francesa (en lo jurídico-político), en virtud de las cuales el contexto de aplicación de dichas figuras variaba considerablemente: se había pasado de una época de escasa mano de obra libre (mundo romano) o de producción en talleres aislados (régimen feudal) con pocos recursos y pocos trabajadores, a un etapa de acumulación sin precedentes de capital y de trabajo. Aparecen con ello,

de un lado, la fábrica, y del otro, la clase trabajadora.

La ideología liberal imperante entonces consideraba al trabajo como una mercancía que se ofrecía en el mercado, sujeta como las demás a las leyes de la oferta y la demanda. Un supuesto orden natural guiaba a la economía, por lo que el Estado debía abstenerse, para no perturbar su desenvolvimiento. Adicionalmente, los individuos eran tenidos por libres e iguales, gracias a lo cual todos podían desempeñar cualquier industria (quedaban disueltas las corporaciones y prohibidas las asociaciones) y podían pactar entre ellos sin restricciones lo que conviniera a sus intereses (autonomía de la voluntad).

El resultado de esta conjunción de elementos fue la sobre-explotación de los trabajadores, con jornadas excesivas y salarios miserables. Esta derivaba de una realidad social que desmentía cruelmente las apariencias: las partes del contrato de arrendamiento de servicios no eran iguales, porque una tenía poder económico y la otra sólo su fuerza de trabajo, y en consecuencia esta última tampoco era verdaderamente libre, sino que debía aceptar las reglas impuestas unilateralmente por el empresario, sin poder contar con una organización sindical que la respaldara, ya que éstas estaban proscritas.

Frente a esta situación los obreros se organizaron, de muy variadas formas, luchando contra el Estado y los empresarios por su derecho de asociarse y la obtención de mejores condiciones de trabajo. Tras períodos iniciales de brutal represión, que costaron multitud de obreros asesinados y encarcelados, el movimiento obrero logró forzar al Estado a abandonar su supuesta neutralidad, modificar su ordenamiento e intervenir en las relaciones de trabajo y la vida económica en general (Ojeda Avilés). Esta intervención tuvo entonces un sentido protector del trabajador. Las causas de la intervención son debatidas por diversos autores y tal vez ha-

* Versión preliminar de un estudio a publicarse por DESCO.

1. Trabajo productivo es el que el hombre presta con un fin económico: el de procurarse mediante aquel los medios necesarios para su subsistencia.
2. Trabajo por cuenta ajena es aquel en que una relación pre-existente a la ejecución del trabajo, surgida entre el trabajador y un tercero, determina en forma inicial u originaria, la atribución de los frutos del trabajo a ese tercero.
3. Trabajo libre es aquel en el cual la causa determinante de la atribución originaria de los frutos al tercero deriva de un acto voluntario del trabajador.

yan concurrido varias de ellas en dicho fenómeno: la búsqueda de un equilibrio real y ya no formal entre las partes, a través de la protección jurídica al sujeto económicamente más débil de la relación; la defensa del orden establecido, que un sindicalismo revolucionario amenazaba fuertemente; la fijación de reglas al capitalismo global, para acabar con la ilimitada voracidad de capitalistas individuales; y el propósito de evitar el creciente fortalecimiento de las organizaciones obreras (De la Villa, Camps Ruiz, García-Perrote Escartín). Asimismo, es debatida la necesidad de mantener esa intervención estatal tuitiva, cuando el orden ya no está amenazado o se ha reconocido la autonomía colectiva (Camps Ruiz).

En este marco de quiebra del liberalismo, surge la figura del contrato de trabajo, con idéntico contenido al antiguo arrendamiento de servicios (prestación subordinada de actividad), pero sustraída del Derecho Civil, que lo sujetaba a las reglas antes expuestas, e inserta en una nueva área del Derecho: el Derecho del Trabajo, que establece las normas y principios que regulan la relación objeto del contrato de trabajo. Ahora, el uso masivo de esta figura, generado por el desarrollo capitalista, no conduciría a una explotación descarnada del trabajador.

Una manifestación fundamental del carácter protector del Derecho del Trabajo es la drástica reducción de los márgenes de desenvolvimiento que deja a la autonomía privada individual (relación trabajador-empleador). Mientras en el Derecho Civil la contienda entre la normativa estatal (orden público) y la autonomía privada individual, se resuelve largamente en favor de ésta (sin desconocer el fenómeno de la socialización del contrato) (Masson Pazos), en el Derecho del Trabajo la última cede considerable terreno en favor de la primera, pero también en beneficio de la autonomía privada colectiva (relación sindicato-empleador) (García-Perrote Escartín). Podemos descomponer la afirmación anterior en los dos momentos en que opera la autonomía de la voluntad, llamados: 1) libertad de contratar⁴ y 2) libertad contractual⁵. La primera sigue siendo libre en el Derecho del Trabajo. La casuística podría proporcionar ejemplos de limitaciones relativas, como las cláusulas sindicales de exclusión (que reducen el universo de los trabajadores que el empleador puede contratar a los sindicalizados, y en el Perú están prohibidas) o aquellos convenios colectivos o estatutos que otorgan derecho

preferente a los hijos para cubrir los puestos dejados por sus padres por diversas causas (muerte, retiro, etc.).

En todo caso, sería más importante reparar en cuánto ni siquiera el derecho al trabajo (a obtener y conservar un empleo), afecta la libertad de contratar, porque aquel no garantiza el acceso a un empleo determinado.

En lo que toca la libertad contractual, ésta sí es severamente constreñida en el Derecho del Trabajo, ya que el contenido de cada relación individual de trabajo está determinado por la normativa estatal y la convencional. Así, se ha pasado de un contrato de trabajo normativo a uno normado (Martín Valverde) o de uno celebrado por adhesión a reglas impuestas por el empresario a otro por adhesión a reglas estatales y convencionales (García-Perrote Escartín).

2. La autonomía privada colectiva

Al ser reconocidas jurídicamente las organizaciones sindicales, tras los períodos de la prohibición y de la mera tolerancia, se empieza a considerar válidos también los instrumentos indispensables para la acción sindical: la negociación colectiva y la huelga (Ojeda Avilés). El reconocimiento de la negociación colectiva en particular, supone otorgar a su producto típico (el convenio colectivo) validez y eficacia jurídicas.

De este modo, el incipiente ordenamiento laboral de entonces, de procedencia únicamente estatal (con la relativa excepción de los reglamentos internos de trabajo de origen empresarial unilateral), comienza a enriquecerse con la presencia del convenio colectivo, generado por la autonomía de los sujetos laborales, ahora en mejores condiciones reales de libertad e igualdad. Este hecho produce una pluralidad normativa compleja entre las normas estatales y las convencionales (Martín Valverde), que en su detalle analizaremos en el punto siguiente.

Nos interesa aquí resaltar que gracias al fenómeno descrito, los sujetos laborales adquieren la condición de fuente del derecho en sentido propio⁶ y el convenio colectivo la de fuente del derecho en sentido traslativo⁷ (Alonso Olea). El convenio colectivo es una norma, como la ley, porque puede producir derecho objetivo y no sólo derechos subjetivos (Camps Ruiz), esto es, reglas generales, impersonales y abstractas y no particulares, persona-

4. La libertad de contratar opera al momento del acceso al contrato y supone que las partes contratan si quieren y con quien quieren.

5. La libertad contractual opera al momento de fijar el contenido del contrato y supone que las partes contratan sobre lo que quieren y en la forma que quieren.

6. Fuente en sentido propio son los órganos dotados de potestad normativa.

7. Fuente en sentido traslativo son las formas jurídicas emanadas de la potestad normativa de los órganos.

les y concretas, como el contrato o la sentencia (De la Villa, Predieri).

En nuestro ordenamiento, la Constitución, en su parte orgánica (que es fuente de fuentes) (Alonso Olea), reconoce la potestad normativa de los órganos estatales y de los sujetos laborales. La potestad de éstos, en consecuencia, no deriva del Estado sino de la Constitución misma, igual que la estatal. Adicionalmente, la Constitución le atribuye al convenio colectivo un nivel primario en la jerarquía normativa, es decir, fuerza de ley (Predieri). Esta debe alcanzar a la resolución administrativa o el laudo arbitral, que pueden aparecer en defecto del convenio colectivo. Ambos elementos, reconocimiento de la potestad normativa a los sujetos laborales y otorgamiento de nivel primario al convenio colectivo, se encuentran consagrados en el artículo 54 de la Constitución.

Todo ello ocurre en el marco de una Constitución que, de un lado, reconoce al trabajo un papel esencial en la vida socio-económica de la nación, desde su preámbulo hasta su articulado, y del otro, proclama a los derechos laborales como derechos fundamentales de la persona, en su parte dogmática, entre ellos, los tres derechos colectivos básicos: sindicalización, negociación colectiva y huelga (indispensablemente interrelacionados), todos ellos reconocidos como derechos de perceptividad inmediata⁸ y no aplazada⁹ (Montoya Melgar).

3. La autonomía privada colectiva y la intervención estatal

Nuestra Constitución prevé una abundante intervención estatal en material laboral, como expresión de su opción protectora del trabajador, en dos niveles. El primero, le impone al Estado (a los poderes públicos) actuar decididamente sobre la realidad social para transformarla en la perspectiva del establecimiento de estructuras más justas, de la búsqueda de una igualdad sustancial que incida en las bases mismas de la necesidad tuitiva (Rodríguez Piñero). La encontramos plasmada sobre todo en artículos como el 42 ("Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones") y 80 ("Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena

vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado"), pero también en los artículos 76, 79 y 110.

El segundo nivel es el de la regulación de los derechos laborales. Por tratarse de derechos fundamentales de la persona, lo apropiado sería que la regulación de los derechos laborales, en el ámbito estatal, se hiciera por ley y no por reglamento. Así lo prevé la propia Constitución en numerosos casos (por ejemplo, los artículos 42, 43, 44, 45, 48, 53, 54, 55, etc.; que aluden a la "ley", entendemos en sentido formal). Sin embargo, otros artículos que refieren sólo a una normación por el Estado, dejan abierto un espacio para la presencia del reglamento (por ejemplo, los artículos 43, 46, 47, etc.).

Lo principal en este punto del trabajo es, en todo caso, estudiar la relación entre esta necesaria intervención estatal en el campo laboral, ya sea mediante políticas sociales o normas específicas, y la autonomía colectiva, tratar de determinar cuál es el ámbito de desarrollo de cada una, porque si la normativa estatal invade todo de modo sofocante, aunque tuviera un sentido tuitivo en lo individual, terminaría aniquilando la autonomía colectiva y, por ende, contrariando al mandato constitucional.

En nuestro concepto, en nuestro sistema jurídico, el Estado puede en principio regular todos los derechos laborales sin que le esté vedado ninguno de ellos. Normalmente lo hará a través de la ley, sobre todo en los casos en que la Constitución le ha reservado esa forma jurídica (reserva que opera comúnmente en el propio ámbito estatal, frente al reglamento, y no frente a la autonomía colectiva, salvo excepciones supuestas de exclusión de ésta), y a veces a través de reglamentos autónomos¹⁰ o de ejecución¹¹ (Entrena Cuesta).

En materia específica de la autonomía colectiva, el Estado debe o puede intervenir, según los casos, para realizar tres funciones distintas:

a. **garantizar** el derecho a la negociación colectiva, entendida en un sentido amplio, que comprende desde la presentación de un pliego de reclamos, la negociación misma, hasta la celebración de un convenio colectivo.

b. **regular** el procedimiento de negociación colectiva.

8. Derechos de perceptividad inmediata son los directamente exigibles con la sola vigencia constitucional.

9. Derechos de perceptividad aplazada son los que requieren para ser exigibles, la actuación de los poderes públicos, a través de normas o políticas.

10. Reglamento autónomo es el que prescinde de cualquier ley anterior.

11. Reglamento de ejecución es el que desarrolla los preceptos previamente sentados en una ley.

c. **dirimir** el desacuerdo entre los sujetos laborales.

La intervención **garantizadora** impone al Estado la obligación de respetar la autonomía colectiva, en su más extensa acepción. Esta es una intervención a la vez general y particular. La intervención **reguladora** conlleva la potestad del órgano legislativo de dictar la norma que establezca el encausamiento de la negociación colectiva, pero cuidando de incurrir en un reglamentarismo excesivo, que asfixie las potencialidades de los sujetos laborales, porque entonces se vulneraría la autonomía colectiva. Esto ocurre en nuestro país ostensiblemente desde la vigencia del Decreto Supremo 006-71-TR -pre-constitucional- hasta la del Decreto Supremo 009-86-TR, reformativo del procedimiento -post-constitucional-, que fijan plazos breves y etapas rígidas para la autonomía colectiva para facilitar la resolución del conflicto por el Estado. Esta es una intervención general, que fija reglas para todas las negociaciones colectivas. Por último, la intervención **dirimente**, tiene carácter supletorio, en tanto opera sólo en defecto de acuerdo entre las partes, ya sea sobre el fondo de la controversia o sobre la remisión de su arreglo a un árbitro voluntario. Es claro también a este respecto, que nuestra normativa infraconstitucional, resulta atentatoria del mandato constitucional, por cuanto no se han establecido los canales para el arbitraje voluntario y el Estado invade con reglas pretendidamente imperativas negociaciones en curso o ya resueltas (sobre todo, en el ámbito de la actividad empresarial del Estado, mediante las directivas de la CONADE). Esta es una intervención particular, que concluye en la aprobación de una norma de alcance para el ámbito de una negociación específica.

En definitiva, la autonomía colectiva está sujeta a la legalidad, pero no a cualquier legalidad sino sólo a una que a su vez sea respetuosa de la autonomía colectiva, en un doble juego de controles similar al que fija el artículo 8 del Convenio 87 OIT para la libertad sindical.

Una de las áreas en que puede observarse con mayor precisión la relación entre la intervención estatal y la autonomía colectiva en un ordenamiento determinado, es la del **contenido** de la negociación colectiva. En este terreno, el Estado al intervenir **reguladoramente** (fijando el procedimiento negocial), podría determinar también el objeto negocial: **qué sí se podría negociar** (que debería ser lo más amplio posible, al estilo del artículo 2 del Convenio 154 OIT, que alude a condiciones de trabajo y empleo, y relaciones entre trabajadores y empleadores o sus organizaciones, dejando abierta la fórmula) y **qué no se podría negociar** (que debería ser lo más corto posible, salvo el campo de los derechos mínimos reconocidos a los trabajadores). En nuestro

sistema jurídico, la Constitución no define el contenido de la negociación colectiva, pero sí le excluye algunas materias o posibilidades. Al no precisarlo la Constitución, podría hacerlo la ley, siempre que se atuviera al modelo dinámico consagrado por aquella (Boza Pro). Pero ello tampoco ocurre: es un reglamento (el aludido Decreto Supremo 006-71-TR, en su artículo 5) el que lo hace y en forma tremendamente restrictiva (a través de definiciones cerradas de los conceptos de remuneraciones y condiciones de trabajo, que dejan fuera las cláusulas asistenciales y sindicales). Esta norma, afortunadamente, sin necesidad de apelar a su evidente inconstitucionalidad, ha sido ampliamente rebasada en la práctica negocial, aunque no por ello deja de ser recomendable su reforma.

Respecto de la exclusión de materias o posibilidades a la negociación colectiva, podríamos identificar tres:

a. **derechos mínimos** reconocidos a los trabajadores, que éstos no pueden abandonar voluntariamente, porque se lo impide el principio de irrenunciabilidad (artículo 57 de la Constitución)¹².

b. **derechos máximos** establecidos en beneficio de la comunidad, que no pueden ser transgredidos por los sujetos laborales en sus convenios colectivos por la prevalencia de aquel interés jurídico sobre éste (artículo 132 de la Constitución y tal vez el artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

c. **irretroactividad** de nuevas normas laborales, salvo que contuvieran derechos no contemplados o mejores que las normas anteriores (artículo 187 Constitución)¹³.

En lo que respecta al segundo asunto, es muy excepcional en el ordenamiento, abundantemente constituido por normas de derecho necesario relativo (indisponibles hacia abajo, disponibles hacia arriba), la existencia de normas de derecho necesario absoluto (indisponibles hacia arriba o hacia abajo) o máximos de derecho necesario (indisponibles hacia arriba, disponibles hacia abajo) (De la Villa, García-Perrote Escartín). Estas últimas normas, en consecuencia, solo serán admitidas, conforme a los supuestos del artículo 132 Constitución y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, cuando fueran anteriores y no posteriores al convenio colectivo, cuan-

12. También artículo 7 de la Ley 4916 y artículo 54 de su reglamento, artículos 43 y 48 del Decreto Supremo 006-71-TR, etc.

13. También artículo 47 del Decreto Supremo 006-71-TR, Directiva jurisdiccional 18-SP-FTCLL, etc.

do fueran concertadas y no impuestas, y cuando fueran transitorias y no permanentes (Plá Rodríguez). Las antiguas disposiciones del gobierno del Gral. Morales Bermúdez (punto único y topes), y las recientes frustradas anulaciones del régimen de relativa indexación salarial (Decreto Supremo 041-88-TR), se ubican manifiestamente fuera del cuadro descrito.

Finalmente, queremos señalar que hay una forma encubierta de comprimir la autonomía colectiva, sin llegar a los extremos de las situaciones antes expuestas. Ocurre cuando -como el Estado puede regular todos los derechos laborales y la autonomía colectiva también puede hacer lo propio, el primero no deja suficiente espacio vital para el desarrollo de la segunda (García-Perrote Escartín). Esto puede suceder en regímenes asistencialistas en lo individual, pero controlistas en lo colectivo. Nuestra historia laboral no es ajena a este hecho.

Consideramos que en nuestro país, donde existe una estructura sindical todavía débil, el ideal sería que el Estado realizara una intervención verdaderamente promotora de la autonomía colectiva,

de un lado, reformando positivamente la legislación sobre sindicalización, negociación colectiva y huelga, y del otro, dejando cada vez más campo a la potestad normativa de los sujetos laborales. Esto último podría hacerse, ya sea a través de un reparto de competencias (donde habría unas materias reservadas a la ley y otras reservadas a la autonomía colectiva, como sucede de hecho en el caso de los incrementos salariales, en que los del sector sujeto a negociación los determina el convenio y los del sector no sujeto el gobierno) o de relaciones de supletoriedad condicionada (la normativa estatal se aplicará en defecto de un mejor convenio colectivo), de complementariedad (la normativa estatal fijará beneficios mínimos mejorables por el convenio colectivo) o de complementariedad (la normativa estatal se remitirá al convenio colectivo para completar sus regulaciones) (Martín Valverde, García-Perrote Escartín). No hay que olvidar, por último, que si se produjera un conflicto entre una norma estatal y una convencional (dos normas aplicables al mismo hecho, con contenidos incompatibles entre sí), debería escogerse a la más favorable al trabajador, en virtud del principio del mismo nombre (Camps Ruiz), que será normalmente el convenio colectivo.

PANTENE^{MR}

TONICO CAPILAR



Combate su problema desde la raíz

Contratación en masa

¿Contratación?

Alfredo Bullard G. (*)

Profesor de Derecho Civil en la facultad de Derecho de la PUC. Ex Comité Directivo de Thémis.

El hombre moderno vive atravesado por los estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos y vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporarnos de inmediato en un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. Así, prendemos la radio o la televisión para vernos bombardeados por una publicidad que no es otra cosa que un conjunto de "ofertas al público". Nos detenemos un instante en nuestro automóvil frente a un cajero automático y llevamos a cabo las más variadas transacciones bancarias. Almorzamos en un restaurant y consumimos un menú cuyo precio no estamos en posibilidad de discutir. Estacionamos nuestro auto en una playa sometiéndonos a ciertas condiciones. Asistimos al cine o al teatro o nos matriculamos en la Universidad sin que de ordinario nadie nos haya pedido nuestra opinión.

Estas y mil actividades más, rodean la vida de un ser humano típico, donde la tipicidad se define cada vez más como un molde con el que se producen millones de muñecas de plástico idénticas en una fábrica de juguetes cualquiera.

Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada "contratación en masa". Este fenómeno reviste una complejidad sin par en la historia del Derecho. Nuevas técnicas de generación de relaciones jurídicas aparecen como correlato ineludible del desarrollo del capitalismo, en especial del monopolístico u oligopólico. A productos y servicios estandarizados se exige a su vez consumidores estandarizados. El efecto es relaciones jurídicas hechas en serie. Las sincronizadas maquinarias de la cadena de ensamblaje son reemplazadas por el formato pre-redactado. La voluntad del consumidor ha sido sacrificada, como lo fue la habilidad del artesano, en aras del

progreso.

La llamada "contratación en masa" ha convulsionado las más tradicionales estructuras de nuestro Derecho Privado. Nuestros Códigos Civiles (incluido el Código Civil de 1984) han quedado a la zaga de los hechos. La teoría contractual tradicional intenta, sin éxito, encasillar estas nuevas formas de generación de relaciones jurídicas en las estáticas categorías tradicionales. Se siguen buscando oferentes y aceptantes, se sigue intentando explicar nuestro sistema en base a principios como la autonomía de la voluntad o la buena fe, y en el fondo queda oculto lo más importante del fenómeno: su masificación, y por ende, su efecto social.

No pretendemos en el presente trabajo hacer un análisis exhaustivo de todas las diversas modalidades en que se presenta el problema de la contratación en masa (contratos por adhesión, cláusulas o condiciones generales de contratación, contratos de hecho, conducta social típica, contratos estándares, protección del consumidor, ofertas al público, etc.). Sólo pretendemos criticar el marco teórico a partir del cual este fenómeno suele ser analizado por la doctrina, sin detenernos en las particularidades específicas de cada una de sus manifestaciones.

1. El Contrato

El camino de nuestro Derecho Privado está empedrado del término "contrato". Toda la dinámica económica en nuestra sociedad pasa por la aduana de la contratación. Sin embargo, en la historia del Derecho se ha llamado "contrato" a muchas cosas diferentes. Así podemos decir, en los mismos términos que utiliza Trazegnies para referirse a la propiedad¹, que el contrato no es un concepto uni-

(*) Al Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, cuyas dotes de maestro sólo son superadas por sus cualidades humanas.

1. Trazegnies, Fernando de: "La Transformación del Derecho de Propiedad" en "Derecho" No. 33, Diciembre 1978. Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. P. 104.

versal que atraviesa la historia, sino un concepto histórico, es lo que los hombres quieren o necesitan que sea, y los hombres quieren y necesitan cosas distintas según las épocas. No es nuestro propósito, sin embargo, efectuar una exposición histórica sobre el desarrollo del término "contrato"². Sólo nos interesa poner de relieve su conceptualización moderna, refiriéndonos a lo que nuestros Códigos, y en general, nuestro sistema jurídico, entiende por "contrato".

El concepto moderno de "contrato" no es más que un subproducto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Se pensaba que la iniciativa individual era el mejor medio para el logro de la auténtica convivencia humana. Si se dejaba a la libertad actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo. Vivimos en una sociedad de egoístas, de maximizadores que no ven más motivo de actuación económica que el propio beneficio. De ello se deriva, como premisa central, la necesidad de dividir el trabajo. Ello permitirá una mayor eficiencia económica. Sin embargo esto trae un problema. Si alguien se dedica a producir vestidos, ¿Cómo obtendrá el alimento que necesita? La única posibilidad es el intercambio. Pero si quien tengo al frente, y que posee el alimento que necesito, es un maximizador egoísta como yo, ¿Cómo podré asegurarme su colaboración? Sólo existe una manera de compatibilizar el egoísmo humano con su libertad: el contrato. Las partes son libres e iguales, pero el mayor ejercicio de su libertad es, curiosamente, la posibilidad de autolimitarla a través del acuerdo al que voluntariamente llegan. Así, el contrato es ley entre las partes, porque ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de mejor manera sus intereses.

El resto fue vestir el esqueleto económico con categorías propias de la teoría jurídica. La doctrina se encargó por distintos medios de crear toda una atmósfera de respeto "cuasi-divino" a los pilares en los que se sostenía la teoría contractual. Se dotó al sistema de una serie de elementos técnicos (policitación, oferta, aceptación, causa, objeto, consentimiento, etc.) que le dieron una coherencia interna de envidiable pulcritud.

Ante esta situación el poder de la autonomía se sobredimensiona hasta equipararse a la fuerza de la ley como fuente de las relaciones jurídicas. Las dos fuentes de las obligaciones son la ley y la voluntad, y están al mismo nivel. Por ende la ley no puede

2. Un análisis detallado sobre la evolución del concepto de contrato puede hallarse en la obra de Vallespinos, Carlos Gustavo: "El Contrato por Adhesión a Cláusulas Generales". Editorial Universo. Buenos Aires. 1984.

privar a la voluntad de los efectos que ésta por su propia naturaleza tiene. El canal por el que esta voluntad actúa es el acuerdo, de cuyo carácter vinculante se deriva el concepto de contrato.

Es este concepto de contrato el que viene recogido en nuestras legislaciones. Basta revisar artículos como el 1351, 1352, 1354, 1356, 1359, 1361, etc. en nuestro Código Civil. En esta idea el legislador parece encontrar la solución al problema de la necesidad de instaurar aquellas relaciones jurídico patrimoniales necesarias para el logro de la convivencia humana.

2. Las Relaciones Jurídicas Estándares

El diseño liberal del contrato, en lo que constituye una clara perspectiva voluntarista del Derecho Privado, aparece como sugestivo. Un concepto que permite unir el egoísmo (sinónimo de eficiencia y racionalidad económica) con la libertad individual parecería merecer todo tipo de elogios.

Pero, como todos sabemos, este modelo entró en crisis con el desarrollo económico y tecnológico del presente siglo. El diseño de contrato aludido está hecho para responder a un liberalismo de corte "artesanal". Si bien podemos hablar de una cierta uniformidad en la producción de bienes y servicios, en los orígenes del liberalismo, ésta se presenta en niveles bastante incipientes. Nada le permitía al legislador del Código Napoleónico imaginar, siquiera en una pequeña escala, cuáles serían los efectos del posterior desarrollo del capitalismo.

Entre los varios elementos que desencajan en la concepción liberal del contrato, queremos sólo mencionar dos: el sacrificio de la voluntad individual y la desigualdad real entre las partes.

Un presupuesto del contrato liberal era, como hemos dicho, la autonomía privada. Ella tiene como expresiones la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrato o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de lo que se conoce como la negociación contractual. Es en ella donde los elementos técnicos de la teoría del contrato (oferta, contraoferta, aceptación, causa, consentimiento, objeto, etc.) comienzan a compaginarse para arrojar como resultado final la relación jurídica que permita satisfacer los intereses entre las partes. La negociación es precisamente aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del acuerdo, el carácter obligatorio del contrato.

Pero la negociación, como proceso, genera lo que en economía se conoce como externalidades o costos externos. Cuando alguien desea adquirir una casa, por ejemplo, inicia todo un proceso que comienza por obtener información referida a aquellos supuestos necesarios para que la compraventa satisfaga efectivamente sus intereses (naturaleza del bien, estudios de títulos para garantizar que el vendedor sea el propietario o, en todo caso, se trate de un representante con poderes suficientes, etc.). Por otro lado, necesitamos redactar el documento que contendrá la declaración común de voluntad, para lo que, de ordinario, necesitaremos los servicios de un abogado. Ello lleva, en ocasiones, a largas discusiones, muchas de ellas referidas a aspectos accidentales del contrato, y que, sin embargo, generan demoras importantes para llegar a un acuerdo. Esto produce costos adicionales, a los que podríamos llamar costos negativos de oportunidad, y que se derivan de la demora en la instauración de la relación jurídica. Ejemplo de esto último sería si deseo utilizar un inmueble como restaurante, una demora de dos meses en la celebración del contrato me hace perder los beneficios que ese período me podría haber brindado. Como contrapartida, la demora en recibir el precio hace perder la posibilidad de una oportuna inversión o utilización del mismo. Todos estos aspectos de la negociación (costos de información, costos de oportunidad e incluso los derivados de la negociación misma) generan externalidades. Una externalidad es un costo o precio generado por un elemento distinto al mismo mercado (oferta y demanda). Si en principio el precio generado por el mercado es aquél que garantiza la mayor eficiencia, las externalidades se convierten en elementos no deseados por el sistema, pues suben "artificialmente" el costo de la operación de intercambio.

Sin embargo, y a pesar del costo adicional que significa, las partes deciden asumirlas en aras de algún motivo considerado importante (una mayor seguridad en la transacción, ciertas expectativas sobre algunas condiciones especiales que se espera obtener en la misma negociación, aversión al riesgo o, incluso, algún capricho de una de las partes). Resulta obvio, sin embargo, que los contratantes no estarían dispuestos a asumir tales externalidades en otro tipo de operaciones. Quien compra una hamburguesa en una cafetería difícilmente utilizará los mismos recursos que utiliza el comprador de una casa para dotarse de ciertas seguridades sobre la calidad de propietario del vendedor, ni concurrirá a un abogado para que le redacte un documento, ni hará una evaluación detallada de sus costos de oportunidad. Ello se deriva de que en esta operación (compra de una hamburguesa) la desproporción entre el valor del bien y el que generarían las externalidades es de tal naturaleza que convertirían al intercambio en un asunto absolutamente inviable,

o en todo caso, irracional.

El desarrollo acelerado que presenta la economía moderna, que ha creado un inmenso mercado de transacciones generalizadas, ha llevado a que los costos externos ocasionados por la negociación impliquen una disminución importante de la eficiencia y beneficios presumiblemente generados por el mercado. Imaginemos al Presidente de la General Motors negociando, bajo la asesoría de un conjunto de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido tan diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo.

Así, la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos externos que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin eliminar o limitar a esta última. La consecuencia lógica es la eliminación de la voluntad de una de las dos partes, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas.

Dentro de la concepción aludida, los términos de oferta y aceptación quedan desfasados. Ya no hay posibilidad de discutir. O uno se adhiere a las estipulaciones o cláusulas generales fijadas por la otra parte, o no hay "contrato". Y si el estipulante tiene una posición monopólica en el mercado, ya es incluso dudoso que el consumidor pueda siquiera elegir entre adherirse o no. Así, para poder ser estipulante no basta con desearlo. Se requiere una posición de poder económico, determinado por la posibilidad de imponer a la otra parte sus condiciones. En el mercado, poco le importa a la General Motors que a Juan le parezcan leoninas las cláusulas que se le presentan. Si se niega a adherirse habrá otro consumidor que ocupará su puesto. Más aún, si todas las demás empresas que producen automóviles fijaran cláusulas similares en sus respectivos contratos. El arte de la negociación contractual es reemplazado, en estos casos, por la mercadotecnia, por la publicidad, por el prestigio de ciertos productos o servicios en el mercado. En estos términos, hablar de voluntad o de igualdad entre las partes es un chiste de mal gusto.

Si con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes, y si este sacrificio es posible precisamente gra-

cias a que existe una desigualdad evidente entre los "contratantes", dentro del esquema liberal, debería también caer el carácter vinculante de esta "seudo-contratación". Sin embargo, esto no es así. Todos sabemos que los actos que se dan dentro de la llamada "contratación masiva" (cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión, contratos o relaciones jurídicas estándares, etc.) resultan, por lo menos en la práctica, obligatorios. ¿Cómo explicar esta obligatoriedad dentro del concepto liberal de "contrato"? Creemos que esta es una misión imposible, y por tanto nos negamos a emprenderla.

3. La Obligatoriedad de las Relaciones Jurídicas Estándares

No es nuestro propósito analizar la innumerable variedad de manifestaciones que la llamada "contratación en masa" puede presentar. Sólo quisiéramos dar algunos lineamientos generales que ayuden a una mejor comprensión del fenómeno. En tal sentido se contemplan realidades muy disímiles entre sí, desde aquellas donde la estipulación impuesta contiene una sola cláusula, permitiéndose la negociación de prácticamente todo el contenido de la relación jurídica a generarse, hasta aquellas donde, por la posición monopólica de una de las partes en el mercado, toda posibilidad de expresión de voluntad en el adherente desaparece.

La teoría tradicional ha hecho, y sigue haciendo, verdaderos malabares para tratar de explicar, dentro de sus categorías, las distintas manifestaciones de este fenómeno. Como dijimos, sigue buscando oferentes, aceptantes, consentimiento, buena fe, etc.

Creemos que la contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de "contrato" con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto "contrato" un contenido distinto al de ser un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la llamada "contratación en masa", o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno.

Como mencionamos, la teoría contractual clásica se sustenta en tres pilares: voluntad libre, igualdad entre las partes y, como consecuencia de estas dos, obligatoriedad del acuerdo. Dentro de esta concepción no entendemos cómo se podría explicar el carácter contractual de aquella relación jurídica que se establece, cuando el obrero, para llegar a su trabajo, tiene que tomar un ómnibus cuya línea tiene establecido un monopolio de la ruta que él desea utilizar. No puede discutir ni el precio, ni el cambio de ruta por una más conveniente, ni qué tipo de responsabilidad asumiría el transportista en caso de accidente. Sin embargo, la doctrina se empeña en

seguir hablándonos de un contrato de transporte. Lo mismo podríamos decir de quien al acudir al cine solicita que la función comience unos minutos más tarde como condición para comprar su boleto, o con quien al celebrar un contrato de seguros pretende dar una cobertura distinta a la prevista en las cláusulas de la póliza correspondiente. La necesidad de relaciones jurídicas estándares resulta absolutamente incompatible con la posibilidad de darle "voz" y "voto" al consumidor en el proceso de configuración.

Creemos que el desarrollo moderno impone cambios importantes en la perspectiva asumida por nuestro Derecho Privado. Un primer elemento es destacar que lo que es obligatorio no es el contrato, sino la relación jurídica que éste genera. El contrato desarrolla una función genética, en cuanto es reconocido por la ley como un hecho jurídico susceptible de surtir determinados efectos. Así, la obligatoriedad no se deriva del acuerdo, como erróneamente sostienen los voluntaristas, sino de la ley que hace que la relación jurídica tenga efectos obligatorios. Una vez que el contrato genera la relación jurídica deja de existir como tal, y deja a esta última como único testimonio de su existencia.

La norma, como todos sabemos, contempla un supuesto de hecho y un determinado efecto que surge a la verificación de tal supuesto. La norma que dice que el acuerdo de voluntades es obligatorio no difiere, en tal sentido, de aquella que contempla que quien ocasiona un daño a otro debe indemnizarlo. El contrato, como el accidente causante del daño, no es más que un supuesto de hecho al que la ley atribuye ciertos efectos: la generación de relaciones jurídico obligatorias. Nada hay de "magia" en la voluntad para que a ella se le atribuya el poder de generar relaciones jurídicas. La "magia", si en realidad existe, es puesta por la decisión del legislador, quien contempla cierto tipo de declaraciones de voluntad como supuestos de hecho.

Cuando nos referimos a los actos de tomar un ómnibus, ir al cine, adquirir un automóvil o tomar un seguro, nos estamos refiriendo a hechos jurídicos de naturaleza diversa al contrato. Son comportamientos a los que el Derecho reconoce efectos, pero no por considerarlos acuerdos de voluntades sino simplemente porque considera que, en nuestro modelo de sociedad, permiten constituir relaciones jurídicas consideradas necesarias para el logro de ciertos objetivos (en este caso permitir el intercambio de bienes y servicios reduciendo los costos externos producidos por la negociación, lográndose así estandarizar las relaciones jurídicas). El reconocimiento que nuestro sistema jurídico pueda hacer de estos fenómenos facilita la constitución de relaciones jurídicas estándares y, por ende, de las ventajas que ello podría significar.

La pregunta que obviamente pueden formularnos es cómo es que se reconoce efectos obligatorios a estas formas de "contratación" en aquellos sistemas en los que, la legislación no las han previsto expresamente como fenómenos distintos al contrato. Lo que creemos es que, el tránsito de la figura del contrato liberal a estas nuevas técnicas de constitución de relaciones jurídicas ha sido gradual. En tal sentido los contratantes, los jueces, los intérpretes de las normas y la doctrina en general han instrumentalizado la teoría general del contrato para contemplar esa figura. Se utilizan categorías tradicionales para perfilar el cambio, y en ese sentido, se disfraza el nuevo fenómeno con el velo de la teoría contractual clásica, mientras el cambio se consolida. Un fenómeno similar se ha dado con los llamados "contratos forzados", producidos no por la autonomía privada, sino por el poder heterónomo (intervención estatal), del cual son un buen ejemplo las prórrogas de arrendamiento dadas por el Poder Ejecutivo en los últimos años. Cuando el fenómeno de la contratación forzosa recién aparece, se le trata de encasillar dentro de los marcos de la teoría general del contrato. Pero un "contrato" sin autonomía privada es un sin sentido, y, en tal virtud sectores importantes de la doctrina comienzan a negarle su carácter contractual. De esta manera, la instrumentalización, de la teoría tradicional es un recurso válido en un inicio, pero cuando la realidad exige un punto de quiebre, a partir del cual se plantea la necesidad de configurar nuevas instituciones, la instrumentalización de las categorías clásicas deja de ser una opción legítima. Creemos que ese punto de quiebre, en el caso de la "contratación en masa", ya ha llegado.

4. Los Peligros de la "Contratación en Masa"

No cabe ninguna duda que todo mecanismo de constitución de relaciones jurídicas acarrea una serie de peligros. De hecho, la relación jurídica coloca a un sujeto en la posibilidad de exigir ciertos comportamientos a otros. Si el contenido de esta exigibilidad no es limitado, pueden darse efectos no requeridos por el Derecho. No en vano alguna vez los sistemas jurídicos contemplaron la esclavitud como una relación jurídica digna de tutela. De ello se deriva que ciertos contenidos valorativos sean necesariamente recogidos por el legislador para evitar que, fenómenos como el mencionado vuelvan a repetirse.

Frente a este problema, cabe reconocer la indudable coherencia que la teoría general del contrato (englobada dentro de la teoría general del acto jurídico) desarrolló para evitar que el contenido de la relación jurídica generada pudiera prestarse a abusos de unas partes. Si dos sujetos acuerdan libremente generar una relación jurídica, la posibilidad del aprovechamiento abusivo por una de ellas

se limita. Se presume que todo individuo es un agente económico racional, por lo que está en perfectas posibilidades de hacer un análisis de los costos y beneficios implicados en la relación jurídica que proyecta instaurar. En tal virtud, y como principio general, nadie llegará a un acuerdo perjudicial a sus intereses. Así, la posibilidad de relaciones jurídicas con contenido abusivo, atentatorias a la libertad, intereses económicos o dignidad de las personas, resultaban descartadas. A pesar de ello, el legislador "tendía sus redes" para evitar que alguna posibilidad de abuso se le escape. En primer lugar, contempla en normas de orden público, aquellos valores o principios que considera irrenunciables por la mera voluntad de las partes. Por ejemplo, se prohíbe vender la libertad, la vida, la integridad personal, etc, por citar los casos más saltantes. Pero un segundo mecanismo, más ligado al problema de la técnica contractual, es privar o limitar el efecto jurídico de ciertas circunstancias que, al estar presentes en el supuesto de hecho, llevan a pensar en la posibilidad que se presenten abusos, principalmente porque limitan la libertad y autonomía de las partes. Como ejemplos podemos citar los casos de los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) o de la lesión.

El problema central que se presenta en las distintas manifestaciones de la "contratación en masa" es, precisamente, éste. En los casos en que la ley faculta al desarrollo de los distintos mecanismos de generación de relaciones jurídicas estándares se permite a una sola de las partes (la estipulante de las cláusulas generales como el caso más común) determinar el contenido de la relación jurídica. Es casi como si la simple voluntad unilateral generara obligaciones a cargo de terceros, en especial si estamos frente a un monopolio.

Es quizás en este punto donde las deficiencias de la teoría general del contrato resultan más saltantes. Esta diseñó ciertos mecanismos, ya descritos, para evitar la configuración abusiva de relaciones jurídicas. La pregunta es si en el caso de la "contratación en masa" estos mecanismos resultan útiles o no. En el caso de los vicios de la voluntad o de la lesión, ¿será posible encontrarlos ahí donde precisamente se niega la existencia de una auténtica voluntad? ¿Acaso no es un presupuesto de los distintos mecanismos de la "contratación en masa" al violentar la voluntad del adherente, principalmente como efecto de la desigualdad económica? ¿No hay acaso siempre un cierto aprovechamiento de la situación del consumidor para evitar la necesidad de negociar? Instituciones como el dolo, el error, la violencia son de muy dudosa aplicación, y sobre todo, de muy dudosa eficacia, para evitar la configuración de relaciones jurídicas abusivas. ¿Quién podría encontrar el error interpretando un formulario pre-redactado e impreso en serie, argumentar dolo

cuando es común el uso de letras pequeñas y cláusulas complejas de difícil lectura o remisión a documentos, cláusulas o regulaciones que no están al alcance del potencial adherente, tratar de demostrar violencia en una institución que tiene como base la eliminación casi absoluta de la voluntad de la otra parte, o buscar lesión allí donde el aprovechamiento de una situación económica ventajosa es la regla? La aplicación de estas instituciones llevaría a desfigurar por completo el fenómeno de la "contratación en masa". Podríamos incluso privarle de toda eficacia como medio de constituir relaciones jurídicas.

Si el sistema liberal utilizó principalmente la propia voluntad para garantizar los intereses de las partes en la relación jurídica, mal podríamos utilizar el mismo medio allí donde esta voluntad resulta, precisamente, negada. Ello nos lleva a buscar otros medios que nos protejan de los peligros que acarrea la "contratación en masa".

Los mecanismos para proteger a los consumidores pueden ser, a nuestro entender, de dos tipos. En primer lugar podemos encontrarnos frente a lo que denominaremos la protección heterónoma, es decir aquella llevada a cabo por el aparato estatal. En segundo lugar está lo que llamaremos protección colectiva autónoma, entendiéndolo por ello una forma de organización de los consumidores para la defensa de sus intereses.

La doctrina se ha encargado principalmente del estudio de los mecanismos de protección heterónoma. Siendo que la voluntad de los particulares, al concurrir al sistema de mercado, se ve arrasada por la estandarización impuesta por las nuevas técnicas de constitución de relaciones jurídicas, parecería no quedar otro recurso que recurrir al Estado. Ello se logra, principalmente, por tres formas:

a) Protección Legal: siendo que es la ley la que concede carácter vinculante a los mecanismos de generación de relaciones jurídicas estándares, corresponde a ella misma establecer las limitaciones a las facultades y poderes que la realidad le concede al estipulante. Así, determinadas normas prohíben la incorporación de ciertos tipos de condiciones, tales como limitación de responsabilidad, facultades de resolución automática, renovación unilateral, y en general todas aquellas que podrían configurar relaciones jurídicas abusivas como producto de la ventaja estratégica en la que se encuentra el estipulante en relación con el consumidor. Dentro de esta tendencia se encuentran, también, las llamadas normas de protección del consumidor, y en general otros mecanismos similares como el caso de convertir en imperativas las normas dispositivas referidas a cada modalidad contractual.

b) Protección Administrativa: no conceder

efectos, o en todo caso limitárselos, a aquellas estipulaciones que no hayan sido aprobadas administrativamente. El aparato estatal actúa como una suerte de "filtro" en protección de los potenciales adherentes. Ello implica desarrollar entidades de evaluación eficientes, imaginativas y bien preparadas, a fin de que la protección no se convierta en mera formalidad burocrática. De hecho, un aparato de control disfuncional puede convertirse en un arma de doble filo. La aprobación administrativa podría transformarse en una suerte de "licencia para matar", que asegure al estipulante su ventaja estratégica, protegiéndolo con el manto de la impunidad. A la aprobación previa podría agregarse el sistema de inspecciones y de control a ser desarrollados por entidades del Estado a fin de asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

c) Protección Judicial: se concede a los jueces la facultad de limitar el poder del estipulante a través de la interpretación de las condiciones fijadas por éste e incorporadas a relaciones jurídicas estándares. De una forma, lo principal sería el desarrollo de un nuevo principio: "indubio pro consumidor". Si bien este principio juega un rol principal en el campo jurisdiccional, no por ello debe entenderse que sus efectos no se extienden a las otras formas de protección.

Pero quizás mucho más interesante que la protección heterónoma sea la protección colectiva autónoma. Cabe destacar el gran parecido que podemos encontrar entre el fenómeno de la "contratación en masa" y el ya consolidado Derecho Laboral. Es esta rama del Derecho, la primera que se "levantó en armas" contra los pilares de la contratación liberal. La situación económica de los trabajadores frente a los empleadores llevaron a negar la existencia de una auténtica autonomía e igualdad entre las partes al celebrar los contratos de trabajo. Así, se configura todo un sistema de protección, cuyas particularidades, semejantes a las que presentan el fenómeno materia de este artículo, lo llevaron a romper relaciones con el Derecho Civil para forjar un nuevo campo dentro de nuestro sistema jurídico. Existe pues, una protección legal (prohibición de condiciones inhumanas de trabajo, sueldos mínimos fijados por ley, derechos irrenunciables, etc.), una protección administrativa (aprobación previa de cierto tipo de contratos, registros de planillas, sistemas de inspecciones, etc.) y una protección judicial, en especial con la aplicación del principio "indubio pro operario".

Sin embargo estos mecanismos no son más que un complemento de lo que constituye la mayor garantía de los derechos de los trabajadores, la autonomía colectiva, y su correlato, cual es el Derecho Colectivo del Trabajo. Orientados por el dicho "la

unión hace la fuerza" los trabajadores se organizan a fin de compensar el poder económico desarrollado por el empleador. Se desarrolla el sindicalismo, se utiliza la huelga como elemento de lucha y aparece una novísima institución cuya configuración rompe con los conceptos más tradicionales del Derecho Privado, el convenio colectivo. Es esta posibilidad de llevar la discusión fuera de la esfera individual la que permite a los trabajadores obtener conquistas realmente importantes frente a aquellos que, en un principio, los aventajaban en poder económico. El Derecho Colectivo del Trabajo se convierte en el mejor ejemplo de lo que se conoce como "derechos difusos" y que no son otra cosa que aquellos cuya titularidad no recae en los individuos, sino en una categoría de los mismos, en una colectividad identificada por una o varias características comunes. La desigualdad se esfuma frente a una nueva conceptualización de las relaciones jurídicas, frente a una sociabilización del sistema jurídico, frente a una nueva autonomía que surge como antítesis a la idea individualista y liberal de autonomía de la voluntad.

Frente a la llamada "contratación en masa", frente a este poder de generar relaciones jurídicas estándares que, como la Revolución Industrial y el maquinismo, deshumanizaron al hombre, surge la idea de la autonomía colectiva como una nueva posibilidad de regresarle al consumidor la posibilidad de decidir en qué condiciones desea relacionarse jurídicamente. Ella puede triunfar frente a aquello que hizo fracasar a la autonomía de la voluntad. Los consumidores estamos en la posibilidad de organizarnos y con ello enfrentar, con las mismas armas, el poder de quienes están en la posibilidad de imponer sus condiciones. Frente a la intención de crear consumidores estándares, estos últimos pueden presentar respuestas estándares que permitan defender sus intereses. Imaginemos el efecto de la decisión colectiva de las organizaciones de los consumidores de no adquirir determinados bienes o servicios mientras tales o cuales condiciones se mantengan. Imaginemos a los consumidores llevando un control conciente y efectivo, no sólo de la calidad de los productos, sino de la "calidad" de las relaciones jurídicas en las que se pretende incorporarlos. Imaginemos a los consumidores negociando con los productores qué condiciones regularán las relaciones jurídicas que se instaurarán entre sus individuos, de manera similar, como en la negociación colectiva los trabajadores obtienen mejores sueldos y condiciones de trabajo. En fin, imaginemos un poder basado en la organización, enfrentando un poder basado en el desarrollo tecnológico y en las dimensiones económicas. No olvidemos que la organización de los individuos es aún mayor que la sumatoria de los mismos. Esta forma de protección, que a primera vista puede parecer utópica, comienza, a nuestro entender, a dar las primeras muestras de vida.

5. La "Contratación en Masa" en Nuestro Código Civil

No pretendemos hacer un análisis minucioso de las normas que pretenden regular este fenómeno. Sólo quisiéramos analizar superficialmente en base a qué principios nuestro legislador civil ha enfrentado el problema.

El Código fue innovador al pretender abordar la llamada "contratación en masa", pero fue tímido en darle su verdadera dimensión. Nuestro sistema se ubica entre aquellos que pretenden acomodar el fenómeno dentro de las categorías de la teoría contractual tradicional. Se centra el análisis de dos modalidades, y que en la mayoría de los casos se confunden en una sola: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

El contrato por adhesión enfrenta el problema de las relaciones jurídicas estándares desde la perspectiva del consentimiento. Un contrato es por adhesión, cuando una de las partes, puesta en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra, declara su voluntad de aceptar. (art. 1390)

Por el contrario, las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una de las partes (o por una entidad distinta a una de ellas) en forma general y abstracta determinando el contenido de una serie indefinida de contratos particulares (art. 1392). Así, enfrenta el problema de las relaciones jurídicas estándares desde el lado de qué condiciones configuran las mismas.

Ambas modalidades no expresan más que puntos de vista distintos frente al mismo fenómeno. Es como mirar el mismo paisaje, pero parados en lugares diferentes. Mientras el contrato por adhesión parte de una concepción voluntarista, de origen francés, las cláusulas generales parten más de la incorporación de ciertas condiciones que regularán la relación jurídica en cuestión, mostrando una concepción más objetivista, de origen alemán.

Sin embargo, en uno u otro caso, estamos ante fenómenos muy similares. Para que haya adhesión se requieren condiciones a las cuales adherirse, y que han sido estipuladas previamente por una de las partes. Si bien se puede argumentar que el artículo 1390 no se refiere a una cantidad indeterminada de contratos preredactados, resulta obvio que el estipulante está en la posibilidad de colocar al adherente en la disyuntiva de aceptar o rechazar (sin posibilidad de negociar) el contenido de la relación jurídica a generarse. Ello resulta claro en el caso de la "contratación masiva", donde la disyuntiva viene impuesta por la ventaja estratégica que el poder

económico le da al estipulante en el mercado. Resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la "adhesión" se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares.

A ello podemos agregar un inconveniente práctico importante referidos a los contratos por adhesión. Como veremos líneas más abajo, el principal motivo para regular estas modalidades de "contratación" está en la posibilidad de contemplar mecanismos de protección heterónoma a fin de tutelar a la parte más débil, evitando configuraciones abusivas de la relación jurídica. En síntesis, podríamos decir que nuestro Código es pro-consumidor. Sin embargo otra norma, directamente relacionada a la "contratación en masa", recoge precisamente el principio contrario, siendo perjudicial para los intereses de la parte más débil en la relación. Nos referimos al artículo 1388 que regula la oferta al público. La mencionada norma dice que la oferta al público no es en realidad una oferta, sino una invitación a ofrecer. Se invierte la posición natural que tienen el oferente y el aceptante. Resulta ser, que en los contratos dados en un contexto de publicidad masiva (casi la totalidad de la "contratación en masa") el estipulante resulta siendo el aceptante de las ofertas que les plantean los potenciales adherentes. Este intento de catalogar fenómenos tan novedosos como la oferta al público dentro de categorías tradicionales como oferta, aceptación, consentimiento, etc, tiene, a nuestro entender, resultados contraproducentes. Así, reconoce una ventaja adicional a quien ya tiene una ventaja estratégica derivada de su poder económico. Le permite al estipulante rechazar las "ofertas" que le presentan los consumidores. La ley, en lugar de igualar la situación de ambas partes, amplía la brecha existente.

Una consecuencia directa de esto es que en aquellos "contratos" celebrados en un contexto de oferta al público, hablar de adhesión es prácticamente imposible. En los términos del artículo 1390, la adhesión es del "aceptante". No existe adhesión del "oferente". En tal virtud, el consumidor que se acerca a "ofrecer" la celebración de un "contrato" al estipulante no se adhiere a nada y curiosamente, resulta siendo el que fija el contenido de la relación jurídica, el que curiosamente, se "adhiere" a sus propias condiciones. Afortunadamente, al haberse regulado las cláusulas generales de contratación se logra dotar de protección heterónoma a las relaciones jurídicas en cuestión.

Nuestro Código, al no haber sacado estas modalidades de generación de relaciones jurídicas del campo contractual, permite aún que se pueda argu-

mentar error, dolo, violencia, lesión, etc., generando la posibilidad de reducir la eficacia que tienen para generar relaciones jurídicas estándares.

En todo caso, es de destacar que se prevean expresamente determinados alcances a las tres formas de protección heterónoma que vimos en la sección anterior. La protección legal se combina con la administrativa en los artículos 1398 y 1399. Si bien la aprobación administrativa no es obligatoria (como regla general) en caso que ésta no se logre, se limita el contenido de la relación jurídica a generarse, prohibiéndose determinadas condiciones (limitación de responsabilidad, facultad de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo, resolverlo, etc.). Asimismo, se da carácter imperativo a las normas dispositivas del Código Civil referidas a relaciones jurídicas nominadas. Adicionalmente se contempla una forma de protección judicial señalando el principio de "indubio pro consumidor" para interpretar el contenido de la relación jurídica (art. 1401).

Sin embargo no se prevé ninguna forma de protección por autonomía colectiva, aunque cabe destacar que ésta, de llegar a consolidarse, será más producto de una generación espontánea derivada de la organización de los consumidores, antes que de su regulación normativa.

En contra de esta posición protectora existen algunas normas preocupantes en cuanto pueden favorecer al lado más fuerte de la relación. En primer lugar, está el artículo 1393 que permite incorporar automáticamente las cláusulas generales aprobadas administrativamente al contenido de la relación jurídica. Así, uno puede resultar obligado por condiciones que, por más que han sido evaluadas para evitar abusos, le son ignoradas, no permitiendo una cabal apreciación y ordenamiento de los intereses en juego. De manera similar el artículo 1397 señala que, en las cláusulas generales no aprobadas administrativamente se presume el conocimiento de las mismas por la otra parte, si han sido objeto de una publicidad adecuada. Como puede verse, la evaluación de lo adecuado de la publicidad puede ser sumamente subjetivo, por lo que conviene interpretar la norma en el sentido más favorable al consumidor.

Finalmente, es de destacar la redacción del artículo 1396. En los contratos cuyas cláusulas generales han sido aprobadas, el consumo del bien o la utilización del servicio generan, de pleno derecho, la obligación de pago a cargo del cliente. Como se recordará, sostuvimos que el fenómeno de la "contratación en masa" escapaba a la esfera contractual, pues lo que existía era simplemente la generación de relaciones jurídicas porque determinados comportamientos estándares eran tipificados por la norma como supuestos de hecho que surtían, como efecto, que se constituyeran obligaciones. El

caso del artículo bajo comentario es una primera y tímida muestra de lo que proponemos. Esta norma acepta expresamente que ciertos comportamientos (consumo del bien o utilización del servicio) referidos a cláusulas ya aprobadas por la autoridad administrativa surten como efecto genético la constitución de relaciones jurídicas, incluso en el caso que el contrato no se perfeccione o que dicho comportamiento sea efectuado por un incapaz. Obviamente, en este supuesto, hablar de contrato carece de toda lógica. Se reconoce pues, que en muchos casos, los actos vinculados a la "contratación en masa" no son verdaderas expresiones de voluntad, sino actos reflejos, donde uno casi actúa sin mayor razonamiento ni discernimiento. Por ello, poco importa si el acto lo realiza un capaz o un incapaz.

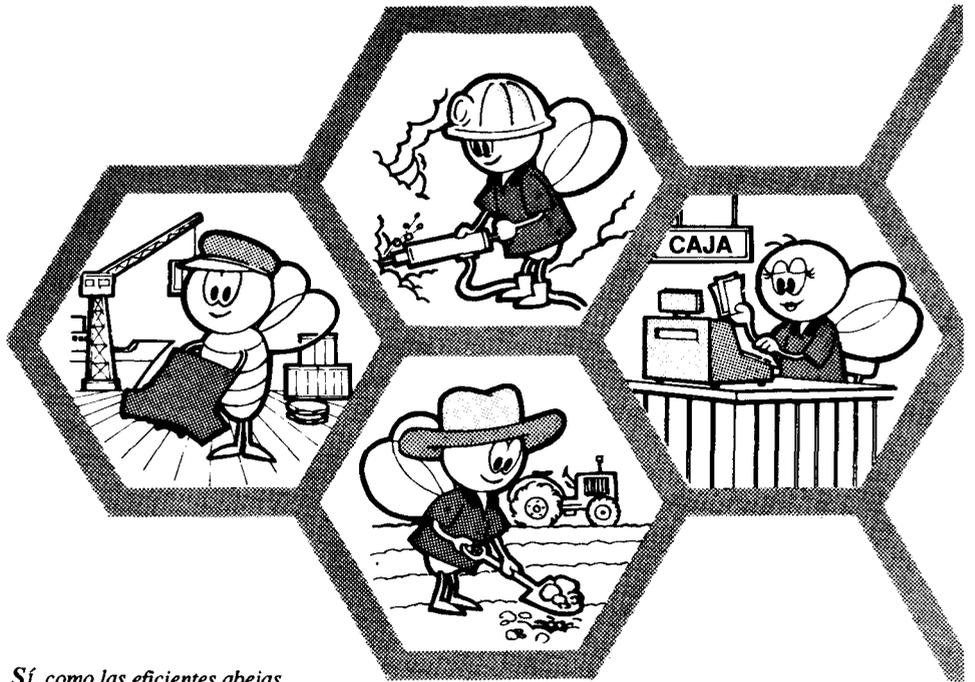
6. Reflexión Final

El Derecho es un fenómeno histórico. Poco o

nada se puede entender en él sin el necesario tránsito por lo terrenal, por lo mundano. Asistimos en los dos últimos siglos al fenómeno de la aceleración de la historia. Esta se encuentra inmersa en una espiral que remueve la concepción que el hombre tiene del mundo e, incluso, de la concepción que tiene de sí mismo. A pesar de ello, los abogados nos resistimos a repensar al Derecho como un fenómeno atrapado en esa espiral. Lo sentimos como monolítico, casi indiscutible. Creemos que ello nos da seguridad, pero no existe afirmación más falsa. No hay nada más inestable que confiar en "categorías cuasi-sobrenaturales".

La llamada "contratación en masa" no es otra cosa que la realidad empujando al Derecho. El temor a cambiar conceptos, el temor a reformular instituciones, es una renuncia a la efervescencia de la historia, al progreso, y por tanto al ideal de un sistema jurídico que, dignificando al hombre, lo lleve a una auténtica convivencia social.

un Equipo que trabaja con usted



*Sí, como las eficientes abejas,
el Banco de Comercio es un equipo que trabaja con usted y para usted.
Trabaja de manera organizada y solidaria aportando el respaldo necesario
para los principales sectores productivos.*

*Trabaja permanentemente, sin descanso, para que la solidez
sea reina de su seguridad y la tecnología, el polen del futuro.
Con un trato personal tan dulce como la miel. Y un panal de servicios bancarios
y financieros en más de 40 agencias interconectadas por Teleproceso.
Así, usted y el país crecen día a día, más y más.*

Venga. Póngase nuestra camiseta y juntos haremos al Perú más grande...



**BANCO DE
COMERCIO**

Experiencia reciente de la Bolsa de Valores de Lima

La Mesa de Negociación: mayor presencia de los instrumentos de corto plazo en el mercado de recursos financieros

INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Bolsa de Valores ha pasado a ocupar un lugar preponderante en la actividad del Sistema Financiero. En especial, han tomado gran impulso sus mercados de instrumentos de corto plazo, llegando a convertirse en el centro financiero por excelencia, que proporciona la "tasa de interés" de mercado, es decir, el costo del dinero fijado de manera transparente, de acuerdo a las condiciones de oferta y demanda.

En el presente artículo se trata de manera especial esta importante etapa a la que ha ingresado la Bolsa, y se describen algunas características del mercado bursátil y la Mesa de Negociación.

LA BOLSA DE VALORES DE LIMA

La Bolsa de Valores de Lima forma parte del mercado financiero nacional, el cual está compuesto por los mercados de dinero y los mercados de capitales.

Los mercados de dinero son aquellos en los que se negocian obligaciones de corto plazo y sirven básicamente para proveer los recursos necesarios para la obtención de fondos que los procesos productivos requieren. Los mercados de capitales son aquellos en los que se movilizan los recursos a mediano y largo plazo, que facilitan el financiamiento de la inversión.

Institucionalmente, las transacciones entre unidades ahorristas e inversionistas se realizan a través del Sistema de Intermediación Financiera, que puede clasificarse como directo o indirecto.

El Sistema Financiero Directo lo constituye básicamente el mercado de valores, que moviliza los recursos de los agentes económicos superavitarios hacia los agentes económicos deficitarios, a través de la utilización exclusiva de instrumentos fi-

nancieros. A su vez, el mercado de valores está conformado por un mercado primario o mercado de primeras emisiones y un mercado secundario o mercado de títulos ya colocados.

El Sistema Financiero Indirecto está conformado por instituciones financieras bancarias y no bancarias, que se encargan de captar recursos para canalizarlos a través de sus operaciones de crédito.

LA RUEDA DE BOLSA

De acuerdo a estas definiciones se puede decir que la Bolsa de Valores es la expresión organizada del mercado secundario de valores, esto es, un mercado de títulos que requieren de liquidez, o conversión en dinero, que se logra mediante la negociación a través de la Rueda de Bolsa. Esta es la sesión diaria en que se realizan las operaciones de compra y de venta de valores inscritos en los registros de la Bolsa que son básicamente: acciones laborales, acciones comunes, algunas obligaciones, además de los denominados Certificados de Suscripción Preferente.

LA MESA DE NEGOCIACIÓN

La posibilidad, de la Bolsa de Valores de Lima, de ampliar y mejorar su radio de acción hizo factible la implementación de la Mesa de Negociación como un mecanismo de consecución de liquidez inmediata para títulos valores que son negociables fuera del ámbito bursátil, sin necesidad de un trámite previo de inscripción. La organización de la Mesa de Negociación fue autorizada mediante la Resolución CONASEV No. 130-82-EFC/94.10 y su reglamento fue aprobado por Resolución CONASEV No. 160-82-EFC/94.10. Es así, que los esfuerzos encaminados a que en la Bolsa se negocien activos financieros en condiciones que garanticen fluidez y transparencia, se vieron culminados con el inicio de operaciones en la Mesa de Negociación en el mes de marzo de 1983, y desde entonces se viene

desempeñando como un segmento del mercado extrabursátil.

La Mesa de Negociación se lleva a cabo, igualmente, en sesiones diarias, y se rige por un Reglamento de Operaciones que norma su actividad a efectos que la negociación se realice en forma ordenada y que los precios sean los más representativos para el mercado. Es conducida por un Director de la Mesa de Negociación, quien se encarga de velar por el buen cumplimiento de dicho Reglamento y resuelve con fallo inapelable las cuestiones que se susciten en el transcurso de la sesión.

Es de recordar la importancia de la Mesa de Negociación al permitir la transferencia de los Bonos de Reconstrucción Nacional y los Bonos de Desarrollo en los años 1983 a 1987. Adicionalmente, constantemente se transfieren CERTEX, instrumentos en Moneda Extranjera, como el CLD, el CBME y otros, y Bonos emitidos por el Tesoro Público, tales como los de Inversión Pública, Tesorería, además de los Bonos Nacionales. A la Mesa de Negociación se han ido incorporando toda clase de papeles susceptibles de transferirse, que no requieren de inscripción previa en los registros oficiales de la Bolsa, principalmente valores de corto plazo tanto en moneda nacional como extranjera.

MERCADO DE RECURSOS DE CORTO PLAZO

La existencia de tasas de interés reales negativas en nuestro mercado financiero, las elevadas tasas de inflación, el continuo incremento del tipo de cambio, la incertidumbre política entre otras razones, han provocado desconcierto y una serie de distorsiones en la actividad financiera nacional.

A consecuencia de ello, el ahorro que debía orientarse a las instituciones encargadas de la intermediación financiera, se desvió en busca de alternativas rentables, que protegieran el poder adquisitivo de los recursos, orientándose básicamente hacia la adquisición de moneda extranjera, frente a la incesante devaluación de nuestra moneda; al consumo innecesario o a la colocación del dinero en la banca paralela o informal.

Los demandantes de recursos, tomadores de fondos, se enfrentaron a una situación de iliquidez del sistema financiero formal, no encontraron otra posibilidad que acudir a la banca paralela, pagando por los recursos tasas elevadas, en algunos casos positivas en términos reales, con el agravante de asumir riesgos y complicaciones contables ante las autoridades tributarias contables ante las autoridades tributarias y sus propios accionistas, provenientes de una actuación dentro de la informalidad.

Actualmente, el mercado de colocaciones se

ha orientado a la búsqueda de rentabilidades de corto plazo. Tradicionalmente en nuestra economía no se han desarrollado de manera significativa instrumentos financieros de corto plazo; las empresas, tanto públicas como privadas, así como el sector bancario, no han emitido títulos, de estas características, no soliendo utilizar su buen nombre para la obtención de financiamiento adicional al tradicional.

Paralelamente, las empresas han preferido emplear el crédito bancario o de la banca paralela para financiar sus actividades, siendo escasa la consecución de capitales mediante el accionariado difundido y emisiones de títulos valores propios.

En general, la intermediación financiera no ha estado orientada a la difusión de esas formas factibles de consecución de financiamiento. Buena parte de los activos financieros de las empresas son efectos comerciales por cobrar que pueden tener una mayor rotación al contar con un nuevo mercado en donde pueden convertirse en dinero, obteniendo las empresas la liquidez que les permita desarrollar normalmente sus actividades.

Por otro lado, la Bolsa brinda una alternativa más de colocación brindando a inversionistas un mercado de corto plazo con rentabilidades en función de precios referenciales que se fijan por oferta y demanda. Al mismo tiempo, se constituyen en una fuente de financiamiento corriente adicional al sistema tradicional bancario, desplazando a la banca paralela y al financiamiento informal.

Tradicionalmente, el movimiento de recursos a través de los mecanismos implementados a través de la Bolsa de Valores estuvo conformado en un 85% por operaciones efectuadas a través de la Rueda de Bolsa, y sólo un 15% por operaciones en la Mesa de Negociación. En la actualidad, esta relación casi se ha invertido, explicando las operaciones con títulos de corto plazo en Mesa algo más del 65% del total operado en Rueda y Mesa.

Esto estaría significando un cambio estructural en nuestro mercado, asemejándose a la mayoría de mercados latinoamericanos, en donde sus mercados accionarios suelen ser más reducidos que sus mercados de instrumentos de intermediación financiera o de corto plazo.

LAS OPERACIONES DE REPORTE

A partir de mediados de 1988, la Bolsa de Valores, previos los estudios técnicos pertinentes, implementó la realización de Operaciones de Reporte, que involucra dos operaciones en forma simultánea. La primera que resulta de la aceptación de una propuesta de compra o de venta de valores al con-

tado o a plazo fijo, y la segunda, que es la operación inversa mediante la cual los intervinientes se comprometen a revenderse o recomprarse la misma cantidad y especie de valores, a un plazo determinado y a un precio previamente pactado.

Ambas operaciones se instrumentan en un único documento, y se realizan tanto en la Rueda de Bolsa como en la Mesa de Negociación, según los valores involucrados.

Mediante las operaciones de Reporte en Bolsa los ahorristas invierten su dinero adquiriendo valores a través de la Rueda de Bolsa o de la Mesa de Negociación, con la seguridad de revenderlos en un plazo y precio mayores, predeterminados, obteniendo así una ganancia asegurada sin el riesgo de la informalidad. Al mismo tiempo, los demandantes de dinero, que poseen valores, pueden obtener liquidez a través de la Bolsa, sin deshacerse de ellos, a través de la venta de los mismos, asegurándose la recompra en un plazo y a un precio predeterminado, que involucra el costo de la consecución de los recursos.

MERCADO DE LETRAS DE CAMBIO Y OTROS INSTRUMENTOS

Es un esfuerzo especial por dotar al mercado de nuevos instrumentos que permitan la fluidez de los recursos en el mejor marco posible de transparencia, se incorporaron a la Mesa de Negociación, instrumentos de financiamiento de corto plazo tales como las Letras de Cambio, bajo diversas modalidades tales como las Aceptaciones Bancarias, Letras Avaladas, Pagarés de Empresas, Pagarés Bancarios, y se ha facultado a las empresas a emitir los llamados Papeles Comerciales, que son colocados a través de los intermediarios del mercado de valores, y negociados a través de la Mesa, todos ellos en moneda nacional, extranjera o en Unidades Sujetas a Reajuste (USR) según Índices del Banco Central de Reserva.

Adicionalmente, la Bolsa ha estimulado el desarrollo de este mercado con modernas técnicas y facilidades de liquidación que dotan a este mercado de liquidez de una característica muy especial en comparación con los sistemas tradicionales bancarios o de la denominada banca paralela, en el sentido que los demandantes de recursos o vendedores, cuentan con los fondos en el mismo día en que realizan su operación en Mesa.

La aparición de este mercado de recursos financieros donde se concentran ofertantes y deman-

dantes dispuestos a negociar una tasa de rendimiento, permitió de alguna manera restar importancia al fenómeno de banca paralela o financiamiento informal al cual acudían las empresas en busca de liquidez. Cabe señalar que en solo seis meses, este mercado movilizó recursos hacia el sector productivo, por aproximadamente 200 millones de dólares.

Mediante la Mesa de Negociación, se posibilitó a muchas empresas la consecución de liquidez mediante un mercado organizado y a costos del dinero en función de la libre oferta y demanda del mismo y, lo que también es importante, en función del riesgo que involucra la "calidad" de la empresa emisora u obligada al pago al vencimiento de los títulos.

La negociación de letras de cambio facilita la satisfacción de los requerimientos financieros de las empresas giradoras, con un descuento sobre el valor nominal, que determina el costo del financiamiento a corto plazo. Por otro lado, permite el inversionista, poseedor inicial de los recursos excedentarios, aplicar su dinero comprando la letra de cambio o algún otro instrumento de corto plazo, a un valor inferior al valor nominal del mismo; la diferencia entre los importes determina el rendimiento de su inversión.

Finalmente, cabe añadir que estando por concluir el presente ejercicio económico de 1989, expira el Decreto Supremo No. 123-88-EF que exonera la ganancia de capital obtenida por las operaciones con Letras de Cambio y otros instrumentos de corto plazo en la Mesa de Negociación.

Toda vez que este dispositivo hizo atractiva la canalización de recursos a través de este mercado, resulta importante que las autoridades económicas dispongan su prórroga y además lo perfeccionen sobre la base de la experiencia recogida durante su aplicación.

Así, sería conveniente que se extienda su incentivo permitiendo además que la pérdida de capital que se genere al tomador de fondos o vendedor de sus instrumentos, pueda también ser deducida para fines tributarios, por lo menos por el equivalente a la tasa de interés activa máxima fijada por el Banco Central de Reserva. Ello haría al mecanismo mucho más competitivo, desincentivando la orientación de recursos a la banca paralela, en donde como producto de la informalidad, no existen limitaciones para la deducibilidad de los gastos para fines tributarios.

El sistema peruano de conversión de deuda pública externa en inversión

Luis Felipe Cantuarias S.

Alumno de 8vo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Es evidente que la crisis de la deuda externa y sus consecuencias han repercutido notablemente en América Latina, lo que ha obligado a los países del área a realizar fuertes ajustes en sus economías, sobre todo en los últimos años, con el corolario de asumir costos sociales muy altos.

El problema de la deuda externa latinoamericana, que en la actualidad alcanza aproximadamente US \$420,000 millones de dólares¹, lo cual compromete cerca de un 40% de sus exportaciones y representan un 45% del Producto Bruto Interno (PBI) latinoamericano², es un tema de indudable vigencia en estos tiempos sobre todo a partir de 1982 cuando México declaró una moratoria unilateral.

Estas cifras puntuales nos permiten observar que la deuda externa es un hecho ineludible y real y que por tanto, la búsqueda de instrumentos alternativos que permitan aliviar la pesada carga que ésta representa sobre las economías latinoamericanas es una necesidad prioritaria en esta época. En especial si se toma en cuenta que la deuda externa no sólo tiene implicancias políticas y económicas, sino que sobre todo afecta los órdenes sociales pues crea desigualdades y desequilibrios aún mucho más grandes de los ya existentes.

Esta crisis de la deuda externa ha obligado a la mayoría de los países de la región a buscar mecanismos o alternativas de negociación que permitan aminorar la pesada carga de la deuda externa sobre sus economías, ya sea por la vía de extensión en los plazos de pago, la reducción en la tasa de interés y hasta la condonación de parte de la deuda (así el Plan Brady establece, entre otras cosas, nuevas alternativas para obtener recursos de entidades finan-

cieras internacionales, comprar deuda con un descuento apropiado sin tener que usar reservas propias y obtener ventajas en las tasas de interés por parte de la Banca Comercial internacional).

Uno de estos mecanismos novedosos, también llamados "Heterodoxos", es la denominada "Conversión de Deuda en Capital de Inversión" ("Debt-Equity-Swaps") o simplemente CDI. Este mecanismo surgió como una alternativa que permitiera aminorar el peso de la deuda sin que esto signifique egresos de divisas para el país deudor por concepto de pago de la deuda y que, a su vez, pudiera servir como un importante instrumento para la captación de inversión productiva.

Si bien el presente trabajo no pretende realizar un examen exhaustivo de este mecanismo, el cual ha sido tratado con amplitud en un artículo publicado en esta revista³, quisiéramos dar una breve explicación del mismo, de manera de introducirnos al análisis del sistema peruano.

La Conversión de Deuda en Inversión consiste en el canje de títulos de deuda externa de un país, los cuales son cotizados a un valor reducido en el mercado secundario financiero internacional (el cual es un mercado informal), por obligaciones expresadas en moneda del país deudor, en esta conversión se le reconoce al título un determinado valor en moneda nacional. Así el tenedor de dichos títulos (el cual no es necesariamente el acreedor original sino un comprador de títulos de deuda a valor reducido) se favorece con la conversión pues el país deudor le reconoce un mayor valor que el de mercado (cuyo valor se establece de acuerdo al comportamiento de las economías, es decir a la recuperación o deterioro de las mismas); a su vez el país deudor también se beneficia pues, la conversión

1. Junta del Acuerdo de Cartagena. Elaboración de la Revista Gestión. No. 6. Pág. 24.

2. Revista Caretas. No. 1032. Pág. 38

3. Muñoz, Italo: "La conversión de la deuda externa en inversión". En *Thémis* No. 8

obliga al tenedor a utilizar el producto recibido para invertirlo en actividades productivas en el país que le redimió los títulos.

El sistema de conversión o CDI puede resultar un instrumento positivo pero para ello es necesario que se regule cuidadosamente los montos de las operaciones, los sectores a invertir y se plantee la incorporación de capital fresco adicional a la suma de deuda a convertir, otorgándosele entonces un efecto multiplicador al monto de la deuda convertida, así como catalizador por atraer a otros inversionistas que también tratarán de aprovechar la reducción de la deuda.

No obstante las bondades del sistema CDI no podemos dejar de señalar que, si bien el mismo favorece a los Bancos Privados Comerciales Internacionales acreedores, porque así pueden aminorar el impacto sobre sus resultados, no puede efectuarse masivamente pues afectaría al mercado financiero internacional y en especial la posición financiera de los bancos acreedores, al tener que castigar, por la reducción, fuertes montos sobre obligaciones que figuran en sus activos; tampoco podría realizarse en grandes volúmenes por el país deudor porque al tener que emitir moneda nacional para la conversión de deuda, se incrementaría inorgánicamente el circulante de la masa monetaria y por ende la inflación.

EL SISTEMA PERUANO DE CONVERSION DE DEUDA PUBLICA EXTERNA EN INVERSION

Con fecha 23 de Octubre de 1988, el Gobierno promulgó el Decreto Supremo No. 198-88-EF creando el sistema de conversión de deuda pública externa en inversión (CDI) como alternativa de tratamiento a la deuda externa, así como para promover la inversión nacional y extranjera en proyectos de exportación de bienes y servicios que generen un aporte neto de divisas al país. Así como también, a la ampliación de proyectos e inversiones existentes.

La Ley 24750 (Ley de Financiamiento Público para 1987) estableció una autorización al Gobierno Central para concertar o garantizar operaciones de endeudamiento externo en plazos mayores a un año, hasta por un monto equivalente al 1.5% del PBI, destinado al pago de la deuda externa en especie. El Decreto Supremo 198-88-EF en su artículo once comprendió dentro del alcance de dicha limitación al sistema CDI; así, el límite del monto de las operaciones que se pueden realizar en un año alcanza al 0.5% del PBI (para el sistema CDI); posteriormente por normas reglamentarias del Ministerio de Economía y del Banco Central de Reserva se fijó en US \$100 millones de dólares el monto máximo a utilizarse en la conversión. Esto se hizo con la expresa finalidad de evitar los posibles efectos infla-

cionarios que el sistema CDI puede generar.

A fin de hacer más didáctico el análisis del sistema peruano, lo dividiremos en diferentes aspectos:

a) **Deuda Elegible.**- Los títulos de la deuda externa peruana que podrán ser utilizados para acogerse a este sistema, son solamente los establecidos en el Decreto Supremo 198-88. De manera que el programa de conversión no es aplicable a los créditos del sector privado peruano. Tampoco pueden acogerse a este mecanismo deudas de instituciones o empresas estatales, las cuales no hayan sido garantizadas por el Estado ni aprobadas por la Dirección General de Crédito Público.

Para efectos del sistema CDI, se considera deuda pública elegible la siguiente:

- 1.- Deudas directas de mediano y largo plazo del Gobierno Central.
- 2.- Deudas de mediano y largo plazo garantizadas por el Gobierno Central a instituciones y empresas estatales.
- 3.- Deudas de corto plazo de capital de trabajo asumidas por el Gobierno Central.
- 4.- Las otras deudas de instituciones o empresas estatales no garantizadas por el Gobierno Central que hayan sido previamente aprobadas por la Dirección General de Crédito Público.

El sistema CDI se aplicará a la deuda vencida y no pagada a la fecha en que se subaste, excluyendo las penalidades por mora. El Banco Central de Reserva determinará el tipo de cambio aplicable para la conversión. Este punto es realmente importante pues de no actuar el BCR con sumo cuidado se puede crear un desembalse inflacionario por el cambio de la deuda externa en inversión. Para ello deberá actuar con mucha decisión y manejar con eficiencia las distintas herramientas que le permitan controlar este posible efecto inflacionario. Creemos sin embargo, que en el Perú al haberse limitado el monto de las operaciones de conversión a sólo el 0.5% del PBI (100 millones de dólares según normas reglamentarias) el posible efecto negativo del sistema CDI queda contrarrestado.

b) **Inversionistas que pueden acogerse al sistema.**- El sistema CDI establece que podrán acogerse al mismo tanto los inversionistas nacionales como los extranjeros, lo cual nos parece muy correcto puesto que, si bien uno de los objetivos del mecanismo de conversión es promover la inversión

extranjera directa en el Perú, no se puede dejar de tomar en cuenta que, con la situación de inestabilidad política y económica que vivimos, es más realista permitir a los inversionistas nacionales el poder acogerse a las operaciones de conversión; lo contrario sería no darse cuenta que en los tiempos actuales, la inversión foránea puede resultar poco importante.

El sistema CDI establece para el caso de los inversionistas extranjeros tenedores de títulos de deuda pública externa peruana que conviertan la misma en inversión en el país, que estos tendrán la calidad que les asignen las Decisiones 220 y 169 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, referidas al tratamiento del capital extranjero y a la regulación de las Empresas Multinacionales Andinas respectivamente.

c) **Procedimiento de Conversión.**- El proceso de calificación se inicia con la presentación del proyecto por parte del inversionista, incluyendo toda la información que requiera la secretaría técnica, la cual estará a cargo de COFIDE teniendo como función esencial la de evaluar las propuestas de inversión y someter las mismas a aprobación del Comité de Conversión de Deuda Pública Externa en Inversión. Si bien no se señalan los aspectos que deben resaltar los inversionistas en su solicitud, se puede decir que deberán mencionar entre otras cosas: las divisas a generar, la cantidad de recursos nacionales a utilizar, el grado de desarrollo tecnológico que tiene, el período de maduración, la proporción de aportes externos sobre la inversión total, etc.

Luego de esta evaluación, la secretaría técnica eleva un informe al Comité, a fin que éste proceda a la aprobación o no del proyecto; en caso de no aprobación, el inversionista puede volver a presentar el mismo proyecto renovado al Comité. La norma que regula la CDI no establece plazo alguno para la nueva presentación.

Una vez que es aprobado el proyecto, éste queda expedito para ingresar a la subasta, en la cual se otorgarán los montos disponibles del sistema. Debemos recordar que anualmente la Ley de Financiamiento y la Ley de Presupuesto establecerán el monto máximo a aplicarse al sistema, destinándose una proporción similar a cada subasta. Para poder participar en la subasta, que se realizará en un acto único, los inversionistas deberán presentar un sobre cerrado en el cual especifiquen su propuesta de descuento, las características de la deuda a convertirse y una constancia que acredite el depósito o fianza bancaria en dólares americanos en favor del Ministerio de Economía por un monto equivalente al 0.5% del total de la inversión del proyecto.

En el acto se abrirán los sobres y el Comité

calificará las propuestas en función del valor del descuento ofrecido, dando ganador de la subasta aquel proyecto que ofrezca el mayor descuento sobre el valor nominal, siempre que dicho descuento sea igual o superior a la base establecida. En ningún caso, los montos convertibles de los proyectos ganadores podrán exceder el límite establecido por las reglas de la subasta.

Una vez declarado el ganador, el M.E.F. con fondos que le otorgue la Dirección General de Crédito Público, abrirá una cuenta en el BCR (una vez entregados los títulos de la deuda), en dólares americanos a favor del inversionista, la que será administrada por COFIDE, quien supervisará a su vez la ejecución del proyecto. Contra esta cuenta, se girarán los recursos en moneda nacional para los proyectos.

En este punto encontramos una serie de dudas debido a que el sistema no es suficientemente claro, en especial en lo siguiente:

- 1) Sólo se limita a señalar que el Comité establecerá las acciones a realizar en caso que el inversionista ganador no presente los títulos de la deuda en el plazo establecido. En ningún momento regula qué pasa con los inversionistas que quedaron en segundo o tercer lugar en caso el inversionista ganador sea descalificado, ¿Ocuparán su lugar?, si la respuesta es afirmativa -se les redimirá sus títulos al mismo valor que al inversionista descalificado o se establecerá un nuevo descuento?; esto es muy importante pues como se sabe en estos casos se puede solucionar este punto de varias formas, ya sea aceptando el descuento ofrecido por el inversionista que quedó segundo o señalándole que si quiere hacer uso de su derecho de sustituir al inversionista descalificado, deberá igualar la oferta que hizo el inversionista ganador. Creemos que de ninguna forma se podría establecer la obligación del inversionista sustituto de aceptar, como condición para ocupar el lugar del descalificado, el mismo monto de descuento que el otorgado al inversionista ganador que fue descalificado.
- 2) El sistema tampoco establece cuál será la sanción a aplicar a aquel inversionista ganador que no ejecute los proyectos de acuerdo a los términos en que fue aprobado.
- 3) El sistema no señala nada con respecto a qué sucede si el inversionista ganador no hace uso de todos los fondos depositados para el proyecto; este remanente ¿revertirá al Estado o podrá ser retirado por el inversionista?
- 4) El sistema tampoco especifica qué pasa en el

caso de los proyectos a ejecutarse por varios inversionistas; en especial no aclara si la responsabilidad de los mismos será mancomunada o solidaria (la cual como sabemos sólo puede establecerse por ley); tampoco si el incumplimiento de uno de los inversionistas afecta a la ejecución de todo el proyecto.

Pese a las dudas antes expuestas, el sistema de subasta y calificación de los proyectos nos parece interesante, pues, a través de él, el Gobierno puede orientar las inversiones hacia actividades consideradas prioritarias y que generen un saldo positivo de divisas.

d) Inversiones Elegibles.- Las inversiones deberán estar destinadas fundamentalmente a la ampliación y ejecución de nuevos proyectos que, signifiquen instalación de nueva capacidad productiva en el país. Como hemos visto, la inversión nacional como la extranjera deberá destinarse a proyectos que permitan la exportación de bienes y servicios que generen un aporte neto de divisas al país. Otros aspectos que deberán tomarse en cuenta son: se debe dar preferencia a proyectos que utilicen tecnología de avanzada y también a aquellos proyectos que utilicen mayores componentes e insumos nacionales que el resto de las empresas de la misma actividad. Aquí debemos señalar que el sistema CDI se aplicará exclusivamente a los gastos locales que demande el desarrollo de los proyectos correspondientes. El reglamento del sistema CDI señala que no se considerarán como gastos los siguientes:

- a) La adquisición en el exterior o en el país de bienes y servicios de origen importado. El componente importado de los proyectos sujetos al CDI, deberá ser financiado mediante recursos externos vía aporte de capital o financiamiento externo obtenido por el inversionista.
- b) La adquisición de inmuebles.
- c) La adquisición de bienes usados.
- d) El capital de trabajo, salvo aquél que forme parte de un proyecto elegible hasta por un monto máximo del 15% del monto convertible. El monto convertible no podrá exceder del 70% de los costos locales del proyecto.

Pese a parecer bastante clara la enumeración anterior, consideramos que debió regularse el caso de si el sistema CDI es aplicable al pago de regalías por uso de patentes importadas y también al caso de los desembolsos para inversión en tecnología extranjera, pues ambos supuestos de estar incluidos dentro de los gastos aplicables al sistema CDI po-

drían constituir una forma de extraer capitales del país provenientes de la conversión. Creemos por tanto que la norma que regula el CDI debió contemplar este supuesto con exactitud, estableciendo una prohibición de utilizar los montos convertidos al pago de regalías por uso de patentes o marcas y a la inversión en tecnología extranjera, para así evitar una posible fuga de capitales.

e) Repatriación de Capitales.- Los inversionistas extranjeros podrán remesar al exterior el resultado de las ventas o liquidación del capital invertido en la porción correspondiente a la conversión de deuda en inversión a partir del décimo año de la puesta en marcha del proyecto. Las participaciones de capital provenientes de la conversión de la deuda, podrán ser objeto de transferencia después de cumplido el tercer año de la puesta en marcha del proyecto.

En caso de transferencia o liquidación de una inversión antes de 10 años de iniciado el proyecto, la parte que corresponda al CDI, deberá depositarse en una cuenta en dólares y sólo podrá ser retirada para utilizarse en nuevos proyectos aprobados por el Comité.

La medida de establecer una prohibición de repatriar capital convertido en inversión hasta que no pasen 10 años de iniciado el proyecto, nos parece una medida muy prudente, pues así se evita que inmediatamente después de efectuado el aporte de capital, el inversionista extranjero decida reducir el capital social mediante la devolución de aportes. De esa manera, obtendría un mayor beneficio en la conversión de la deuda. Sin embargo, consideramos que se debería influir en el sistema la obligación que los inversionistas extranjeros transfieran las acciones a un inversionista nacional o extranjero como condición para que pueda repatriar los capitales provenientes de la conversión, estableciéndose que la compra de estas acciones debe hacerse con divisas que vengan del exterior para así evitar que la repatriación de capitales permitida al inversionista extranjero cree una pérdida de divisas.

f) Remisión de Utilidades.- El artículo 10 del Decreto Supremo 198-88-EF concordado con el artículo 5 de la Resolución Ministerial No. 305-88-EF, permite a los inversionistas extranjeros remesar utilidades y cualquier otra suma al exterior, derivada de una operación de CDI, para ello, el inversionista extranjero deberá presentar una declaración jurada en la que conste la generación de saldos netos positivos de divisas, aprobados por CONITE, es decir el sistema no establece prohibiciones a la remisión de utilidades generadas por inversiones extranjeras, es más, levanta las suspensiones establecidas por el Decreto Supremo 257-88-EF.

VENTAJAS DEL SISTEMA CDI

1.- El sistema CDI puede contribuir a reducir la pesada carga que implica la deuda externa sobre las economías latinoamericanas pues permite disminuir el monto de la misma, sin que los países deban gastar sus reservas, permitiendo a su vez que a través de la inversión que se fomenta, el país deudor obtenga beneficios netos.

2.- El sistema CDI permite que, a partir del aprovechamiento en la reducción del valor de cotización de los títulos de la deuda externa el país deudor pueda convertir ésta en un importante instrumento de crecimiento y desarrollo. En la actualidad el valor de los títulos de la deuda externa peruana fluctúa entre el 7% y el 14% de su valor nominal en el mercado secundario financiero internacional por lo que, el aprovechamiento en la reducción del valor nominal puede ser muy grande.

3.- El sistema CDI constituye un importante instrumento de inversión y capitalización que puede contribuir a elevar el crecimiento del PBI, mejorar la posición de la balanza de pagos y crear una nueva imagen del Perú para propiciar su reinserción en la comunidad financiera internacional. Pero para lograr todo esto se requiere crear un clima atractivo y buenas condiciones para la inversión pues, de otra manera el sistema CDI no provocará una corriente favorable o significativa de inversión externa o interna como se procura.

4.- La CDI al incentivar el proceso de inversión, incidirá como sabemos en la demanda agregada, y, de esta manera motivará la reactivación del aparato productivo nacional, creándose nuevos puestos de trabajo, permitiendo un mayor crecimiento económico del país y una mayor recaudación de tributos.

5.- El hecho que la deuda externa del Perú se encuentre cotizada a niveles muy bajos (fluctúa entre el 7 y el 14% de su valor nominal), nos da una ventaja frente a otros países que ya cuentan con el sistema, en razón a que la baja cotización de los títulos de la deuda, permite mayor rentabilidad a los inversionistas y un mayor margen de beneficio al Perú.

6.- La posible creación de presiones inflacionarias a través de una expansión de la oferta monetaria queda contrarrestada limitando el monto de

las operaciones de conversión en un determinado período. Para el año 1989, se ha establecido un límite del 0.5% del PBI, por normas reglamentarias del Ministerio de Economía y del Banco Central se determinó que el monto máximo a aplicarse al sistema sería de US \$100 millones de dólares.

7.- Al permitirse que el inversionista nacional pueda acogerse al sistema CDI, se podría promover la repatriación de capitales, pues estos usarían fondos que tienen en el exterior para adquirir la deuda.

8.- El sistema CDI puede servir como un instrumento de descentralización y de integración económica pues, permite al Gobierno hacer una mejor distribución de la inversión, destinándola a las áreas más importantes.

Finalmente no podemos dejar de señalar que, pese a que el sistema CDI tiene una serie de ventajas, también tiene una serie de problemas; estos problemas surgen si no se hace un correcto uso del sistema. Quizás este sea el mayor temor que se tenga a este sistema pues, puede convertirse en un instrumento de favoritismo político, al no hacer un uso técnico de los recursos que se destinen a este mecanismo. Pero sobre todo debe tenerse muy en cuenta que el sistema para funcionar correctamente deberá ser rodeado de los siguientes elementos adicionales:

a) Plazos cortos, que no excedan de 30 días, para la tramitación de la solicitud y calificación de las propuestas y proyectos.

b) Establecer con criterio técnico el porcentaje de descuento de la moneda nacional que el BCR hará entrega por la conversión.

c) Debe crearse un clima estable para generar confianza en el sistema.

De no hacer un uso adecuado de estas variables que rodean al sistema CDI éste puede convertirse en un instrumento peligroso para la economía de un país por los riesgos inflacionarios que pueden derivarse del mismo.

Lamentablemente hasta la fecha, pese a que el sistema existe, no se ha realizado ninguna subasta debido a que el Gobierno no ha destinado el dinero requerido para dotar de recursos operativos a este sistema.

La Constitución y la Paz

En recuerdo y homenaje al Rector Padre Jorge Dintillac.

Alberto Ruiz-Eldredge

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Emérito de la U.N.M. de S.M.

¿Por qué 10 años de vigencia de la Constitución no han dado lugar a un mejoramiento de la calidad de vida de los peruanos?, ¿Por qué no hay un Estado de Justicia? ¿Por qué no hay Paz?

No es responsabilidad del texto, aunque la contradicción de sus normas ha permitido el desencadenamiento de una crisis que se agudiza.

También es cierto que los factores de orden político, contrarios al proceso de cambios de 1968-75, comienzan desde 1976; es decir, antes de la vigencia Constitucional.

Sin embargo, procuraremos atenernos en el presente análisis a lo que predomine desde el punto de vista jurídico.

ESENCIA PREAMBULAR

El Preámbulo afirma una valiosa doctrina político-jurídica, que conduce a una sociedad humanista. No es otra cosa la primacía de la persona humana y de reiterar que la Familia es célula básica de la sociedad (por primera vez a la Familia se le concede un Capítulo, el Capítulo II del Título I de la Carta). Asimismo, la noción esencial que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional, teniendo en cuenta a la justicia como valor primario en la vida en comunidad, que se cimenta en el bien común y la solidaridad humana. A esto se agrega la decisión de crear una sociedad justa, libre y en paz, sin explotadores ni explotados; y de fundar un Estado basado en la dignidad creadora del trabajo, en la participación, la cancelación del subdesarrollo y la injusticia; en donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.

Por el mérito de tan valiosos conceptos propone, en la Constituyente, un dispositivo que dijera: Para la interpretación de cualquier norma de la

Constitución se tendrá como fuente esencial su Preámbulo. Alguno de la mayoría (había previsto esto) se opuso, diciendo que era obvio y por consiguiente innecesario el numeral propuesto. De inmediato acepté la postura de la mayoría, pidiendo que constara en el Acta el reconocimiento expreso que se hacía respecto del valor cimental del Preámbulo. Esto es muy importante, porque hay quienes niegan al Preámbulo su calidad normativa; y, para superar a esa corriente, era precisa una manifestación de la Asamblea que aceptara que, al menos en el caso del Preámbulo de 1979, dicho documento es fuente principal de interpretación para todos y cada uno de los dispositivos del texto y, por ende, incluye lo relativo al régimen económico y al sistema de propiedad.

La trascendencia de tal interpretación es hoy en día notoria porque, sin duda alguna, el modo de aplicación de la Carta, según los regímenes de Gobierno, se ha inclinado por las normas de protección individualista, de sistema económico neo-liberal y de privatismo respecto a la propiedad y de la empresa; agudizando, en cambio, el incumplimiento de la buena doctrina del Preámbulo y el mandato imperativo del Art. 80º de la Constitución que señala, como deber primordial del Estado, "Garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado". A ojos vista, este deber primordial no se ha cumplido ni se cumple; y nuestra sociedad está lejos de ser aquella que la Carta se propone en su parte inicial y principal, con respeto a la persona humana, y de bienestar y seguridad para todas las familias peruanas.

Se la ha distorsionado convirtiéndola en una Carta individualista, cuyo peligro ya lo señalamos en la Constituyente (también en el libro "La Constitución Comentada"). En efecto, hubiera sido preferible afirmar que el carácter democrático y social

debe fundarse con la libertad y la igualdad, en la soberanía popular, en el respeto a la dignidad de la persona humana y en la activa participación del pueblo para el establecimiento de una sociedad sin explotadores ni explotados, basada en el trabajo y la propiedad social. De tal manera la dignidad de la persona humana no tiene sólo un carácter declarativo, de sujeto de respeto y protección, que es una noción pasiva; sino que se la dinamiza por la participación; complementándose con la negación de toda forma de explotación, que es lo más lesivo a la dignidad de la persona. Al separar esto (Art. 1º y Art. 80º) se ha dado pábulos a la aplicación y vigencia, en nuestra realidad, de un criterio individualista del Art. 1º; permitiendo una economía inhumana y el enriquecimiento cada vez mayor de un ínfimo grupo, con detrimento de la inmensa mayoría de familias.

HUMANISMO

Hemos sostenido y dicho, varias veces, y conviene reiterar que la cuestión toca la esencia del humanismo. Puede sostenerse, sin la menor duda, que la base esencial de la organización social reposa en el concepto sobre la persona humana; para que el sistema sirva al hombre y no esté contra el hombre. Que le permita, en resumen su máxima realización dentro de la libertad, en una sociedad a su vez libre. Este concepto está muy lejos del individualismo, que se alimenta de la lucha entre los hombres a base del egoísmo competitivo en la sociedad; y lejos está, por cierto, del transpersonalismo, del organicismo, o de la persona colectiva abstracta. Podría decirse, según los humanistas que "ser persona significa ser un fin en sí"; y agregar a tal ideal la afirmación del ser social del hombre; el "principio dialógico y presencia substancial del prójimo como única posibilidad humana de acceso al ser" ¹, que establece la pro categoría del "entre" ("un ser busca a otro ser, como este otro ser concreto, para comunicar con él en una esfera común a los dos pero que sobrepasa el cambio propio de cada uno"). En la órbita de la relación jurídica entre los hombres, podríamos tal vez resumir estas nociones afirmando que si bien la persona humana necesita y requiere de constante expansión, éste debe obtenerse y lograrse sin restar a los demás su legítima realización. El ser más, no debe singularizarse por la disminución de otro, como ocurre en el individualismo competitivo; ni identificarse o subsumirse en la categoría todo (de un grupo o de una estructura abstracta); pero no puede dejar de relacionarse constantemente con los otros seres, (el ser más y el ser-con), sin los cuales no puede jamás el hombre realizar su constante progreso. "Ser humano, dice Paul Valery, es sentir vagamente que hay de todos en ca-

1. Buber, Martín: *¿Qué es el hombre?*, Fondo de Cultura Económica, 1974. México.

da uno y de cada uno en todos". Y Renato Treves, sintetizando el pensamiento de los jus-filósofos Gioele Solari y Norberto Bobbio, así como las ideas de Benedetto Croce, resume con singular maestría la noción de persona como ser social diciendo ²: "Se opone por un lado a las concepciones mecánicas que resuelven la sociedad en una multiplicidad de individuos cerrados en sí mismo; y se opone por el otro, a las concepciones orgánicas que consideran la sociedad como un ser colectivo que domina y resuelve en sí mismo todas las individualidades particulares". "Frente a estas dos concepciones opuestas él intenta desarrollar, con un espíritu que podríamos calificar de socialista liberal, una concepción profundamente especulativa que capta la ampliación recíproca de la sociedad en la persona y de la persona en la sociedad, la concepción que se funda y se desarrolla sobre dos conceptos recíprocos "de la persona en actitud social" y de la "sociedad constituida de personas" ³.

Instrumento de ingeniería social, como ha llamado el jus-sociólogo Pound ⁴ al derecho, debe éste cumplir su función para innovar en la sociedad asegurando al hombre su libertad y el mayor número de decisiones en los problemas de gobierno y de administración. Un hombre libre, en la compleja sociedad actual no es aquél que apenas puede leer o sólo escuchar que en la Constitución o en las leyes, hay derecho a pensar, a escribir, a asociarse, a elegir y ser elegido. Un hombre libre, en el mundo de hoy, el hombre concreto, tal como exige la defensa de la dignidad humana, es aquél que realmente puede ejercitar tales derechos. Que puede elegir porque sabe leer o porque la realidad no le prohíbe hacerlo, con la injusta razón de haberle negado el bien de la lectura; que puede publicar sus ideas o expresarlas, sin las limitaciones del poder del dinero; un hombre, libre de la enfermedad y la miseria, que puede participar en su empresa de trabajo, sin la absorción o la explotación del egoísmo competitivo del lucro y la mera ganancia; un hombre, en fin, que por más humilde que fuere, pueda por lo menos tener alguna participación en las decisiones gubernamentales y de administración, a través de las nuevas instituciones que el nuevo Estado ofrezca, para dar participación organizada a todos en la cosa pública. Un hombre pues con cultura, sin hambruna, ni trabas, responsable; con el patrimonio de su trabajo como derecho fundamental que la sociedad le asegure. Este nuevo hombre, recuperando su haber, habrá de realizar su ser; pues aquéllos -bienes, derechos- no son sino el instrumento para que la

2. Citas de Estudio sobre Violencia y Represión: Alberto Ruiz-Eldredge. Editorial Atlántida, Lima. 1971.

3. "Benedetto Croce, Filósofo de la Libertad" por Trevis, Renato, Edit. Imás Buenos Aires, 1944, pág. 107.

4. "Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico", Prof. Roscoe Pound. Ed. Ariel Barcelona, 1950.

persona dimensione el ser de acuerdo a todas sus posibilidades (en lo cual naturalmente el cambio moral es consustancial ya que sin él no habrá modificación profunda alguna).

Esta concepción del hombre se opone radicalmente a las interpretaciones naturalistas, sobre todo aquellas que dentro de una concepción darwinista-social, suponen que es indispensable afirmar, como en la escala animal, la supervivencia de los más fuertes, convirtiendo así al hombre en el lobo del hombre (Hobbes), justificando todo belicismo ("la guerra es la madre de todas las cosas" Heráclito); ("las guerras mantienen la salud de los pueblos como los vientos y las tempestades preservan los mares de la putrefacción" (Hegel); la exaltación de la violencia que hace Nietzsche; todo ejercicio de poder brutal, político, financiero, subversivo y hasta el terror, inclusive el institucionalizado y oficial que emplea la tortura. Sin embargo, esa teoría del hombre, naturalista, organicista, traspersonalista, es en verdad el cordón umbilical que en la praxis vincula hoy a todos los que en el mundo actual son responsables de cualquier forma de abuso o absorción del poder que aliena al hombre. Por consiguiente, la primera definición clara y concreta (acorde además con los más elevados, principios de todas las religiones, en especial la cristiana que predomina en Latinoamérica; y de perfecto acuerdo con la ética no creyente, como la que afirma Einstein: "los sabios serios son los únicos hombres profundamente religiosos", "pienso tan bien de la humanidad que estoy persuadido de que este espectro -la guerra- habría desaparecido hace mucho tiempo si el buen sentido de los pueblos no fuera sistemáticamente corrompido, por medio de la escuela y de la prensa, por los intereses del mundo político y del mundo de los negocios") a que debe llegarse es pues una concepción del hombre como tal, humanista, racional; absolutamente opuesta al naturalismo irracional que justifica la agresividad del hombre al estilo animal y que se desencadena por la conquista del espacio de cada uno, al impulso de instintos, ambiciosos, apetitos.

POR UNA ECONOMIA HUMANA

En lo que atañe el sistema económico, es en donde se connota la contradicción con la esencia constitucional de sus Títulos I y II y del Preámbulo. La mayoría de la Constituyente presentó su Proyecto de Constitución, que aparece publicado en "El Peruano" del 2 de abril de 1979 (Pág. 3 y siguientes); y en dicho Proyecto se lee: "Art. 101. La iniciativa privada libre y se ejerce en una **economía de mercado**. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarla con el interés social". Como se ve la propuesta fue de una economía de mercado porque ese era el deseo, la doctrina y el afán de la mencionada mayoría. Solamente las críticas de la

oposición minoritaria lograron modificar el Art. 101 del Proyecto, a fin de que pasara a ser el Art. 115 de la Constitución actual en el cual se dice: economía social de mercado. Empero, el propósito original ha sido desarrollado por los regímenes de gobierno, a partir de 1980 a la actualidad; porque lo que hay en marcha es en verdad una economía de mercado.

También fue criticada, con evidente razón, la economía de mercado por ser diametralmente opuesta a la **ECONOMIA HUMANA** que es la que precisamente se adecúa a la doctrina del Preámbulo de la Constitución y a los Títulos I y II. Al admitir la mayoría, de mala gana, el concepto de social, (que no opera en nuestra realidad) se quiso justificarlo con el sistema económico de Alemania Federal.

No obstante, no tuvieron en cuenta que en ese país, después de la guerra que sufriera, se efectuó una redistribución de la riqueza; repartiéndose, inclusive la nueva moneda, a razón de 40 marcos por habitante y, a los 30 días, 20 marcos más, aparte de otras distribuciones para equilibrar la vida social; y que bienes y servicios pudieran ir llegando, paulatinamente, a todos, personas y familias. Uno de los postulados de ese sistema fue la Justicia Social y la eficiencia económica, según se puede leer en el texto "Economía Social de Mercado en la Experiencia Alemana" (Ed. Aconcagua, Santiago de Chile, agosto de 1978, pág. 53) de los Profesores Rolf Kasteleiner, Rainer Koehne, Willy Otten, Johannes Stemmler y Hans Winter. Estos anotan que "hay que partir y hablar de una unidad del orden general de la vida" y fulminan el ventajismo (que se dá en nuestra realidad) cuando, respecto de su sistema, consideran: "Éticamente negativo sería la existencia de privilegios en las Instituciones". Además el sistema de Alemania Federal combate el monopolio y crea un sistema de seguridad social que cubre con eficacia a todos los pobladores, así como en cuanto a la educación y al desarrollo de políticas para estabilizar precios. De dicho texto, consta también que la proclamada libertad económica, que aquí se ha venido ejercitando, por aplicación parcial de nuestra Constitución, no llega en el caso de Alemania Federal a tales extremos porque, según sus defensores, es necesaria la unión del orden de competencia "con un sistema para la protección e igualdad social". Por otro lado hay que anotar que, con todas sus previsiones, no se ha podido evitar en Alemania Federal la acumulación de riqueza en una minoría. (Por otro lado, los precios y en general los términos del comercio internacional, obedecen en el Perú a decisiones foráneas).

Por consecuencia, es indispensable recurrir a las verdaderas esencias constitucionales y ejecutar una Economía Humana al servicio del ser, y no las

personas y familias al servicio de minorías que detentan el poder económico. En una conferencia del muy ilustre Arnold J. Toynbee, en Puerto Rico ("La Economía del Hemisferio Occidental" Ed. La Torre, Universidad de Puerto Rico, 1963), marcaba la responsabilidad de las clases medias para que una política de unidad "creara una sociedad sin clases, amalgamando dos clases, en vez de eliminar una de ellas", para alcanzar el doble objetivo pacífico de la justicia social y de la productividad económica. Toynbee dijera también en aquella ocasión: "Se les permitió a los intelectuales escribir las Constituciones de las Nuevas Repúblicas en aquel lenguaje extraño; pero fueron los latifundistas quienes tomaron el poder; y cuando los intelectuales de clase media respingaban, las recientes instaladas oligarquías no vacilaban en amansarlos blandiendo el látigo de la dictadura militar" afirmando también "no es posible despojar a la oligarquía de su poder tradicional sin antes privarle de su base económica. Ello explica por qué la disolución de los latifundistas, el desmantelamiento de las haciendas, se ha convertido en una cuestión tan fundamental y tan discutida en el Capítulo moderno de la historia latinoamericana. En América Latina, la Reforma Agraria es el punto de partida ineludible para la transformación política, económica y social". Estas lecciones de Toynbee no han sido aprovechadas en estos 10 años de nuestra Constitución; a pesar de reconocerse en ella la importancia de la Reforma Agraria y el pluralismo en la propiedad y en la empresa, que comportan la autogestión, cooperativas, propiedad social. Antes bien, en estos 10 años se ha tratado de destruir la Reforma Agraria de 1969 a 1975. Se pretende restablecer latifundios por las clásicas medidas comercialistas, de mercado, de la compra-venta "libre", del préstamo y la hipoteca (que conducen al embargo y el remate) también supuestamente libres, del privilegio al sector poderoso de la economía y el desmedro y maltrato a los sectores inmensamente mayoritarios de campesinos, empresarios pequeños, medianos y artesanos.

PASADISMO Y GERONTOCRACIA

Montesquieu fue sin duda muy valioso para iluminar la Revolución Francesa y que se creara una estructura de Estado que reposara en los tres llamados poderes; y tal doctrina se apoyaba en las ideas inglesas, de los pesos, contrapesos, controles y frenos recíprocos. Esa teoría fue sin duda válida y necesaria para quitar a las monarquías su absolutismo. Empero, en realidad de verdad, el poder es uno. Son las funciones las diferentes y, precisamente, es en la Revolución Francesa donde la Asamblea distingue claramente entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Por eso mismo nace el Derecho Administrativo, llegándose a prohibir a los jueces citar a su Despacho a los funcionarios; aunque, casi simultáneamente, se organizó el notable sistema de

justicia contencioso-administrativo el cual tanto honor le ha hecho y le hace el Consejo de Estado de Francia.

En la propia Constitución nuestra de 1933, se dice, claramente, (en el Art. 1º), que el Poder del Estado emana del pueblo. Y en la Constitución actual, el Art. 81º reitera: El Poder del Pueblo.

Además en la doctrina puede recordarse a los Profesores argentinos Benjamin Villegas Basavilvaso, que fue Presidente de la Corte Suprema, y Miguel S. Marienhoff, Catedrático de la Universidad de la Plata, que advirtieron que el poder del Estado es único, las funciones son múltiples; sin que pueda admitirse que la atribución de funciones constituya división de poder; dado que es simple distribución de funciones, que son las que se separan. Jellinek, en su Teoría General del Estado sostiene, con razón, que: "El fundamento de la Concepción Jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del Poder del Estado. Un poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas".

Carré de Malberg sostiene, asimismo, que la potestad del Estado es una; siendo necesario partir de la unidad del poder del Estado.

En la Constituyente sostuve esta tesis; y recuerdo que, de la mayoría, el Dr. Ramírez del Villar convino en ella.

Lamentablemente la Carta, en esto, se ha quedado en el pasado, en el cual Montesquieu cumplió eficazmente para que avanzara la política y el derecho al servicio de la humanidad. Ahora el turno es de nosotros, no de otros.

Ahora bien, en la propia Carta vamos a encontrar la negación a la teoría de los tres Poderes, y, en cambio, la aceptación de hecho del criterio de la atribución, distribución y diferencia de funciones. Esto puede verse respecto del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, de los Gobiernos Locales, de las Asambleas Regionales, del Banco Central de Reserva, de la Contraloría General de la República e, inclusive, de la Superintendencia de Banca y Seguros. Crecen los órganos del poder, que es uno, por medio de una mejor distribución y división de funciones. Esto es positivo, es democrático, es un progreso hacia una sociedad humanista, con participación y control.

Por otro lado, la gerontocracia se ha convertido en la Carta en un elemento negativo para el órgano judicial. Para ser Magistrado de la Corte Su-

prema hay que ser mayor de 50 años; y el mismo requisito opera para el Fiscal de la Nación y los Miembros del Tribunal de Garantías. Esto es grave, en una sociedad de juventudes; y aunque para la Magistratura es necesaria la madurez y el reposo de la edad, es inadmisibles exagerar en ello. Ninguna Constitución anterior llegó a tal extremo; ni siquiera el Proyecto de Bartolomé Herrera, sostenedor de la aristarquía y que fue conservador, proponía más de 45 años para la Vocalía Suprema; y el Proyecto del Rector de San Marcos, Dr. Manuel Vicente Villarán, planteó 40 años. Es pues un defecto de la Carta el criterio gerontocrático que se ha tenido para el órgano judicial.

Lo anterior, unido al sistema de nombramientos, a una antigua ley orgánica, a la prepotencia del Senado que dismanteló tribunales de probos y talentosos juristas, ha erosionado la imagen del órgano judicial y menoscabado al Tribunal de Garantías. Así también, la deformación de la Acción de Amparo; que ha devenido en instrumento de mayor defensa de los privilegios del Poder del dinero, desnaturalizando su esencia que es de cautela de los Derechos Humanos y de las Garantías de la persona.

Otras reflexiones serían convenientes en lo que atañe al sistema, también obsoleto, bicameral, cuando existe ya la facultad presidencial de observar las leyes, la acción de inconstitucionalidad de una ley, la tecnificación -aunque todavía no lograda- del Parlamento. Bastaría, pues, con una Asamblea sin incurrir tampoco en exceso en el número de sus Miembros. La Constituyente de 1978-1979 tuvo 100 componentes; y éramos bastantes.

Así también, sobre la acumulación de poder (central y limense) en Presidente-Senado-Banco de Reserva.

Empero, pasemos a lo positivo.

Mar Territorial de Grau de 200 Millas

Aunque los partidarios de la Convención del Mar de 1982 no quieran reconocerlo, lo cierto es que:

- I. La Carta norma sobre el Territorio, en el Capítulo III del Título II; y dentro del territorio está el dominio marítimo y el espacio aéreo, que se extienden hasta las 200 Millas. Esto es terminante; sin que se pueda admitir la diferencia que hacen los señores Zonistas entre el espacio con soberanía cabal y el Mar con soberanía menos plena.
- II. La Asamblea Constituyente declaró, por una-

nimidad, el 10 de Agosto de 1978, Mar Territorial de las 200 Millas. Esta expresión tiene un carácter metajurídico, del más alto nivel político porque involucra a todo el pueblo. Inclusive, el partido que no estuvo directamente representado en la Asamblea, dijo en su Programa de 1980 y en su Congreso de 1982 que defendería el Mar Territorial de 200 Millas.

No me extiendo más al respecto porque en mis libros, "El Nuevo Derecho del Mar" de 1973 y "El Perú y el Mar" de 1988, se ha analizado el Derecho del Mar en sus orígenes, y el nuevo derecho del Mar; se ha comentado, en todo su articulado la Convención de 1982 y el censo nacional contra dicha Convención (Consensus Facit Legem) de instituciones y personalidades; incluyéndose la propuesta de una Convención Sudamericana que, además de cautelar los intereses comunes en el Mar, sea un nuevo elemento de integración.

DERECHOS HUMANOS

En esto la Constitución de 1979 tiene su mayor mérito porque, norma, por la ley fundamental, el respeto a los Derechos Humanos, como consta y se desprende del Título I, con sus 8 capítulos y 78 artículos.

Además, el Art. 80º manda que el Estado garantice la plena vigencia de los Derechos Humanos; y el Principio de Autodeterminación está en los conceptos de los Arts. 79 a 88 del Capítulo I del Título II. Los Pactos de Garantía de los Derechos Humanos, de 1966, comienzan (Art. 1º de cada uno) con la afirmación de la Autodeterminación.

Es interesante señalar la parte final del Art. 110, que atañe a la dignificación del trabajo como medio de la realización de la persona humana. Hicimos en la Asamblea hincapié en esto, porque el trabajo no sólo es un instituto económico o simplemente laboral, dado que compromete el destino de la persona, de la familia y de la sociedad. Por esto está reglado como Derecho-Deber. Debe recordarse que cuando el Estado Peruano, en la etapa Inca, se cimentaba en el trabajo, en la propiedad social y en los refranes ético-jurídicos que cita Basadre, las garantías de la ocupación y de atender a las necesidades primarias fueron satisfechas. No se trata de endiosar el pasado; empero, es menester no olvidar los mensajes positivos de dicha etapa histórica.

En la Disposición General Décimo Sexta fueron ratificados el Pacto de Garantía de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo, de 1966; e, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Finalmente, el Art. 305 de la Constitución permite que, agotada la jurisdicción interna, se pueda ocurrir a los Tribunales u Organismos Internacionales.

Todo esto es muy positivo; un claro progreso en los instrumentos de garantía para la persona.

Hubiera sido muy conveniente introducir institutos de democracia directa como el Referéndum,

Plebiscito, Iniciativa Popular y la Revocatoria de Poder, que algunos propusimos sin tener acogida en el Plenario.

Confiemos en que la sabiduría popular y la responsabilidad de las dirigencias hagan cumplir la Constitución en sus partes positivas; y se rectifique y modifique, democráticamente, lo que impide crear una sociedad justa, libre, culta, sin explotadores ni explotados. Es decir, una sociedad en Paz.

Terrorismo y Tribunales Militares

Valentín Paniagua C.

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

El 28 de julio último, el Presidente de la República demandó del Congreso el estudio de una fórmula para que los Tribunales Militares asuman el juzgamiento de los delitos de terrorismo. La propuesta originó, de inmediato, algunas iniciativas que provocaron, naturalmente encendido y justificado debate. Dos de ellas intentaban asimilar el delito de terrorismo a una suerte de infracción de la Ley del Servicio Militar Obligatorio. La tercera, perteneciente al Senador Chirinos Soto era, más bien, una propuesta de modificación constitucional. Según ella, todo ataque a la Fuerza Armada o Policial debía juzgarse por Tribunales Militares.

La propuesta presidencial entraña, en realidad, tres diferentes cuestiones: ¿Cuál es el rol de las Fuerzas Armadas y del Poder Judicial en el proceso de pacificación nacional? ¿Permite la Constitución que los civiles responsables de delito de terrorismo sean juzgados por Tribunales Militares? ¿Conviene modificar la Constitución para que los delitos de terrorismo sean juzgados por Tribunales Militares?

No es objeto de estas reflexiones la primera cuestión que rebasa el propósito de estas reflexiones que se han de centrar exclusivamente en las dos últimas.

CONSTITUCIÓN, CIVILES Y TRIBUNALES MILITARES

Es casi unánime el criterio según el cual la Constitución vigente no permite a los Tribunales Militares conocer del delito de terrorismo. Todos los argumentos en contrario, no han podido superar un escollo insalvable: el texto de los Artículos 282, 109 y 2 Inciso 2) 20, literal e) de la Constitución que consagra, inequívocamente la jurisdicción correspondiente, la índole del delito de terrorismo y los derechos de jurisdicción.

Por razón de las cosas y no por la diferencia de las personas, la Constitución ha hecho excepción

al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional permitiendo la existencia de una jurisdicción militar a la que ha reservado exclusivamente el juzgamiento de los "delitos de función" en que pudieran incurrir los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. (Art. 202). El carácter excepcional de tal jurisdicción es indudable. Alcanza incluso a los propios "militares" cuyos delitos comunes no pueden juzgarse por los Tribunales militares. ¿Cómo pretender, entonces, que lo hagan con algunos de los delitos cometidos por los civiles?. La discriminación sería manifiesta a la luz del principio de igualdad frente a la ley (Art. 2 Inciso 2 de la Constitución). No es ese, sin embargo, el criterio de algunos abogados. Sus razones parecen muy deleznable.

Si los civiles están sujetos a la jurisdicción militar por delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (Art. 235) ¿por qué no reputar la subversión terrorista como una guerra exterior y el terrorismo como delito de traición a la patria? El simplismo de la propuesta es sorprendente. la subversión interna no es ni puede identificarse con una guerra exterior, aun cuando los daños y las consecuencias sean semejantes.

No menos forzado es el intento de homologar el terrorismo con el delito de traición a la patria aun cuando los resultados del primero pudieran implicar una conducta digna de calificarse como traición a la patria. Técnicamente, sin embargo, ninguna de las figuras típicas del terrorismo es análoga al delito en cuestión (terrorismo, abastecimiento y financiamiento terrorista, asociación ilícita para el terrorismo, instigación o apología del terrorismo). La homologación es sencillamente irracional. Es natural. Las cosas son como son y no se modifican por el solo hecho de cambiar su denominación.

Consideran otros que el delito de terrorismo podría reputarse una infracción de la Ley del Servicio Militar Obligatorio. Nada más arbitrario. Baste comprobarse que el terrorismo es, por esencia, una

conducta dolosa en sí misma en tanto que la infracción de la Ley del Servicio Militar, por lo general, se comete por negligencia ya que básicamente consiste en omisiones: a la inscripción, al canje, al llamamiento al activo, etc. que configura el delito de deserción simple. En el fondo, es el desconocimiento de un deber constitucional y de una carga pública (Art. 73). El terrorismo, por el contrario, consiste en acciones ilícitas que implican una agresión al estado, a las personas o a sus bienes. ¿Cómo establecer entonces una analogía que repugna a la razón? Pero, aun cuando ello fuera posible, a pesar de su evidente irracionalidad, la fórmula tampoco resuelve un problema capital. Están sujetos a la ley del Servicio Militar Obligatorio (D.L. 264) sólo los mayores de 17 años hasta los 45 ó 50 años, según se trate de mujeres o varones y únicamente los "seleccionados" ¿Quién juzgaría los delitos de quienes están por debajo o por encima de las edades señaladas o los cometidos por personas no seleccionadas exceptuadas? ¿Quedarían sujetos a los Tribunales ordinarios?. De ser así, un mismo delito podría juzgarse por dos diferentes tipos de Tribunales según la persona de la que se trate. ¿Cabe mayor discriminación y quiebra del principio de igualdad frente a la ley? La irracionalidad de tal perspectiva parece que deshaucia la propuesta.

No menos serias resultan las objeciones a la luz del derecho a la jurisdicción que corresponde a toda persona humana responsable o no de delito de terrorismo. Nada importan "las máximas liberales -decía el Estatuto- Provisional de San Martín, en 1821 -cuando el que hace la ley es el que la ejecuta y la aplica". Los Tribunales Militares en la práctica son Tribunales administrativos que ejercen funciones disciplinarias desde que sólo juzgan "delitos de función". Su existencia se justifica por el carácter especialísimo de la organización y disciplina militar ¿Cómo compatibilizar esos Tribunales con el principio del Juez Natural cuando quien juzga no sólo no es Juez sino además es un agente de la administración? ¿Qué derecho a la jurisdicción posee quien debe ser juzgado, necesariamente, por quien no es Juez y consiguientemente no le ofrece las garantías que, a cualquier otra persona, debe asegurarle el Estado?.

En realidad, los intentos de extender las normas del Artículo 282 de la Constitución a supuestos diferentes de los previstos en el texto constitucional son no sólo infructuosos sino irracionales. Pero hay, por fin, otro obstáculo aparentemente insalvable mientras no se modifique la Constitución.

El terrorismo es delito común por expresa providencia del Artículo 109 de la Constitución. ¿Cómo asimilarla a delitos de función, a infracciones del Servicio Militar o al delito de traición a la patria en guerra exterior que son delitos que, por su

carácter especial pueden juzgarse por Tribunales Militares? Es obvio que se intenta, en ese sentido, pasar necesariamente por la modificación o la violación inevitable del texto constitucional.

TRIBUNALES MILITARES Y MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Nadie duda que el juzgamiento de los delitos de terrorismo exige un tratamiento especial. Es preciso dotar a los Jueces de la seguridad necesaria para el cumplimiento de sus funciones frente a la eventual agresión de que podrían ser víctimas. Requiere, por cierto, procedimientos ágiles y eficaces que impidan la impunidad de los responsables y demanda, desde luego, penas ejemplarizadoras. Se imagina que todos esos requerimientos están satisfechos, por anticipado, con jueces, procedimientos y penas de la jurisdicción militar. En parte es verdad, sin embargo, también es verdad que el Estado podría dotar de iguales o mayores garantías a la jurisdicción ordinaria sin sacrificar principios fundamentales que hacen legítima e inobjetable la justicia que administra. Precisamente, por ello, no parece que pueda o deba liberársele de esa responsabilidad ya que, al hacerla se favorece a quienes como consecuencia, podrían aparecer como víctimas de un sistema irracional e injusto.

La razón de orden práctico antes enunciada se apoya además en una consideración jurídica. Siempre es posible modificar la Constitución en función de los requerimientos de la realidad. Esa posibilidad, sin embargo, es relativa. Y es que una Constitución, con cierto grado de antigüedad, tiene contenidos (expresos o implícitos) que Germán Bidart Campos ha llamado "pétreos". Tales contenidos derivan de la ideología y de las aspiraciones que la Constitución encarna y que, por ello mismo, confieren carácter "intangibles" a determinadas instituciones. Serían para decirlo en palabras de Basadre, las ilusiones que contiene "la promesa de la vida peruana" que justificó la emancipación y que constituyen la razón de ser actual y futura del Perú como nación. Son "creencias, principios pautas fundamentales que significan una toma de posición valorativa (que) forman un sistema ideológico que vertebra, inspira y moviliza a toda constitución". La supremacía de la persona humana y de sus derechos fundamentales es uno de esos principios cardinales. Es un límite infranqueable que ninguna modificación constitucional podría superar sin, al propio tiempo, destruir la razón de ser de la Constitución y también de la sociedad peruana. Nada de ello, desde luego, impide que la ley, respetando tales principios, reprima con eficacia y severidad los actos que, de algún modo pueden agraviar, precisamente, los derechos fundamentales de quienes son las víctimas reales o potenciales del terrorismo. Por el contrario, ese respeto legitima y hace inobjetable

cualquier previsión legal que dé seguridad a los jueces ordinarios, agilice los procedimientos y haga más severas las sanciones respectivas. El derecho comparado ofrece suficientes luces para hallar las fórmulas necesarias. Ojalá que el Perú opte por

ellas, es decir, confíe en la fuerza de la razón y no intente imponer la razón de una fuerza que terminará siempre desmedrando el valor de la justicia y prestigiando a quienes merecen condenación y repudio.

No
pierda
el control
de su empresa...



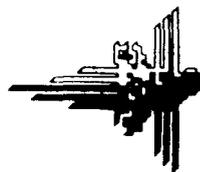
**Abra una
CUENTA CORRIENTE SURMEBAN**
¡la Gran Organizadora!

Usted también obtiene
una Tarjeta de Crédito
SURMEBAN
por su Cuenta Corriente
SURMEBAN



Con una Cuenta Corriente SURMEBAN usted sabe con precisión y en todo momento, cuánto ingresa y cuánto gasta su empresa. Integre el SURMEBAN a su organización y avance con paso seguro.

Recuerde que una Cuenta Corriente le abre las puertas del SURMEBAN... el banco donde Usted mismo se da crédito.



SURMEBAN

Estamos para Ayudarte!

Crisis y mutación constitucional

Mario Saldaña C.

Alumno de 8avo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Lo que actualmente conocemos como "Estado Constitucional" o "Estado de Derecho" es un concepto relativamente nuevo en comparación a otras instituciones jurídicas de las distintas ramas del Derecho. Y no solamente eso, sino que desde sus primeras manifestaciones en las constituciones modernas y prácticas políticas hasta el día de hoy, tal institución ha evolucionado, o por lo menos variado, hacia nuevas conceptualizaciones como consecuencia de la dinámica de la sociedad occidental.

Pero no se podría entender a cabalidad este fenómeno si no se tiene en consideración que la evolución a la que aludimos es paralela y acompaña a la que se produce en la familia jurídica de la que formamos parte, ciertamente a través de las particularidades que se presentan en los distintos sistemas jurídicos que se adscriben a ella.

Pero concretando nuestra intención, diremos que el Estado Constitucional Moderno tal como fue conceptuado en los dos pasados siglos, sufre su primera "crisis estructural" a raíz y luego de la Primera Guerra Mundial, ya que todo el conjunto de principios y fundamentos de carácter axiológico acumulados por la doctrina y tradiciones jurídicas y recogidos en la mayoría de las cartas fundamentales, colisionan con realidades sociales en conflicto o cuando menos con situaciones de creciente demanda y necesidad. Es así que muchos de estos principios que se habían erigido inflexibles siglos atrás, se ven ampliamente rebasados, y con ello, la propia lógica del sistema: el por qué de la distancia del "ser" y "debe ser" jurídicos y más precisamente, la vigencia real de la Constitución y de sus postulados¹. En su-

ma, podríamos decir que las estructuras constitucionales sobre las cuales las democracias europeas occidentales se veían sustentadas son severamente cuestionadas y las consecuencias de ello son diversas².

Sin embargo, hay un fenómeno jurídico que comienza a desarrollarse en la práctica política y constitucional europea a partir de la propia interpretación de la Constitución, y en relación a las nuevas condiciones sociales y políticas: las normas y principios constitucionales, inclusive los tradicionalmente consagrados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, requerían adecuarse a las nuevas situaciones. La inflexibilidad y el carácter de la Constitución en algunos casos, y/o el exceso de formalismo o procedimentalismo para reformar sus textos en otros, impedían que su objeto como norma política, que pretendía llevar a la práctica un conjunto de principios fundamentales en lo social, económico y en el ejercicio del poder político, cobrara vigencia.

Es en este contexto que surge la Mutación Constitucional tanto en la praxis constitucional como en su estudio doctrinario... "como un principio rector que permite la variación histórica del texto constitucional sin necesidad de pasar por el trauma de la reforma total o parcial del propio texto normativo de la Constitución. Por ello, el principio de la Mutación Constitucional es un elemento imprescindible en la moderna hermenéutica constitucional y permite la aplicación de los sistemas axiológicos y políticos que van cambiando con la realidad dinámica de una nación"³.

Al análisis de este fenómeno nos dedicaremos a continuación.

1. El fenómeno que se produce puede ser analizado desde diversas ópticas. Una apreciación dirigida al ámbito filosófico-jurídico nos llevaría a pensar que estamos ante la crisis del Positivismo como criterio de aplicación lógico-jurídico de las normas a la realidad. Una óptica sociológica o netamente política nos remitiría a la crisis del Liberalismo y de sus expresiones jurídica o políticas. O quizás la perspectiva económica nos hablaría de los síntomas del agotamiento del sistema capitalista, etc.

2. Ciertamente nos referimos a las consecuencias en el campo del Derecho. Así tendríamos que analizar el surgimiento -por ejemplo- del Derecho del Trabajo como una rama autónoma del Derecho.

3. Quiroga León, Aníbal: "La Justicia Constitucional", en Revista de Derecho N°41; PUC; Lima, 1987.

En términos generales la doctrina conceptúa a la Mutación Constitucional como el proceso por el cual un precepto constitucional expresado en el texto de la Carta, varía en cuanto a sus alcances y a su significado, mas no en el texto mismo. Sin embargo, una definición de la Mutación Constitucional requiere de una mayor precisión, para lo cual es imprescindible abordar una diferencia fundamental con la Reforma Constitucional; asimismo establecer el ámbito jurídico en el que se inscribe este fenómeno; y por último los límites que comporta el desarrollo y práctica constitucional del mismo.

En relación a lo primero, como bien señalan Fernández Maldonado y Melo-Vega Castro "La Mutación Constitucional es en rigor la reforma constitucional no formal... (..). En tal sentido, ambas (reforma y mutación) responden a una exigencia del propio sistema constitucional y resultan complementarias, aunque su actualización suponga una elección que de algún modo debe excluir la otra opción. Esto sucede así porque pierde todo sentido la Mutación Constitucional allí donde las reformas se realizan con relativa frecuencia, y en el caso inverso, cuando la rigidez y complejidad son propios de una reforma, estos y los imperativos para el acople a la realidad política serán los que motiven como alternativa la puesta en práctica de la Mutación Constitucional..."⁴.

Consideramos acertada esta afirmación en el sentido de ser fenómenos que por su naturaleza deberían considerarse como alternativos. Y de hecho es así, cuando se constata en la mayoría de textos constitucionales la existencia tanto de órganos como de mecanismos procesales especiales para la reforma constitucional, lo que contribuye a incrementar de manera significativa la existencia de Mutaciones Constitucionales. Fenómeno contrario se produce en países donde ya sea la práctica política o la tradición constitucional han permitido una dinámica de constante reformulación de principios básicos que se expresan en la Carta Fundamental.

Adicionalmente habría que señalar dos cuestiones en relación a este punto. La primera es que en la actualidad, así presentadas las cosas, la Mutación Constitucional se configura como un fenómeno previo o intermedio dentro del proceso histórico de reforma constitucional proceso que no necesariamente implica un período a largo plazo sino que inclusive las propias condiciones sociales pueden hacer viable dicha reforma dentro del lapso de un período político relativamente corto en relación al

tiempo de vigencia del texto constitucional⁵.

La exigencia de modernizar la Constitución, su adecuación a la cambiante realidad, y en definitiva, su propia supervivencia fortificada por el paso del tiempo, pero a la vez la necesidad de garantizar la estabilidad y continuidad jurídico-política de la nación, hacen que la Mutación Constitucional se convierta en la práctica en un puente de vinculación de estos factores y la reforma se constituya, en recurso ulterior al cual acudir, previo agotamiento de la Mutación como herramienta constitucional.

La segunda es que siendo coherentes con lo anterior, la reforma de la Constitución, puede ser entendida como un primer parámetro o límite a la Mutación Constitucional, en tanto la variación que se presenta no puede ser opuesta a la letra del texto mismo. Si se aceptara esa supuesta Mutación, en realidad estaríamos ante una reforma constitucional que no sigue los procedimientos especiales que la misma Carta consagra para tal efecto. Podríamos concluir entonces que la Mutación Constitucional no implica Reforma Constitucional. La Reforma es el primer gran parámetro a la Mutación Constitucional.

En lo que respecta al ámbito jurídico en el que se inscribe la Mutación Constitucional, podríamos distinguir siguiendo a Fernández Maldonado y Melo-Vega Castro, dos ámbitos o espacios en los que se puede entender y desarrollar este fenómeno. La Mutación Constitucional puede surgir como consecuencia de una interpretación normativa y en función a la natural variación histórica que sufren las palabras frecuentemente. Pero también... "cuando la dinámica política incluye prácticas y conductas que gozan de un consentimiento amplio a pesar de estar en franca contradicción con el texto constitucional"⁶.

Si bien podemos estar de acuerdo con esta distinción, la precisión del ámbito y límites de la Mutación no se agota en ella.

En efecto, para Hesse, no se puede prescindir de los límites de la Mutación para el desarrollo de la Mutación Constitucional: "Cuando tales parámetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de la existencia de una Mutación Constitucional no puede probarse ni refutarse. Esto obliga a plantear la cuestión relativa a

4. En Prensa; Fernández Maldonado, Guillermo y Melo-Vega Castro, Jorge: "Las Propuestas de Reforma Constitucional"; pp. 17; en "A Diez Años de La Constitución Peruana; Ed. Centro Constitución y Sociedad.

5. En el caso nuestro, hemos constatado que en el lapso de dos períodos gubernamentales (1980-90) se han presentado diversas iniciativas de reforma constitucional, verbigracia, reestablecimiento de la Pena de Muerte, Reelección presidencial, etc.

6. Ibidem, pp. 19.

los límites de la Mutación Constitucional, la cual no puede formalmente separarse de la cuestión relativa al fenómeno mismo de la Mutación Constitucional..”⁷.

A raíz de esta afirmación Hesse explicita el tratamiento que la doctrina alemana ha desarrollado respecto del fenómeno de la Mutación Constitucional (Verfassungswandlung). Queda claro para este autor que hay dos maneras de entender el sentido de aquella. Una primera como fenómeno que se origina fuera del texto constitucional y que se incorpora al mismo por la "fuerza de los hechos" (Fait Accompli). Y una segunda como fenómeno que es abarcado, previsto, y por lo tanto, interno a la estructura normativa, cayendo el fenómeno dentro del ámbito de la interpretación constitucional.

En la segunda corriente se ubica el propio Hesse, mientras que autores como Muller Laband, G. Jellinek y Hsu-Dau-Lin se ubican en la primera.

Se desprende del análisis específico de varios casos de Mutaciones Constitucionales que realiza Laband, la inexistencia de parámetros a la misma: "La Mutación Constitucional es el resultado de fuerzas irresistibles cuyo sometimiento al Derecho sería un esfuerzo inútil"⁸, contando únicamente su imposición de hecho.

Por otro lado, G. Jellinek⁹, se refiere a la Necesidad Política como motor fundamental de la Mutación Constitucional, pudiendo también ser causal de la misma, la interpretación incorrecta de las normas constitucionales en la praxis de los parlamentos, gobiernos o tribunales; y finalmente, como producto de elementos convencionales previos a la misma que la posibilitan en virtud de un Derecho Constitucional acomodaticio, como por ejemplo, cuando hay desuso de competencias estatales o para los casos de cubrir lagunas constitucionales.

Hsu-Dau-Lin¹⁰, incorpora una nueva perspectiva luego de analizar la naturaleza de la Constitución. Para este autor, las normas constitucionales comportan un carácter inacabado y de elasticidad suficiente para afrontar las necesidades vitales del Estado. Por ello, la Carta Fundamental no puede quedarse atrás respecto a un Estado en continuo avance. Produciéndose así la Mutación, ya que el

7. Hesse, Konrad: "Escritos de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; pp. 91.

8. En "Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung" (1895). Citado por Hesse; Ibidem, pp. 95.

9. En "Verfassung Sanderung und Verfassungswandlung" (1906); citado por Hesse; Ibidem pp. 96.

10. En "Die Verfassungswandlung" (1932); Citado por Hesse, Ibidem, pp. 100.

sentido de la Constitución es la comprensión del Estado como totalidad vital, mas no la fijación de algunos preceptos heterónomos sin vigencia real; las tareas impuestas por la necesidad entran necesariamente en el ámbito del sentido de la Constitución.

Por ello para Hsu-Dau-Lin, la realidad es incorporada a la Constitución bajo la forma de "Necesidad Política". El sentido global de la Constitución será el de responder a las necesidades vitales del Estado. Heller¹¹, ubicándose en la corriente contraria a los anteriores autores, sostiene como base del análisis, la supuesta separación entre "normalidad y normatividad". Manifiesta como elemento central el hecho que la normalidad social esté incorporada a la normatividad estatal. La normalidad sufre variaciones. Estas variaciones le van a señalar cambios a la normatividad, los mismos que pueden irse configurando históricamente. Esto es así, porque ambos conceptos no pueden verse por separado en tanto entrañan una mutua adaptabilidad y correlatividad. En tal sentido, la Mutación Constitucional encontrará su límite en la normatividad misma de la Constitución dada la estrecha correlación entre situación constitucional y normatividad constitucional.

Finalmente, Hesse desarrolla su crítica a la posición tanto de Laband como de Jellinek¹² basándose en el hecho que las mismas al hacer una estricta separación entre normatividad y normalidad constitucionalidad, llevan al reforzamiento de la segunda en desmedro de la primera, lo que finalmente significaría la expresa aceptación de la capitulación de la primacía y la fuerza de la constitucionalidad frente a la fuerza de los hechos. Aspecto que para Hesse es inaceptable desde todo punto de vista.

Por otro lado, refiere ante la posición de Hsu-Dau-Lin¹³ que las "necesidades vitales" del Estado Constitucional no sólo se reducen a lo requerido por la práctica política; también forman parte de esas necesidades la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución de manera vinculante y general para todos, incluyendo a los que disponen de fuerza para imponerse renunciando al texto constitucional. Entender lo contrario sería aceptar que una función vital del Estado Constitucional se impondría sobre otra necesidad vital.

Hesse también se ubica dentro de la línea

11. En "Staatslhre" (1934) o "Gesammelte Schriften" (1971). Citado por Hesse; Ibidem, pp. 103.

12. Ibidem, pp. 106.

13. Ibidem, pp. 103 y 106.

planteada por Heller, pero complementando el aspecto de los límites de la Mutación Constitucional. Para Hesse, la Mutación Constitucional debe ser entendida como modificación del contenido en el "interior" de la norma constitucional, y no fuera de ella. Cita por ello a Muller¹⁴ en el sentido que "el ámbito normativo es parte del "programa normativo". De otra forma el cambio de lo fáctico sólo obligará al cambio del sentido normativo, si dicho ámbito se correlaciona estrechamente con el programa normativo. Por esta razón el fenómeno de la Mutación Constitucional quedará restringido al campo de la interpretación constitucional.

De la descripción de todas estas posiciones doctrinarias es importante resaltar las siguientes cuestiones.

Lo primero sería la necesaria afirmación del hecho que la rigidez constitucional no puede ser tal, que haga inviable su propia posibilidad de vigencia.

Quizás la primera y más importante explicación de la existencia de la Mutación Constitucional esté dada, no por la distancia entre normatividad y normalidad constitucional sino por la contradicción que entre ellas se pueda presentar a raíz de la inflexibilidad de la primera. En otras palabras, nadie niega que la "necesidad política" pueda o deba estar prevista en el sentido de la Constitución; lo objetivo es que la Mutación se presenta como demanda cuando hay una concreta colisión entre el ámbito normativo o normalidad (por su variación) con el programa normativo o sentido de la norma constitucional.

14. Ibidem, pp. 107.

En segundo lugar, creemos sin embargo, que los límites de la Mutación Constitucional son elementos totalmente necesarios.

Las normas constitucionales de por sí comportan el carácter de la generalidad y en la mayoría de los casos nos encontramos con normas declarativas o programáticas pero con vocación de vigencia. En tal razón no cualquier variación en el ámbito normativo tendrá una correlativa variación en el contenido de la norma. Aceptar lo contrario significaría (y en esto creemos correcta la afirmación de Hesse) el fin de la constitucionalidad como instrumento de racionalización y armonización de las relaciones políticas, sociales y económicas de una nación. Y para ello será imprescindible, partir de la propia interpretación de la norma constitucional, tratando de regular la variación del ámbito normativo en el propio programa normativo, constituyéndose este último en su límite final.

Por último, diremos, como lo afirma Hesse, que la cuestión específica de la Mutación Constitucional estriba en el conflicto que se genera entre las funciones básicas de la Constitución: vigencia de un conjunto de preceptos consagrados en su texto vía la acción política de un Estado eficaz y operativo, y por otro lado, la actuación estabilizadora, racionalizadora y limitativa del poder en la vida de la comunidad¹⁵.

La opción entre una u otra será determinante en la utilización y entendimiento de la Mutación Constitucional como instrumento jurídico-político.

15. Ibidem, pp. 110.

Abriendo el debate

Manuel de la Puente y Lavalle

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Consultivo de Thémis

Leyendo la Exposición de Motivos del Título III de la Sección Cuarta del Libro V del Código Civil¹ pude observar que, comentando el artículo 1099 de dicho Código, se dice que la norma sobre obligatoriedad de la inscripción de la hipoteca debió ser incluida en el artículo anterior que se ocupa de la forma de la hipoteca, ya que recién con la inscripción es que se perfecciona este derecho real.

Me llamó la atención que se hablara de perfeccionamiento de la hipoteca y no de constitución de la misma, ya que entiendo que ambos términos tienen significados diferentes, por lo cual me sentí tentado de explorar el tema.

No soy especialista en Derechos Reales, lo que determina que me sienta inseguro en el terreno de la hipoteca, pero deseo compartir con los lectores las inquietudes que esta exploración me suscitó.

NATURALEZA DE LA HIPOTECA

De conformidad con el artículo 1097, por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

El derecho de persecución es la facultad del acreedor hipotecario de dirigirse contra el actual poseedor del bien que sirve de garantía a su crédito.

El derecho de preferencia concede al acreedor el privilegio de ser preferido sobre los otros acreedores para hacerse pago con el precio de la

venta forzosa del bien.

El derecho de venta judicial del bien hipotecado faculta para que se proceda al remate público de dicho bien.

La hipoteca, en general, puede ser judicial, legal y voluntaria. Para los efectos del presente artículo, se va a considerar la hipoteca voluntaria constituida mediante convenio.

El artículo 1098 del Código Civil establece que la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley. Conviene tomar en consideración que según el artículo 144 del Código Civil, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto, de tal manera que en el caso del artículo 1098, por no prescribirse la sanción de nulidad, la escritura pública es una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Por otro lado, el artículo 1099 dispone que son requisitos para la validez de la hipoteca:

- 1).- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley;
- 2).- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable;
- 3).- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Obsérvese la diferencia que hace el Código entre la constitución de la hipoteca, para lo cual exige la escritura pública, y la validez de la misma, para lo cual se exige el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1099.

1. "Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, Tomo V, pág. 264.

Esto lleva a distinguir, pues, entre la conven-
ción de hipoteca² que es el acto jurídico en virtud
del cual se afecta un inmueble en garantía del cum-
plimiento de cualquier obligación, propia o ajena,
esto es, se constituye el derecho real de hipoteca; y
los requisitos para que ese derecho real sea válido,
o sea produzca sus efectos no sólo con relación al
cocontratante sino también frente a todos (erga
omnes).

EFFECTOS DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS

Puede pensarse que si la ley exige determina-
dos requisitos para la validez de un acto, la falta de
existencia de estos requisitos determina que el acto
sea inválido.

De acuerdo con la teoría general del acto jurí-
dico según la doctrina³, son inválidos los actos nu-
los y los anulables, esto es que la invalidez puede
ser total o completa, cuando falta uno de los ele-
mentos esenciales para la existencia del acto, y par-
cial o incompleta cuando el acto adolece de vicios.

Es necesario determinar si, dentro del régi-
men legal peruano, la invalidez significa la nulidad
(incluyendo la anulabilidad) del acto o produce
otros efectos.

El artículo 219 del Código Civil establece que
el acto jurídico es nulo:

- 1).- Cuando falta la manifestación de voluntad del
agente.
- 2).- Cuando se haya practicado por persona abso-
lutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el ar-
tículo 1358.
- 3).- Cuando su objeto es física o jurídicamente im-
posible o cuando sea indeterminable.
- 4).- Cuando su fin sea ilícito.
- 5).- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6).- Cuando no revista la forma prescrita bajo san-
ción de nulidad.

2. Dado que según el artículo 1402 del Código Civil, el ob-
jeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o
extinguir obligaciones, no es posible mediante un contra-
to constituir derechos reales, por lo cual el convenio de
constitución de hipoteca voluntaria no es un contrato, ni
siquiera atípico, sino una convención.

3. Albaladejo, Manuel: "El negocio jurídico", Librería
Bosch, Barcelona, 1958, pág. 398, Stolfi, Giuseppe, "Teo-
ría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho
Privado, Madrid, 1959, pág. 77.

7).- Cuando la ley lo declare nulo.

8).- En el caso del artículo V del Título Prelimi-
nar, salvo que la ley establezca sanción diver-
sa.

El acto nulo sólo puede serlo por dichas cau-
sales enumeradas, que tienen carácter taxativo. Es-
te es el sistema de nuestra codificación civil. No
pueden haber otras causales de nulidad que las se-
ñaladas por el artículo 219⁴. Considero, por ello,
que el sistema peruano no admite la nulidad virtual.

Por su parte, el artículo 221 del mismo Cód-
igo dispone que el acto jurídico es anulable:

- 1).- Por incapacidad relativa del agente.
- 2).- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o
intimidación.
- 3).- Por simulación, cuando el acto real que lo
contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4).- Cuando la ley lo declare anulable.

Esta enumeración es igualmente taxativa.

Puede observarse que la falta de requisitos
necesarios para la validez de un acto, o sea su inva-
lidez, no es causal de nulidad ni de anulación.

Es más, de conformidad con el artículo 140
del Código Civil, para la validez del acto jurídico se
requiere:

- 1).- Agente capaz.
- 2).- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3).- Fin lícito.
- 4).- Observancia de la forma prescrita por la ley
bajo sanción de nulidad.

Si en concepto del Código fuera suficiente
que la falta de uno de estos requisitos para la vali-
dez de un acto jurídico determinara la nulidad del
acto, habría sido innecesario que los incisos 2), 3),
4) y 6) del artículo 219 sancionaran expresamente
con nulidad la ausencia de dichos requisitos.

Esto pone de manifiesto, con clarísima evi-
dencia, que la falta de requisitos establecidos legal-
mente para la validez de un acto no ocasiona su nu-

4. Vidal Ramirez, Fernando: "Teoría general del acto jurí-
dico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 158.

lidad o anulabilidad, pues para ello es necesario que la ley sancione expresamente con nulidad o anulación aquella falta.

Si consideramos que la invalidez es la falta de los requisitos necesarios para la validez, habrá que llegar a la conclusión que, según el régimen civil peruano, a diferencia de lo que ocurre según la teoría general del acto jurídico, la invalidez de un acto jurídico no es de por sí causal de nulidad o anulación del mismo⁵.

Dados los significados distintos que la expresión "invalidez" tiene según el régimen civil peruano y según la teoría general del acto jurídico, voy a llamar "ilegítimo" (aunque el término no sea muy apropiado) al acto inválido según el régimen, conservando el nombre de "inválido" al que lo es según la teoría.

El resultado sería que la hipoteca no inscrita, por no ser nula ni anulable, sería legítima sin limitación alguna, lo cual llevaría, a su vez, a considerar que el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1099 del Código Civil para la legitimidad de la hipoteca no produciría ningún efecto.

Como esto es absurdo, resulta necesario interpretar el artículo 1099 para encontrar su verdadero significado. Una de las principales reglas de interpretación de la ley es que ella debe entenderse en el sentido que pueda tener algún efecto y no en aquél según el cual no tendría ninguno.

Conviene, por lo tanto, analizar cuál es el efecto que tiene el acto inválido.

Al respecto debe tomarse en consideración que la ineficacia de un acto jurídico es la falta de producción de los efectos propios del acto. Esta ineficacia puede tener, a su vez, dos causas: a) la invalidez del acto; y b) las situaciones externas de un acto válido. Al primer caso se le llama ineficacia "estructural" o "intrínseca" y al segundo ineficacia "funcional" o "extrínseca"⁶.

Dado que el principal efecto de la invalidez (entendida en el concepto de nulidad o anulación que le otorga la teoría general del acto jurídico) es la ineficacia, resulta atendible interpretar el artículo 1099 en el sentido que la falta de los requisitos exi-

gidos en él, si bien no invalida la hipoteca (por no ser nula ni anulable), produce el efecto de la invalidez, o sea la ineficacia. Esta interpretación es tanto más admisible cuanto que la ineficacia es también efecto de situaciones externas a un acto válido, como es el caso de la falta de inscripción de una hipoteca debidamente constituida por escritura pública.

En efecto, por principio, los actos jurídicos se realizan para que tengan el efecto jurídico querido por el agente (crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el artículo 140 del Código Civil). Empero, por determinadas razones dichos actos pueden no producir los efectos que les son propios. Ya hemos visto que a estos actos se les califica de ineficaces.

Las únicas causales que determinan la invalidez de un acto jurídico son la nulidad y la anulabilidad. En los demás casos en que, por alguna razón, el acto no debe producir efectos, no obstante ser válido, se trata de un problema de ineficacia.

En consecuencia, cuando el Código Civil peruano, dado el sistema de nulidades que ha adoptado, exige un requisito para la validez de un acto y no sanciona con nulidad o anulación la falta del requisito, no está, en realidad, declarando que el acto sea inválido (en el sentido que da a este término la teoría general del acto jurídico, o sea nulo o anulable) cuando no se cumple el requisito, sino que debe entenderse, por interpretación, que el acto es ineficaz funcionalmente.

Como se puede apreciar, todo el problema surge con motivo de un mal empleo de los términos por el Código Civil.

Trasladando lo expuesto al tema que examinamos, o sea la situación de la hipoteca no inscrita en el registro de la propiedad inmueble, habría que llegar a la conclusión que ella es ineficaz.

Ahora bien, la ineficacia es absoluta cuando el acto no produce efectos para nadie y es relativa cuando solamente deja de producir efectos para determinadas personas.

Conviene estudiar si la ineficacia de la hipoteca no inscrita es absoluta o relativa. Para ello conviene estudiar el carácter que tiene la inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

REGIMEN DE LOS REGISTROS PUBLICOS

El régimen de los registros públicos en el Perú está estructurado, en su esencia, en dos principios fundamentales: el de la publicidad y el de la pública registral.

5. Explicando el sistema de nuestro Código Civil, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena ("El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 385) dice que "la invalidez es una noción abstracta (ausencia de valor jurídico) que no se concreta por sí misma, no tiene per se consecuencias como no sea a través de la nulidad".

6. Díez-Picazo, Luis: "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Tomo I. pág. 385.

El primero está plasmado en el artículo 2012 del Código, que establece que se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

El segundo principio, o sea el de la fe pública registral, es el que tiene mayor importancia para los efectos del presente artículo.

Descansa en el artículo 2014 del Código Civil, que a la letra dice:

"Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

"La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

Refiriéndose a este artículo, la Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil elaborada por la Comisión Revisora dice que "constituye la médula central de la estructura del sistema registral y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial", agregando que "consagra el principio de la fe pública registral y constituye, respetando la importancia de otras modificaciones o innovaciones, el más trascendental avance en materia de derecho registral"⁷.

El principio de la fe pública registral puede ser definido como "aquel que protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes"⁸.

Puede observarse que la protección que otorga el principio de la fe pública registral a quien adquiere un derecho en virtud de ella no es absoluta, pues está limitada por el requisito de que el tercero actúe de buena fe, esto es que desconozca que la situación real no es la que aparece en el registro.

Para hacer más efectiva la protección del ter-

7. "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil", elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo a las leyes 24039 y 24136, Separata especial publicada en el diario oficial "El Peruano" el 19 de julio de 1987, pág. 15.

8. "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil", Op. cit., pág. 16.

cer, el artículo 2014 le otorga una presunción de buena fe, de tal manera que no tiene obligación de probar su buena fe e incluso no tiene siquiera la obligación de alegarla. Sin embargo, esa buena fe se destruye si se acredita que el tercero conocía la inexactitud del registro (segundo párrafo del artículo 2014 del Código Civil).

En consecuencia, destruida la buena fe del tercero, él pierde su derecho a hacer prevalecer su adquisición frente a los demás.

Hay que llegar a la conclusión, por lo tanto, que el principio de la buena fe actúa exclusivamente frente a terceros. Entre los otorgantes del acto jurídico, que por ello conocen la existencia de éste, dicho principio no funciona, de tal manera que la inscripción o la falta de ella no enerva la validez ni efecto del acto jurídico entre las partes del mismo.

EFFECTOS DE LA HIPOTECA NO INSCRITA

Ya se ha visto que el artículo 1098 del Código Civil dispone que la hipoteca se constituye por escritura pública. Siendo la hipoteca un derecho real, dicho derecho existe (en el caso de la hipoteca voluntaria) desde que se celebra la convención de hipoteca, la cual es obligatoria entre las partes.

Trasladando el principio de la fe pública registral al caso de la hipoteca no inscrita, se trataría de un acto jurídico (la convención de constitución de hipoteca voluntaria) que es válido entre las partes pero ineficaz frente a los terceros de buena fe amparados por la fe pública registral.

En estas condiciones, la hipoteca, si bien constituye el derecho real sobre el bien frente al propietario del mismo, no lo hace respecto a los terceros de buena fe, para quienes esta hipoteca no existe por no estar inscrita en el registro público. Pueden estos terceros adquirir derechos sobre el bien hipotecado y mantenerlos una vez inscritos.

Estamos, pues, ante un caso de ineficacia relativa, en el sentido que la hipoteca es eficaz para los otorgantes de la convención de hipoteca e ineficaz frente a los terceros de buena fe.

Empero, si se logra destruir la presunción de buena fe del tercero, esto es acreditar que conocía previamente a la inscripción de su derecho la existencia de la hipoteca y, consecuentemente, la inexactitud del registro, deja de estar protegido por la fe pública registral.

La prueba del conocimiento debe ser, desde luego, evidente. No debe existir la menor duda de que el tercero había sido informado de manera in-

controvertible de la previa constitución de hipoteca en favor del acreedor otorgante del contrato respectivo.

Destruída la presunción de buena fe, la hipoteca constituida en favor del primer acreedor por la convención respectiva, pese a que continúa siendo ineficaz para los demás terceros de buena fe, será oponible al tercero de mala fe (el que ha perdido la buena fe) y, consecuentemente, dicho primer acreedor gozará, frente al mencionado tercero, del derecho de preferencia que otorga la hipoteca a su titular legítimo (derecho del que se ha hablado en el rubro "Naturaleza de la hipoteca" de este artículo).

CONCLUSION

Volviendo al principio de este artículo, o sea a la afirmación hecha respecto al perfeccionamiento del derecho real de hipoteca, debe tenerse presente que hay que distinguir entre conclusión y perfeccionamiento del acto jurídico.

Conclusión o formación del acto jurídico es la emisión de la declaración de voluntad. Desde el momento en que la voluntad es libremente declara-

da, el acto queda formado o constituido. Perfeccionamiento del acto jurídico es la oportunidad en que el acto, ya concluido, produce sus efectos.

En el caso de la hipoteca voluntaria, la convención que da lugar a la constitución del derecho real queda concluida desde el momento en que existe acuerdo de voluntades entre el propietario del bien y el acreedor. Sin embargo, dicha convención no queda perfeccionada sino a partir de la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad inmueble, que es la oportunidad en que la hipoteca tiene plenos efectos con relación a terceros, gozando frente a éstos de los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial del bien.

Sólo a partir de la inscripción en el registro de la propiedad inmueble se perfecciona el derecho real de hipoteca, por lo cual la afirmación hecha en la Exposición de Motivos del artículo 1099 del Código Civil es correcta.

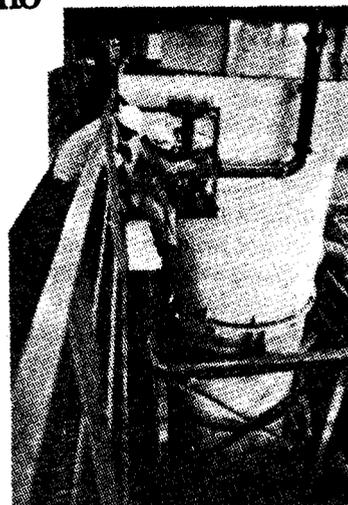
Temo haberme metido en camisa de once varas por la imprudencia de tratar un tema que no domino, pero pienso que, al menos, habré dado pie para que se abra el debate.

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.



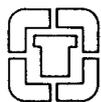
El desarrollo del país, es preocupación de los 40,000

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

El Precario

Julio Martín Wong A.

Abogado

INTRODUCCION

El presente artículo, que es sólo una apretada síntesis de nuestro trabajo de Tesis¹, está dedicado a definir el concepto de ocupación precaria que contiene el Art. 970 del C. de P.C.

A fin de arribar a dicho objetivo ha sido indispensable realizar un estudio del desarrollo histórico de la institución. El precario es una figura antiquísima; es necesario para comprenderla, para definirla, remontarse a sus características originales, a sus desarrollos y deformaciones.

Sólo habiendo realizado previamente esta labor podremos determinar correctamente el concepto de ocupación precaria; o de precario, que ha prevalecido en nuestra Jurisprudencia; la cual es, en definitiva, la que ha señalado el significado que debemos atribuir a la escueta mención contenida en el art. 970.

Un segundo objetivo de este artículo es definir la naturaleza de la denominada posesión precaria; recogida por el Art. 911 de nuestro C.C., e identificar las relaciones que tiene con nuestra figura.

REVISION HISTORICA

El precario se desarrolló originalmente dentro de la *gens*, como parte de las relaciones existentes entre el *pater* y sus clientes².

1. "El Precario y el Juicio de Desahucio por Precario". Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. PUC. Lima, 1988.

Las presentes notas exponen, sobre todo, los resultados de nuestra investigación sobre el tema; demás está decir que quien quiera profundizar en los fundamentos de muchas de las afirmaciones que realizamos deberán remitirse a la Tesis.

2. Excelentes exposiciones del desarrollo histórico del Precario pueden encontrarse en Moreno Mocholi, Miguel: "El Precario". Pamplona, Ediciones Universidad de Nava-

El cliente fue en principio un extraño que se sometía a un *pater* a cambio de protección. Este acto suponía la entrada del cliente en el culto familiar; motivo por el cual la relación entre el *patronus* y el cliente era sacra. El cliente "posee la comunidad de culto y, por inferior que sea, participa del verdadero parentesco, que consiste en adorar a los mismos dioses domésticos"³.

Tanto el *patronus* como el cliente asumían un conjunto de deberes, cuya obligatoriedad se fundaba no en una convención sino en el carácter sagrado de la clientela. El patrón "debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, para que puedan cultivarlas y vivir de su producto"⁴.

La concesión de tierras mencionada es el germen a partir del cual se desarrolla el precario.

En el precario se entrelazaban, como podemos apreciar, dos relaciones de hecho. La primera, en virtud de la cual se realizaba la concesión, era la que unía al *patronus* con el cliente; la segunda se establece entre el precarista y el terreno que recibía.

Las obligaciones que nacían de la primera relación tenían un carácter sagrado; el incumplimiento de las mismas no significaba un incumplimiento contractual sino un delito contra la religión y como tal era castigado por las XII Tablas⁵.

La situación de precario se funda, por tanto, en una concesión: el *pater* concede, es decir, no hay

rra 1976; Iglesias Cubría, Manuel: "La Relación Jurídica de Precario en el Derecho Romano" en Información Jurídica, España, mayo, 1949.

3. De Coulanges, Fustel: "La Ciudad Antigua: Estudio sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma". Editorial Porrúa S.A., México, 1980, p. 81.

4. Petit, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano" Edit. Albatros, Buenos Aires, 1980, p. 37.

5. Petit, ob., cit., p. 37 y De Coulanges, ob., cit., p. 81.

un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones⁶, sino, tan sólo, un acto que se realiza cumpliendo el deber ético-religioso de ayuda al cliente. Por la misma razón la concesión era revocable al arbitrio del *patronus*: éste debía protección, la cual podía ser prestada en forma diferente a la concesión de un terreno para cultivar.

El precarista no tenía título ni pensaba tenerlo; su "derecho" sobre el terreno tenía su principio y su fin en la voluntad del *patronus*.

Con las salvedades antedichas podemos decir también que el precario no era gratuito.

El cliente debía a su concedente servicios e incluso pequeños pagos pero, como repetimos, no a cambio de permanecer en la tierra concedida, sino como obligación filial a cambio de la protección otorgada.

Es interesante señalar que en esta etapa de su desarrollo el precario carece de acciones propias y distintas. El precarista no se halla protegido directamente de la interferencia de un tercero, asimismo, en el caso de ingratitud por parte del cliente el patrón no tiene acción para reclamar el terreno dado en precario.

Las razones que explican estos hechos son claras; el precarista "generalmente no es *homo sui juris*, y por ello ha de acudir en caso de perturbación posesoria, en busca de la protección del *pater familias* concedente, únicos seres con plena capacidad jurídica en Roma"⁷.

Igualmente, resulta fácil deducir que si el *pater* reunía en sí las facultades de jefe, juez y sacerdote⁸ le bastaba recurrir a su propia autoridad para recuperar el bien sujeto a precario.

Es sólo con el debilitamiento de la *gens*, y, por ende, de los lazos de clientela; y por la posibilidad de los clientes de acceder a la ciudadanía que podemos empezar a hablar del precario como una figura jurídica.

Es así como a las dos relaciones de hecho que hemos identificado se les comienzan a reconocer efectos jurídicos.

6. En la actualidad el Precario surge algunas veces también de una convención simple. Como dice Spota la convención simple que da origen al precario "es el mero acuerdo de voluntades exteriorizado, pero que no da origen a una coacción jurídica".

7. Iglesias Cubría: ob. cit., p. 777.

8. De Coulanges, Fustel: ob., cit., p. 81.

El pretor empieza a considerar, dado que el *pater* no tiene la autoridad de antaño, que "es equitativo por naturaleza que uno use de mi liberalidad en tanto yo quiera, y que yo pueda revocarla cuando hubiese cambiado de voluntad..."^{9 10}. A fin de poder hacer efectiva dicha revocación, el *precario dans* podía utilizar el interdicto de precario.

En forma excepcional se permitió que utilizara el interdicto de precario el comprador de un bien que había sido cedido en tal calidad, si "consistió que por algún tiempo la tuvieses de él en precario, con razón interpondrá el interdicto como si de él tuvieras en precario, sin ser la persona a la que se le rogó inicialmente la posesión" (D.43.26.8.2).

Se reconocía, entonces, que el precario podía constituirse algunas veces por la mera tolerancia.

Igualmente, al precarista le fue reconocida la posibilidad de defender su posesión por medio de los interdictos posesorios (D. 43.26.17)¹¹.

Un rasgo relevante en el precario es que éste, germen de los desplazamientos posesorios que suponen el goce de una cosa ajena¹², permite un disfrute amplísimo sobre el bien concedido, algunos autores antiguos lo confundían con la donación; esto motivó que en el D. 43.26.1. Se señalaran las diferencias entre una figura y la otra: "Se distingue de la donación (el precario) en que el que dona da para no recibir nada y el que concede en precario da para recibir tan pronto quiere poner fin al precario".

Esta configuración del precario, mera situación de hecho a la cual se le reconocían ciertos efectos jurídicos por razones de justicia natural, y por la amplitud del disfrute concedido, se mantuvo a lo largo de la mayor parte de la historia del derecho romano.

Es Justiniano, al incorporar el precario en su obra codificadora, quien introdujo una novedad, tratando de favorecer al *precario dans*, que resultó pernicioso para la futura comprensión del instituto: el concedente, además del interdicto de precario, podía usar también la *actio praescriptis verbis* para

9. D. 43.26.2.2. Todas las citas del Digesto han sido tomadas de D'ors, Hernández, Tejero y otros.

"El Digesto de Justiniano". Editorial Arangadi, Pamplona, 1968.

10. Debe notarse que si bien en algunos casos el fundamento ha dejado de ser el deber religioso de protección, este ha sido sustituido por la liberalidad, es decir, el ánimo de favorecer.

11. No desarrollamos aquí el apasionante tema de las relaciones entre la posesión y el precario en el Derecho Romano.

12. Sohn, citado por Moreno Mocholi, ob., cit., p. 39.

recuperar el bien dado en precario ¹³.

La mayoría de autores concuerda este texto con el contenido en el D. 14.5.2, el cual sostiene que "es necesario recurrir (a la *actio praescriptis verbis*) en cuanto se dan contratos que no tienen nombre en el derecho civil", concluyen, de este modo, que el precario se transformó en la etapa justinianea en un contrato innominado.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser rebatida. El hecho de que se le conceda al *precario dans* una acción más para la recuperación del bien no debe hacernos perder de vista los fundamentos de la institución; más aún cuando la *actio praescriptis verbis*, es una acción "que nace de la buena fe" (D. 43.26.2.2) y, por tanto, "da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante..." ¹⁴. De acuerdo a lo dicho, la *actio praescriptis* excede en su aplicación el campo de los contratos innominados.

Resulta lamentable que esta visión contractual del precario sea la generalmente admitida y la que en su mayoría recogen los Códigos Modernos, bajo el nombre de comodato-precario ¹⁵.

EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

El concepto de precario que nuestra Jurisprudencia ha construido o que permite construir a partir de sus resoluciones, se asienta sobre el concepto romano clásico de esta figura. Lo que sucede es que, respetando las directrices fundamentales de la misma, nuestros Tribunales han ampliado el número de casos en los que es posible hablar de una constitución tácita del Precario.

Lo que antes era excepcional ahora resulta corriente; el lugar que ocuparon el deber ético-religioso primero y la liberalidad después, lo ocupa ahora la tolerancia.

Sostenemos, por tanto, que para nuestra Corte Suprema el precario es también una situación de hecho en la cual el precarista ejerce su posesión por concesión graciosa ¹⁶ o mera tolerancia del propietario ¹⁷.

Como bien dice el Fiscal Muñoz: "El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del Art. 970 del C. de P.C., es de ocupante, sin título alguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar pensión..." ¹⁸.

Explicemos ahora, con ayuda de la Jurisprudencia que ha prevalecido en esta materia, lo que significa poseer por tolerancia del propietario.

En primer lugar, como lo menciona el Fiscal Muñoz y lo han determinado innumerables Ejecutorias, el ocupante precario es un poseedor sin título ¹⁹. Esta característica como afirman Diez Picazo y Gullón, se desprende del hecho de que "en estos casos -licencia, tolerancia- existe la voluntad de ambas partes de no crear una relación vinculante y de no atribuir derecho subjetivo alguno" ²⁰.

De esta situación se deducen dos consecuencias: la primera, y más obvia, es que el precarista no tiene derecho a poseer el bien que ocupa; la segunda, no tan evidente, se refiere al hecho de que quien posee en precario no está obligado contractualmente a devolver el bien.

Grafiquémoslo con un ejemplo: un arrendatario con contrato vencido, a quien el propietario ha solicitado la devolución del bien no es precarista porque tiene una obligación con prestación de dar, nacida del contrato celebrado, de la cual es acreedor el arrendante. Entre las partes existe un vínculo jurídico, elemento que es extraño al precario por

13. En D. 43.26.2.2. Ulpiano nos dice: "... podemos usar no solamente de este interdicto (el de precario), sino también de las palabras prescriptas que nacen de la buena fe". Según Moreno Mocholi, ob., cit., pp. 243 y 244, Grandenitz, Dernbury, Muschke y Bonfante aseguran que este texto ha sido interpolado.

14. "Institutas de Justiniano", Traducción de Francisco y Melquiades Pérez, Buenos Aires, Libro IV, T. VI. 30.

15. Como excepciones que merecen resaltarse aparecen los Códigos colombiano, chileno y ecuatoriano los cuales prescriben que: "Se entiende precario (el comodato) cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Consideran estos Códigos que el precario puede escapar a las formas contractuales y constituirse por la existencia de ciertas relaciones de hecho con la cosa.

Igualmente, es imprescindible señalar que el Proyecto de Código Civil Peruano de 1847 define al precario, en el título dedicado a la posesión, como "el permiso de usar una cosa sin ninguna pensión ni designación de tiempo..." (art. 332); agregando más, "su subsistencia depende de la voluntad del propietario".

16. Ver por ejemplo: Anales Judiciales, 1915, p. 208; Rev. Jur. Per. 1951, p. 1313 y Rev. Jur. Per., 1952, p. 3092.

17. En nuestra Tesis sostenemos que el precario se constituye por mera tolerancia del llamado a poseer, sin embargo, en beneficio de la exposición, y de que nuestro Código de Procedimientos exige la calidad de propietario para poder hacer uso de la acción de Desahucio por ocupación precaria trataremos de este caso de precario específicamente.

18. Revista de los Tribunales, 1940, p. 37.

19. Cftar. Rev. Jur. Per. 1961, Nº 1, p. 31; Rev. Jur. Per. 1962, p. 331., Ejecutorias Supremas, Tomo III, p. 438; Tomo VII, p. 956 y mucho más.

20. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: "Sistema del Derecho Civil", Volumen III, Derecho de Cosas, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 76.

ser ésta una situación de hecho.

Las Ejecutorias del 3 de setiembre de 1965, la del 12 de setiembre de 1958 y la del 24 de febrero de 1966 corroboran estas afirmaciones²¹.

La primera se refiere a la situación de un arrendatario cuyo contrato había vencido y fue considerado ocupante precario por el nuevo propietario. El Fiscal, que se pronunció a favor del demandante, sostuvo "que el plazo del arriendo era por 4 años forzosos, sin prórroga, por lo que el demandado don Santos Leonardo, que posee el bien sin ningún título ni pagar merced conductiva, tiene la calidad de ocupante precario". La Corte desestimó estos razonamientos.

La segunda resolución niega la acción de Desahucio que interpuso el comprador de un inmueble al cual el vendedor se negaba a entregar la casa-habitación materia del contrato. El Fiscal arguyó que "si por culpa del vendedor no se realiza la tradición del bien vendido o su entrega, el comprador tiene a su elección la acción rescisoria del Contrato o la personal de entrega de la cosa, art. 1401 del C.C. (de 1936)". La Corte acogió los argumentos del Dictamen.

Por último, la tercera ejecutoria sostiene que el vencimiento del plazo fijado en el Contrato de Locación Conducción no convierte al arrendatario en precarista.

Debemos señalar, para concluir con este punto, que se encuentra en la misma situación de un poseedor sin título quien posee con título ineficaz frente al propietario reclamante. Es por tal motivo que quien recibe en subarrendamiento un bien, violando la prohibición legal o contractual, ha sido considerado uniformemente como ocupante precario²².

La segunda característica del ocupante precario, la cual lo distingue de otros poseedores sin título como el usurpador, por ejemplo, es que no discute el derecho del propietario; no se enfrenta a éste para negarle su derecho, es decir, no posee como propietario²³. Si un ocupante posee como propietario posee porque posee; su posesión no depende ni

se ve afectada por la supuesta tolerancia del propietario.

La Corte Suprema ha admitido estos razonamiento al sostener, por ejemplo, que "no es ocupante precario el que ocupa el bien como dueño aunque no tenga otro título que su posesión actual"²⁴. Igualmente debe mencionarse en forma especial la Ejecutoria Suprema del 31 de Agosto de 1954, la cual afirma que "no es ocupante precario aquél que posee la tierra como dueño y no paga pensión, porque su título es la posesión misma"^{25 26}.

Por último para que se constituya el precario es necesario agregar a las condiciones ya señaladas la aceptación expresa o tácita del propietario de que el precarista ha poseído con anuencia suya²⁷.

En la mayoría de los casos el utilizar la acción de Desahucio por Precario es la mejor prueba de la existencia, hasta el momento de la interposición de la demanda, de la anuencia.

Después de revisar las características que la Jurisprudencia señala para el precario, no podemos más que confirmar nuestra afirmación inicial, el concepto actual de precario es un desarrollo del concepto romano clásico de la figura.

No queremos sugerir con todo esto que lo que consideran actualmente precario nuestras Cortes pudiera haber sido considerado de igual modo por el pretor. Más bien pretendemos hacer notar que los principios que informaron al primitivo precario han sido aplicados creativamente a nuevas situaciones.

interpone; 2. que en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre que aquél recaer (ob. cit. p. 277). Dado que no hay discusión sobre la propiedad puede desahuciarse al poseedor sin derecho en vía sumaria.

Es por esto, también, que el precarista no adquiere por usucapación. Se equivoca por eso Guillermo Figallo ("La posesión precaria...") en la Revista Jurídica del Perú. Año XXXVIII, Nº II, abril-junio 1987) cuando afirma que el precarista no es poseedor por no poder usucapir. Existe posesión pero no posesión como propietario que es la que exige el Art. 950 del C.C.

21. Rev. Jur. Per., 1965, p. 971; Anales Judiciales, 1958, p. 91; y Anales Judiciales, 1966, p. 113, respectivamente.
22. Anales Judiciales, 1962, p. 74; Rev. Juv. Per. 1957, p. 678; Boletín Colegio de abogados, marzo-abril 1969, p. 125; "El Peruano", Tomo XIV, p. 2455; Anales Judiciales, 1961, p. 72.
23. Es justamente esta característica la que permite que el precarista pueda ser desalojado en juicio sumario. Como nos enseña Albaladejo, la acción reivindicatoria persigue: 1. que sea declarado el derecho de propiedad de quien la
24. Rev. Juv. Per. 1951, p. 639.
25. Rev. Juv. Per. 1955, p. 1725.
26. Obviamente no basta la simple afirmación del poseedor en el sentido de que posee como propietario para hacer fracasar la acción; como todo hecho alegado por las partes deberá ser probado. Debe destacarse (el hecho) de que en este caso, por haber acreditado el demandante su calidad de propietario, art. 971 del C. de P.C., no opera en favor del poseedor la presunción de propiedad contenida en el art. 912 del C.C.
27. Este requisito se menciona en la definición dada por el Fiscal Muñoz ya citada, y en otras Ejecutorias como la del 17 de Octubre de 1952 en la Rev. Jur. Per. 1952, p. 3092 y en la Rev. Jur. Per., 1951, p. 1313.

EL PRECARIO Y EL COMODATO-PRECARIO

Como ya hemos señalado el comodato-precario es la culminación de un proceso de deformación de nuestra figura iniciado desde el derecho justinianeo.

Entre las formas contractuales y el precario no sólo existe un desencuentro lógico sino, también, como hemos visto, un desencuentro histórico.

Nuestros Códigos Civiles, desde 1852, han acogido la figura del comodato-precario²⁸ que se produciría cuando no se ha señalado plazo ni se ha determinado el uso que se dará al bien cedido en comodato. En estos casos, nos dice la ley, el comodante podrá reclamar la cosa en cualquier momento.

Obsérvese cómo una simple consecuencia de la posesión sin título del precarista, se convierte, en este caso, en el rasgo central del comodato-precario.

Esta figura es extraña; no surge de un pacto sino, por el contrario, de la ausencia de toda convención respecto al plazo. Es igualmente, un contrato muy especial; el comodante tiene derecho a ponerle fin en el momento que lo desee, la suerte del contrato se encuentra al arbitrio de una sola de las partes.

Todo esto nos hace concluir con Hernández Gil, que del artículo 1735 de nuestro C.C., equivalente al artículo 1750 del C.C. español, "no surge, propiamente, un contrato de precario diferente de un acto de tolerancia atenido a una sola voluntad"²⁹.

En cualquier caso, esta figura carece de importancia práctica. La Jurisprudencia se ha ocupado exclusivamente del precario como situación de hecho, relegando al olvido al comodato-precario.

EL PRECARIO Y LA POSESION PRECARIA

El C.C. de 1984 contiene, en su Art. 911, una definición de lo que llama posesión precaria³⁰.

28. León Barandiarán sostiene, siguiendo la corriente predominante, que "el llamado precario, es una sub-especie del comodato no siendo pues, un Contrato distinto, a diferencia del antiguo contrato de precario del derecho romano". "Contratos en el Derecho Civil Peruano", Lima, 1975. Tomo II, p. 64.

29. Hernández Gil, Antonio: "La Posesión". Madrid. Editorial Civitas, 1980 p. 456.

30. Se ha llamado poseedor precario, en los sistemas jurídicos que acogen la teoría de Savigny en materia de pose-

Algunos autores, en nuestra opinión equivocadamente, han concordado en forma absoluta el artículo 911 del C.C., con el artículo 970 del C. de P.C.³¹. Según ellos todo poseedor precario podría ser desahuciado por la causal de ocupación precaria.

El concepto de ocupante precario, en la forma en que ha sido definido por nuestra Corte Suprema, no puede ser identificado con la posesión precaria a la que se refiere el C.C.

La definición de posesión precaria incluye, por ejemplo, tanto al usurpador que posee como propietario como al arrendatario con contrato vencido al cual el arrendante ha solicitado la devolución del bien.

Sostener que en ambos casos es procedente la acción de Desahucio por Precario, significa pretender que podemos prescindir en nuestro sistema jurídico de la acción reivindicatoria y de la acción de Desahucio por Vencimiento de Contrato. El error es manifiesto.

Albaladejo nos alcanza el verdadero sentido de esta clasificación de la posesión: "Todo el que posee sin derecho -nos dice el Maestro español-, está a expensas de que aquél a quien corresponde la posesión se la pueda reclamar, y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregárselo. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria"³².

Lo que nos dice, entonces, el artículo 911 es que quien posee sin derecho es un poseedor precario, porque quien ostenta el derecho a la posesión puede reclamársela en cualquier momento.

Resulta claro que este criterio de clasificación es pobrísimo y que no merecía ser recogido legislativamente.

Para finalizar con este apartado debemos se-

sión, a los poseedores en virtud de un título concedido por el propietario, por ejemplo, el arrendatario, el comodatario, etc. Son los llamados simples tenedores, pues carecen del *animus domini*. Todo esto no puede ser confundido ni con el precario ni con la posesión precaria a que se refiere el art. 911; es un simple caso de homonimia.

31. El Doctor Velasco Gallo escribe: "Concordando ambas disposiciones (art. 911 y art. 970), resulta que el poseedor precario puede ser objeto de la acción de Desahucio". "Derecho Procesal Civil. Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos concordados con el Nuevo Código Civil", Cultural Cuzco S.A., Lima 1985, p. 83.

32. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil y Derecho de Propiedad", III, Derecho de Bienes, Volumen Primero, Parte General, Librería Bosch, Barcelona 1974, p. 61.

ñalar que la relación entre posesión precaria y precario, es una relación de género a especie³³. El precario constituye un caso más de posesión precaria.

LA POSESION PRECARIA, EL PRECARIO Y LA POSESION ILEGITIMA

El artículo 911 del C.C., ha sido considerado como un intento defectuoso de definir la posesión ilegítima³⁴. En las líneas que siguen intentaremos demostrar que esta opinión no es correcta.

Si revisamos los antecedentes de la norma encontraremos que ésta fue tomada del Anteproyecto del Libro "De los Derechos Reales" preparado por la difunta maestra sanmarquina Lucrecia Maish Von Humboldt³⁵.

En este Anteproyecto, bajo el Título III "De las Clases de Posesión y sus efectos", se agrupaban diversas clasificaciones entre las cuales se encontraba, en el artículo 76, la que diferenciaba entre posesión legítima e ilegítima. Por tanto, dicho Anteproyecto no podría referirse, algunos artículos después (art. 80), bajo la sumilla "Posesión Precaria" a la anteriormente definida posesión ilegítima.

No podemos suponer, tampoco, que al preparar la versión final del Libro IV del Código, para definir un instituto tan importante como la posesión ilegítima, se utilizara una norma referida a otro criterio de clasificación, existiendo, en el mismo Anteproyecto, una norma expresamente referida a aquella. La posesión precaria está informada por un criterio de clasificación distinto al de la posesión ilegítima; este criterio es trivial pero no deja de ser diferente.

Puede sostenerse, en contra de esta afirmación que, en la práctica, todo poseedor precario es un poseedor ilegítimo; y que, por tanto, dichas clasificaciones se superponen. Sin embargo, esto no resulta cierto para la situación de hecho que da su nombre a la clasificación; el precario no es un caso de posesión ilegítima.

Bajo la influencia de la definición de posesión ilegítima contenida en el artículo 2335 del C.C. argentino, se ha considerado que quien posee sin título es un poseedor ilegítimo³⁶.

Nosotros consideramos que a pesar de no tener título el precarista no puede ser considerado poseedor ilegítimo.

El valor práctico de la clasificación de posesión legítima e ilegítima, como dice Salvat³⁷. Se encuentra en que esta división sirve de antecedente a la clasificación de la posesión en ilegítima de buena fe y en ilegítima de mala fe. La clasificación en posesión de buena o de mala fe sólo tiene sentido si se aplica a la posesión ilegítima. La posesión de buena y de mala fe aparece, pues, como una subdivisión de la posesión ilegítima³⁸.

El problema estriba en que la clasificación en posesión de buena y de mala fe es inaplicable a la situación de precario. El precarista conoce que posee sin título, no puede ser considerado, por tanto, como poseedor de buena fe.

Las consecuencias de considerarlo poseedor ilegítimo de mala fe resultan, sin embargo, inaceptables. No puede pretenderse, por ejemplo, que quien ha poseído por tolerancia del propietario se vea obligado a reintegrar los frutos que percibió o que debió percibir mientras estuvo en posesión.

Una calificación de este tipo ignoraría los antecedentes históricos de la figura que han permitido siempre un goce amplio y sin restricciones del bien dado en precario, y atacaría a la liberalidad y a la tolerancia como fundamentos de la concesión.

Los razonamientos expuestos permiten concluir que el precarista, a pesar de ser un poseedor sin título, es un poseedor legítimo³⁹.

Todo esto nos convence, también, de que es necesario iniciar una revisión crítica del concepto de posesión ilegítima generalmente aceptado en nuestro sistema jurídico, a la luz de la doctrina y legislación comparadas.

33. Citar. Latour Brotons, Juan: "El Precario", en Revista de Derecho Privado, Madrid, Dic. de 1959, p. 1065.

34. Avendaño Valdez, Jorge: "La posesión ilegítima o precaria" en "Thémis", Segunda Epoca, 1986, Nº 4, p. 63.

35. "De los Derechos Reales". Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos, Editorial Desarrollo S.A., Lima 1983, p. 71.

36. Salvat, Raymundo: "Tratado...", T.I., p. 34 y Castañeda, Jorge Eugenio: "Los Derechos Reales", Tomo I, p. 96.

37. Salvat, ob., cit., Tomo I, p. 33.

38. Salvat, ob., cit., p. 33; Castañeda, ob., cit., p. 98; Avendaño, Jorge: "La posesión en el C.C. de 1984" en Homenaje a José León Barandiarán, p. 34.

39. Si utilizáramos la definición de posesión ilegítima que se desprende del art. 1147 del C.C., italiano, del cual se deduce que es poseedor ilegítimo aquél que posee lesionando el derecho de otro, no existiría el problema que tratamos.

Título Valor endosado en blanco

Mario Pasco L.

Alumno del 6º ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

EXP. 955-84- LORETO - PAGO DE SOLES

Lima, veintiseis de abril de mil novecientos ochenticinco

VISTOS: con los acompañados y CONSIDERANDO: Que el tenedor de un Título Valor transferible por endoso es considerado como portador legítimo si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, aun cuando el último endoso sea en blanco, como lo dispone el artículo cuarenticinco de la Ley dieciseis mil quinientos ochentisiete; que el endoso debe constar en el título valor, en su dorso y reunir los requisitos señalados por el artículo trentitres de la Ley de Títulos Valores, siendo esencial la firma del endosante, como lo determina este precepto; que el endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante, en cuyo supuesto puede el tenedor de aquél completarlo con su nombre o el del tercero o transmitir el título, sin llenar el endoso, de acuerdo al artículo trenticinco de la misma ley; que de no precisar la clase de endoso se presume realizado en propiedad según lo previsto por aquel dispositivo; que tal endoso transfiere la propiedad del título y todos los derechos inherentes a él, según el artículo treintiocho de la propia ley; que las cambiales de fojas dos a siete y de fojas dieciseis y sesentiuno, han sido endosadas en blanco por la giradora Nancy de Wong teniendo la calidad ese endoso en propiedad; que no existiendo luego endoso alguno en favor de la ejecutante, no puede estimarse legítima portadora de dichas cambiales, ni por ello con facultad debida pra pretender su cobro; declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ochenta, su fecha trentiuno de mayo de mil novecientos ochenticuaro, que confirmando la apelada de fojas setentitres, fechada el trece de enero del mismo año, declara fundada la demanda de fojas catorce, ampliada y acumulada a fojas dieciocho y sesentisiete y dispone que se lleva adelante la ejecución hasta por la suma de veinticinco millones quinientos setenta mil novecientos setentiocho soles, con lo demás que contiene; reformando la de vista y revocando la apelada: declararon IMPROCEDENTE dicha demanda de fojas catorce ampliada a fojas dieciocho y su acumulada de fojas sesentitres; sin costas; en los seguidos por doña Nancy Hildalgo de Wong con Servicios y Representaciones Técnicos y Construcciones Sociedad de Responsabilidad Limitada, sobre pago de soles, y los devolvieron: -Señores: -Doig B. -Chocano Marina -Beltran R. -Alfaro A. -Delgado V. -Se publicó conforme a ley: -Bernardo del Aguila Paz. -Secretario General de la Corte Suprema.

Los hechos que motivan la Jurisprudencia son claros. La giradora de las letras de cambio en ejecución es quien las posee y trata de cobrar. Ahora bien, lo que da lugar a la decisión de la Corte Suprema en el sentido de declarar improcedente la demanda, es el hecho que la giradora, en su calidad de tomadora, endosara en blanco las letras antes de ejercer la acción cambiaria.

La Corte Suprema considera que no existe una cadena ininterrumpida de endosos que legitime a la tenedora, requisito exigido por el artículo 45 de la Ley 16587 para el cobro. Para sustentar dicha posición se menciona el artículo 33 de la misma ley, el cual estipula que "de no establecerse la clase de endoso de que se trata, se presumirá que se está ante

uno en propiedad". Es decir que, al haber endosado en blanco las letras, la accionante transfirió su propiedad (en virtud a la presunción del artículo 33); luego, al no constar en el Título Valor endoso alguno que le devuelva la facultad de cobro, éste resulta improcedente.

No es jurídicamente relevante el hecho que la actora hubiera evitado el pronunciamiento adverso mediante el simple trámite de tarjar su endoso o poner un garabato bajo el mismo. Esto por cuanto es característica esencial del derecho cambiario un estricto y rígido formalismo, expresado -entre otras cosas- por la literalidad propia de los Títulos Valores, y que encuentra su causa en la urgencia de seguridad de los comerciantes de quedar protegidos

al incorporar derechos patrimoniales a tales documentos.

Lo que sí es importante, es que no se haya tomado en cuenta que el endoso en cuestión fuera en blanco, llevándose así el formalismo al extremo de desnaturalizar los hechos. No se considera que al transmitirse la propiedad de un Título Valor mediante un endoso en blanco, el tenedor -quien quiera que fuera- puede hacerlo circular mediante la simple tradición física; así, quien tenga el Título en su poder queda legitimado por el mismo hecho de su posesión. Según Williams: "...hay que acotar que el endosante al colocar un endoso en blanco hace posible la legitimación de toda persona que se presente como portador sobre la base de dicho endoso, no pudiéndose producir confusión acerca de la persona del portador del título. (...) El endoso en blanco contiene una legitimación anónima en favor de cualquier portador y no consiste en una manifestación de voluntad en blanco"¹.

Esta característica de las Letras de Cambio, que al ser endosadas en blanco pueden hacer circular derechos patrimoniales sin más requisito que la tradición física, tiene fundamento en la celeridad que requiere la práctica comercial moderna; a decir de Pedro Huguet y Campana: "La utilidad del endoso en blanco se deja comprender con decir que con este recurso pueden entregarse letras a negociar, ignorando quien haya de ser el endosatario que las toma, como si se tratara de verdaderos billetes de banco"². Si bien el mismo autor propone que "...antes de presentarla en juicio o de endosarla, ha de procurarse dicho poseedor que el endoso en blanco quede llenado en forma"³, esto se debe a que considera que el poseedor tiene el Título Valor en calidad de mandatario del endosante, lo cual queda desvirtuado por la ya mencionada presunción del artículo 33 de la Ley de Títulos Valores peruana, y por el artículo 45 de la misma, el cual acepta que el último endoso sea en blanco.

Argumento en contra de esta exigencia es también la opinión de Jesús Rubio, quien sostiene que "El endoso en blanco no es una cláusula preparatoria del endoso pleno que debe integrarse para surtir sus efectos, sino un endoso que vale como endoso pleno. Si el endosatario quiere poner su nombre, puede hacerlo, pero no como complemento de una declaración ya completa y eficaz, sino para facilitar una destinación determinada; no 'colma una

laguna', se limita a individualizar una legitimación. El poseedor de una Letra de Cambio endosada en blanco puede hacerla valer judicial y extrajudicialmente sin necesidad de llenar el hueco"⁴.

Resulta paradójico, que, en el caso que motiva la Jurisprudencia, lo más probable sea que la ejecutante haya endosado el Título por un error debido a un exceso de celo, sin que se haya producido en realidad tradición y, por lo tanto, sin que haya habido transferencia de propiedad alguna. No obstante, aun cuando se hubiera producido una primera transferencia, no importa que ejercite la acción de cobro el mismo endosante, pues al ser colocado el endoso en blanco, se puede producir toda una sucesión de transmisiones físicas del título que legitiman a cada poseedor para ejecutarlo a su vencimiento. No existe razón alguna para excluir al endosante mismo de dicha posibilidad de cobro, pues *cualquier tenedor la tiene*. Al fin y al cabo, no es descabellado que el título regrese a poder del propio endosante (en blanco) sin que la serie de transmisiones en propiedad conste en el título, en virtud del último supuesto del artículo 35 de la ley -citado en la Jurisprudencia- que faculta al tomador de un título endosado en blanco a transmitirlo sin llenar el endoso.

Consecuencia lógica de lo último es que existiendo un endoso en blanco en una letra de cambio, ésta circule libremente; y que la única forma de negar la facultad de cobro al tenedor sea probando precisamente la ilegitimidad de su posesión. Aunque el último párrafo del artículo 45 de la ley se refiere a un endoso en blanco que es seguido por otro endoso, la figura también es aplicable al poseedor que justifica su título de propietario en base a un endoso en blanco, pues el mismo artículo consagra la posibilidad de que la cadena de endosos termine con uno en blanco. Así, el tenedor no podrá ser privado del título sino cuando se pruebe que lo adquirió de mala fe. A decir de Baccaro Castancira, "Teniendo en cuenta que el portador aparece en principio legitimado; a quien corresponde probar la mala fe o culpa grave es a quien alega haber perdido la letra de cambio"⁵.

En la Jurisprudencia, contrariando lo anteriormente expuesto, se presume que la tenedora posee el título en virtud de malas artes, para lo cual no existe fundamento alguno en el caso. Se presume que endosó las letras, las transmitió a otra persona (que no aparece), y luego las sustrajo o se las encontró; sólo Dios sabe qué medios utilizó para que

1. Williams, Jorge: "La Letra de Cambio y el Pagaré". Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1981. Tomo II pág. 40.
2. Huguet y Campana, Pedro: "La Letra de Cambio. Cheques - Pagares - Talones", 5ta. ed. Ediciones Gines. Madrid 1969. pág. 161.
3. Huguet y Campana, Pedro: Op. Cit. p. 162-163.

4. Rubio, Jesús: "Derecho Cambiario". Madrid 1973. Gráficos Herges. págs. 299-300.
5. Baccaro Castancira, Pablo Enrique: "Títulos de Crédito. Letra de Cambio - Pagaré". MERU. Buenos Aires 1980.

las letras volvieran a su poder, pero la Corte Suprema no acepta que estos fueran legítimos. Es decir, se presume que se ha cometido actos que podrían configurar hasta ilícitos penales, sin partir de hechos o aplicar ley cierta alguna.

No obstante, cabe hacer la precisión que una letra de cambio endosada en blanco no se convierte en título al portador (aunque los efectos, como se ha visto, sean similares), pues, como acota Rubio, la letra puede volver en cualquier momento de su existencia como título valor "... a la legitimación nominal propia de los títulos a la orden"⁶. Queda sin embargo todo lo sostenido sobre la legitimación por la posesión; es tal la similitud entre las letras endosadas en blanco y un título al portador, que la ley establece en su artículo 36 que "El endoso al portador produce los efectos del endoso en blanco". Williams, comentando un artículo muy similar de la Ley Argentina⁷ acota que, de no existir este artículo, se convertiría la letra de cambio en título al portador, lo cual sería contradecir su carácter de título a la orden, por lo que en determinado momento el Código de Comercio Italiano llegó a decretar la nulidad de tal endoso⁸. Acto seguido agrega, citando a Ferrara, que el artículo permite concluir que "...la ley ha querido asimilar el endoso al portador con el endoso en blanco sin hacer salvedad alguna"⁹. Se salva así la validez del título, por la gran coincidencia de efectos que tienen el endoso en blanco y los títulos al portador, que permite a la ley presumir la intención de un endosante al portador.

Yerra la Jurisprudencia, pues, al desestimar

6. Rubio, Jesús. Op. Cit. p. 300

7. Como acota Williams (Op. Cit. pág. 41) El artículo 13 del D.L. 5965/63 argentino, establece que "El endoso al portador se considera endoso en blanco". A su vez, el artícu-

la posesión de la actora, que la legitima para el cobro en virtud -precisamente- de lo dispuesto por los artículos de la ley citados en los fundamentos del fallo, los que han sido considerados asignándoseles prioridades que no existen. Se ha mencionado que no existe cadena ininterrumpida de endosos, sin considerar que la naturaleza del endoso en blanco permite que las transmisiones en propiedad del título no consten en el mismo. Se ha hecho prevalecer la forma sobre la realidad (lo cual es perfectamente posible en derecho cambiario), pero se ha interpretado mal la literalidad del título. Se ha llegado a presumir la realización de hechos (la tradición a un tercero) en base a lo que aparecía en el título (el endoso en blanco); en otras palabras, se ha invocado la literalidad del título para asumir hechos que no aparecen de dicha literalidad.

No invoca la protección del deudor (se trata de una persona natural demandando a una compañía), por cuanto esta debe estar amparada por hechos o leyes; en el caso, se ha aplicado erróneamente una ley, distorsionándose mediante un formalismo mal entendido la realidad de los hechos, que aparecía claramente de la literalidad del título.

Frecuentemente se hace la pregunta sobre si computadoras podrían reemplazar a jueces. Si el fallo hubiera sido dado por una computadora, hubiera sido un claro ejemplo del uso de una norma sin tomar en cuenta los conceptos que ésta maneja. Afortunadamente tratándose de hombres, aunque estos fallan, siempre caben cambios de rumbo.

lo 12 de la Ley Uniforme de Ginebra reza "El endoso al portador vale como endoso en blanco".

8. Williams, Jorge. Op. cit. pág. 41.

9. Ibidem.

BLAE LO MANTIENE AL DIA Y LE DA CERTeza LEGAL

Sí, BLAE le brinda información legal completa y oportuna para una eficiente toma de decisiones.

BLAE es la edición continúa de libros de temas específicos sobre toda la legislación vinculada a la actividad empresarial.

BLAE es el servicio de actualización mensual de las normas incluidas en los volúmenes editados para que su fuente de asesoría sea confiable y segura.

BLAE cuenta con un equipo de profesionales con experiencia en asesoría empresarial y especializados en compilaciones mecanizadas.

BLAE proviene de una empresa editorial totalmente computarizada y de su imprenta propia dedicada exclusivamente a imprimir sus ediciones y actualizaciones.

Por eso BLAE es la mejor fuente legal de un buen asesor empresarial.



SOLICITE INFORMES EN:

Francisco de Paula Ugarriza 726, San Antonio – Miraflores.

O EN LOS TELEFONOS: 46-7825 – 47-7033

La Intervención de Terceros en el Proceso

Raúl Eugenio Gadea Riedner

Tesis sustentada en julio de 1989 ante los Drs. Fausto Viale, Lorenzo Zolezzi y Aníbal Quiroga. Sobresaliente.

La tesis aborda una temática prácticamente desconocida dentro de nuestros estudios de Derecho Procesal: la intervención del tercero en el proceso termina siendo de igual importancia jurídica que la participación de los protagonistas del proceso judicial, porque precisamente en la determinación de la calidad de "tercero" o "parte" se ve el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial efectiva que es garantía constitucional en la administración de justicia.

Admitir en juicio a quien carece de legitimación -que es lo que determina la ubicación frente al proceso- o negársela injustamente a quien sí le corresponde, termina violentando el derecho al Debido Proceso Legal que, como ya se ha expuesto, es uno de los derechos fundamentales de la persona.

Así, la tesis es innovadora, puesto que no son muchos los trabajos teóricos en Derecho Procesal; pero además, es de un gran contenido teórico y audaz de planteamiento. Partiendo de lo que conceptualiza como la Teoría General de la Intervención, desarrolla el fundamento y los peligros de la participación en juicio, el principio de dualidad, los presupuestos procesales, el concepto de tercero, los alcances de la cosa juzgada; para continuar por sobre la intervención voluntaria, sea adhesiva, principal y acumulativa. Prosigue por sobre la intervención forzosa, sea a instancia de parte o

por mandato judicial, para concluir con un sugerente articuladò sobre la regulación normativa sobre la intervención de terceros.

El análisis del tercero al proceso pasa por el de la relación jurídica en que se inserta y por su ubicación dentro de ésta. De este estudio debe fluir, entonces, que la finalidad del proceso debe estar constituida por mantener, siempre y en todo momento, como sujetos de la relación jurídica procesal a quienes tengan esa calidad y condición en la relación jurídica sustantiva de que deriva aquélla. En esto aparece la importancia capital de determinación de los conceptos de "parte" y "tercero".

No he sido asesor de este importante trabajo de investigación jurídica. Sin embargo, la inquietud del autor y su permanente afán investigador trajeron a mi escritorio los borradores del mismo, a los que con la mayor confianza se le agregaron las notas y sugerencias que le hicieran. Fui partícipe de la versión final del mismo, sobre todo del proyecto de articulado. Me consta, en consecuencia, la seriedad de la investigación, la permeabilidad del autor y la honradez de su aporte intelectual. A ello se le suma una buena redacción y una temática sin duda interesante para quienes tengan interés por adentrarse en el estudio de proceso. En ello este trabajo es una excelente guía que, sumada a la bibliografía consultada y a la puntualidad de las citas, le hacen merecedor de una atenta lectura. (Aníbal Quiroga León)

La Concertación Social

José Balta Varillas

Tesis sustentada en julio de 1989 ante los Drs. Javier Neves M, Os-

car Ermida y Luis Chirinos. Sobresaliente.

El trabajo presentado por José Balta para optar el bachillerato es un valioso estudio académico sobre un tema muy controvertido a nivel jurídico -y también político, económico y social, que brindan enfoques a veces más importantes sobre aquél- por la doctrina laboral internacional, que tiene distintas perspectivas teóricas sobre la cuestión, y polémico sobre todo en nuestro país, en el que se han producido pocos intentos fracasados de avanzar en esa dirección. Creo que la tesis no escapa a este contexto, pudiendo resultar inobjetable en lo conceptual, comparativo y descriptivo (cuando define los términos y sus elementos, detalla la experiencia de otros países, y describe los fallidos esfuerzos nacionales), pero seguramente debatible -al menos para algunos, entre los que me encuentro- cuando realiza balances o evaluaciones, a veces insuficientes o sesgados.

El eje del trabajo está en el bien elaborado concepto de concertación social que formula el autor. Para él, debe entenderse por ésta, el "proceso en virtud del cual las organizaciones de más alto nivel representativas de los intereses de los trabajadores y empleadores de un país -aunque no necesariamente sólo ellas- participan libre, deliberada y conjuntamente con el gobierno en la adopción, por la vía del consenso, de decisiones de carácter macro-económico y social, con el objeto de salir de una determinada situación de crisis".

Repárese en cada uno de los términos de esta definición, que es esencial dentro de ella, y el autor va a desarrollar apropiadamente en su trabajo. En esta parte de la tesis, Balta presenta los temas en forma ordenada, rigurosa y plural.

En el Capítulo 2 se pasa revista a algunas importantes experiencias extranjeras de concertación social: España, Italia, Uruguay y México, aplicando en cada caso una plantilla que permite apreciar comparativamente la naturaleza jurídica, los sujetos y el contenido de los diversos acuerdos. El trabajo está bien documentado y ofrece información útil.

Finalmente, se entra al estudio del caso peruano, detallando uno a uno los intentos de concertación social, en sus más variadas formas, ocurridos en nuestro país, desde el Congreso Económico Nacional propuesto por el Partido Aprista Peruano en 1931 hasta las más recientes iniciativas en este campo adoptadas por el gobierno actual. La descripción se realiza utilizando el mismo esquema empleado para los casos extranjeros, por lo que el contraste queda sumamente facilitado.

En cuanto a la evaluación de la experiencia peruana, Balta es crítico y escéptico. El, que se ha ubicado entre "aquellos que piensan que la concertación social es el medio ideal para lograr la paz social y la reducción del conflicto en una sociedad, así como para conseguir el desarrollo y el progreso de un pueblo", se siente frustrado ante "los intentos abortados y los fracasos rotundos". Las causas de éstos, las encuentra en "la falta de voluntad de concertar de los suje-

tos de la concertación social, la falta de representatividad de las partes sociales, la marcada preferencia por concertar medidas a largo plazo (planes de desarrollo) a medidas concretas para salir de la crisis, el excesivo reglamentarismo estatal y, finalmente, la poca fe que tienen los interlocutores sociales en el mecanismo de la concertación social como instrumento idóneo para reducir el conflicto social y combatir la crisis por la que atraviesa nuestro país.

Creo que es justamente la explicación que Balta da a cada una de dichas causas, donde la tesis se vuelve parcial (en el doble sentido: incompleta y tendenciosa) y empiezan mis desacuerdos. Para mencionar un solo asunto: se afirma que el sector empresarial ha sido "el que mayores muestras de voluntad de concertar ha tenido", lo que en el campo laboral ha ocurrido con tres centrales (CTP, CTRP y CNT) de "actitud abierta al diálogo y dispuesta a hacer concesiones". La CGTP, en cambio, la central más representativa, aparece como opuesta por razones ideológicas. Me parece que aquí hay una verdad a medias: no se trata de saber solamente a cuántas invitaciones los representantes de la CGTP no fueron, sino por qué no fueron ¿Por razones ideológicas? Si los sindicatos "comunistas" quisieran alentar el conflicto, siendo enemigos de la concertación por eso, no creerían en ninguna

institución jurídica laboral, menos aún en la negociación colectiva que practican cotidianamente, porque son mecanismos de asimilación y desactivación de los conflictos (Santistevan). ¿No será que los trabajadores creen más en lo que ven? No tienen qué ceder, dados sus pésimos salarios y condiciones de trabajo, y no confían en empresarios que incumplen las normas usando muchas veces todo tipo de métodos y en un gobierno que nada hace por garantizar sus derechos. ¿Los empresarios creen realmente en la concertación? Habría que preguntárselo a la Sociedad Nacional de Minería, que ha preferido tres huelgas generales en su sector, con dirigentes muertos y detenidos, locales allanados, marchas disueltas, etc., antes que aceptar negociar un pliego nacional a nivel de rama, una modalidad frecuente en el mundo. Es difícil que en las condiciones económicas y políticas que padecen los trabajadores y con una estructura sindical y negocial que impone la atomización, pueda haber concertación en el Perú. Tal vez pudo considerarse algo de esto en la tesis.

Mis juicios sobre la valoración hecha por el autor sobre la realidad, son seguramente tan subjetivos como los suyos, y no empañan la calificación que entonces atribuí al trabajo y ahora ratifico: sobresaliente. (Javier Nevés Mujica)

NOTA

"Seminario sobre arrendamiento"

Organizado por los alumnos de sétimo ciclo de nuestra facultad, el día 1º de diciembre se llevó a cabo el "Seminario de alumnos sobre arrendamiento", el cual resultó un éxito tanto por la acogida recibida como por la calidad de las ponencias presentadas por los estudiantes Carlos Blanco, Ger-

mán Atún, César Arbe, Mario Nicolini, María Onrubia, Víctor Guzmán, Luis Espinoza, Ricardo Moreno, Jaime Tuesta y Patricia Diaz; quienes contaron con la presencia en el panel de los distinguidos profesores Jorge Avendaño, Jack Bigio, Carlos Montoya, Guillermo Almenara y Miguel Torres.

A través de esta nota quere-

mos expresar nuestra felicitación a los alumnos del sétimo ciclo y muy especialmente al Dr. Carlos Montoya Anguerri por su iniciativa y continuo apoyo a los estudiantes; e instar al resto de compañeros a realizar trabajos similares que ayuden al mejor conocimiento del Derecho y a elevar el nivel académico de la Facultad.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Javier Aguayo, Patricia Buzonich, Ivonne Casabonne, Ernesto Coz, Elena de Beaumont, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Aldo Defillipi Traverso, Beatriz Echevarría, Rosario Fernández Figueroa, Ramón García Bustamante, Luis García Miró, Silvia Granda, Wally Joly, Elizabeth Lombardi de Zavala, Beatriz Merino, Genoveva Nava, Lucía Oliva, Rafael Picasso, Gloria Quincot, Eva Quinteros, Ricardo Revoredo, Patricia Samaniego, Filiberto Tarazona, Manuel Ulloa, Yuri Vilela.

