

# THĒMIS

Revista de Derecho



Luis Jaime Cisneros • Gustavo Gutiérrez

Sinesio Jarama • Ramón Arróspide

Juan Carlos Valdivia • Carlos Montoya

Francisco Eguiguren • Beatriz Boza

Marco Rodríguez-Farge

## **THĒMIS Revista de Derecho**

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

*Comité Directivo:* Javier Chocano Portillo, Juan García-Montúfar Sarmiento, Carlos Garatea Grau, Juan Carlos Mejía Cornejo, Verónica Zavala Lombardi.

*Miembros de la Revista:* César Arbe S., Carlos Casabonne S., Fernando Hesse A., Roberto Mac Lean M., Martín Mejorada Ch., Guillermo Miranda B., Rosa María Montero M., Susana Paniagua J., Fernando Pardo S., Mario Pasco L., Gladys Triveño Ch., Manuel Ugarte M.

*Comité Consultivo:* Jorge Avendaño V., Enrique Bernaldes B., Manuel de la Puente L., Fernando de Trazegnies G., Javier Neves M., Aníbal Quiroga L., Delia Revoredo M.

Se terminó de imprimir en los Talleres de Servicios San Antonio, Larco 1229 Miraflores.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE  
DERECHOS RESERVADOS

*Dirección:* Casilla Postal 110711 - LIMA 11

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

Edición financiada por la Fundación FRIEDRICH NAUMANN



---

## PRESENTACION

Nuestro país pasa por un momento difícil. Una crisis de viejas y profundas raíces se deja sentir cada día más. Las instituciones, los valores y los derechos parecen haberse convertido en objetos de galería. Se reclama con justicia soluciones concretas. Es necesario entender y enfrentar esta situación con seriedad y madurez. La reflexión y la evaluación constante deben ser prioridades ineludibles en todos los medios, especialmente, en las universidades. Debemos asumir el reto de contribuir en la construcción de una sociedad mejor, más justa, más humana, en donde el hombre sea su sostén y su razón de ser.

Hoy hemos caído en el asombro. Nos contentamos con ello. No asumimos nuestras responsabilidades con el país y preferimos mantenernos distantes como simples espectadores. Nuestro papel aún está pendiente. Sabemos que está allí pero le huímos. Evitamos tomar las decisiones necesarias, esperamos y no actuamos. Debemos terminar con esta pasividad recuperando el diálogo entre nosotros y con nuestro entorno social pues la distancia a nada conduce.

La reflexión debe ser promovida e incentivada. La universidad no puede escapar de esta obligación teniendo en sus manos la formación de futuros profesionales, quienes de una u otra manera tendrán que asumir un rol protagónico, activo y responsable. Este número de THEMIS pretende colaborar en este sentido pues como revista estudiantil no puede ser indiferente.

THEMIS 16 es una edición distinta. Se aparta, en alguna medida, de su contenido clásico y técnico para aportar otros elementos de reflexión. Ojalá lo consiga. Seguramente a muchos llamará la atención y otros -los menos- querrán identificarla con alguna posición ideológica. Vale la pena correr el riesgo, consideramos necesario hacerlo nosotros como estudiantes de Derecho.

Iniciamos el trabajo de este número con mucha ilusión. Invitamos a participar a diversos intelectuales y profesionales. Algunos sin mayor contacto con el mundo del Derecho pero que desde sus distintas actividades podrán enriquecer el debate, gracias a sus valiosas opiniones sobre algunos de los problemas del país. Una visión interdisciplinaria ofrecería un número que, desde nuestro punto de vista, sería más rico y completo. Lo conseguimos parcialmente.

Debíamos empezar por casa, es decir por la universidad. Luis Jaime Cisneros colabora con un artículo de reflexión desde la universidad, comentando el papel que le corresponde asumir hoy pensando en el mañana. Una entrevista a Gustavo Gutiérrez nos permite encontrarnos con la importancia que tiene el derecho a la vida en la construcción de una sociedad mejor. La colaboración de Francisco Eguiguren, Carlos Montoya, Juan Carlos Valdivia y Gabriel Cano Guerinoni tratando los derechos y las garantías constitucionales, la vigencia de la Constitución en la administración de justicia, la relación entre Política y Derecho y el papel de la policía en la protección de los derechos humanos, respectivamente, contribuirán con la reflexión jurídica.

Quisieramos agradecer a la Fundación Friedrich Naumann por habernos permitido hacer posible esta entrega y por devolvernos la ilusión de un próximo número.

Mayo de 1990  
Comité Directivo



# THĒMIS

## Revista de Derecho INDICE

3

Presentación

5

Baldo Kresalja R.  
In Memoriam Alfredo Ostojas L. A.

7

### ACTUALIDAD

Luis Jaime Cisneros V.  
Reflexiones universitarias desde 1990

11

Thémis

Apreciaciones universitarias sobre el Derecho

14

Juan Carlos Valdivia  
Derecho y Política

18

Francisco Eguiguren P.

Los derechos y garantías constitucionales: balance de su desarrollo y vigencia en diez años de régimen constitucional

27

Carlos Montoya A.

Vigencia de la Constitución en la administración de justicia

31

Gabriel Cano G.

El papel de la Policía en la protección de los Derechos Humanos

38

Rodolfo Reyna S.

Democracia, Modernidad y Derecho

43

### ENTREVISTAS

Entrevista a Gustavo Gutiérrez

48

Entrevista a Ramón Arróspide

53

Entrevista a Sinesio Jarama

57

### DOCTRINA

Marco Rodríguez-Farje R.

Sobre la actividad empresarial del Estado y la compraventa de empresas de su propiedad

61

Beatriz Boza D.

Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales extranjeros

66

Juan Manuel Zegarra M.

Merchantilismo y Cértex

69

Luis Guadalupe T.

Inviolabilidad domiciliaria: ¿Habeas Corpus o Amparo?

73

Ricardo León P.

Libertad de cátedra: monopolio docente?

80

Revista Aba Journal

Responsabilidad profesional

83

### JURISPRUDENCIA

98

### RESEÑAS DE TESIS

Segunda Época / 1990 / N° 16



# IN MEMORIAM

ALFREDO OSTOJA L. A.  
(1941 – 1990)

Consternado aún por la partida del amigo de tantos años, no por previsible menos dolorosa, pergeño estas líneas para la revista de los estudiantes de nuestra Casa de Estudios, insuficientes por cierto para condensar la labor académica y el rico perfil humano de Alfredo.

Fueron señales distintivas de su carácter la acuosidad y la perseverancia, su fino y siempre presente sentido del humor, que, se expresaba en ironía, su vivo interés por todas las manifestaciones artísticas y su bondad natural.

Destacado estudiante, más tarde fue un innovador en el campo de la educación universitaria. Inauguró en el Perú la cátedra de Derecho del Transporte, que se desdobló más adelante con la de Derecho Aeronáutico, originada en sus exitosos estudios de post-grado en la Universidad de Wisconsin, especialidades en las que dejó materiales de enseñanza y estudios diversos. Exigente en sus calificaciones, contribuyó ampliamente a modificar los métodos de instrucción y la formulación de pruebas y exámenes, para hacerlos más eficaces y adecuados a nuestra realidad. Sus alumnos no olvidarán los comentarios que dejaba estampados en las pruebas escritas y que les servían como pauta e invitación para una adecuada comprensión de las materias más trascendentes. Fue un auténtico guía para trabajos de investigación. Algunos de los más remarcables en el área de su competencia contaron con su colaboración o asesoría.

A su labor profesional, en la que se le reconoció como verdadera autoridad en su especialidad, agregó su esfuerzo y tiempo en importantes labores administrativas que se sumaron a las docentes, que ejerció como Profesor Principal: sin carácter exhaustivo, anoto que fue Director de Estudios y Secretario Académico y al momento de fallecer era miembro del Consejo de la Facultad. Ocupó interinamente, durante el rectorado del R. P. Felipe Mac Gregor S.J., la Secretaría General de la Universidad y formó parte de su Comisión Académica. Adicionalmente a todo ello, fue por diez años miembro del Consejo Editorial de la revista "Derecho" y también del Comité Consultivo de esta revista. En el ejercicio de todas ellas mostró su reconocida eficiencia e iniciativa creadora.

Uno de los rasgos más salientes de la personalidad de Alfredo fue su temprana y entusiasta participación en la vida cultural de nuestra ciudad. Colaboró con varias instituciones a ella vinculada, como la Sociedad Filarmónica de Lima y se dio tiempo para hacer con solvencia crítica musical. Recuerdo sus intervenciones en compañía de su esposa Elizabeth, amor nacido en la adolescencia y enriquecido por sus hijas Ximena y Alexia, en aplaudidas actuaciones corales.

Al entregar con generosidad sus conocimientos, apuntalados por su inteligencia y sensibilidad, realizó un cabal magisterio, y se hizo de acreencias impagables. Serán ustedes, estudiantes, los mayores damnificados por su temprana partida. Para nosotros, los colegas y amigos, será tarea en verdad difícil llenar el vacío producido por su ausencia.

Baldo Kresalja R.



## Reflexiones Universitarias desde 1990

Luis Jaime Cisneros  
*Dpto. de Humanidades*

Dos serán los rectores que tendrán la universidad antes del siglo XXI. Toca a ellos preparar a la institución para el cambio; les corresponde ir modificando condiciones y organizando el camino, ir creando el clima propicio para que estudio, docencia e investigación hagan frente a las exigencias que irán planteando las nuevas generaciones. Diez promociones de estudiantes por cada rector. El cambio irá cristalizando la reforma que la universidad exige. Para que sea integral, la reforma ha de ser radical y progresiva en muchos aspectos. Hay una perspectiva que mira a lo administrativo y otra que mira a lo académico, cada una con su diverso grado de complejidad y con su ritmo particular; cada una con sus fines y métodos específicos, pero ambas enlazadas y confundidas en los fines de la universidad.

### a ) Entre colegio y universidad

Los muchachos salen desorientados del colegio. No es fácil discernir carreras porque no lo es distinguir en nuestro período escolar entre inclinaciones y afición, ni precisar cuándo y cómo encauzar la voluntad personal, el interés o la curiosidad del estudiante. No es fácil saber si en verdad quiere 'independizarse' o 'realizarse'. El colegio no ha servido para ayudar en este trance, y la familia no acierta hoy a asumir con objetividad y paciencia pedagógica esta grave tarea: la familia está, de otro lado, atravesando dura crisis, y no resulta fácil a los muchachos hallar el canal de comunicación (que supone comprensión del mensaje y no solamente asistencia auditiva. El drama no es solamente del ámbito familiar. La universidad no se ha sentido llamada a reflexionar en relación con esta encrucijada. Nuevas carreras, modificación de planes de enseñanza, transformación de currículos e innovaciones pedagógicas forman, como es de suponer, un horizonte de preocupaciones que no podemos resumir aquí ni pue-

den encomendarse al terreno de la ilusión. Es un problema ahora también universitario. No enseñamos todas las carreras necesarias, tal vez estamos insistiendo en empeños que ya no tienen justificación. No hemos evaluado oportunamente planes, métodos y programas porque -a decir verdad- nunca hicimos de la evaluación una tarea académica constante sino que quedó librada a la improvisación o al plano conjetural, cuando no fue pasto del terreno vitando de las reclamaciones politizadas. La evaluación del currículo y la de la organización de las carreras mismas no son asuntos vinculados con reivindicaciones partidarias, sino con muy serias funciones pedagógicas.

### b) Qué es la universidad

Estamos cercados por diversas teorías sobre la universidad. Queremos que se parezca a una o a muchas de la ajenas. Eso ha impedido dedicarnos seriamente a averiguar cuál es la universidad que el país reclama, la que necesitan los concretos muchachos del siglo próximo. Porque la universidad no es una institución que está ahí hecha y a la que debemos amoldarnos. Por no haber corregido a tiempo este error, pagamos ahora las consecuencias. En vez de buscar a los culpables debemos asumir esta verdad: apenas ingresamos en la universidad, todo lo que sucede en ella nos incumbe; estamos agregados a la culpa, somos culpables.

Debemos asumir que el país urge que la universidad ayude a que recobremos la identidad cultural. El país está en guerra; la subversión que ha comprometido a tanto muchacho universitario es una amenaza para el destino cultural. No son analfabetos los convocados por Sendero. Ahí están, frente a nosotros, muchachos que son tan universitarios como nosotros; hay profesores y hay estudiantes. No nos engañemos. Una cosa



esencial nos diferencia: por ahora no usamos más armas que la inteligencia, el estudio, la investigación, con las que queremos construir la paz y con las que ayudaremos a la reflexión general. Pero debemos estar asistidos por esta certeza: no vacilaremos en asumir otra actitud si nos la imponen. La identidad cultural debemos recobrarla en varios aspectos y adquirirla por vez primera en otros. Esta tarea es indelegable; no se transmite ni se reniega de ella. Nos exigirá trabajo, fatigas, sueño, quizá la vida. No hay cómo retroceder, y sé que no es fácil admitirla. El estudio y la investigación garantizarán que la marcha se haga hacia el sol, que está en el horizonte. Atrás están la noche, la ignorancia, el terror.

Dicho de otra manera: la universidad la vamos haciendo profesores y estudiantes. La vamos haciendo con nuestro quehacer. Ese quehacer está amasado en reflexión, estudio, investigación y cuestionamiento constante. Si falta uno de estos elementos, la universidad se detiene; pero como el país y quienes lo construimos seguimos avanzando, la universidad se desarticula y desentiende del destino de la comunidad. Y así es fácil presa para los lobos.

### **c ) Nuestra tarea concreta**

Lo que ahora nos toca es construir una institución para el siglo próximo. No porque acá nos vamos a quedar estudiando hasta el año 2000, sino porque todo lo que los muchachos hagan profesionalmente para su propia realización y para la del país tendrá por escenario ese siglo venidero. Tenemos, pues, que construir una universidad para las actuales generaciones; para el muchacho inserto en un mundo que ofrece caracteres muy distintos de los que tuvo para quienes, años atrás, diseñaron esta universidad. El mundo ha avanzado a un ritmo al que la universidad no ha sabido adecuarse. Pues tenemos que contribuir a esa adecuación, no sólo para salvar y garantizar la vida universitaria sino, egoístamente si se quiere, para que cada cual pueda salvarse y salvar su porvenir.

En esta hora del mundo se impone la interculturización. La informática nos ha puesto en contacto con las técnicas más sofisticadas y el dominio de la tecnología ha dejado de ser un rasero de clasificación social. El pragmatismo es hoy un signo inequívoco de la época. Interculturización y pragmatismo presiden el escenario del muchacho que ingresa en la universidad hoy. Para este muchacho necesitamos reformar la universidad.

Hay algo más. Hemos crecido los profesores en un mundo ideologizado, gravemente ideologizado, y asistimos todos a un progresiva desideologización del mundo. Las ciencias habían sido alcanzadas por la ideología, y felizmente muchas de ellas van desembarazándose de aquel lastre. Los ecos de esta situación todavía alcanzan a las promociones más jóvenes. Empeñarse en grandes batallas ideológicas no es ahora atractivo para quienes, en esta hora pragmática, prefieren la subversión.

### **d ) Fines y Programas**

¿Qué importancia tiene afirmar estas cosas? Suma importancia, pues nos permite trazar las pautas de lo que debe ser una institución que prepara a muchachos a quienes corresponde vivir esta hora histórica. No puede ser, como se comprende, una universidad inspirada en un modelo de inicios de siglo (ni siquiera de mediados de éste) la que nos convega. No será tampoco una institución asumida desde las barricadas francesas de 1968. La nuestra será una institución para un país del tercer mundo que no ha resuelto (y a veces ni siquiera ha encarado) esenciales problemas de identidad histórica y de conciencia cívica, y que no tiene una perfilada imagen de la manera como profesores y estudiantes estamos comprometidos con el porvenir.

Al decir esto estoy hablando de métodos y programas, y estoy apuntando a los fines: la universidad que necesitamos debe preparar hombres, ciudadanos y profesionales. El orden de enunciación no es irrelevante. En ese orden de interés y de prioridad debe la universidad cumplir su tarea. Necesitamos hombres eficientes, críticos, razonadores y veraces, si queremos profesionales y ciudadanos listos para asegurar con su eficiencia, su criticidad y su racionalidad y veracidad, que la justicia social y la vida democrática sean signos decisivos de la comunidad peruana.

No necesitan estos fines que la enseñanza universitaria se refugie en doctrinas o ideologías de esas que congregan y justifican a los partidos políticos. La función política de la universidad se cumple formando hombres, ciudadanos y profesionales. Para que esto se logre, profesores y estudiantes debemos constituir una comunidad pedagógica.

### **e ) Renovación de los métodos**

¿Qué quiere decir esto? Comprender por qué

estudiamos y para qué lo hacemos, analizando cómo debemos realizar esta tarea como antesala obligada de la investigación. Esto se relaciona con los métodos y con el currículo. Si estamos de acuerdo en los fines, debemos en seguida procurar que exista coherencia interna y externa en materia curricular. La flexibilidad del curriculum es el signo académico de que la universidad está atenta a la marcha del mundo. Es asunto espinoso, que suele a veces (cuando mal manejado) convertirse en arma vedada de dirigentes inescrupulosos. Es asunto estrictamente pedagógico, porque se relaciona con el conocimiento.

Hoy no interesa conformarse con poder emplear los concimeintos adquiridos. A la universidad le interesa ahora que el alumno se entrene en los modos de ampliar y enriquecer tales conocimientos. Eso exige estudiar de otra manera. Eso nos han enseñado el ritmo de los cambios, el advenimiento evidente de la era científica, el triunfo incesante de la tecnología, la socialización del trabajo, la elevación de los niveles de vida. Ya no basta que los muchachos vengan a 'aprender' a la universidad; ahora hay que formarse en los métodos de aprender en profundidad, de aprender para incentivar la creatividad. Hay que desarrollar la motivación con miras a un constante enriquecimiento personal. Pero si hay que aprender de otra manera, también hay que aprender a enseñar de otra manera. Eso es pensar en el hombre venidero.

Los métodos de aprendizaje son, así, más importantes que los contenidos. Y los métodos de enseñanza también. Ahora es la interacción docencia-aprendizaje la que logrará fortalecer habilidades y aptitudes frente al conocimiento: ya no es tratar de seguir acumulando información sino de 'reflexionar', 'inferir' y 'descubrir' el conocimiento y aceptar los sentimientos adheridos a cada una de esas instancias. Esto significa que la universidad tiene que preparar en el estudiante su aptitud para el cambio, aseguran en él una **capacidad de cambio**. Si no lo conseguimos, llegará la hora del riesgo, de la incertidumbre y el fracaso. Por eso hoy no nos preocupa lo que pudo justificadamente preocuparnos 30 años atrás (y tengo 40 en esta casa). "**Creo que me he equivocado al elegir esto**" era frase grave de un estudiante en 1955. Hoy solamente es síntoma de que ese muchacho está aquí en este mundo de vacilación y de cambio, para el que el colegio no lo ha preparado.

f ) El motor es 'el cambio'

La gente tiene miedo a los cambios. Suele asilarse ese miedo en algunas autoridades. **No tocar, no mover, no innovar** son tristes consignas de una concepción anquilosada de la universidad. La 'reforma' que la vida universitaria exige en el país está mirando precisamente a esta concepción. No se trata de introducir un cambio para disfrutar largo tiempo, en serenidad, de sus supuestos beneficios. No: el **cambio** es el ritmo necesario de una universidad contemporánea. Lo que hay que modificar antes que nada es el miedo al cambio. La reforma supone estar en aptitud de transformaciones en serie, de número indefinido por el momento, que exigen ir adecuando la enseñanza y el estudio a los requerimientos de un mundo que modifica sus ojetivos con velocidad y ritmo inesperado.

Por eso es bueno insistir a los jóvenes que ingresan en la universidad: no llegan a una institución ya hecha. Ingresan felizmente en una universidad en curso permanente de realización. A esa tarea estamos todos convocados. No se puede estar, por lo tanto, de brazos cruzados. Hay que moverse, hay que actuar; y eso es lo que no hace cuando estudia, cuando consulta, cuando discute, cuando hace prácticas, cuando lee en la biblioteca, cuando investiga. Esa es la actividad universitaria. Ya no se trata de que estamos aquí porque fuimos buenos alumnos de Secundaria, o porque estuvimos en las primeras filas de los que ingresaron. Ahora estamos urgidos por una tarea que nos convertirá en el motor de nuestra sociedad. Porque una cosa es cierta: la sociedad caminará al ritmo que los universitarios comencemos a marchar.

Los ordenadores han transformado el mundo, han modificado la función de la empresa, han renovado los métodos de investigación operacional y hoy pueden predecir el sexo del niño que va a nacer, como pueden vaticinar las condiciones de la próxima cosecha. El trabajo manual va siendo desterrado, y el mismo trabajo intelectual sufre retos inverosímiles.

g ) ¿Y la política no debe afectarnos?

¿Es o no la universidad una institución preocupada por la política? Por cierto; en el buen sentido aristotélico, lo es. Si está relacionada con la realización del hombre, del ciudadano y del profesional, ciertamente la universidad tiene una innegable responsabilidad política. Con lo que no está vinculada la institución universitaria es con los intereses de la tiendas partidarias, cuyos fines no coinciden con los de la universidad y se canalizan, por eso, a través de otras vías.

En este campo hay también una gran tarea por realizar. Muy cuidadosa. Muy urgente. Debemos devolver a la universidad el prestigio perdido. Debemos recuperarla para el estudio y para la investigación si es que realmente queremos recuperarla como una libre tribuna de ideales democráticos, y si es que efectivamente queremos ayudar a construir una sociedad donde imperen la verdad, la libertad y la justicia social. Mientras estemos en esa línea, la universidad asumirá a cabalidad su responsabilidad política.

¿Por qué ha elegido **Sendero Luminoso** a los universitarios como campo predilecto de persuasión y aprendizaje? Porque sin los universitarios no se podrá organizar el país. Las armas que Sendero Luminoso maneja no son las nuestras, percederas como son las de ellos. La universidad no puede renunciar a manejar las armas que garantizan la formación del hombre, la

formación del ciudadano y la del profesional. Esas armas nuestras no son la metralleta ni el fusil. Son (ya lo hemos dicho) el estudio y la investigación. Una inteligencia rectamente dirigida hacia esos fines es lo que debe buscar la universidad. Esa inteligencia, sin miedo al cambio, mira sin deslumbrarse al porvenir. Pero para ello debemos tomar conciencia de que con los muchachos que están ahora ingresando en la universidad no podemos hacer lo que tan fácilmente pudimos realizar con promociones anteriores. La tarea universitaria tiene metas muy largas. Muchas instituciones están ahora perdiendo la cabeza por ver cómo celebran el quinto aniversario del 'encuentro de los dos mundos'. No la perdamos nosotros, que tenemos tarea mucho más grave: nos interesa el hombre del siglo próximo. Nos interesa el hombre, porque en él se cumple la misión política de la tarea universitaria.

# Apreciaciones Universitarias sobre el Derecho

Thémis

*Cuando Thémis decidió presentar en este número artículos referidos a problemas de actualidad nacional, se pensó en la necesidad que el equipo de quienes conformamos la Revista publicara también algún tema referido a nuestro quehacer universitario o a nuestra visión sobre algún punto de actualidad. Sin embargo y luego de acordarlo en Asamblea se mantuvo la idea de publicar alguna nota pero ésta, en vez de ser un artículo más, debía reflejar nuestro sentir, como estudiantes de Derecho, sobre qué es el Derecho, los principales problemas en su actuación, el papel de la Universidad en este contexto y el rol que le corresponde a un estudiante universitario en nuestro país. Como método de trabajo se decidió que fuera el Comité Directivo conjuntamente con dos miembros de la Revista, los encargados de presentar a la Asamblea de la misma, una propuesta escrita de reflexión que fuera posteriormente aprobada siempre que se considerase que lo que ella expresara era en sentimiento y la opinión de todos sus miembros. Asimismo, la comisión encargada de llevar a cabo esta tarea, creyó conveniente entrevistarse con algunos de los profesores de la Facultad a fin de recabar sus puntos de vista sobre los temas mencionados. Gracias a la disponibilidad y paciencia de los Drs. Jorge Avendaño, Aníbal Quiroga, Manuel de la Puente, Javier Neves, Armando Zollezzi, así como Beatriz Boza (ex miembro de Thémis) pudieron recoger valiosas e interesantes opiniones que sirvieron de apoyo para la reflexión que en esta página presentamos. A todos ellos, el más sincero agradecimiento por haber compartido con los redactores sus opiniones. Debemos mencionar que ninguna de las opiniones que Thémis presenta en la siguiente nota compromete a alguno de los entrevistados, sino solamente al grupo que conforma Thémis.*

Seguir estudios universitarios en el Perú es un privilegio; estudiar Derecho una aventura. Muchas son las ilusiones y las esperanzas que nos acompañan cuando ingresamos a la Facultad y muchas las preguntas que encontramos mientras estudiamos Derecho: su vigencia, su eficacia, su razón de ser, son algunas de ellas.

Ofrecer como estudiantes, en este espacio una definición que explique qué es el Derecho sería muy pretencioso y hasta arriesgado para nosotros todavía. Muchas teorías han intentado hacerlo desde diferentes ópticas pero ante sus respuestas preferimos mantenernos distantes. La idea de "ordenamiento normativo" tal vez sea la más sencilla y adecuada para nuestra tarea. Un ordenamiento que debe ser entendido desde sus fines: buscar regular la convivencia humana, haciéndola pacífica y evitando el conflicto social; dando también, los caminos de solución a los mismos, sin desconocer aquellos derechos mínimos que le reconoce a todas las personas por igual; constituye ésta la idea que sobre el Derecho tienen la mayoría de estudiantes, profesores y abogados. Sin duda, en un concepto como el anterior, se presenta implícita la justicia como fin.

Un elemento importante del Derecho y que no podemos dejar de lado es la coerción, entendida como la posibilidad de hacer efectivo el cumplimiento de la

norma, asegurando así su vigencia. Con la coerción se asegura que las posibles desviaciones que pudieran ocurrir entre los obligados a respetar y cumplir un ordenamiento vigente, no alteren la convivencia social y contribuyan a crear un clima de inestabilidad que atente contra los derechos de los demás y la ansiada paz social.

Hoy en el Perú, nos encontramos ante un ordenamiento que sigue los patrones de otros ordenamientos. Una suerte de "modelo" es el seguido y respetado por las normas y su aplicación. "Modelo" que consideramos contiene una fuerte pretensión positivista. Este "modelo occidental positivo", parece haber sido el elegido y el privilegiado en nuestro medio, convirtiéndolo en guía de nuestro actuar y en muchos casos, en método de enseñanza.

En este punto conviene detenernos un momento. Cualquiera sea el patrón elegido y por ende elevado a "modelo", no puede ser impuesto a ninguna realidad concreta sin tomar en cuenta las características de dicha realidad. Pues, quienes están llamados a aplicar el Derecho o velar por su vigencia, se enfrentarían a situaciones que no obtendrían una solución justa bajo los patrones exigidos o que, incluso, podrían escapar de ellos.

En el Perú, ocurre un evidente desfase entre Realidad y Ley, provocado por el desconocimiento y la distancia que existe entre una y otra. Puede ser que el modelo elegido sea incapaz de resolver los problemas que se le presentan y le exigen una respuesta inmediata. Puede ser por no haber hecho los ajustes necesarios o porque el legislador no ha sabido o no ha querido hacerlos. No somos nosotros quienes debemos precisar la razón pero sí, sumarnos a quienes desde diferentes tribunas lo vienen señalando con mayor conocimiento y estudio. Como estudiantes no podemos desconocer esta situación y pretender afirmar un ordenamiento que la sociedad cuestiona diariamente. Muestras de ello tenemos muchas, pero respuestas pocas, tal vez todavía ninguna.

Al mismo tiempo, nos movemos en un medio caracterizado por una impunidad absoluta. Los particulares podemos incumplir las normas con facilidad sin recibir sanción alguna. El Estado -llamado a dar el ejemplo y velar por el cumplimiento de las normas- desconoce, falta e incumple nuestro ordenamiento sin escrúpulos y ninguna consecuencia. Estamos acostumbrados ya a esta situación y hemos perdido la sensibilidad por alarmarnos o protestar ante faltas como éstas. Hay una modorra general que nos arrastra y nos impide tomar conciencia de ello. Debemos despertar, ser conscientes de nuestros problemas y plantear las modificaciones, ajustes o cambios que permitan solucionar esta situación, de lo contrario continuaremos dormitando, mientras muchos siguen sufriendo las injusticias que se producen diariamente.

Curiosamente, y a la vez que dormitamos, existe un excesivo apego a la formalidad de la ley, que no implica -necesariamente- la presencia de un contenido normativo justo. No hay una preocupación entre quienes ejercen o estudian Derecho, por la justicia y la bondad de las normas antes que por la finalidad. Quizás por ello, han surgido mecanismos espontáneos paralelos de administración efectiva de justicia antes que normas cargadas de legalidad. Esta es una verdad que muchos pretenden desconocer.

Necesitamos asumir nuestra realidad tal como es y no como quisiéramos que fuera. Vivimos en un territorio que no contiene aún una nación. No es un país homogéneo ni social ni culturalmente pero, sin embargo, nos atrevemos a dar juicios y exigir comportamientos como si lo fuésemos. El Derecho ha caído en este error. Debe ayudarse de otras disciplinas (sociología, antropología, economía, etc.) para conjuntamente

plantear las soluciones que sean necesarias. Así podremos salvar aquella equivocada soberbia que ha colocado al Derecho como una "categoría" con un poder tal, que le permite regir y solucionar problemas ajenos a él. Un trabajo conjunto, integral y coordinado, podrá aproximarnos con mayor seguridad a una respuesta correcta. Esta actitud integral que tiene mucho de interdisciplinaria debe también empezar desde nuestra formación en cualquier facultad de Derecho del país.

Frente a este panorama ¿cómo ser abogado? La respuesta no es sencilla aún cuando la sociedad y sus problemas exigen la presencia de hombres que estén dispuestos a velar por la justicia, la paz y especialmente, por sus derechos. Ser abogado implica asumir un servicio social hacia aquellos que lo requieran, desde la defensa de intereses privados, la administración pública, la investigación y, sobre todo, la docencia. Sin embargo, cualquiera sea la opción elegida, no puede desconocer la misión social que ella contiene.

Pensamos que todo abogado debe tener la convicción y la conciencia de cuál es la función del Derecho y cuál es el rol que le corresponde según la opción elegida. Es penoso observar la manera como se opta por posiciones mercantilistas o rentistas que contradicen los principios y fines del Derecho. No podemos aceptar el servicio personal y particular de Derecho hecho por el abogado hacia sí mismo. Estas actitudes se alejan de valores éticos y de la búsqueda de la justicia a pesar de ser consustanciales con la profesión.

Es cierto que no podemos aislar la profesión de la crisis de valores que padece nuestra sociedad, puesto que lamentablemente es también compartida con otras profesiones. Pero hemos llegado a un nivel tan absurdo e intolerable de descomposición que permite al abogado faltar a su ética profesional para servir al cliente, y al cliente, le permite plantear a su abogado exigencias que van también en dicha dirección. Sin duda, este es un reto para quienes aún estamos en las aulas universitarias que no podremos rehuir sino enfrentar con la limpieza e integridad que exige.

Debemos asumir que el reconocimiento de un derecho en el Perú, es oneroso. Son pocos quienes pueden satisfacer dichos costos y muchos lo que se ven obligados a contentarse con ser espectadores pasivos de las violaciones que padecen. Es un universo restringido el "respetado" y una inmensa mayoría la ajena a dicho "respeto" aún cuando la norma les reconozca una igualdad formal.



Atravesamos por momentos muy difíciles en el país, las normas no rigen, las instituciones son sentidas como entidades absolutamente ineficaces y ajenas a los problemas que están llamadas a resolver, no hay un interés político serio que busque aproximar el mundo formal al real, una crisis de valores, pero, además en este contexto, tenemos una curiosa respuesta de los abogados: el excesivo tecnicismo que los aleja aún más de su función como tales y ocasiona que los particulares aprecien al Derecho como un ente oscuro y misterioso.

Las Universidades tampoco escapan a esta situación. Muchas voces de indudable prestigio les exige un cambio de actitud. Una labor que fomente el diálogo en sus aulas y con el país. No hablamos entre nosotros y sin embargo, asumimos posiciones espectantes. Las propuestas serias por fomentar la reflexión y plantear nuevas alternativas de desarrollo universitario, son pasadas por alto aún cuando provienen de los propios profesores. Pareciera que falta decisión, ganas de actuar, de mejorar las cosas para bien.

Todo ello, se refleja de manera palpable en el estudiante. Se educa o mejor dicho, nos educamos en un mundo desvinculado con la Realidad y con una seguridad ciega de poder juzgarla y desenvolvernos en ella con entera libertad. El choque es fuerte y la frustración, a veces, mayor. Es también cierto que no reflexiona-

mos y que no somos concientes, muchas veces, de los límites y deficiencias de nuestro conocimiento. Puede ser responsabilidad estudiantil, pero, no puede negarse que la Universidad tiene que preocuparse por fomentar la reflexión y la crítica pues éstas aseguran el desarrollo de todo conocimiento humano. No podemos - como estudiantes de Derecho - seguir pensando que el Derecho es la "varita mágica" que en manos de cualquiera de nosotros podrá componer por sí mismo, todo problema futuro. Necesitamos asumir una visión más amplia, integramos coordinadamente con otras disciplinas para poder enriquecer nuestras ideas y poder emitir juicios más objetivos y seguramente, más cercanos a lo real.

Es preciso apreciar como la desconfianza y la falta de fe en el futuro crecen. Es penoso cómo renunciamos a nuestras responsabilidades como estudiantes frente al país y como pretendemos negar nuestra situación privilegiada de ser estudiantes universitarios; es momento de asumir una actitud madura y confianza en que todo nuestro trabajo, siempre que sea honesto, responsable y constante, valdrá la pena, pues sólo así, podremos cumplir con un reto que nos compete a todos: hacer del Perú un país justo y pacífico, donde los derechos de todos sean respetados, igualmente, por todos.

Pando, marzo 20 de 1990

# Derecho y Política

Juan Carlos Valdivia\*

Abogado

*"Política es Derecho in statu nascendi"*<sup>1</sup>

## 1 . Introducción

Antes de empezar el desarrollo de la relación entre Derecho y política, veamos con que noción de Derecho y con que noción de política vamos a tratar aquí, teniendo en cuenta la variedad de sentido de estas palabras, (variedad que hace hablar a algunos de "polisemia", "diseminación" o "explosión" de sentidos)<sup>2</sup>.

## 2 . Noción de Derecho

En lo que al Derecho se refiere, preferimos una noción que no intenta abarcar explícitamente todas las acepciones conocidas de esta palabra, pero las supone y puede conjugarse con ellas sin excluir sus sentidos ni sofocar la variedad de sus intereses.

Se trata de una noción puramente operativa que sólo pretende resaltar la naturaleza mediadora del Derecho, su carácter "entrelazante y heterónomo", como dice Mario Alzamora Valdez. "Heterónomo" quiere decir aquí que el Derecho no tiene una esencia original, que no se constituye autónomamente. Es un compuesto de tres elementos que pertenecen a órdenes diferentes y sin embargo se "entrelazan" alrededor de uno de ellos: las **normas** jurídicas. Las cuales sirven de nexo entre **conductas** que se quieren regular (coactiva o coercitivamente) y **valores** que se pretende alcanzar mediante esa regulación.

Esto significa que el Derecho surge cuando una voluntad política preexiste e interviene desde el momento en que informa a la sociedad que se constituye y se da un régimen, es decir, determina su orden<sup>3</sup>, teniendo en cuenta ciertos fines considerados como valores. En suma, el Derecho puede ser considerado como una relación entre conductas y valores, o, como

veremos, entre ética y política.

Por su carácter operativo, la noción que acabamos de proponer no contradice ni empobrece la idea de Derecho, como dijimos. Lejos de excluirlas, se armoniza con sus acepciones más conocidas, pudiéndose constituir en una especie de vía de acceso o llave maestra para aclararlas.

Así, por ejemplo, con la aceptación de Derecho como "sistema estructurado de normas y principios"<sup>4</sup>; con la noción de Derecho en sentido **objetivo**, como conjunto de normas coactivas relativamente autónomas; con la noción de Derecho en sentido **subjetivo**, como "interés jurídicamente protegido"; con la noción de Derecho en sentido **positivo**, como normas exclusivamente humanas constituidas a través de otras que determinan su modo de creación, etc.

## 3 . Nociones de política

En cuanto a la noción de política, se puede adoptar la definición clásica, según su objeto o finalidad ideal (la noción **platónica**): **el arte de gobernar dictando normas con fines de construcción social o promoción de los intereses de una comunidad**; noción que, con otras formulaciones, pero idénticas a ésta en lo esencial, ha sido aceptada hasta volverse de sentido común, o casi<sup>5</sup>.

Sin embargo, con todo lo legítima que pueda ser esta definición, no agota el fenómeno de la política **realmente existente**. No comprende, por ejemplo, la actividad de los grupos que luchan competitivamente por el poder y los cargos públicos; actividad que, según el analista norteamericano Anthony Downs, es tan inseparable de la política democrática que al lado de

\* Actual profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna de la que ha sido Decano encargado durante 2 años

1. "Politique, Droit, Raison". Recueil d'Etudes H.A. Scharf - Liebermann Wahlendorf.

2. Seminario sobre "Norma y ley" (Universidad de París I, 1979)

3. "Le droit d'aujourd'hui"

Julian Freund.

4. "El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho" Marcial Rubio Correa

5. En este sentido clásico (platónico aristotélico) se dice que política "es la actividad que se ocupa de organizar, jerarquizar y gobernar la polis" (Enrique Neira), y por extensión de este mismo sentido se habla de "política familiar", "política universitaria", etc., etc.

ella la función social se cumple, podríamos decir, incidentalmente<sup>6</sup>

Acá se trata de considerar en la noción de política la actividad efectiva de los partidos, de los políticos mismos y de su "objetivo principal" que, como dice Downs, "consiste en ser elegidos". Es a partir de esta actividad que la política ha sido definida en otras formas, por ejemplo como "relación de fuerzas": como "prolongación silenciosa de la guerra", "como perennización o eternización del antagonismo"<sup>7</sup>, y algunas otras más duras o sarcásticas:

CARL SCHMITT: "La guerra no es el objetivo ni el contenido de la política sino su premisa siempre presente".

BERTRAND  
RUSSELL:

"La codicia, la rivalidad, la vanidad y el amor al poder son, después de los instintos básicos, los principales motores de todo cuanto ocurre en política".

E.M. CIORAN : "La política: baja tentación prometéica, ¿qué es sino un desequilibrio permanente, exasperado, la maldición por excelencia de un simio megalómano?"

QUINO : "La política es una de las tantas malas palabras que se escriben con 'p'".

E. IONESCO: "Jamás he creído que la política pueda resolver nada. En mi opinión la política es un divertimento trágico que no ha aportado nada a la humanidad"

NORMAN  
MAILER :

"Los políticos no se interesan en los problemas políticos, son actores"

Estas opiniones no se entienden con la definición clásica de política, también insuficiente para explicar la imagen social respecto de los políticos y a ellos mismos. Por otro lado, ¿cómo explicar las metáforas

bélicas del lenguaje político ("campaña", "estrategia", "táctica", "militancia", "vanguardia", "alianza", "frente", etc.) con esa definición?

Consideramos la política en sentido **clásico** ("arte de gobernar...") y en sentido **positivo** (relación de fuerzas con objetivos de poder). En cualquier caso, el poder resalta como el problema esencial de la política, ya sea para alcanzarlo o mantenerlo. El poder considerado en sentido jurídico político: como un encargo, un mandato, una potestad externa (POTESTAS); como en sentido ético: la capacidad intrínseca de afectar y ser afectado, dentro o más allá de la política y el Derecho (POTENTIA).

#### 4 . Relación entre Derecho y Política

Con las aclaraciones anteriores, iniciamos el comentario de la relación entre Derecho y Política, examinando la dimensión normativa del Derecho, atendiendo a que sus otras dimensiones (conductas y valores, ética y política) no son consideradas universalmente como inherentes al Derecho.

Aceptando como hipótesis que el Derecho es básicamente normativo, un examen aunque sea ligero del vocablo norma nos revela inmediatamente su carácter mediador, su esencia instrumental, su naturaleza de utensilio, de útil, es decir, de medio para un fin. No hay que olvidar que el concepto de norma o regla resulta de la aplicación de la idea de instrumento, que sólo tenía inicialmente un sentido físico, el de un modelo, molde o referente que servía para medir, comparar, etc. (una escuadra, una regla, una plomada). Sentido que después se aplicó por extensión a otro tipo de realidades, no físicas, a partir de la intuición evidente que esas realidades (las normas de conducta), a pesar de su textura síquica, también tenían una naturaleza esencialmente instrumental; servían para algo, eran medio para algo, es decir, no tenían un fin en sí mismas.

En consecuencia, sólo se pueden concebir las normas en relación a conductas que intentan regular, y sólo se puede concebir la voluntad de regir conductas en vista del logro de ciertos valores, sin lo cual esas normas carecerían de sentido. En efecto, ¿qué sentido tendría una norma que no intente regular conducta y carezca de fin alguno?

##### 4.1. Primera relación: regir conductas

Tanto en las normas jurídicas como en la política

6. "Teoría Económica de la Democracia" ("25 lecturas sobre la libertad") Anthony Downs.

7. Según la inversión que Michel Foucault hace del aforismo de Clausewitz: "La guerra es la continuación de la política con otros medios".

se trata de lo mismo; regular o dirigir la conducta social hacia determinados fines.

Tan estrecha es esta relación que Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico, define significativamente la política fundiéndola con el Derecho: "Política es el arte de gobernar (...) distando leyes y haciéndolas cumplir, promoviendo el bien público y remediando las necesidades de los ciudadanos y habitantes de un país". A partir de esta definición se puede comprender que se dice que "política es Derecho *in statu nascendi*"<sup>8</sup>

## 4.2. Segunda relación: caracter político de Derecho

Si pensamos en la definición de Cabanellas podemos notar que la relación entre Derecho y Política es más estrecha aún. Según ella la Política implica esencialmente el acto de gobernar, y gobernar no sólo es dictar leyes sino también hacerlas cumplir. Por eso se define el gobierno como "el centro del poder último en la respectiva sociedad, es decir, que puede obligar a todos los demás grupos a acatar sus decisiones, mientras que estos a su vez no pueden coaccionarlo". (Downs)<sup>9</sup>.

En este punto la política se fusiona con el Derecho en la común posibilidad de hacer cumplir sus disposiciones por la fuerza. El derecho se diferencia de los demás sistemas normativos en esto precisamente: el carácter coactivo de sus normas. ("No matar" es una norma religiosa, no jurídica, no tiene fuerza coactiva; pero el Artículo 289 del Código Penal, que prescribe pena de muerte para el caso de traición a la patria, sí la tiene por eso es una norma jurídica).

Ya no se trata solamente de regular conducta s normativamente o de gobernar dictando leyes, sino, en ambos casos, de algo más: hacer uso legítimo de la fuerza. Y quien dice fuerza dice poder, esto es, el objeto y la cuestión esencial de la política, y simultáneamente la característica específica de las normas jurídicas. Ahora podemos comprender a Ihering: "la fuerza sin el Derecho puede existir tranquilamente,

pero el Derecho sin la fuerza no tiene ningún sentido" <sup>10</sup>.

Se trata de interpenetración, imbricación y hasta fusión práctica del orden político y del orden del Derecho. Si política es arte de gobernar dictando y haciendo cumplir leyes, hablemos no sólo de "relación" entre Derecho y Política, sino del carácter político del Derecho.

Este carácter no sólo se manifiesta en el hecho de que las normas jurídicas regulan conductas a partir de una voluntad política y tienen fuerza coactiva, en el hecho de que ante la ley se trata de obedecer y no otra cosa, en su carácter obligatorio o imperativo, o porque el legislador tiene potestad para establecer sanciones, o el juez disponer el recurso de la fuerza para hacerlas cumplir, o porque los organismos a los que pertenecen éstos últimos se llaman y son precisamente poderes (Legislativo, Judicial). Hay otras razones que muestran también esa interpenetración: una tiene que ver con los orígenes históricos del Derecho y otra con el papel de la razón en la relación que nos ocupa.

## 4.3 Tercera relación: caracter histórico del Derecho

En el primer caso, basta con reflexionar en las circunstancias concretas e inclusive anecdóticas de la creación de nuestra Carta Fundamental, la Constitución actual; por ejemplo, el peso específico de la participación y la actividad de las fuerzas políticas en la Asamblea Constituyente; el papel de las "relaciones de fuerza" en la gestación de la Constitución.

Así como nadie puede negar el predominio de ciertos grupos políticos en dicha Constituyente y, consecuentemente, en el contenido de la Constitución, así tampoco se puede negar el rol de la política y el poder en el Derecho. La situación peruana no es una excepción, sino la regla.

Basta mencionar el caso paradigmático del origen del Derecho en Roma, o el del Estado y Derecho modernos en la Europa Occidental, o el papel del poder en la elaboración de las grandes codificaciones históricas, como la de Justiniano, o la de Napoleón, etc. (Entre paréntesis, tengo como muy sugestiva la reflexión sobre el papel jurídico de estos personajes -según

8. "Politique, Droit, Raison". Recueil d'Etudes H. A. Scharz-Liebermann

9. Pero hay que aclarar que "centro del poder" no es exactamente lo mismo que "todo el poder". El poder es "microfísico": está instalado en las relaciones sociales, en el discurso, en la conciencia, en el saber, en las instituciones, en las desigualdades, en el lenguaje, en los cuerpos. Lo intuyen los que sentencian que todo es política; pero aumentan la confusión cuando no aclaran el sentido en que usan ese vocablo.

10. "El fin en el Derecho", Rudolf von Ihering.

la noción de Derecho que se utiliza aquí, su obra ético-política: en suma, su poder específico).

#### 4.4. Cuarta relación: el papel de la razón

En cuanto a los fines de la política y el Derecho hay que señalar una última relación, cuyo problema puede ser planteado así: "¿El Derecho pertenece a la razón del imperio o al imperio de la razón?"

Si el Derecho debiera pertenecer a la razón del poder, de la política como relación de fuerza pura-, la vida jurídica se reduciría a la **ley de la jungla**, a una pura superioridad de hecho, a una función de poder puro, cuyo vicio es paradójicamente la fragilidad, la inestabilidad, su carácter efímero y precario; sin el elemento de duración, continuidad y estabilidad que requiere el Derecho para ser tal. En todo caso, el Derecho perdería su carácter **mediador**: el de dar forma tanto a la voluntad política que se ordena al interior de un ré-

gimen o constitución, como a los valores delante de los cuales hace responsables a los individuos.

El Derecho y los actos del poder deben reposar en el argumento, en la discusión, en el debate, en la objetivación de criterios, en el convencimiento previo, y todo ello en juicios de valor, es decir en un acto de razón, de lógica, (lógica implica no contradicción de inferencias: coherencia). Por eso se sostiene, con razón, que el Derecho es una **lógica de valores**. Y también la política, pues, ambos buscan el interés de la **polis**, la construcción social, la salud de la comunidad, esencial punto de fusión entre política y Derecho.

El Derecho no puede apoyarse o asentarse sólo en el poder de la fuerza, porque la fuerza por sí sola no ofrece ningún apoyo, ningún asiento seguro. Alguien lo dijo claramente: "Con las bayonetas se puede hacer cualquier cosa, menos sentarse en ellas".



# Los derechos y las garantías constitucionales: Balance de su desarrollo y vigencia en diez años de régimen constitucional\*

Francisco José Eguiguren Praeli  
*Profesor de Derecho Constitucional de  
la Facultad de Derecho de la PUC*

El tratamiento amplio, progresista e integral que la Constitución Peruana de 1979 brinda a los derechos fundamentales de la persona, ha sido indiscutiblemente el aspecto de la Carta que mayores elogios y entusiasmos ha suscitado dentro y fuera del país. De allí que se haya destacado la ambiciosa y positiva relación de derechos individuales, sociales, económicos, políticos y culturales contenidos en el texto constitucional, propios de una auténtica democracia avanzada.

Pero sería ingenuo creer que la sola inclusión de estos importantes derechos en el texto de la Carta, basta para convertirlos en reales de la noche a la mañana. También sería un error esperar que la aplicación de la Constitución resulte suficiente para tornarnos en una democracia avanzada, superando definitivamente el autoritarismo y la inestabilidad política, la desigualdad social, la miseria, el subdesarrollo y la carencia de recursos del Estado; problemas y situaciones de injusticia que por tanto tiempo han caracterizado a la sociedad peruana.

De modo que al evaluar los avances y limitaciones en materia de la vigencia y protección de los derechos humanos, en diez años de aplicación de la Carta del 79, debemos tener presente que el desarrollo de toda constitución está sometido a los condicionamientos de orden político, social y económico de la sociedad en que se desenvuelve. Es así que a los factores estructurales que tornaban bastante lejana la concreción de un régimen de vigencia de los derechos ciudadanos propio de las democracias avanzadas, se han sumado dos elementos particularmente graves en este período: la aguda crisis económica y la subversión armada, esta última con su secuela de violencia política,

ca, represión y estados de emergencia prolongados.

## 1.- El relativo avance de los derechos políticos

Quizás el más importante logro ha sido la continuidad del orden constitucional y de dos gobiernos emanados del sufragio popular. La verificación en estos diez años de dos elecciones presidenciales y parlamentarias (1980 y 85) y de cuatro elecciones municipales a nivel nacional (1980, 83, 86 y 89), viene siendo complementada con la elección y conformación progresiva de los gobiernos regionales, y con las elecciones generales de abril del 90, que permitirán la instauración consecutiva de un tercer gobierno surgido de elecciones democráticas. A ello hay que sumar la democratización pluralista del espectro político, donde las distintas fuerzas y tendencias ideológicas han gozado de legalidad y significativa libertad de acción, salvo quienes se han autoexcluido al optar por la lucha armada.

Otro aspecto positivo del período ha sido la vigencia de una amplia libertad de prensa, producto de la desaparición del control casi monopólico y de la interferencia gubernamental ejercida sobre los medios de comunicación social durante el régimen militar, así como de la apertura política derivada del surgimiento de nuevos diarios y órganos de prensa vinculados a diversos sectores ideológicos, políticos y económicos. Ello no puede llevar a desconocer que la gran mayoría de los principales medios de comunicación escrita, de radio y televisión se encuentran claramente vinculados e identificados con los intereses de los grupos económicos dominantes y los sectores políticos conservadores. Asimismo, los medios de comunicación que son propiedad del Estado continúan utilizándose como canales de propaganda al servicio del partido gobernante, sin permitir el acceso a los diversos sectores políticos y sociales del país, pese a que ello es postulado por la

---

El presente trabajo forma parte de un ensayo más amplio, destinado a analizar estos diez años de régimen constitucional, sus logros, limitaciones y perspectivas; el mismo que será publicado en la Revista "DERECHO" No. 43 a editarse este año.

Constitución.

De otro lado, en este período también se han hecho evidentes las limitaciones de este modelo restringido e insuficiente de democracia representativa en exceso formal, basado exclusivamente en el ejercicio periódico del sufragio en procesos destinados a la elección de gobernantes, representantes o autoridades; pero desprovisto de mecanismos de participación popular en la toma de decisiones política gubernamentales y de canales institucionales a través de los cuales se expresen y reciben las demandas de las organizaciones populares.

Durante los últimos años han surgido numerosas experiencias de organización popular autónoma, tales como los clubes de madres (comités del vaso de leche, comedores populares) comités barriales, rondas campesinas, etc. Se trata de instancias asociativas mediante las que los sectores sociales más pobres han procurado afrontar sus necesidades en materia de alimentación, habitación urbana, obtención de servicios, trabajo y seguridad; frente a la desatención de las políticas y autoridades estatales, los estragos de la crisis económica y la violencia. Sin duda que estas organizaciones —a menudo ignoradas, combatidas o víctimas de los intentos de manipulación gubernamental o partidaria— son expresión auténtica de una convicción popular democrática y solidaria, que busca ensanchar los estrechos límites de la participación exclusivamente electoral. Dentro de la imprescindible y aún pendiente tarea de democratización del Estado e impulso a la participación popular en el proceso de toma de decisiones políticas gubernativas, estas organizaciones constituyen un componente indispensable para superar las limitaciones del modelo representativo vigente.

## 2.- La vida, la libertad e integridad personal, los derechos más vulnerados

La violencia desatada por la acción terrorista y la lucha armada subversiva, así como la respuesta represiva del Estado, nos han arrastrado a una situación inédita de violencia y muerte. El derecho a la vida viene siendo vulnerado tanto por la acción cruel y equivocada de quienes absurdamente creen que destruyendo y matando mejorarán nuestro país, como también por los no pocos excesos represivos de las fuerzas del orden, la mayoría de los cuales permanecen sin sanción ni voluntad de enmienda.

En estos diez años de régimen constitucional, la

acción subversiva y la respuesta represiva han producido más de 15 mil muertos. Entre 1980 y 1988, según diversos estudios, las víctimas de la violencia política fueron aproximadamente 12 mil, conforme se aprecia en el cuadro comparativo siguiente:<sup>1</sup>

### CUADRO COMPARATIVO SOBRE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA POLITICA POR SECTOR (1980-88) SEGUN EL MINISTERIO DE DEFENSA, LA COMISION ESPECIAL DEL SENADO SOBRE VIOLENCIA Y PACIFICACION Y DESCO.

Sector	M. de Defensa(*)	Com. del Sen.	DESCO
FF. PP.	426	849(**)	566
FF. AA.	138	**	
292			
Civiles	4,179	4,936	5,161
Subversivos	4,489	6,828	5,292
TOTAL	9,232	12,613	11,311

(\*) Las cifras del M. de Defensa son hasta el 22 de junio de 1988.

(\*\*) La Com. del Senado utiliza la clasificación "Fuerzas del Orden", que involucra a las víctimas de las FF. PP. y FF. AA.

FUENTE: "Violencia política en el Perú 1980-1988". DESCO (1989); Tomo I, pág. 44.

Lo más alarmante es que sólo en el año 1989 se produjeron 3,198 nuevas víctimas, lo que elevó el saldo de muertos a casi 16 mil y convirtió a este último año en el más violento de la década. Según el informe sobre el año 1989 recientemente publicado por la Comisión Especial del Senado<sup>2</sup>, que preside el senador Enrique Bernalde, de estos 3,198 muertos 348 correspondieron a las fuerzas del orden, 1,450 eran civiles, 1,251 presuntos subversivos y 149 producto del narcotráfico; todo ello ha llevado a que en 1989 mueran un promedio de 9 personas cada día por efecto de la violencia política.

1. Cfr. DESCO: "Violencia política en el Perú 1980-1988". 1989; 2 tomos, 1,080 págs. y Comisión Especial del Senado sobre causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú"; "Violencia y pacificación", informe publicado por DESCO y la CAJ (1989); 416 págs.

2. Cfr. "La violencia en el Perú": informe 1989 de la Comisión Esp. del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú". (Feb. de 1990); p. 15.

La situación tampoco ha resultado nada alentadora en el caso del derecho a la libertad e integridad personal. De acuerdo al art. 20. inciso 20-g) de la Constitución, las personas sólo pueden ser detenidas por la policía en cumplimiento de una orden judicial o en caso de ser capturadas en flagrante delito, debiendo ser puestas a disposición del juez o en libertad, según corresponda, dentro de las 24 horas de producida la detención. Sin embargo, pese a esta restricción constitucional, las autoridades policiales han proseguido recurriendo con exagerada frecuencia a efectuar detenciones por causas distintas a las previstas en la Constitución, tales como la captura de presuntos sospechosos o con fines investigatorios, la detención de personas indocumentadas, la realización de "redadas", etc.

Es de lamentar que las autoridades judiciales, al conocer de casos donde se han cuestionado éstas detenciones arbitrarias, hayan optado mayoritariamente por el inconveniente criterio de admitir como válida cualquier detención policial—sin interesarse por evaluar la causa que la motiva—a condición de que ésta no exceda de 24 horas. Este comportamiento, sin duda impropio del papel protector de los derechos de la persona y de la Constitución que debe corresponder a la judicatura, ha contribuido a la continuidad de esta inadecuada conducta policial, así como a convalidar detenciones carentes de la necesaria racionalidad que debe exigirse para justificar la privación de la libertad.

La vigencia prolongada del estado de emergencia en amplias y diversas zonas del país, ha favorecido estas conductas antidemocráticas, colocando a la población—especialmente a los más pobres— en una constante tensión y amenaza para su vida, libertad e integridad personal. Recuérdese, por ejemplo, que localidades de los departamentos de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica se mantienen como zona de emergencia desde fines de 1981, estando sujetas a control de la Fuerza Armada desde diciembre del 82. Esta situación de marcada presencia policial y militar, se ha extendido a otros lugares en los últimos años, como Huancayo, Pasco, Puno, San Martín y Huánuco; produciéndose simultáneamente la desaparición de la mayor parte de las autoridades políticas y judiciales, a consecuencia de las amenazas y asesinatos perpetrados por los grupos subversivos. Y, sin ir muy lejos, no debe olvidarse que Lima y Callao fueron declarados en estado de emergencia desde febrero del 86.

Esta vigencia prolongada del estado de emergencia genera innumerables problemas sociales y jurídicos,

pues los derechos fundamentales de las personas sufren frecuentes violaciones y restricciones arbitrarias, con mayor gravedad en las zonas donde la acción subversiva y la presencia militar y policial son más intensas. La actuación protectora de los derechos humanos por parte de las autoridades del Ministerio Público y el Poder Judicial ha resultado en dichos lugares virtualmente inexistente, ya sea porque estos cargos están vacantes o debido a la situación de precariedad y orfandad en que se hallan dichas autoridades.

Sin embargo, no pueden soslayarse muchos casos de indiferencia o complacencia de las autoridades judiciales frente a excesos represivos, en circunstancias donde no cabe hablar de imposibilidad material para actuar. Por ello la jurisprudencia ha adoptado mayoritariamente la interpretación simplista según la cual durante el estado de emergencia quedan suspendidos el hábeas corpus y el amparo para proteger y defender los derechos incursos en el régimen de excepción, no importando la causa que motiva la actuación o restricción impuestas por las fuerzas del orden. Son contados y destacables los casos de resoluciones judiciales que han asumido un papel fiscalizador y protector, realizando el examen de la razonabilidad y motivación que deben servir de sustento para la afectación válida de los derechos y libertades de los ciudadanos, corrigiendo y reparando las arbitrariedades en que puedan haber incurrido las autoridades encargadas de la lucha antisubversiva y del control del orden público.

Sería muy importante que esta conducta vigilante de protección y defensa de los derechos humanos sea asumida e imitada por la mayoría de magistrados y de la jurisprudencia, lo cual no sólo demanda gran valor y entereza personal, sino también una actitud firme de las más altas instancias del Ministerio Público y el Poder Judicial, exigiendo el respeto que corresponde a la autoridad y funciones propias de estos órganos, así como brindando el debido respaldo a los miembros de sus instituciones comprometidos en esta noble causa.

### 3. La ausencia de desarrollo de los derechos económicos y sociales

Si bien se puede decir que la profunda crisis económica que viene sufriendo el país, derivada en gran parte de las desacertadas políticas económicas impulsadas por los dos gobiernos de esta década, ha impedido al Estado destinar recursos importantes para atender servicios esenciales de la población, lo cierto es que no ha existido en los gobiernos una voluntad

política resuelta a adoptar medidas que permitan avances significativos en la satisfacción de los derechos económicos y sociales contemplados en la Carta. Incluso puede afirmarse que si muchos de esos derechos aparecían como meras aspiraciones bastante alejadas de la realidad cuando entró en vigencia la Constitución, al cabo de estos años dicha distancia se ha acrecentado, como se constata fácilmente al verificar el dramático deterioro en los niveles de alimentación, acceso a la salud, la vivienda, el trabajo o la remuneración justa, que afronta la mayoría de peruanos.

Muchos de los derechos reconocidos en la Constitución cuyo desarrollo y precisión había quedado supeditado al dictado de leyes regulatorias (especialmente en el campo del trabajo) permanecen todavía pendientes de normación por la morosidad o el desinterés de los gobiernos y sus mayorías. Más desalentador aún resulta constatar que las normas de tipo programático previstas en la Carta, en aspectos fundamentales como la promoción del empleo, la salud, la vivienda, la alimentación o las remuneraciones; no sólo han sido ignoradas por las políticas gubernamentales sino que muchas veces han resultado notoriamente vulneradas por decisiones de efecto regresivo en estos campos.

La efectiva vigencia de la propiedad en nuestro país, por ejemplo, implica realizar transformaciones que democratizen el acceso y disfrute de este derecho para todos los ciudadanos, antes que restringirlo a la defensa de los privilegios patrimoniales de que disfrutaban unos pocos. En tal sentido resultan positivos los procesos de reconocimiento de asentamientos humanos populares y otorgamiento de títulos de propiedad a los pobladores sobre las viviendas que ocupan (acciones desplegadas principalmente a través de la gestión municipal de Izquierda Unida y el APRA) pero se trata de actos que conllevan "legalizar" situaciones de hecho pre-existentes. Y ello, aunque importante, resulta insuficiente si se deja de lado la aplicación de modificaciones de la actividad productiva, y en la vocación y la estructura del Estado; medidas que deben permitir a las mayorías nacionales la mejor satisfacción de los derechos económicos y sociales plasmados en la Carta, los que hasta la fecha permanecen tan sólo como una promesa, a ratos cada vez más lejana de cumplirse.

#### **4. La vigencia y eficacia de las garantías constitucionales**

##### **4.1 Habeas Corpus: Si algo caracterizó al Habeas**

Corpus en el Perú, fue su escasa utilización y virtual ineficacia, en gran medida debido a la existencia prolongada de gobiernos de facto y regímenes de excepción, que suspendieron la vigencia de las garantías constitucionales, así como a la significativa sumisión del aparato judicial frente a quienes detentaban el poder político.

Es así que Domingo García Belaúnde<sup>3</sup>, luego de rigurosos estudios para identificar y analizar las resoluciones dictadas y publicadas en la país en materia de Habeas Corpus, señala que entre 1933 (fecha de entrada en vigencia de la anterior Constitución) y 1970 se produjeron 182 de estas acciones, principalmente en defensa de la libertad individual y el derecho de propiedad, y en segundo orden por la libertad de trabajo y recursos interpuestos contra los municipios. Asimismo, para un período más amplio comprendido entre 1898 (desde la aplicación de la primera ley de Habeas Corpus dictada en 1977) y 1973, consigna un total de 264 resoluciones, que son aquellas de cuya existencia se tiene evidencia.

La primera conclusión que cabe hacer de la aplicación del Habeas Corpus en estos diez años de regímenes constitucional, en especial desde la vigencia de la ley 23506 de diciembre del 82, es que su utilización se ha acrecentado grandemente en comparación con el período anterior, sin duda debido a la continuidad democrática, al avance en la institucionalidad constitucional y a la mayor difusión de esta acción. En efecto, de acuerdo a la investigación que hemos realizado<sup>4</sup>, entre enero del 83 y diciembre del 87 se resolvieron y publicaron en el diario oficial 1,039 acciones de Habeas Corpus. Sin embargo, asistimos desde 1986 a un pronunciado y continuo decrecimiento en el número de acciones interpuestas, lo que puede explicarse en parte por la vigencia prolongada desde entonces del estado de emergencia en diversas zonas del país, pero pensamos que principalmente responde al desaliento en la ciudadanía ante el escaso éxito judicial que han alcanzado las acciones, pues mientras en 1983 fueron declaradas "fundadas" el 24.3% de las acciones, este porcentaje ha caído fuerte e ininterrumpidamente hasta llegar al insignificante 3.6% en 1987. En el cuadro siguiente, podemos apreciar las constataciones que venimos comentando:

3. Cf. GARCIA BELAUNDE, Domingo: "El habeas corpus interpretado". PUC (1971); 443 pags. Y "El habeas corpus en el Perú". UNMSM (1979); 235 pags.

4. Investigación "Libertad individual e integridad personal en los ámbitos policial, judicial y familiar"; elaborada por FRANCISCO EGUIGUREN, WALTER ALBAN Y SAMUEL ABAD. APER. Informe final (enero 89); 420 pags.

**ACCIONES DE HABEAS CORPUS RESUELTAS  
Y PUBLICADAS  
(1-1-83 al 31-12-87)**

AÑO	No. DE ACC RESOL.	"FUNDADAS"	PORCENTAJE
1983	111	27	24.3%
1984	287	27	9.4%
1985	288	22	7.6%
1986	244	12	4.9%
1987	109	4	3.6%
<b>TOTAL</b>	<b>1,039</b>	<b>92</b>	<b>8.8%</b>

FUENTE: Investigación citada; datos elaborados en base a las resoluciones publicadas en el diario "El Peruano".

Del total de las acciones de Habeas Corpus, la gran mayoría de estas fueron interpuestas para cuestionar supuestas detenciones arbitrarias (casi el 70%), pudiendo apreciarse que sobre 721 causas que alegaron dicha violación de la libertad personal, en el año 83 se declararon "fundadas" 20 acciones, en el 84 fueron 17, en el 85 prosperaron 16, en el 86 fueron 8 y en el 87 sólo 2 acciones; lo que determina un promedio global del 8.7% de resoluciones judiciales que finalmente declararon "fundadas" la acción interpuesta, aunque no debe dejar de advertirse que el porcentaje de éxito ha decrecido drásticamente cada año. No puede descartarse que muchas acciones haya sido interpuestas sin fundamento o que el derecho haya sido restablecido en el curso del proceso. Sin embargo, nuestra investigación ha constatado que muchas de las resoluciones judiciales que declararon improcedentes las acciones dejaron de efectuar el necesario control o examen del fundamento causal o racional de la detención, limitándose a evaluar el plazo de duración de la misma o a admitir pasivamente la manifestación policial. Es así que muchas detenciones arbitrarias han quedado convalidadas por la poca sensibilidad judicial evidenciada en la protección de la libertad personal tan frecuentemente vulnerada.

Finalmente, cabe tener presente que el número de acciones de Habeas Corpus interpuestas es ostensiblemente bajo, si se le compara con la elevada cifra de detenciones arbitrarias que se producen cotidianamente, las cuales tienen este carácter por no ajustarse -en rigor- a la causales previstas en la Constitución o por carecer de un fundamento razonable que las justifique. Ello implicaría que, por lo general, los casos de detención encuentran una solución extra-judicial, pues la persona recobra su libertad por acción de la propia

policía, ya sea luego de efectuar ésta una sumaria calificación, o debido a gestiones de los familiares del detenido que logran el apoyo de personas influyentes o de autoridades; en otros casos, la libertad es dispuesta por el Ministerio Público, al constatar que el hecho alegado no constituye delito o se carece de evidencias suficientes para la detención. No deben descartarse, además, casos frecuentes donde la liberación, sea en la etapa policial o judicial, se consigue a cambio del pago de dinero, ya sea por ofrecimiento del interesado o ante la demanda de algunas autoridades o funcionarios.

Pareciera que la interposición del Habeas Corpus (normalmente a sugerencias del abogado) sólo se intenta cuando, por la naturaleza del caso o de la persona detenida, se tiene escasa confianza en el éxito de las gestiones informales para obtener la libertad; o después de haber realizado éstas sin resultado favorable. El Habeas Corpus sería así una suerte de último recurso, al que mayormente sólo se acude a falta o ante el fracaso de otras soluciones, pues el escaso porcentaje de posibilidades de éxito judicial que alcanzan estas acciones -más aún durante la vigencia del estado de emergencia- no incentiva su utilización pese a la frecuencia en que la realidad lo haría exigible.

**4.2 Amparo:** En cuanto a la acción de amparo, considero que su desenvolvimiento ha seguido un proceso distinto al Habeas Corpus. Pueden distinguirse dos grandes momentos en la jurisprudencia surgida de esta acción y la evaluación de la eficacia del amparo. El primero, gruesamente, comprende el período de 1983 (desde la vigencia de la ley 23506) hasta fines del 86 o medianos del 87; el segundo puede decirse que se inicia con el intento del gobierno aprista de estatizar el sistema bancario y financiero, en el segundo semestre del 87, continuando hasta la actualidad aunque con la importante modificación producida en esta acción con la ley 25011 de febrero del 89.

En el primer período, entre enero de 1983 a diciembre del 86, de acuerdo a una investigación realizada por Marcial Rubio, Francisco Eguiguren y Samuel Abad<sup>5</sup>, se resolvieron 1,832 acciones de amparo (publicadas en el diario oficial "El Peruano") de las cuales una gran mayoría, por lo menos el 60% de ellas, fueron interpuestas contra sentencias dictadas en pro-

5. RUBIO Marcial, EGUIGUREN Francisco y ABAD Samuel: "Evaluación de cuatro años de habeas corpus y amparo en el Perú: 1983-1986" estudio (pendiente de publicación) realizado por los autores como ampliación y desarrollo de un informe anterior elaborado en 1986 para APEP, sobre el período 1983-85



cesos judiciales, lo que en buena medida conlleva trasladar el amparo procedimientos seguidos previamente entre particulares ante sede judicial, con la intención de lograr en esta vía una decisión que permita subsanar algún vicio cometido en el juicio, dictar un nuevo fallo o impedir el cumplimiento de la resolución cuestionada.

El derecho de propiedad se ubica en segundo orden de importancia cuantitativa, pues fue expresamente invocado en 86 acciones (4,7%); en tercer lugar cabría hablar de derechos de tipo laboral, que en conjunto suman unos 115 casos, la mayoría de ellos referidos a beneficios sociales y derecho al trabajo, así como a la estabilidad en el empleo, apareciendo en menor medida casos de sindicalización, huelga o negociación colectiva.

Dicha investigación, además permite apreciar otros dos aspectos muy importantes:

En 1,105 de los casos, es decir el 60% de las 1,832 acciones analizadas, la resolución (publicada) que pone fin al proceso ni siquiera permite determinar cuál fue el derecho supuestamente vulnerado invocado en la demanda y, normalmente, tampoco los fundamentos jurídicos que sustentan al fallo. Con esta lamentable práctica judicial, por lo general apreciada en las sentencias de la Corte Suprema o cortes superiores, se incumple el propósito esencial que se perseguía cuando la ley 23506 dispuso la publicación obligatoria de estas sentencias, que no era otro que difundir los criterios de interpretación y motivación adoptados por los tribunales acerca de los alcances de los derechos constitucionales, asignando a la jurisprudencia un rol esclarecedor y pedagógico del que en gran medida ha carecido por directa responsabilidad de las autoridades judiciales.

Puede concluirse, sin embargo, que muchos de estos casos donde el derecho o la pretensión no aparecen determinados en la sentencia, corresponden a acciones de amparo contra resoluciones judiciales, por ser jueces y magistrados a quienes se sindicó como demandados.

— Los niveles de éxito judicial alcanzados en las acciones de amparo fueron desde un principio muy bajos y se mantuvieron sin mayor alteración porcentual en el período, a diferencia del Habeas Corpus donde incluso se observa una marcada tendencia decreciente en el número de causas resueltas en favor del accionan-

te. En el amparo, de las 1,832 acciones de los cuatro años, sólo 123 (es decir el 6.7%) fueron declaradas "fundadas"; si a ello sumamos 36 casos donde el TGC caso resoluciones denegatorias del amparo dictadas por la Corte Suprema, el promedio de éxito judicial logrado en estas acciones se eleva tan sólo al 8.6%. La eficacia del amparo fue entonces realmente escasa, sin que deba descartarse que de esta inmensa mayoría de sentencias que consideraron carente de fundamento la acción promovida, buena parte de ellas hayan sido adecuadamente resueltas por las graves distorsiones y maniobras que desde un principio caracterizaron a la actuación de muchos demandantes y a sus pretensiones.

Co respecto a las acciones de amparo interpuestas contra resoluciones judiciales, que predominaron ampliamente en este primer período, Samuel Abad<sup>6</sup>, señala que sobre un total de 1,679 resoluciones de amparo publicadas en "El Peruano" entre el 24-12-82 y el 31-12-86, nada menos que 1,025 (el 61%) fueron interpuestas contra decisiones judiciales. Un 33% de estos casos se promovieron para impedir el desalojo en cumplimiento de sentencias recaídas en juicios de desahucio y aviso de despedida, lo que normalmente denotaría un propósito dilatorio dolosamente premeditado del demandante afectado por dicha resolución. Parte importante de los otros casos alegaron irregularidades o vicios procesales en la tramitación de juicios de diversa naturaleza.

Cabe mencionar, sin embargo, que de estas 1,025 acciones de amparo contra resoluciones judiciales, sólo cuatro de ellas (el 0.39%) fueron declaradas "fundadas". Lo que permite afirmar que estas acciones carecieron casi totalmente de eficacia y que la jurisprudencia (en algunos casos tal vez extremadamente restrictiva) tuvo la virtud de intentar desalentar los notorios abusos y maniobras dilatorias que se buscaron instrumentar en la mayoría de casos de este tipo de acciones. Sin embargo, pese a esta falta de éxito judicial en la pretensión, se prosiguieron formulando gran número de estas demandas, lo que sin duda evidenciaría la actuación poco escrupulosa de muchos abogados y litigantes.

El segundo período en la evolución del funciona-

6. Cf. ABAD YUPANQUI, Samuel: "¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?" y "La acción de amparo contra resoluciones judiciales. Un estudio cuantitativo de jurisprudencia constitucional". Estos trabajos han sido publicados en "Lecturas sobre temas constitucionales", Nos. 2 y 3, respectivamente, editados por la Comisión Andina de Juristas (Dic. 88 y Ago. 89).

miento del amparo aún no ha sido suficiente y sistemáticamente estudiado, por lo que resultaría apresurado afirmar con certeza que las tendencias de la etapa anterior, en cuanto al tipo de acción predominante y el sentido de los fallos, hayan sido total o parcialmente modificadas. Existen, sin embargo, algunas situaciones nuevas que me inducen a considerar la presencia de una etapa distinta, donde los rasgos predominantes en el desenvolvimiento del amparo son otros. Y éstos son la politización del amparo, su conversión en un instrumento para la defensa de intereses económicos y patrimoniales grupales o gremiales, antes que de auténticos derechos en sentido estricto; el traslado a esta vía judicial de la oposición política a decisiones y medidas gubernamentales, principalmente por parte de sectores empresariales privados pero también de acciones reivindicativas de los trabajadores; sin descartar conflictos laborales, sobre condiciones de trabajo, negociación colectiva e indexación de remuneraciones, que han enfrentado conjuntamente a organizaciones patronales, sindicatos y entidades gubernamentales.

Quizas el hecho que marcó el inicio de este nuevo período, fue el controvertido y frustrado intento gubernamental de estatizar el sistema bancario y financiero, anunciado sorpresivamente el 28 de julio de 1987 y puesto en marcha en los meses siguientes, en medio de serios enfrentamientos con los sectores empresariales privados afectados (los más poderosos del país) y de profundas contradicciones al interior del gobierno que se tradujeron en políticas erráticas y medidas incoherentes; todo lo cual dio origen a un intrincado debate judicial a través de numerosas acciones de amparo, así como al deterioro que empezó a sufrir la actividad económica nacional, a consecuencia de la pérdida de confianza y el conflicto que desde entonces caracterizaron las relaciones entre gobierno y gremios empresariales privados.

Este enfrentamiento político y judicial (mediante acciones de amparo) del gobierno aprista con el sector empresarial privado dedicado al campo bancario y financiero, marcó el inicio de nuevos conflictos que se fueron extendiendo a otros gremios empresariales. Recuérdese, entre otros, los amparos surgidos de la oposición de los armadores y empresarios pesqueros contra la renovación y ejecución de un convenio del gobierno con la flota pesquera soviética; los amparos nacidos entre el gremio empresarial privado de la minería y el régimen, a raíz del intento de establecer la negociación colectiva articulada con la Federación de

Trabajadores Mineros; o los amparos promovidos por grupos empresariales para dejar de cumplir convenios colectivos o resoluciones administrativas de indexación salarial a la par de la inflación; o el reciente anuncio de próximos amparos de la Cámara Peruana de la Construcción para impedir la aplicación de la ley que crea la "Bolsa de Trabajo", a ser administrada por la federación y sindicatos de trabajadores de la construcción civil.

Pero así como estos conflictos aislaron definitivamente al régimen del sector empresarial, muchas decisiones de índole laboral y económica iniciaron y agudizaron también sucesivos enfrentamientos con las organizaciones de los trabajadores. Recuérdese el amparo contra la medida de gobierno que modificó la jornada y el horario de trabajo durante el verano, interpuesto con éxito por la Federación de Empleados Bancarios; o los amparos promovidos por los servidores públicos demandando el cumplimiento de la homologación de sus remuneraciones; o el de trabajadores de empresas de propiedad del Estado, reclamando el cumplimiento de convenios colectivos que disponen la indexación de las remuneraciones o el reajuste periódico de éstas según los índices de inflación.

La instrumentalización del amparo en función de intereses políticos y conflictos de incidencia económica y social, que ha sido el rasgo predominante de este período, tuvo algunas implicancias decisivas en el desenvolvimiento y alcances de esta acción:

—De un lado, se produjeron serias distorsiones que llevaron a desnaturalizar el amparo, al punto de convertirlo en un escenario al que trasladaban deliberadamente cuestiones que debían ventilarse a través de otro tipo de procesos judiciales. Pero además, la actuación poco escrupulosa de muchos jueces y abogados, sea por ignorancia jurídica o por la sumisión económica a los intereses de alguna de las partes, llevó a que se interpusieran, admitiera y hasta declararan "fundadas" acciones de amparo que, a la luz de un análisis serio a dicha institución, debieron ser rechazadas.

Me refiero a casos tan insólitos como el de resoluciones judiciales que consideraron viable el amparo contra un proyecto de ley que se debatía en el Congreso (el de estatización de la banca) pretendiendo ordenar al parlamento que se abstuviera de aprobar dicha ley y al Presidente y funcionarios administrativos que no lo promulgaran o ejecutaran, respectivamente; o cuando sectores empresariales intentaron (en

muchos casos con éxito) amparos directos contra leyes que no tenían carácter autoaplicativo. Y no hace mucho, la organización que agrupa a los trabajadores estatales anunció la interposición de un amparo contra un candidato a las elecciones presidenciales, debido a que éste propugnaba en su campaña reducir el aparato estatal y el número de los servidores públicos, lo que calificaban como una "amenaza" a su derecho a la estabilidad laboral por el riesgo de ser despedidos.

El factor que más propició esta exagerada interposición de amparos, fue la concesión a menudo irracional y apresurada por algunos malos jueces de la medida cautelar de suspensión provisional del acto reclamado, en base al simple pedido (rara vez bien fundamentado o justificado) del propio demandante que era quien escogía al juez a que se presentaba la acción. Todo ello, y no sin razón, hizo mucho daño a la percepción social del amparo, pues se generaron explicables suspicacias acerca de la conducta de ciertos abogados y jueces comprometidos en prácticas dolosas e inmorales motivadas por la búsqueda de beneficios económicos. Fue así que se dictaron medidas cautelares antojadizas y sin fundamento jurídico, que suspendían la aplicación de una ley, un convenio internacional o un convenio colectivo de trabajo, pese a estar plenamente vigentes y gozar —cuando menos— de una presunción inicial de validez y constitucionalidad; o de situaciones absurdas y caóticas debido a medidas cautelares dictadas en un proceso de amparo, para disponer la inejecución de otra medida de suspensión provisional (de sentido opuesto) dispuesta en otro amparo entre las mismas partes.

—De otro lado, la instrumentalización del amparo llevó a que se interpusieran muchas acciones donde no interesaba llegar al fallo final, ya sea porque se sabía de antemano que el resultado difícilmente sería favorable ante el escaso sustento de la pretensión, o debido a que el amparo se iniciaba para obtener una medida cautelar (a veces previamente concertada) y utilizar este hecho como un mecanismo publicitario para pretender "legitimar" (mediante campañas en los medios de comunicación) sus exigencias y negociar políticamente en mejores términos con el Gobierno. Ello explica, por ejemplo, el notorio éxito logrado por esta vía con los amparos promovidos contra la estatización de la banca y los procesos expropiatorios, que sin duda forzaron al gobierno a abandonar su trasnochado e incoherente intento, pese a que dichas acciones (desde el punto de vista procesal) fueron virtualmente paralizadas y siguen pendientes de resolución en las

instancias superiores del Poder Judicial.

No debe pensarse, por lo dicho, que desconozca la importancia del amparo y de muchos resultados positivos conseguidos en la protección de los derechos constitucionales. Sucede simplemente que el saldo final de este balance del desenvolvimiento del amparo mostraba un serio deterioro en su credibilidad, así como una peligrosa tendencia al predominio de resoluciones carentes de suficiente sustento y solidez desde el punto de vista del Derecho, que sólo creaban inseguridad y caos en las relaciones jurídicas y parálisis en el funcionamiento de la Administración Pública.

De allí que no sorprendió demasiado la aprobación por el Congreso (sin mayores dificultades ni resistencias) de la ley 25011 de febrero del 89, que modificó algunos aspectos importantes del amparo. Dicha ley —inevitable ante los excesos y distorsiones comentadas, así como frente a la incapacidad del Poder Judicial para autorregularse y corregir estas prácticas— delimitó en función de un turno especial la determinación del juez competente para conocer del amparo, evitando su inconveniente y sospechosa selección por el propio demandante; ello resulta positivo, aunque una solución de este tipo, adoptada en forma anterior y oportuna, pudo haber evitado que se produjeran las lamentables distorsiones ya señaladas.

Sin embargo, la reforma establecida en cuanto a la medida cautelar de suspensión del acto reclamado la encontramos exagerada e inconveniente, pues desnaturaliza y puede tornar ineficaz dicha institución fundamental, al hacer muy rígida y dilatada su concesión con grave riesgo para un derecho efectivamente afectado, que puede sufrir un daño irreparable. Desde un principio me he manifestado profundamente contrario a esta modificación, pues si bien el remedio aparecía como necesario e inevitable, la fórmula de solución adoptada presenta tales características y riesgos que tienden a convertirla en peor que el mal que se pretendía combatir.

Pareciera que con esta reforma se han controlado muchos de los excesos cometidos en el uso del amparo, pero también se ha atentado seriamente contra sus alcances y eficacia. El tiempo debe permitir evaluar los resultados y efectos de esta modificación, pero insistimos en la convicción de una indispensable recuperación de la plena eficacia (hoy escasa o inexistente) de la medida cautelar de suspensión provisional del acto reclamado, lo cual sin duda se verá facilitado cuando

se imponga una utilización racional y responsable de la acción de amparo y cuando los jueces asuman el insustituible papel que les corresponde para alcanzar este objetivo.

### **Reflexión final:**

El balance efectuado arroja un resultado desfavorable, pues lo avanzado en materia de derechos políticos luce escaso e insuficiente al compararse con la falta de desarrollo de los derechos económicos y sociales, y la precaria situación del respeto a la libertad personal y a la propia vida. La acción de Habeas Corpus ha devenido periódicamente en elecciones, sino que supone también acceder a condiciones de vida dignas y justas, gozando de derechos respetados por las autoridades. Por ello, la situación de miseria, violencia y tensión social que hoy padece el país, hace

imaginar un futuro cercano donde se vea realizada la democracia prometida, a menudo resulte un esfuerzo que exige una dosis demasiado intensa de ilusión y esperanza, difíciles de lograr ante la incertidumbre y frustración que nos angustian cotidianamente.

Es necesaria la continuidad del orden constitucional y del régimen democrático, pero no pueden circunscribirse a aspectos formales carentes de contenido real para la libertad, condiciones de vida y participación de la población. Más bien adquieren carácter fundamental si conducen hacia la construcción de una sociedad verdadera e integralmente democrática, que en nuestro país sólo podrá emprenderse realizando una transformación profunda y radical. Lo contrario implica querer preservar un orden social injusto, que hasta el momento ha resultado el principal obstáculo para el afianzamiento de la democracia en el Perú.

# Vigencia de la Constitución

## En la administración de Justicia

Carlos Montoya Anguerri

*Vocal provisional de la Corte Suprema, profesor de la facultad de Derecho de la PUC*

### 1. Introducción

En anterior artículo reclamábamos por un mejor tratamiento constitucional al Poder Judicial. Entre otras ideas se expuso la necesidad de que el Juzgador pudiese introducirse al interior del caso para encontrar los elementos necesarios que le permitan discernir la justicia de un modo mejor; a propósito de cuya idea se hizo cita de la propuesta de norma constitucional por la cual el Juzgador pudiese, debidamente sustentado en razones de hecho y de derecho, dictar resolución extra legem, fuera del texto de la ley (aunque en ningún caso contra legem).

Esa iniciativa partía y aún se mantiene en esa perspectiva, de la consideración de que el poder de administrar justicia debía ser visualizado, debía ser admitido, no como un ente abstracto destinado a ejercer una función igualmente de contenido abstracto, sino como una entidad y como una función sumamente concretas, enfrentados a situaciones definidas, muy poco congruentes con un pensamiento esquemático del ordenamiento jurídico, de la ley y del proceso. En otras palabras, el ordenamiento constitucional debió introducir normas que liberen al Juez de las ataduras naturalmente emergentes de la aplicación fría de los textos legales.

Diez años después la inquietud subsiste. La Constitución está en plena vigencia y ha sido y es aplicada diariamente por los jueces, de modo que preguntarse acerca de si la Constitución carece de esas normas libertadoras del Juez, adquiere una importante significación desde que han pasado muchos años y alguien pudiera creer que aquel reclamo fue producto de la inexperiencia en el campo de la aplicación de las normas constitucionales recientemente promulgadas.

El presente escrito se propone responder tal

renovada cuestión, para cuyo efecto se recurre en forma natural a la experiencia personal pero solamente para dejar planteadas las inquietudes que el tema sugiere.

### 2. Las garantías

Una primera aproximación es el tema de las garantías de la administración de justicia (Artículo 233 de la Constitución). Ellas han permitido, propiciado mejor dicho, un mejor acercamiento del Juez a la realidad y al ideal de su función. En efecto, de un modo objetivo la cuestión constitucional se convierte en muchos procesos (quizá en la mayoría de ellos) en materia debatible y sobre todo de conocimiento y de resolución. Ejemplo cotidiano es el de la instancia plural, mecanismo procesal que forma parte ya del pensamiento judicial.

Debemos explicar el término objetivo que se emplea. Se quiere decir que el tema constitucional no es un subterfugio subjetivo de abogado y jueces, sino, al contrario, un elemento integrante de la titularidad del derecho del litigante como persona, como ciudadano, como protegido por la norma constitucional. Las argucias y los argumentos de los defensores nada pueden añadir ni quitar a una determinada situación procesal pues, por encima o por debajo de ella, surge de modo claro la situación constitucionalmente prevista, con elementos que la dibujan o perfilan de modo conciso y preciso, con los contornos debidamente delineados y de modo tal que no hay escapatoria. El Juez toma conocimiento de esa circunstancia y aplica la norma en defensa del litigante protegido por la norma Constitucional (El Juez, o el revisor o el que conoce del recurso de nulidad).

Estas garantías han propiciado un manejo de los procesos penales, civiles, laborales, agrarios y de otras



clases, en los que se advierte verdadero respeto por la persona humana. No puede negarse que en la actualidad la preocupación procesal acentúa su interés por esas situaciones en las que puede ser dañada la esfera más elemental, y por tanto, más importante de la personalidad. (No podrá sostenerse que este tratamiento es cien por cien una realidad; pero el avance es notorio si se hace una comparación con los decenios anteriores a la vigencia de la actual Constitución) (Igualmente, no podrá afirmarse que todos los profesionales protagonistas del proceso, jueces, abogados y auxiliares, se encuentran accionando en ese sentido; pero lo importante es constatar que el carácter objetivo de la situación es de tal magnitud que supera las acciones u omisiones de esos agentes del proceso muchas veces expresamente dedicados a la violación de esas garantías).

En el campo de la aplicación del Derecho Penal se advierte semejante avance, pudiendo tomarse como ejemplo el tema de la invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualquiera de sus formas (inciso décimo segundo). Frecuente es el caso de juzgamiento en que al tomar conocimiento el Juzgador de que el acusado fue sometido a violencia, declara la inocencia o absolución pues no existe más pruebas que la autoinculpación.

### 3. Habeas corpus y amparo

Descartamos el tratamiento de lo que se ha dado en llamar "el abuso" de las acciones de garantía, pues el propósito de estas líneas es otro.

La perspectiva del análisis que se intenta, es muy simple: las acciones de habeas corpus y las de amparo ¿constituyen, en la práctica, instrumentos de liberación del juzgador?.

La respuesta necesaria es positiva. Esta es la conclusión de un examen panorámico de los diez años transcurridos y recurriendo, como se ha dicho, a la experiencia en la aplicación de las normas.

Si observamos la realidad de un proceso ordinario, encontraremos múltiples ataduras a la labor del Juez, en el sentido de que la verdad real le será sistemáticamente ocultada por las partes y sus abogados; de parte de estos interesados en el proceso, obtendrá el juzgador los elementos de juicio formales que se pretende presentar como indicadores de hechos concretos, pero siempre en la perspectiva del interés privado y

muy personal. Nunca se ha visto un alegato de buena prueba presentado que admita siquiera remotamente un elemento negativo a la pretensión (accionada o de defensa) que se persigue y menos aún se concede, en el texto de los escritos de defensa, a la parte contraria absolutamente ninguna razón. De ese modo, el proceso ordinario constituye un ejercicio de sagacidad y estrategia que el Juez pocas veces puede superar (Las nuevas tendencias del Derecho Procesal se entiende que pretenden en definitiva esa posibilidad o facultad en favor del juzgador).

En cambio, la acción de garantía cuando es auténtica, surge de inmediato con una claridad total. El derecho constitucional violado aparece nítidamente y el acercamiento del Juez a la realidad es inmediato, casi intuitivo.

Desde el punto de vista de la víctima, la situación resulta definida: bien puede escoger el camino del juicio ordinario (o especial), agotar las vías previas y otros senderos, pero cuando se trata de una clara violación de un derecho constitucional lo que desea es la comprensión inmediata de su situación y esto lo consigue de un modo concentrado o concreto: sus pruebas han de ser indiscutibles y convincentes; se correrá traslado y en su momento, sin estación probatoria, se pronunciará el fallo para restituir el derecho desconocido o poner en libertad al interesado.

El descarnado derecho constitucional está allí presente; el derecho elemental, que confiere la calidad de ser humano, no requiere mucho ropaje (las situaciones de derecho constitucional pueden aparentar una estructura abstracta y, por lo mismo complicada; pero luego de un atento análisis, la situación se reduce al "derecho constitucional" que tiene una expresión rotunda casi axiomática, de modo que el análisis va de lo completo a lo simple y en este último sentido, la decisión judicial surge igualmente clara). Por eso podemos decir que a través de esta clase de acciones, el interesado logra contacto con el juez y éste se siente libre de ataduras procesales, de superabundancia de alegaciones; diríase que como receptor de un mensaje, lo capta plenamente (Igualmente si la acción de garantía no es auténtica, captará la improcedencia. De esto último está plagada la estadística de las acciones de garantía cuyo resultado mayoritario es por la improcedencia).

### 4. Legislación procesal y sustantiva

Hay un modo quizá generalizado según el cual el Derecho se agota en la ley escrita y, por tanto el Juzgador no puede ni debe hurgar más allá. Este es un criterio contrario a la libertad del juzgador para indagar, con las posibilidades que la ley le otorga (dentro del marco de la misma) y de un modo que respete el derecho de defensa y el equilibrio entre las partes.

Desde un punto de vista, las normas legales asimiladas como unidades autosuficientes, sean de índole sustantivo o procesal, constituyen una significativa limitación a la función judicial. Algunos jueces así lo entienden y manifiestan reiteradamente encontrarse respaldados y seguros en ese marco; y en algunas ocasiones, los abogados defensores exigen que se mantenga esa distancia reclusando al Juez en busca de amparo para sus clientes, aunque en otras ocasiones expresen razonamientos dirigidos a superar las fronteras del texto.

Pero esta riquísima temática implícita en el relato anterior, es decir, la posibilidad de abrir el razonamiento judicial, modificando sustancialmente la concepción del proceso y de la ley, aplicando el Derecho tanto como ordenamiento como ciencia de índole social, parece no encontrarse amparada en el texto constitucional.

En esta materia no existe norma que libere al juzgador; la Constitución no ha ingresado al interior de la función jurisdiccional; la ha concebido en su contenido abstracto. No ha dejado ni siquiera entrevista ninguna novedosa alternativa de administrar justicia; antes bien ha acentuado la importancia de la ley, precepto que no puede ser observado, indudablemente, pero que considerado en su soledad, no es suficiente para atender modernamente la demanda de justicia cada vez más creciente.

Sin embargo, de todo esto, una revisión de lo acontecido en estos diez años transcurridos, puede arrojar un resultado esperanzador; en efecto, no pocas veces ha podido encontrarse resoluciones judiciales finales cuyo contenido puede ubicarse al otro lado o más allá del límite del texto. Notoria es ya la recurrencia de los Tribunales a evitar las nulidades de actuados utilizando las normas del Decreto Ley número 21773 y de los Decretos Legislativos números 127 y 128, en materia civil; beneficiosa ha sido, igualmente, la aplicación -aún tímida, según parece- del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil vigente. Pero éste es un movimiento aún incipiente y poco recurrido

precisamente, quizá, por la ausencia de una norma constitucional que otorgue amparo al juez que no se deja llevar por el burocratismo funcional tan extendido.

## 5. Preconclusión

En la aplicación de las garantías constitucionales de administración de justicia, así como en las acciones de garantía, es notoria una liberalización del Juez.

En la función común, procesos ordinarios y especiales, aún no se ha dado, es decir, aún no se ha propiciando dicha liberación.

Pero existe un avance en este segundo aspecto. El movimiento aún no ha adquirido consistencia; es mejor decir que no es movimiento, sino surgimientos espontáneos, dispersos y riesgosos (por la incompreensión de los niveles de revisión que muchas veces han sancionado administrativa o disciplinariamente un "exceso" en el razonamiento o en la interpretación); pero existe ya, por la frecuencia cada vez mayor, instalado un criterio, una opinión, una actitud.

La lentitud de este avance tiene muchas explicaciones pues diversos factores confluyen para el conservadurismo más radical. En primer lugar es necesario puntualizar que la innovación exige un concierto implícito de voluntades, ya que el movimiento pertenece y corresponde a todos los interesados, como litigantes o como profesionales o auxiliares. No basta que un sector inicie el cambio.

Debe mencionarse también el nivel académico y profesional. Una avance en estos renglones producirá igual avance en la administración de justicia. Obvio es decir que un estancamiento o un retroceso repercute inevitablemente en el mantenimiento de la situación actual. (Quizá deba resaltarse en esta materia, la necesidad urgente de modernizar la función y el trabajo del Juez así como del abogado. El primero enfrente hoy en día una responsabilidad mayor cualitativa y cuantitativamente y no puede quedar inerte frente a ella; debe movilizarse para rendir mejor y más oportunamente. El segundo, el abogado, debe empezar a concebir el proceso en otra dimensión distinta de la actual: el cliente desea resultados pero también exige justicia y el abogado debe asumir que es parte de la función, que su accionar es parte del accionar del sistema de justicia y que no puede quedar al margen de la responsabilidad).

Reformas legislativas especialmente en el área procesal son urgentes; la lentitud también presente en esta materia, es producto de otra serie de factores, pero en ningún caso puede paralizar la acción de los protagonistas (jueces, abogados, auxiliares).

El seguimiento del asunto tratado tiene interés,

significación e importancia. De un modo sistemático, su realización podrá arrojar luces sobre el real comportamiento de las normas constitucionales relativas a la función judicial. Lo expresado podría ser considerado el comienzo de un estudio sobre la materia.

# El papel de la Policía en la protección de los Derechos Humanos

Dr. Gabriel Cano Guerinoni  
*Abogado, Director Ejecutivo de Asuntos  
Jurídicos del Ministerio de Justicia*

## Introducción

Antes de abordar el tema referido a la Organización Policial en el Perú, en relación directa a su innegable vinculación con los derechos fundamentales del ser humano, debemos reparar en lo que dicha Institución constituye dentro del vasto universo del aparato estatal.

Debemos recordar ante todo que la Policía en un Estado, no solamente ocupa un espacio funcional destinado exclusivamente a guardar y mantener el Orden Público e Interno de su ámbito, sino que principalmente, se erige como uno de los elementos imprescindibles del esquema orgánico del propio Sistema Penal, entendido éste según la definición expresada por ZAFFARONI como "El control punitivo institucionalizado".. De ahí que su directa relación con la protección a los derechos inherentes de la persona humana tenga una importancia de primer orden; más aún, si tenemos en cuenta, que justamente estos derechos constituyen el centro y la verdadera razón de ser dentro de dicho sistema jurídico penal. No olvidemos que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en el tercer acápite de su preámbulo, el carácter esencial de que "los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Dentro de un Estado de Derecho, como el que vive actualmente el Perú, el engranaje de su Sistema Penal está constituido fundamentalmente por el Organo Jurisdiccional encargado de administrar justicia, esto es el Poder Judicial; sin embargo la actividad policial ocupa para ese mismo sistema, la función primaria, directa e inmediata de trato cotidiano con la ciudadanía, de control del orden público, así como de prevención y persecución del delito, entre otras.

Por ello dicha actividad debe ser revestida permanente y necesariamente bajo principios de respeto

defensa de los derechos humanos, como pilares primigenios de su propia función. Todo esto tiene como único pero irrefutable sustento, el hecho de que -como sabemos- estamos tratansdo sobre los derechos que son anteriores y superiores al Estado.

Debemos pues los Estados latinoamericanos - por nuestra común realidad histórica y por los propios vaivenes de la política, que no nos son ajenos- observar el desenvolvimiento de nuestras Fuerzas Policiales desde una óptica crítica que pesea factores evaluativos determinados.

Uno de los criterios para observar la eficacia de la Policía, debe partir estableciendo la medida en que la Institución Policial contribuye al respeto de los derechos humanos por parte de la ciudadanía, el medio que le corresponde, es decir, restringir los derechos de algunos pocos para preservar los de la mayoría.

Existe además otro criterio de igual importancia, pero a veces poco meditado; y es el de determinar la medida en que el propio accionar policial respeta los derechos fundamentales del hombre, pues como dice ALDERSON: "Cuando la policía se considera como al margen de la ley, o toma la costumbre de no tenerla en cuenta, en países democráticos, terminará por destruir la confianza y el respeto mismo para quienes su eficacia se nutre gracias al apoyo del público".

Esto es importante tenerlo presente, pues hemos estado acostumbrados a vislumbrar la actividad policial en relación con las personas, sus derechos y libertades fundamentales, desde la perspectiva de que su regulación normativa debe constituir exclusivamente "una limitación a la libertad individual de cada persona" como diría FIORINI, en la medida que dicha carga para el ciudadano debe ser acatada por éste como única vía para preservar el orden público.

Esto no es del todo exacto, pues si bien es cierto que en efecto la actividad policial implica necesaria-

mente una restricción eventual del ejercicio de los derechos inherentes de la persona humana no deja de ser cierto también que las funciones policiales están íntimamente ligadas a la práctica regular y activa de respeto y protección de los derechos humanos.

Este último punto tiene una imperiosa relevancia desde el momento que ha surgido la consciente necesidad del Estado de regular expresa, concreta e indubitablemente las funciones de la actividad policial, dentro de un marco en las que ellas se estructuren sobre la base de un rol activo y directo en el reconocimiento, cautela y defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

## **Policía Nacional**

Como producto de aquello, el Gobierno del Perú, en la actualidad se encuentra reformulando la nortividad relativa a la función policial. Mediante Ley N°24949, de fecha 6 de Noviembre del año pasado, el Congreso de la República del Perú modificó algunos artículos de la Constitución Política referentes a la estructura de la Institución de las Fuerzas Policiales ahora denominada Policía Nacional. Dentro del marco de nuestro principal cuerpo de Leyes, la Policía Nacional tiene por finalidad primordial, "garantizar, mantener y restablecer el orden interno, debiendo prestar ayuda y protección a las personas y a la sociedad; garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de los patrimonios públicos y privados; prevenir y combatir la delincuencia; vigilar y controlar las fronteras nacionales".

Además de ello, participa con las Fuerzas Armadas en la defensa nacional, tal como lo prescribe el artículo N° 277 de la Constitución Política del Perú, encontrándose subordinada al Poder Constitucional conforme al artículo 278 del mismo cuerpo legal.

La intención del legislador, en esta modificación constitucional estriba en integrar la Dirección de las Fuerzas Policiales creando un cuerpo organizado con funciones delimitadas, que buscará soslayar las experiencias y dificultades vividas anteriormente que originaron en la policía problemas funcionales en su actividad -como veremos más adelante. Por ello el Ministerio del Interior ha constituido comisiones integradas por especialistas, a fin de que modifiquen o derogen la legislación vigente que reglamenta el artículo constitucional antes señalado, relativo a las Fuerzas Policiales.

Actualmente, se encuentra aún vigente la Ley de Bases de las Fuerzas Policiales, hoy Policía Nacional; en dicha norma, Decreto Legislativo N° 371, se alude al espíritu mismo de la Institución Policial: el artículo 3 expresa que ésta constituye el elemento fundamental que posee el Estado para proteger a las personas y mantener el orden interno, estando al servicio de la comunidad. Observamos una implícita alusión a los derechos humanos, si interpretamos la definición de orden interno acogida por el legislador constituyente de 1979. Esta definición expresa que el orden interno significa "la convivencia pacífica y el respeto de los derechos ciudadanos".

La ley de Bases, consecuente con la Carta Constitucional, transcribe la finalidad fundamental de la Policía Nacional expresada anteriormente. El artículo 10 de dicha ley orgánica establece como funciones básicas de la policía, entre otras, varias relacionadas directa o indirectamente con la producción y vigencia de los derechos humanos, tales como : prestar ayuda y protección a la sociedad; prevenir, investigar y denunciar la comisión de delitos y faltas; mantener y restablecer el orden público e interno; detener al autor o autores de los delitos flagrantes y ponerlos de inmediato a disposición del órgano competente; investigar la desaparición de las personas, etc.

El artículo 45 inciso a) de esta ley, establece como obligación fundamental del personal de las Fuerzas Policiales, el cumplir fielmente con la Constitución, leyes, reglamentos y órdenes superiores, supeditando de esta forma, la actuación policial al Estado de Derecho, entendido como "la forma política en la cual el poder se halla sometido a un sistema de normas jurídicas, de manera real, con el fin de proteger los derechos humanos" (FERRERO R. RAUL). Justamente el sustento de lo que entendemos como orden público debe recaer en el sometimiento al Estado de Derecho, bajo el principio de que "nadie está sobre la ley, sobre todo la policía que ha sido designada para preservarla" (ALDERSON, J. 1984).

A tenor de lo dispuesto por este artículo, encontramos expresamente la sujeción absoluta de la policía a la Constitución y a las Leyes, y por ende a los Tratados Internacionales, en especial en materia de derechos humanos, los cuales de acuerdo a la legislación interna peruana, según el artículo 105 de la Constitución, poseen jerarquía constitucional, en lo que a sus preceptos se refiere.

La estructura de la Policía Nacional en el Perú ha sido variada recientemente, como consecuencia de la modificación constitucional antes mencionada, mediante los Decretos Supremos Nº 006 y Nº 007-89-IN del mes de abril del presente año. En dichas normas se modifica la terminología utilizada para denominar los tres cuerpos policiales que subdividen funcionalmente el conjunto de la Policía Nacional.

**La Guardia Civil** normada hasta la fecha por el Decreto Legislativo 373, ha pasado a ser denominada como la Policía General. Tiene como funciones específicas principales, las de preservar y mantener el orden interno y el orden público; proteger la vida y los bienes de la personas, prevenir la comisión de delitos; prevenir, investigar y denunciar las faltas, mantener la libre circulación de la vía pública y controlar el tránsito vehicular; detener a los sospechosos de hechos delictuosos; entre otros.

**La Policía de Investigaciones del Perú**, tiene en la actualidad como Ley Orgánica, el Decreto Legislativo Nº 374. De acuerdo a las últimas modificaciones - antes mencionadas - se le denomina Policía Técnica, su función primordial es la de investigar la comisión de delitos perseguibles de oficio, de acuerdo a los códigos penales y de procedimientos penales y leyes especiales, y descubrir a los responsables a fin de denunciarlos a la autoridad competente (con excepción de los delitos de abigeato, tránsito y robo de automóviles).

La antes llamada **Guardia Republicana** ha pasado a denominarse Policía de Seguridad, justamente debido a que sus funciones primordiales - entre otras cosas -, son las de vigilancia y control de las fronteras nacionales; la vigilancia exterior y custodia de los establecimientos penales del país, así como el traslado de los inculcados y sentenciados; la custodia y seguridad de las sedes de los Poderes Públicos, Ministerios, Prefecturas, bienes y servicios públicos de carácter estratégico y otros que disponga el Ministerio del Interior de acuerdo a las circunstancias.

En suma, estas tres Fuerzas del Orden (La Policía General, la Policía Técnica y la Policía de Seguridad) integran lo que actualmente en el Perú denominamos como Policía Nacional, de acuerdo al texto del artículo 277 de la Constitución Política.

## **Función Policial y Derechos Humanos**

Hemos revisado sucintamente la finalidad primordial y las funciones básicas de las tres Fuerzas del Orden que constituyen la Policía Nacional del Perú. ¿Cuál es la conexión directa de éstas con la vigencia de los derechos humanos en la sociedad peruana?

Dicha conexión la podemos encontrar revisando la actividad funcional de la policía en relación con los derechos que mayormente deben ser manejados y aplicados por ésta para el cabal desempeño de sus obligaciones. Nos estamos refiriendo a los llamados derechos de la Primera Generación, es decir, los derechos civiles y políticos inherentes a la persona humana, expresamente reconocidos en la Carta Fundamental del Estado Peruano, que fueran previamente consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en el seno de la Organización de Naciones Unidas y ratificado constitucionalmente por el Perú.

Dentro de todo este espectro que estructuran los derechos humanos de la primera generación, de acuerdo a la clasificación universalmente aceptada, nos limitaremos a referirnos a aquellos que con mayor frecuencia se presentan como principios permanentes en la diaria actuación policial. Podemos englobarlos - para efectos didácticos - en tres denominaciones: los derechos individuales, la igualdad ante la Ley y las libertades personales. Todos ellos amparados por las garantías constitucionales erigidas en las acciones de Habeas Corpus y de Amparo.

"El reconocimiento de la dignidad inherente a todos y a cada uno de los miembros de la familia humana constituye la columna vertebral desde donde se desprenden sus propios derechos iguales e inalienables". Esta premisa inspirada en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, encuentra su correlato dentro de la legislación interna peruana, en el primer artículo constitucional que a la letra expresa: "La persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

La Policía Nacional toma como mástil normativo de su actuación funcional, este precepto. En efecto la ley de bases de la Fuerzas policiales, establece en su artículo 3 que éstas constituyen el elemento fundamental que posee el Estado para proteger a las personas; y específicamente, el artículo 277 de la Constitución Política determina entre las finalidades fundamentales de la Policía Nacional, la ayuda y protección

a las personas y a la sociedad.

Partiendo entonces de la idea de la persona humana, como núcleo esencial de la meta social y estatal, encontramos como derecho humano primigenio el derecho a la vida, pues sin él los derechos de la persona humana consecuentes carecerían de sentido. Este derecho, es recogido por el inciso 1 del artículo segundo de la Constitución, en concordancia con el artículo 6 del citado Pacto Internacional, y se traduce como un principio en todo el accionar policial, desde que las Fuerzas del Orden tienen como primera misión, la protección de la vida y de la integridad física y además el respeto de ella que implica el hecho de evitar privar de la vida humana en el ejercicio de sus funciones, salvo el caso de legítima defensa o de peligro inminente de que se perpetre un delito que sacrifique otra vida, sin poder inpedirlo de otro modo.

El derecho a la propiedad consagrado en el inciso 14 del artículo segundo de la Constitución del Estado Peruano, conforma, en unión con el derecho a la vida, los dos preceptos fundamentales de derechos humanos que guían el accionar policial en el Perú.

Particularmente, la Policía General o Guardia Civil del Perú, tiene entre sus funciones específicas, el proteger la vida y los bienes de las personas, conforme lo establece el artículo tercero, inciso b) de su ley orgánica (recordemos que la Policía Nacional del Perú, está dividida por tres fuerzas con distintas funciones distribuidas en ellas, y cuya denominación recientemente ha sido modificada: La Guardia Civil, llamada ahora Policía General; La Policía de Investigaciones, denominada Policía Técnica; y la Guardia Republicana o Policía de Seguridad). Subsidiariamente, la Policía Técnica y la Policía de Seguridad tienen también la función de cautelar dichos derechos, en la medida que la Policía Técnica investiga la comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, y los delitos contra el patrimonio - entre otros -, y tiene la misión de descubrir a los responsables de la conculcación de dichos derechos, a fin de denunciarlos ante la autoridad competente. Asimismo, la Policía de Seguridad, tiene como función primordial la custodia y resguardo de los locales, bienes y servicios públicos.

En segundo lugar, podemos observar que los derechos a la inviolabilidad de domicilio, y de correspondencia o de todo tipo de comunicaciones privadas, que se encuentran establecidos en los incisos 7 y 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en

concordancia con la disposición decimoséptima del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se presentan como principios de limitación en la actuación policial, salvo mandato judicial en ambos casos, o de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, en el caso de inviolabilidad de domicilio.

Las mencionadas normas expresan lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o por mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley."

Asimismo, "toda persona tiene derecho: a la inviolabilidad y el secreto de papeles privados y de las comunicaciones. La correspondencia sólo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley". Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

"Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con ley".

Como es de verse, el texto constitucional es bastante claro y detallista lo que hace que la normatividad policial se remita a él. De esta forma, encontramos que el inciso 3 del artículo de los Decretos Legislativos 372, 373 y 374 que constituyen las leyes orgánicas que regulan las actividades de la Guardia Republicana o Policía de Seguridad, Guardia Civil o Policía General y Policía de Investigaciones o Policía Técnica respectivamente, establecen como atribución de ellas: "practicar registros de domicilios de personas, vehículos, naves, aeronaves y objetos, con autorización de la autoridad competente".

Nótese cómo la normatividad policial en el Perú ha recogido el precepto constitucional de derechos humanos de una manera implícita, pero sin regulación detallada. Dejando a sus reglamentos internos dicha

labor. Esto ha originado que dichos reglamentos y directivas internas no respondan siempre, en forma precisa, a los lineamientos diseñados por los principios de derechos humanos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales.

El derecho de igualdad ante la ley se encuentra estipulado en el inciso segundo del artículo 2 de la carta constitucional. Este precepto, si bien recoge el derecho esencial de que todos tenemos la oportunidad de acceder a la ley en igualdad de condiciones sin discriminación de ninguna clase, no sucede lo mismo con la consecuencia de éste, es decir, el de igual protección de la ley. Por un lado se plantea el derecho desde la perspectiva del ciudadano respecto al Estado, pero se deja tácita la protección en igualdad de posibilidades que el Estado debe brindar al ciudadano. Esto es importante remarcarlo pues la policía, como elemento fundamental del Estado, en la protección de las personas y control del orden interno, de acuerdo a su propia Ley de Bases, es la encargada de llevar a la práctica este derecho de igual protección de la ley para todos, sin diferencia en las personas de ninguna índole.

Este principio sí se encuentra previsto en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que al haber sido perfeccionado por el Estado Peruano, forma parte de su legislación interna, conforme el artículo 101 de la Constitución y además está investigación de jerarquía constitucional, de acuerdo al artículo 105 de la misma carta fundamental.

Dentro de las libertades personales, en las cuales la policía puede intervenir más activamente, tales como la libertad de culto religioso, la libertad de expresión, la libertad de tránsito y de reunión pacífica, establecidas en los incisos 3, 4, 9 y 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, concordantes con los artículos 18, 19, 12 y 21 respectivamente del Pacto Internacional, existe el derecho a una libertad fundamental, mediante la cual se puede apreciar con mayor claridad, el papel de la policía en la protección de los derechos humanos. Nos estamos refiriendo al derecho de la libertad física de las personas. El artículo 2 inciso 20 de la Constitución Política del Perú establece que "toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales..." y seguidamente prescribe taxativamente los principios y derechos a los que debe estar sujeta la policía en particular y las personas en general, en lo que a la libertad personal se refiere.

El punto b del mencionado inciso dispone "no se

permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Están abolidas la esclavitud, la servidumbre y la trata en cualesquiera de sus formas". Esta norma apunta a la misma dirección que el artículo octavo del Pacto Internacional tantas veces citado. El mismo inciso, en su acápite "g" señala textualmente que "nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde, se exceptúa los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término".

La regla general es que la detención de las personas sólo procede por mandato judicial escrito y motivado; excepcionalmente, la detención la puede decidir la autoridad policial pero condicionando tal medida a que ella se produzca en caso de delito flagrante. Lo que se distingue aquí no es la detención en sí, pues en ambos casos, - ya sea por mandato judicial o por delito flagrante -, es la policía la única facultada para detener a las personas. El punto aquí es quién decide la detención. Sabemos que son los jueces los únicos facultados por la ley para determinar qué conductas deben ser objeto de sanción penal, por ende la policía sólo en la medida de impedir la ejecución final de un delito ya iniciado o de capturar a los responsables, es que podrá decidir la detención de una persona. En otras palabras, debe existir una solución de continuidad inmediata entre la detención policial posterior a la realización del delito y su persecución. La jurisprudencia Peruana ha señalado que la "noción del delito flagrante, que el Código de Procedimientos Penales denomina actualmente comisión inmediata, comprende la hipótesis de descubrir al autor en el momento que lo comete o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquirido".

Esta posición no ha sido tomada con precisión por la normatividad que regula la actuación policial en el Perú, pues por ejemplo, encontramos en el inciso "g" del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 373, Ley Orgánica de la Guardia Civil del Perú, que se encuentra prescrita como una de sus funciones específicas, la de



**"detener a los sospechosos de hechos delictuosos y proteger los objetos probatorios para ponerlos a disposición de la autoridad encargada de la investigación".**

De esta forma se ha estado desnaturalizando el espíritu del texto consititucional y se estuvo abriendo el camino para legalizar detenciones que de acuerdo a aquel precepto tienen el calificativo de arbitrarias y que se encuadrarían dentro de la prohibición establecida por el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se han detectado normas internas de actuación de la Policía de Investigaciones, ahora denominada Policía Técnica que no han interpretado adecuadamente los lineamientos constitucionales, en torno al derecho humano de la libertad individual, extendiendo sus atribuciones a la detención de las personas no sólo a los casos de resolución judicial y flagrante delito sino "como consecuencia de un proceso investigador policial o cuando la naturaleza de las investigaciones lo hagan necesario", función que como sabemos, en el Perú está reservada al Poder Judicial.

Todo esto ha originado que se presenten en algunas oportunidades, excesos que son producto de la incongruente regulación interna policial en relación con los principios constitucionales. Esto es uno de los principales motivos que han llevado al Gobierno del Perú a iniciar un proceso de reformulación normativa de la organización y funciones de la actividad de la Policía Nacional.

Para el caso de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política del Perú, encontramos las denominadas garantías constitucionales señaladas en el artículo 295º del mismo cuerpo de leyes concordantes con el tercer párrafo del artículo 2º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Nos estamos refiriendo a las acciones de Habeas Corpus y de Amparo. Dichas acciones de garantía han sido reguladas por la Ley N°23506, la que en su artículo 12 establece los casos en que procede la acción de Habeas Corpus, los mismos que - en síntesis - se presentan cuando se vulneran o amenazan derechos que atañen a la libertad individual, entre ellos los casos de detención arbitraria por parte de las Fuerzas Policiales, en los que el Juez dispondrá que "en el día, la autoridad responsable presente al detenido y explique su conducta". Si comprueba la detención arbitraria pondrá inmediatamente en libertad al detenido, de acuerdo al artículo 16 de la Ley y si al concluir

el procedimiento, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir instrucción conforme el artículo 11 de la misma. La acción de amparo procederá en defensa de los demás derechos fundamentales, que se encuentran establecidos en el artículo 24 de dicha Ley.

Pasando a otro punto, existen casos en que la ley faculta en situaciones excepcionales a que la policía tenga mayor campo de acción suspendiendo determinadas garantías constitucionales. En el Perú, los regímenes de excepción se encuentran establecidos en el artículo 231 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los estados de excepción que se contemplan son: El Estado de Emergencia, en caso de perturbación de la Paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; y el Estado de Sitio, en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. A nadie le es ajeno el conocimiento de que desde fines de 1980, el clima de paz hasta entonces existente en el Perú, se ha visto perturbado por acciones terroristas que tienen como amparo el poder del narcotráfico; estos atentados han cobrado ya más de 14,000 muertos de los cuales un gran porcentaje pertenece a los miembros de las fuerzas policiales, los mismos que han pasado constituir el gran sujeto pasivo de una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos por parte de estos grupos armados subversivos. Asimismo las pérdidas económicas de estos actos demenciales han sobrepasado los 12,000 millones de dólares.

Como efecto de esta situación actualmente se encuentran en el Perú, en estado de emergencia varias provincias de los departamentos de Apurímac, Huanavelica, San Martín, Junín, Pasco, Ayacucho, Huánuco y Lima. Donde las fuerzas armadas asumen el control del orden interno en dichas localidades pero la Policía Nacional mantiene sus atribuciones mientras no se disponga lo contrario. En las zonas de emergencia el Comando Político Militar asume la Dirección de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se encuentran en su jurisdicción, conforme lo dispone el inciso a) del artículo 5º de la Ley 24150.

Dicha norma fue promulgada en Junio de 1985 con el objeto de regular las funciones del Comando Político Militar, cuando el Presidente de la República dispone que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno en los casos de estado de excepción.

Dado que muchos de los problemas están aparentemente conectados con el control total del mando político militar en las zonas en las que se aplica la Ley de Emergencia, el Gobierno del Perú está estudiando la sustitución de la Ley N°24150 por un estatuto que determine una responsabilidad compartida de las autoridades civiles y militares en las zonas de emergencia, limitando la función de las fuerzas armadas a las cuestiones de orden interno, a fin de contribuir a establecer un ambiente más adecuado para el respeto de los derechos humanos.

Existen otras leyes especiales que regulan la actividad policial en defensa de los derechos humanos, como por ejemplo la Ley 24700 que establece el procedimiento para la investigación policial, la instrucción y juzgamiento de delitos cometidos con propósitos terroristas. dicha norma dispone la obligación de la autoridad policial, de comunicar de inmediato y por escrito al fiscal de turno, de la detención de una persona por delito de terrorismo. Asimismo, establece que en caso de ser indispensable la incomunicación del detenido para el esclarecimiento del delito, ésta no impedirá las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las cuales no podrá ser prohibidas por la autoridad policial, en ningún caso.

### **Dificultades de la Policía en la Aplicación de los Derechos Humanos**

Finalmente, es necesario señalar algunas de las dificultades principales por las que atraviesa la Policía Nacional en el Perú:

En primer lugar, existen factores coyunturales que obstaculizan el buen desempeño de la labor policial, partiendo por el hecho de que la policía tiene, una negativa imagen ante la población, pues las funciones diseñadas para su actividad, son apreciadas por ésta más como instrumento de dominación y represión por parte del Estado, que de servicio a la sociedad; imagen negativa que las autoridades tratan de superar por todos los medios posibles, principalmente, destacando la profesionalización en aumento de los miembros de la Policía Nacional en todos sus niveles. No obstante, un factor desalentador es el hecho que la Institución Policial no es ajena a la crisis económica y al proceso inflacionario por el que está atravesando el Perú, lo que ha originado dificultades de implementación y de material logístico. Problemas que acarrea a

veces la imposibilidad de enfrentamiento en igualdad de condiciones ante los ataques subversivos.

El terrorismo, además, ha creado una confusión en cuanto a los sujetos del delito pues es muy difícil delinear entre miembros de un movimiento subversivo y un movimiento reivindicatorio. Esta confusión se ve en el comportamiento de la Policía, la cual depara a veces igual trato a miembros de un movimiento subversivo y un movimiento reivindicatorio. Esta confusión se ve en el comportamiento de la Policía, la cual depara a veces igual trato a miembros de ambos grupos, manteniendo un elemento de tensión, que difícilmente permite un trato imparcial y justo al detenido.

Por último, la falta de regulación expresa y determinante de atribuciones policiales y que además recoja los preceptos de derechos humanos, trae como consecuencia, que el ejercicio de las facultades de que goza la Policía se encuentre librado a su criterio y discrecionalidad. Esto se agrava por el hecho de que las Fuerzas Policiales en el Perú, no han sido educadas en su totalidad, en el conocimiento profundo de la materia de derechos humanos y en la vigencia de los tratados Internacionales de la materia, cuyos preceptos tienen fuerza constitucional en el país. La Policía debe actuar dentro de lo que se ha delimitado como su ámbito y revestir sus actos de juridicidad, a través del uso de la normas legales que los fundamenten.

Las circunstancias enunciadas anteriormente no han permitido que exista cohesión en las tres fuerzas de la Policía Nacional, ya sea a nivel de grupos funcionales o de interrelaciones estratégicas. Lo que ha originado que no pueda promoverse un espíritu de institución que permita la solidez orgánica de la Policía.

Por todo ello, el Gobierno de la República del Perú, se encuentra reformulando la normatividad funcional de la Policía Nacional y particularmente, el Consejo Nacional de Derechos Humanos, organismo encargado del asesoramiento al Poder Ejecutivo, ha diseñado un programa de capacitación en esta materia, para todos los miembros de la Institución Policial en el Perú, a fin de que no solamente conozcan a cabalidad los derechos fundamentales de la persona, sino que además los interioricen dentro de su propio accionar, para lograr de esta forma una policía más eficaz, al servicio de la sociedad peruana.

# Democracia, Modernidad y Derecho

Rodolfo C. Reyna Salinas

*Alumno del 9no. Ciclo de la Facultad de  
Derecho de la PUC.*

Al plantearse el problema de la modernidad este trata de ser abordado en las implicancias socio-políticas que pueda tener en la construcción de un modelo democrático, si permite consolidarlo o no y qué rol debe tener el Derecho frente a las consecuencias, que tienen algunos rasgos centrales de la modernidad en la esfera política.

## Modelo democrático por construir

El tema de la democracia nos lleva a una discusión de origen, que es la contraposición entre democracia formal y democracia real –lo que en términos de Umberto Cerróní se da entre democracia técnica versus democracia status<sup>1</sup>–, ha descartado una propuesta integradora entre ambas. Situación que al llevarse a términos extremos ha generado modelos ideo-políticos que han distorsionado diversos regímenes políticos.

## La Propuesta de una Democracia como Técnica

La Democracia técnica o método; es decir entendiéndola tan solo en un marco institucional, de como se garantiza el ejercicio y control del poder, la distribución del poder, la participación política, etc. Lo cual significa enfocarla como un régimen político. Esta visión ha sido identificada con el pensamiento liberal, porque generalmente se asocia democracia política y modelo capitalista<sup>2</sup>. Pero esta asociación ha presentado excepciones como fue el planteamiento de Hobbes

del s. XVII, la experiencia jacobina de la Revolución Francesa y contemporáneamente los estados fascistas<sup>3</sup>. Todas estas excepciones tienen como característica la reducción del espacio político. Sin embargo no podría afirmarse que la dictadura sea una necesidad estructural del capitalismo –lo cual se vería negado por las actuales democracias capitalistas– si no que éstas surgen a partir de determinadas condiciones históricas. Siendo lo más adecuado ubicar la relación democracia política y modelo capitalista, con un tipo particular de democracia como técnica. Es así que encontramos dos tipos:

a) Como "mecanismo de elección de élites"; esta forma de entender lo democrático, surge a partir de la necesidad de armonizar la democracia política y el modelo capitalista. Para llegar a este modelo ha debido pasar todo un proceso de incorporación paulatina de derechos políticos, que tendían a procurar una igualdad potencial. Es en este contexto que podemos entender las propuestas, de tolerancia política y religiosa de Locke, la preocupación del elemento legitimidad en el pensamiento utilitarista de Bentham y Mill, la teoría de la representación política de Sieyès, la dimensión de la política como "procedimiento" en Rousseau, etc<sup>4</sup>. Pero este proceso de incorporación de derechos políticos llevó a la adopción del sufragio universal. El cual pudo poner en tensión la relación democracia política y modelo capitalista –por el acceso de sectores populares al voto–, pero esto no ocurrió porque el sufragio no se convirtió en una instancia de presión de las decisiones políticas. Esto motivado por la aparición del "sistema de partidos". Donde el partido se convertía: en una instancia intermediadora entre decisión política y so-

1. Leer el texto de: CERRONI, U. "La crisis de la Democracia y el Estado moderno". En: Problemas de la ciencia política contemporánea edit. UNAM, México, 1969.

2. Un ejemplo de esta asociación en América Latina, es la propuesta de la CEPAL en la década del 50. Cuando asume que la democracia política es la última etapa de una sociedad de consumo. Es decir un sub-producto del desarrollo económico capitalista.

Revisar el texto de: ADRIANZEN, A. "Democracia en América Latina: Experiencia y Reflexiones". En: Democracia: Realidades y Perspectivas. Lima, IBC, 1988.

3. El caso de Hobbes es ilustrativo porque condicionaba la existencia de una sociedad de mercado, a un tipo de política basada en una dictadura colegiada, llamada "Leviatán". Macpherson explica esto porque la sociedad de mercado, no estaba aún consolidada. A diferencia del contexto, en que se encontraba la propuesta de Locke. Revisar: MACPHERSON, C. B. La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke. edit. Fontanella, Barcelona, 1970.

4. La dimensión de la política como "procedimiento", aparece en Rousseau. Por su preocupación por el mecanismo de generación de la voluntad general.

ciudad, y en una institución donde existían élites especializadas en el quehacer político. De ahí que la democracia sea entendida como un mero "mecanismo de elección de élites". Además del acuerdo entre élites políticas de respetar el modelo económico vigente<sup>5</sup>. Pero, sin embargo, inclusive en los países del capitalismo avanzado, este sistema ha presentado crisis de legitimidad, que ha obligado a sustituirse o complementarse, con otro tipo de prácticas políticas<sup>6</sup>.

b) Como "Participación colectiva cada vez más directa en las decisiones políticas"; si bien no se abandona el entender la democracia como técnica. Pero ubicando ésta en función de la participación política; permite crear mecanismos de incorporación a los diversos sujetos sociales a la "esfera pública" que es el espacio "donde todos actúan y hablan juntos"<sup>7</sup>. Es decir, donde se discute y se decide. Superando así la separación entre decisión política y sociedad. La cual es ocasionada al entender la democracia como "mecanismo de elección de élites". Resulta claro que una participación cada vez más directa en el proceso de decisiones políticas, propicia un proceso de igualación entre los diversos sujetos sociales. De ahí que genere una necesaria visión crítica de las relaciones económicas y sociales. Es decir, que no está ausente el nivel de la democracia como modelo social.

## La Propuesta de Democracia Real

La propuesta de democracia real —que está en el otro lado del conflicto— está ubicado dentro del entendimiento de lo democrático como modelo social. Tradicionalmente ésta ha sido identificada en el enfoque marxista, como una réplica a la democracia formal que sólo garantizaba una igualdad legal<sup>8</sup>, sin comprometer un proceso de igualación económica, que es justamente la que hace efectiva la primera.

Pero lo que está en el fondo de la discusión, es el sustento de cada democracia. Por un lado la democra-

cia formal basada en una "libertad potencial" y por otro lado la democracia real sustentada en una "libertad capacidad". Es así que el pensamiento marxista tradicionalmente ha entendido a la "libertad potencial" —es decir a la posibilidad de ser todos libres— como una "no libertad"<sup>9</sup>. De ahí su poca preocupación por este nivel de la democracia y el énfasis que ha dado a la alteración de las relaciones económicas. Que históricamente —no necesariamente— ha significado una socialización de la economía.

Es claro también que el pensamiento marxista actual, ha generado un proceso de revalorización de la democracia política a partir de darle nuevos contenidos más integrales<sup>10</sup>.

El entender la democracia como modelo social, no ha estado ausente en el pensamiento liberal, como podría creerse. En sus inicios encontramos las propuestas de Bentham, J. S. Mill, Hegel, Tocqueville, etc y contemporáneamente las propuestas de C. B. Macpherson, David Apter, etc<sup>11</sup>.

Claro está, todas estas propuestas están en el contexto de afirmar valores liberales.

## La Necesidad de una Propuesta Integradora

El conflicto entre la Democracia como Técnica y Democracia como modelo social, al afirmarse cada una de ellas en términos absolutos, ha traído desnaturalizaciones en ambos lados. La primera ha ocasionado entender la democracia como un mero "mecanismo de elección de élites" donde se presenta: una autonomía

9. Revisar: ARON, R. Ensayos sobre la Libertad. Alianza editorial. Madrid, 1966.

10. Una muestra de esta propuesta es el marxismo italiano, que ha revalorizado la democracia política, a partir de su experiencia frente al fascismo. En el caso de América Latina el tema de la democracia surge a partir de la adopción de un marxismo heterodoxo y la experiencia del gobierno de Allende. Esta última motivada por la reflexión generada al interior del PCCh, como producto de los acuerdos del XX Congreso de la Internacional Comunista. Donde se establece el uso no exclusivo de la violencia.

11. Es así que Bentham plantea: "la distribución igualitaria de la riqueza como factor de adición en la utilidad general"; J. S. Mill, con su "repudio a las desigualdades de origen"; Hegel, con su concepción de soberanía de estado como "el reino de la libertad", y Tocqueville que entiende la democracia como "igualdad de condiciones". Contemporáneamente las propuestas de Macpherson que entiende la democracia no sólo como régimen político, sino también como una sociedad "que permita realizar las capacidades humanas esenciales"; David Apter y su propuestas de "socialismo liberal", etc. Leer: COLOMER, J. "Las democracias realmente existentes". En: Cuadernos Políticos #52, pág. 51-64. edit. ERA, México, Oct.-Dic. 1987. NUGENT, G. "Surgingimiento de la Democracia como sistema político". En: Democracia: realidad y perspectivas. Instituto Bartolomé de las Casas, Lima, 1988. PEREYRA, C. "Macpherson y la Democracia". En: Cuadernos Políticos #54, pág. 98-104. edit. ERA, México, Mayo-Nov., 1988.

5. Revisar: MACPHERSON, C. B. La Democracia Liberal y su época. Alianza Editorial, Madrid, 1982.

6. Estas prácticas son: Las impulsadas por el movimiento social, el neocorporativismo y la restricción institucional para el surgimiento de nuevas organizaciones políticas. Leer: OFFE, C. "Las Contradicciones de la democracia capitalista". En: Cuadernos Políticos #34, pág. 7-22. edit. ERA, México, Oct.-Dic. 1982.

7. Revisar: ARENDT, H. La condición humana. edit. Seix Barral. Barcelona, 1974. pág. 264.

8. El concepto de igualdad jurídica es producto de toda una evolución, ya que inicialmente se reconocía como iguales a todos aquellos que la ley señalaba expresamente. Es así que se encubría una situación de privilegio. Hasta que se llegó por la por la democratización de los derechos políticos, a la igualdad jurídica de cobertura universal. Revisar: CERRONI, U. op. cit.

del Estado frente a la sociedad —debido a que la sociedad se encuentra separada de la decisión política— y un desencuentro entre esfera política y económica. Pero por otro lado plantear en términos absolutos la democracia como modelo social, ha significado un desprecio por la institucionalidad, basándose en una afirmación del futuro en desmedro del presente. es en este nivel que encontramos las experiencias jacobina y los "socialismos realmente existentes"<sup>12</sup>.

Entonces una propuesta integradora de los dos tipos de democracia, es entender ésta a partir de la categoría "participación". Porque permitirá articular la esfera política con la esfera económica —ya que una efectiva participación política requiere una participación económica y viceversa, como un círculo vicioso<sup>13</sup>— y abarcar la dimensión presente y futura de la política.

El entender la democracia como participación política —en sus diversos niveles—, nos permite enfocar la validez o no de una teoría política, no en razón de su eficacia, si no por la forma como constituye los sujetos sociales. Es decir tomando en cuenta las relaciones sociales que plantea, sean éstas: de dominio o subordinación, de fragmentación, de participación, etc. Siendo justamente este enfoque de lo democrático el que nos permitirá entender las implicancias políticas que tiene la modernidad en la configuración de los sujetos políticos, a partir de las relaciones que plantea.

## Modernidad y Despolitización

La aparición del tema de la modernidad en el discurso político, como parte esencial de una propuesta política en busca de reconocimiento social. Comienza a configurar a la modernidad como una categoría política<sup>14</sup>, en la medida que tiende a legitimar ciertas acciones políticas. Pero es justamente esta modernidad la que ocasiona un proceso de despolitización de la socie-

dad— como es el caso de los países del capitalismo avanzado— que imposibilita la constitución de nuevos sujetos políticos, que puedan aparecer en el espacio participatorio que ofrece el modelo democrático que se plantea. Debido a que la modernidad impide la existencia de una conciencia política que pueda expresarse en: una conciencia global de la sociedad y en la presencia de la temática del poder, en el conjunto de la sociedad.

Los rasgos centrales de la modernidad, que dificultan la constitución de nuevos sujetos políticos, pueden estar resumidos en la aparición del mercado como "paradigma" y la técnica como "ideología".

## El Mercado como "Paradigma"

El Mercado como "Paradigma" consiste en que tanto las acciones sociales y las propiamente políticas, tienen como marco de referencia la lógica del mercado.

En la esfera social, ésta se ve expresada a través de que toda acción social encuentra su realización en función del mercado o, mejor dicho, de su ubicación frente al mercado. Esto ha servido para afirmar un tipo de individualismo utilitario —lo que Macpherson llama individualismo posesivo— que absorbe a los sujetos sociales en la búsqueda de ganancias materiales, despreocupándose así de lo político y por ende de la participación política. Contrariamente a otro tipo de individualismo llamado expresivo; que parte de la manifestación de las potencialidades subjetivas. Donde la identidad del individuo surge en el proceso de las relaciones sociales, descubriendo así los valores de la vida comunitaria. Lo cual favorece a una participación política.

Entonces cuando las acciones sociales están marcadas por el mercado, lo que ocurre es una sustitución de la categoría ciudadano por la de consumidor<sup>15</sup>.

El paradigma del mercado se presenta en la esfera política, en el "sistema competitivo de partidos". Donde la orientación de los partidos políticos está marcada por la necesidad de satisfacer un "mercado político" formado por los electores. Esto ha traído una instrumentalización de la Política. Dicha instrumentalización se manifiesta por el funcionamiento de la política misma dentro de la lógica del mercado. Esto

12. En el caso de la experiencia jacobina que tenía como objetivo construir una República "como reino de la virtud" —que era como la entendía Robespierre— esta significó la instauración de una época de terror, generándose así una situación contraria a la deseada. La propuesta de los "socialismos realmente existentes", que tenían como objetivo la instauración de la sociedad comunista. Sin embargo, sólo han generado una burocratización de las relaciones sociales, una identificación Estado-Partido, una limitación de la participación política a esferas de decisión de base, etc. Claro está habría que reflexionar hoy, a la luz de las reformas políticas que se están dando en el bloque soviético.

13. Macpherson sostenía: "No podemos lograr más participación democrática sin un cambio previo de la desigualdad social y la conciencia, pero no podemos lograr los cambios de la desigualdad social y la conciencia si antes no aumenta la participación democrática". cit. por: COLOMER, J. Op. cit. pág. 57.

14. Entendemos por categoría política un centro de legitimación. Es decir, el sustento de acciones políticas.

15. Leer: LECHNER, N. "Qué significa hacer política". En: Qué significa hacer política? editor: Norbert Lechner. DESCO, Lima, 1982. y NUGENT, G. Op. cit.

es, por un lado los partidos políticos que ofrecen una ideología y por otro los votantes que son consumidores, que eligen en función de los beneficios que pueden obtener. Esto ha significado muchas veces para los partidos una burocratización interna, una pérdida de identidad ideológica y una tendencia cada vez mayor a representar más intereses no necesariamente compatibles. Toda esta dinámica de los partidos dentro de la búsqueda del poder, ha hecho que las propuestas políticas pierdan autenticidad. En la medida que el discurso político se ha convertido en instrumento de manipulación, antes que de planteamiento frente al elector<sup>16</sup>.

### La Técnica como "Ideología"

Muchos han considerado que la modernidad ha significado el fin de las ideologías. Porque tradicionalmente éstas han servido como fuentes de legitimación de las acciones sociales y políticas. Sin embargo hoy, la modernidad ha traído que la técnica sea una fuente de legitimación. Lo cual significa que las ideologías no han desaparecido, sino que la técnica se ha convertido en una ideología en sí misma. La Técnica se presenta como ideología política, cuando permite pasar de la racionalidad de la economía-que es cálculo-a la racionalidad política-que es el control. Es decir permite funcionar cálculo y control, lo cual significa que la racionalidad del sistema ha sido asimilada por la sociedad. Esta aparición de la técnica como ideología, tiene sus manifestaciones en la esfera social y política, respectivamente<sup>17</sup>.

En la esfera social se han producido dos situaciones: la primera, una atomización de las relaciones sociales y la segunda, es la presencia de un tipo de acciones sociales cuya racionalidad es la búsqueda de eficacia.

La primera situación se ve generada por la incorporación de una racionalidad técnica - que involucra un saber eficiente - en el mundo social, trayendo con esto sociedades sumamente competitivas, que requieren cada vez más, una mayor especialización de las acciones sociales, para responder esta competencia. Aislando así las acciones sociales. Produciéndose con esto una atomización o fragmentación de las relaciones sociales, que dificultan una conciencia global de la

sociedad, limitándola a una conciencia parcial de la misma<sup>18</sup>. Esta conciencia parcial o fragmentación de la realidad, tiene implicancias políticas como: la dificultad de constituir nuevos sujetos políticos -por no haber una conciencia global de la sociedad-, la existencia de conductas sociales fragmentadas -que las hacen calculables y sujetas a un control social más férreo- y situaciones de inseguridad<sup>19</sup>.

El segundo nivel en la esfera social, se da por la presencia de un tipo de acciones sociales, que están determinadas por una "acción racional orientada a fines" (AROF). Teniendo este tipo de acciones como modo preferente de legitimación, la búsqueda de eficacia y como punto de partida al cálculo. Es decir que la racionalidad de estas acciones tienen como sustento la relación costo-fin.

Este tipo de racionalidad que explica las acciones sociales en función de la eficacia o no de las mismas, implica un sacrificio de la escala valorativa-lo cual según Weber era característica central de la modernidad-. Esto sin embargo permite distinguir dos propuestas políticas bastantes claras: una que enfoca los problemas sociales a partir de criterios técnicos-con ausencia de cualquier valorización- y otra que parte de normas de validez, para abordar los problemas.

La generalización de la AROF, esto es que se convierta en una forma de representación del mundo. Permite que se consolide puesto un proceso de despolitización, puesto que este tipo de racionalidad exige conductas adaptativas, que impide la aparición de nuevos sujetos políticos. Debido a que toda conducta social no acorde con esta racionalidad, es considerada incompetente y trae como sanción social el fracaso<sup>20</sup>.

En la esfera política la técnica se presenta generando: una autonomía del Estado frente a la sociedad y la aparición de la actividad política como un quehacer de especialistas.

La autonomía del Estado frente algún tipo de

16. Leer: OFFE, C. Op.cit. y PITKIN, H. Wittgenstein: El lenguaje, la política y la justicia. C. E. C., Madrid, 1984.

17. Leer: HABERMAS, J. Ciencia y Técnica como "Ideología". edit. Tecnos, Madrid, 1984.

18. Esto tiene como ejemplo el hecho de enfocar los problemas separadamente en: educativos, económicos, jurídicos, laborales, etc., sin relacionarlos y en el área del conocimiento; la tendencia mayor a la especialización, en perjuicio de una votación interdisciplinaria. No entendiendo de este modo el saber como "circular". Leer: CERRONI, U. Técnica y Libertad. edit. Fontanella, Barcelona, 1973. LUKACS, G. Marx y el problema de la decadencia ideológica. edit. Siglo XXI, México, 1986. MARCUSE, H. El hombre Unidimensional. edit. Planeta, México, 1985.

19. Leer: LECHNER, N. Op. cit.

20. Leer: HABERMAS, J. Op. cit.

valorización social, se origina a partir de enfocar los problemas sociales, como problemas exclusivamente técnicos. Lo que ha significado identificar transformación social con transformación técnica y no como un problema político.

Es así que el Estado al afrontar las demandas sociales, dentro de criterios únicamente técnicos, se aísla de la sociedad<sup>21</sup>. Una muestra de esto es la "razón de Estado", que es una decisión política que prescinde de cualquier tipo de valorización.

El otro efecto de la racionalidad técnica se da en el quehacer político propiamente dicho. Donde la actividad política se presenta, como una actividad de especialistas, de técnicos, etc.; que requieren un conocimiento adecuado en métodos y objetivos. Propiciando una brecha entre la "clase política" y el ciudadano común, facilitando así un espacio intermediador para la participación política<sup>22</sup>.

La modernidad nos plantea una serie de relaciones sociales que dificultan la constitución de nuevos sujetos políticos<sup>23</sup>. Esta situación entra en contradicción con cualquier propuesta de democratización de la sociedad. Es así que toda propuesta democrática por construir debe pasar por redefinir el contenido de lo moderno.

## El Rol del Derecho

Ante el tipo de relaciones que plantea la modernidad, que dificultan la constitución de nuevos sujetos políticos. Es necesario que el Derecho no se limite a un contenido neutral. Que es la exigencia de estar basado en la racionalidad formal<sup>24</sup>. Si no que parpa por aceptar su alto contenido político -y por tanto valorativo- que

se expresa en los rasgos siguientes:

- a) El poder independientemente de cómo se acceda - vía pacífica o no - se expresa a través del derecho, ya que ésta refleja decisiones políticas. El cual se encuentra basado en el proceso de la decisión misma, que está dado por la secuencia: demanda social- Estado -decisión-derecho. Cuyas decisiones pueden estar motivadas por criterios técnicos, culturales, morales, etc. Pero en el fondo trasluce cómo el poder se distribuye en la sociedad.
- b) El derecho cumple un rol organizador del poder, al institucionalizarlo en la sociedad. Esto lo hace a través del régimen político que se cree.
- c) El derecho se presenta vinculado a la política, en la medida que se presenta como una opción ante el conflicto.

La presencia de un contenido político en el Derecho, hace que éste pueda cumplir un rol importante en el proceso de democratización de la sociedad. Este rol puede abarcar:

1) Un rol Cultural, puesto que el derecho tiende a regular o modificar conductas sociales. Puede internalizar prácticas democráticas en la cultura política de la sociedad.

2) Un rol organizador, es decir "un medio para asegurar que la participación de todos en la vida política quede garantizada formalmente"<sup>25</sup>. Esta se da en dos niveles:

- El primero, es dar un marco institucional al poder que brinde una participación política más efectiva.

- El segundo, es el procedimiento generador de normas. Debido a que detrás del derecho hay una decisión política, es necesario introducir elementos de democratización en su creación.

Es justamente este tipo de roles, los que permitirán al derecho evitar cualquier proceso de despolitización de la sociedad.

21. Leer: CERRONI, U. *Técnica y Libertad* op. cit.

22. Un enfoque sobre la autonomía de la política se encuentra en: WEBER, M. "La política como vocación" En: *Ensayos de sociología contemporánea*, edit. Martínez Roca, Barcelona, 1972.

23. En este punto el planteamiento de Weber es distinto, porque entiende que la participación política, depende de un acto de voluntad y no por las relaciones que plantea un determinado modo de sociedad. "... es preciso que la organización política esté dirigida por personas interesadas en la administración política. En otras palabras un número relativamente reducido de personas está primordialmente interesada en la vida política. En otras palabras, un número relativamente reducido de personas está primordialmente interesada en la vía política y, por tanto, tiene interés en compartir el poder político (...). En la práctica ello supone la división de los ciudadanos con derecho a voto en elementos políticamente activos y políticamente pasivos. Esta diferencia se basa en actitudes voluntarias y, por tanto no puede ser abolida a través de medidas tales como el voto obligatorio, la representación por grupos de status ocupacionales, u otras similares, dirigidas intencionalmente o prácticamente contra esta situación y contra el dominio de los políticos profesionales. WEBER, M. op. cit. pág. 124. (subrayado nuestro)

24. Que está basado en: seguridad jurídica, autonomía y coacción.

25. CERRONI, U. *Problemas de la transición del Socialismo*, edit. Grijalbo, Barcelona, 1979. pág. 90.

# ENTREVISTAS

## Entrevista a Gustavo Gutiérrez\*

**Thémis:** *Viendo las cosas que pasan hoy día en el país y la situación de crisis casi generalizada que tenemos, ¿qué ha ocurrido en el Perú desde su punto de vista?, ¿de repente se puede pensar que hubo una especie de "crack" y las cosas empezaron a descomponerse?*

**Gutiérrez:** Sí y no, porque creo que la crisis peruana es una crisis muy vieja. La pobreza, la injusticia, el despojo de los más débiles en este país tiene, desgraciadamente, raíces históricas muy grandes, profundas, incluso de siglos. Sí, porque algo ha ocurrido de todas maneras en el Perú; el deterioro hoy día es muy grande. Uno tiene la impresión de que esto comenzó hace unos 13 ó 14 años, una caída acelerada del poder adquisitivo de la gente, de sus condiciones de vida... pero creo que es una aceleración de algo que desgraciadamente ya existía en el país. Estamos tan mal, que la gente quiere recordar momentos en que aparentemente estábamos bien, cuando en realidad, nunca fue así. Con esto quiero decir que para poder salir de la situación actual de crisis, tenemos que remontarnos hacia lo que hace mucho tiempo la provocó.

**Thémis:** *Ahora, ¿no cree que de repente todo se explique por una situación en la cual hay una falta de diálogo y comunicación entre los que conformamos el Perú, o a que al mismo tiempo, son muy pocos los que están llamados a hablar y muchos los que tienen que contentarse siempre con escuchar?*

**Gutiérrez:** Bueno, naturalmente que sí. Pero no sé si darle a esta falta de diálogo entre los peruanos un carácter de efecto, antes que de causa. Lo que dicen es exacto, pero expresa un mal muy profundo. Creo que las diferencias desde el punto de vista racial o cultural son muy grandes. A mí, por ejemplo, me

parece que el Perú es un país muy racista, tal vez uno de los más racistas de América Latina. Aquí también vivimos esa mentira social latinoamericana de decir que éste no es un continente racista, y con eso, queremos afirmar que no tenemos leyes racistas; pero esto, en verdad, es una superficialidad, pues tenemos algo mucho más profundo: costumbres racistas. Aquí se desprecia a una parte de la población, a su cultura, y a su lengua. Creo también, que hasta hoy, los sectores más fuertes económicamente, políticamente, han vivido defendiendo privilegios sin ninguna preocupación por construir un país, que no puede ser hecho sino en base a una igualdad básica de oportunidades para todos, y a la satisfacción del derecho primordial del ser humano, el derecho a la vida.

**Thémis:** *Dentro de toda esta realidad, ¿Ud. cree que es posible integrar realmente el Perú, integrar todas esas variedades de pequeñas naciones enmarcadas dentro de un mismo territorio?*

**Gutiérrez:** No quisiera que el mal rato que hoy vivimos, nos dé un consejo negativo al respecto. La estamos pasando tan mal, que uno tiene ganas de decir que esto no va a resultar. Pero, insisto, el momento es un mal consejero. Pienso que la integración es el desafío que tenemos, aunque también es cierto que históricamente tenemos nuestra ubicación y una cierta unidad como país. Yo diría que no hay manera de decir si algo es posible o no, si no nos proponemos hacerlo. Finalmente, todas las que son cuestiones de orden histórico, están en nuestras manos, y serán posibles si nos empeñamos en lograrlas. Creo que hay elementos que pueden darle a este país una riqueza cultural e incluso política muy grande, pero, para eso, naturalmente, tenemos que conocerlo bien. Considero que en esa perspectiva una figura clave, no única, precisamente porque fue muy consciente de las rupturas que se daban en este país, como también de sus posibilidades, es un hombre como fue José María Arguedas.

**Thémis:** *Un problema que también es palpable hoy día en el Perú es la crisis absoluta de valores. Cada*

\* La edición y transcripción estuvo a cargo de José A. Jiménez, Carlos Garate, Fernando Hesse y Verónica Zavala.



*día hay una falta mayor de respeto por lo que significan valores éticos y morales. ¿Ud. cree que eso es así?, ¿comparte esa opinión?*

**Gutiérrez:** La comparto, sí. Esto también es una expresión de la profunda crisis que vivimos. Creo que lo que llamamos "valores" necesitan mostrar su eficacia, si no, no pueden ser percibidos y observados por un pueblo. Si hablamos de justicia, por ejemplo, y la vida diaria de este país muestra lo contrario, es muy difícil hacer entender a una población que es importante ser justo hasta en las relaciones más pequeñas. Lo mismo sucede con la libertad; Uds. decían hace un momento que algunos pueden hablar y otros no. La libertad es un valor, pero cuando para hablar se necesita respaldar la palabra en un poder económico, o como ocurre cruel y sanguinariamente hoy en el Perú, en un revólver en la mano, entonces ésta comienza también a desvalorizarse. Creo que el valor que ha perdido más vigencia en el país es la vida. La vida aquí no parece valer nada. No sé si exagero, pero tengo la impresión de que quien abre hoy día el periódico y lee que han matado a una o dos personas, sigue adelante porque le parece muy poco. Tal vez se detenga si dice que mataron a 20. Bueno, esto que es cotidiano y que además estamos todos tentados de hacer, prueba hasta qué punto, aquí, la vida ha perdido valor.

**Thémis:** *una pregunta que creo resulta un poco difícil es: ¿cómo ser justo en el Perú?, ¿qué características debe enmarcar, reunir una persona, para que podamos decir que es justa?*

**Gutiérrez:** La justicia es algo simultáneamente simple y complejo. Hay muchas divisiones y subdivisiones que desde tiempos aristotélicos se han hecho al interior de la justicia. Tratemos de tener un acercamiento muy simple: la justicia supone el reconocimiento de los derechos de otras personas. Ahora bien, pienso que en el país hay una falta de reconocimiento de los derechos que tienen las personas, cualesquiera que ellas sean, cualquiera sea su raza, su cultura, su lengua, su color de piel o su ubicación social. El primer derecho de toda persona es el derecho a vivir. No creo que ese reconocimiento corresponda sólo al poder político, sino que tiene que ser una actitud permanente de toda persona, de todo peruano. No pienso que esta respuesta baste para satisfacer su pregunta, creo que hay otros niveles, y se requiere un ordenamiento jurídico para todo eso. Pero quería decirle que por lo menos a nivel de actitud, el respeto por los demás es la base para poder construir una sociedad justa. ¿Cómo hacer

un ordenamiento jurídico, si la gente no tiene la menor intención de respetar nada?

**Thémis:** *Viendo esta situación tan inestable e insegura que vivimos, nos preocupa mucho, y pensamos que a todos nos debe preocupar el problema de la violencia. Creemos que esta situación sirve como caldo de cultivo a un fenómeno como la subversión. Ud., ¿cómo explica o cómo ve un fenómeno como el de Sendero o el MRTA?*

**Gutiérrez:** Uds. mismos lo han dicho. La cuestión de la violencia comienza precisamente con la situación de pobreza, miseria e injusticia con la que se vive en el país.

**Thémis:** *Entonces, ¿cree que existe una relación causa-efecto entre pobreza y violencia?*

**Gutiérrez:** A eso iba, porque es un tema muy discutido, muy peleado.

La gente se enerva sobre él. Francamente, no creo nunca que en el mundo social e histórico tengamos causalidades mecánicas, que al poner tal causa, resulte tal efecto de todas maneras, y en tales dimensiones. En física puedo decir que a tal causa tal efecto, pero en el campo social o en el psicológico no hay manera de hacerlo así. Son terrenos mucho más difíciles y más delicados. O sea, "causa" de esa manera, no. Sin embargo, es innegable que la pobreza y la miseria son el caldo de cultivo aquí en el país, de la violencia subversiva, y también de la violencia represiva, porque en un momento dado todo se confunde. Las violencias del Perú se alimentan entre ellas mismas, un poco como el perro que se muerde la cola. Algunos dirán: cuidado, en Italia existían las Brigadas Rojas y no es un país pobre. El argumento lo conocemos, pero no pienso hacer en Italia un análisis a la peruana, ni pienso hacer en el Perú un análisis a la italiana. Aquí es un caldo de cultivo, no una causa mecánica. La prueba de que no es así es que, desgraciadamente, esta pobreza es vieja y la violencia terrorista no existía en el país, por lo menos, no en la forma actual. Pero cuando uno dice caldo de cultivo, es una imagen para decir lo que hoy día está sucediendo. Para mí, de ninguna manera se justifica la violencia subversiva. Creo que la violencia que tenemos hoy es una violencia cruel, sanguinaria y asesina, asesina de pobres. La vida humana vale de todas maneras, sea de un pobre o no. Pero también debo decir que rechazo muy fuertemente la violencia represiva que no respeta los derechos humanos, y que al contrario, alimenta la

terrorista porque crea un mundo de venganzas que finalmente hacen que el país se hunda más. Creo que la violencia legal, que los obispos en Medellín en el año 68 llamaron institucional, la violencia terrorista y la violencia represiva, que no respeta los derechos humanos, hacen un trío que ha provocado esta aceleración de la situación que, sin embargo, siempre fue muy mala. Corremos el peligro de pensar que "todo tiempo pasado fue mejor"; pero debemos recordar como era el país hace treinta o cuarenta años; la pobreza era –y sigue siendo– inmensa, el maltrato del campesino y del indio era muy profundo. Los problemas no han comenzado ahora sino que se han deteriorado. Las cosas están más graves, pero hay algo que es importante e interesante, hoy tenemos una mayor conciencia nacional de nuestros problemas que no teníamos hace unas décadas.

**Thémis:** *Dentro de todo esto, ¿qué papel debe cumplir la Iglesia frente al problema del terrorismo?*

**Gutiérrez:** Creo que son varias las cosas que puede hacer y que de hecho está haciendo. Una es levantar la voz y defender el derecho de toda persona a la vida. El texto de los obispos "escoge la vida" va en esa línea y creo que es importante. Todos sabemos el interés de un texto y también sus límites, y por ello si bien es importante, no basta. Otra, es algo que están haciendo muchos agentes pastorales, arriesgando sus vidas viviendo en las zonas de emergencia, sufriendo de limitaciones muy grandes, a veces, para su trabajo pastoral. Estoy pensando en ciertas zonas de Ayacucho, del Alto Huallaga, del sur andino; conozco a muchos de ellos, sé que están arriesgando sus vidas, su libertad y su salud. La labor de acompañar a un pueblo me parece sumamente importante porque las gentes de esas zonas pierden por todos lados, ya que cuando no llega un grupo terrorista a arrasarlos, llega un grupo represivo a hacerlo. Estas personas necesitan tener el testimonio de quienes por situación cristiana y humana están cerca de ellos tratando de hacer algo. La Iglesia tiene además, una tarea de atención a las víctimas de la violencia; no creo, sin embargo, que esa atención deba hacerse sin señalar las causas de la violencia. No concibo a la Iglesia como una gran "enfermera" o como una gran "asistente social" (esto sea dicho con gran respeto por estas dos profesiones). En mi opinión la Iglesia no se puede limitar a recoger lo que deja la violencia; creo que debe hacerlo también y de hecho lo está haciendo. Pero, honestamente, si Uds. me preguntan, si creo que la Iglesia ha hecho todo lo que debía hacer, yo diría no. A mí me parece que es mucho más lo que tienen por hacer, que lo que ha hecho.

**Thémis:** *¿Qué no ha hecho la Iglesia, qué pudo haber hecho?, ¿Puede haber la Iglesia coadyuvado a esta situación de violencia en algún momento?*

**Gutiérrez:** Me parece que ante un hecho de la magnitud que tiene la violencia en el país, no hay peruano que no tenga una cierta responsabilidad; no veo, naturalmente, inocentes totales en este asunto, ni siquiera la Iglesia. La Iglesia forma parte de este país, además la Iglesia somos todos los cristianos, lo que significa, un número muy grande de peruanos. Creo que hay una responsabilidad, también, de quienes dentro de ella tienen algunas funciones especiales. O sea, responsabilidad en ese sentido, sí; responsabilidad en el sentido de que hayan provocado directamente la violencia, ciertamente, no. Todos somos responsables de la violencia en el país, pero en eso no hay que estar jugando a golpes de pecho, porque existen responsabilidades diferenciadas.

Ahora, ¿qué es lo que no ha hecho la Iglesia? Comprendiendo la limitación que tienen las denuncias y los textos, considero, sin embargo, que son importantes y pienso que ha habido ocasiones en que ha debido haber pronunciamientos oportunos y precisos que por cantidad de razones se han demorado; no solamente a nivel nacional, sino también a nivel local. También, si bien es verdad que hoy hay un buen número de agentes pastorales que han permanecido o ido a las zonas de emergencia, pienso que es algo que, teóricamente por lo menos, pudimos haber comenzado antes. Pero debo igualmente decir que hay cosas que la Iglesia no va a hacer: limitarse a atender a las víctimas de la violencia actual. Allí hay una tarea importante, pero insuficiente, y es un peligro para quien quiere ayudar con la mejor buena voluntad, limitarse a eso, como si los otros terrenos, el del acompañamiento de un pueblo, la denuncia de lo que hoy día sucede, estuvieran fuera de la misión de la Iglesia, o presentaran, sobretodo el segundo –el acompañamiento de un pueblo– peligros muy grandes. A nadie se le pide ser héroe, ningún cristiano debe nunca desear ser mártir, el martirio no se busca, se encuentra.

**Thémis:** *Hay un tema que se maneja mucho y que políticamente resulta "incómodo": los derechos humanos. Para Ud., ¿qué implican los derechos humanos?*

**Gutiérrez:** El primer derecho humano es el derecho a la vida. Decir el primero no quiere decir el único. El derecho a la vida es un derecho fundamental,

sin el cual, todos los demás pierden base. El que está muerto no tiene derecho a la libertad de expresión, es normal, evidente, y hasta resulta cómico hablar así. Cuando se habla de derechos humanos, se habla de derechos humanos de todas las personas. Sobre esto también se ha hecho una discusión un poco inútil y gastadora, que consiste en decir "Ud. se acuerda de los derechos humanos de unos, no de otros".

Naturalmente creo que, sobre todo en la Iglesia, pero no sólo en ella, tenemos la obligación de hablar en especial de los derechos humanos de aquellos que poco pueden hacer oír su voz. Pero no es que sean los únicos derechos humanos que importen, sino que hay otras personas que tienen mejor cubierta su defensa de derechos humanos. Entendámonos, me preocupan los derechos humanos de las personas que tienen poder en este país. Pero me parece elemental que diga que me importa fundamentalmente la defensa de los derechos humanos de aquellos que precisamente son más débiles en la sociedad, y cuyas muertes no llaman la atención. Se trata simplemente de buscar una igualdad en la defensa de los derechos humanos. Si me permiten la comparación, mala como todas, me parece que en una familia de muchos hijos, es lógico que los padres protejan a los más pequeños, porque los más grandes se las van a arreglar solos. La preferencia a que aludía, tiene como finalidad la igualdad, sobretodo en una sociedad tan fuertemente desigual como la nuestra.

**Thémis:** *¿Cómo ve Ud. a la juventud hoy día en el Perú?*

**Gutiérrez:** Nosotros decimos mucho en el Perú y en América Latina que éste es un continente joven, sabemos que el porcentaje de gente joven en este país es muy grande. Sin embargo, cuando uno tiene contacto con el mundo popular y el mundo campesino, uno se pregunta, ¿qué concepto de joven estamos usando?. Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en Europa, aquí los niños pobres trabajan, tanto en la ciudad como en el campo. No digo que el trabajo sea lo contrario a ser joven, pero entonces estamos hablando de un joven distinto a aquel que es un hijo de familia, que estudia y que hace un cachuelito para algo especial, no para vivir ni para comer.

Juventud es una noción que tiene su complejidad y no podemos meter en esa categoría a todos los que tienen la misma edad en el país. Yo tengo contacto con sectores de jóvenes muy diferentes entre sí. Hay algunos que todo lo que es vivir un poco por su cuenta, lo

han aprendido de niños; provienen de familias en las que si el chico no viene a almorzar o a comer, no les es ningún problema, suponen que se las están arreglando. Con esto no quiero decir que los jóvenes pobres de este país, son otra raza humana. Hay muchos puntos en común. Creo que una de las más grandes frustraciones de los jóvenes, sobre todo los de clases populares, es la falta de trabajo, el clásico "pateo de latas", que los lleva a la droga y a la bebida, porque la desocupación o el simple cachueleo, no rinden.

Aún así, los jóvenes son la gran reserva de este país, eso es indudable. Ellos tienen menos compromiso con las cosas que hoy día se viven en el país. Tienen una vida nueva, un poco por hacer, pero dependerá de lo que todos sepamos ofrecer. Creo que requieren ciertas referencias sociales, casi modelos sociales, y ciertos cauces para que puedan optar libremente. Son una reserva y una esperanza, pero siempre y cuando el país los vea como tales.

**Thémis:** *Sin embargo creemos que, en la gente que tiene la suerte de ir a una universidad en el Perú, hay una falta de confianza en lo que se refiere al futuro, de fe en lo que se refiere a las posibilidades de hacer las cosas más adelante. ¿Cómo hacer para recuperar eso, cómo hacemos para que quienes tienen la suerte de estar en una universidad, aspiren a trabajar acá para que las cosas caminen mejor?*

**Gutiérrez:** Han señalado un punto muy importante —que es bueno no dejar de mencionar, y que estamos viviendo en el país desde hace varios años— la salida de mucha gente de nuestro país; personas además en las cuales el país, mal o bien, ha invertido muchos años, pues son formados desde el colegio, y una vez profesionales, se van de él. Un argumento frecuente es decir: "es mi vida". Pero en verdad no existen vidas enteramente individuales, como tampoco existe una realidad exclusivamente colectiva. La realidad es mucho más compleja. No hay vida personal o individual que no esté dentro de un tejido social, y que por lo tanto no tenga obligaciones. Creo que los jóvenes que tienen la ocasión de adquirir conocimientos, están obligados a enrumbarlo. Todo conocimiento debe ser un poder al servicio de otras personas. Si la gente que está en esta posición, se va del país, no vamos a salir de esta situación. Yo no puedo obligar a nadie a quedarse, pero me parece que hay motivaciones de orden ético, cívico, como también de orden religioso y cristiano, que pueden hacerse valer para que las personas entiendan el deber que tienen de ser solidarios con otras; en el caso

de jóvenes, con otros jóvenes de este país. Tenemos que desarrollar este tipo de actitudes, sentimientos e ideas solidarios para que la gente aprenda a servir. Esto es una exhortación, que si es escuchada, deja de ser inútil, y se convierte en una manera de convencer y persuadir, ya que no hay nada que convenza más que el testimonio y el ejemplo, es decir, en la medida que algunos lo hagan, otros lo harán también, porque normalmente cuando uno ve que hay personas que son capaces de comprometer su vida y su conocimiento al servicio de otros, siente un estímulo y ve en ello una posibilidad. Creo que la carencia de referencias sociales de este estilo es una de las tantas causas que hacen que el país se hunda. En este asunto no se trata de preguntarnos qué puede hacerse, sino de comenzar a hacerlo. Toda persona es libre, pero toda persona debe ser solidaria también. Los valores siempre van en pareja, la paz con la justicia, la libertad con la solidaridad, si no, se descompaginan.

**Thémis:** *En esto, ¿la universidad tiene un rol que cumplir?*

**Gutiérrez:** Indudablemente..., a mí me parece que la universidad como un conjunto institucional tiene un papel importante para orientar a la gente que participa de su vida, y que aprende dentro de ella. Si bien es cierto que la gente paga sus pensiones, al estudiar acá siempre se está tomando algo del patrimonio nacional. A cambio de eso, la universidad puede exigir (exigir en el sentido de persuadir, de convencer). La manera humana, correcta, democrática, es justamente la de convencer a las personas, allí creo que los profesores tienen una responsabilidad muy grande en la forma como presenten sus cursos, sus materias. Y creo que en el campo intelectual, con los profesores universitarios, tenemos casos muy impactantes de personas que teniendo ocasión de salir han permanecido acá, precisamente en servicio del país y a sus alumnos. La universidad tiene un papel capital, tanto a través de las líneas a dar en los cursos como también en la vida universitaria diaria.

**Thémis:** *Sin embargo, ¿no cree que las universidades están alejadas de lo que pasa aquí y que no*

*promueven el diálogo con la realidad del país?*

**Gutiérrez:** Así es, ha habido momentos en que ese diálogo ha sido mayor. Ese alejamiento es causa y efecto simultáneamente del deterioro que se vive en el país. No creo que hayamos vivido épocas ideales en ese sentido, pero sinceramente encuentro que hubo momentos en que en algunas universidades peruanas la cercanía con la realidad nacional, que venía de profesores y de estudiantes, era mucho mayor que la actual.

**Thémis:** *Tal vez ha faltado decisión, ganas de hacer las cosas...*

**Gutiérrez:** Decisión..., personalmente siempre he sido—voy a emplear una expresión provocadora para alguna gente—muy "voluntarista" en el campo histórico. Me parece que las personas deciden, escogen un tipo de vida, buscan la gente necesaria, etc. Las cosas siempre se han hecho así, eso es lo que llamaría voluntarismo histórico-social. Todas las cosas importantes que se han hecho en la humanidad, se han hecho siempre a puño, a base de gente que vio ciertas cosas y sintió que tenía que hacerlas, consiguió con quienes, y adelante.

**Thémis:** *Para terminar, ¿qué impresión tiene de los abogados?*

**Gutiérrez:** No es una profesión con la que tenga mucho contacto, no tengo lo que se podría llamar una impresión de la profesión, tengo amistades que se dedican a ésta. Me parece que las personas que están vinculadas a todo lo que es el mundo de las leyes y del Derecho deben tener ante todo una preocupación por la justicia. Hay una carta de Pablo VI, en la que distingue entre un orden justo y un orden legal, y sostiene que no siempre el orden legal corresponde a un orden justo. Esto debe ser siempre un acicate para los abogados: tratar de que la legalidad responda a la justicia más profunda que un pueblo necesita. Un orden legal que tenga en cuenta las costumbres, las culturas, las maneras de actuar en este país tan diverso y tan complicado, me parece sumamente necesario; si no, se convierte en instrumento de injusticia.

## Entrevista a Ramón Arróspide M.\*\*

**Arróspide:** Agradezco a la Revista THEMIS esta entrevista relacionada con la Fuerza Armada, con el país, la democracia y la civilidad. Debo manifestarle que en mi condición de Contralmirante retirado posiblemente las respuestas no sean las mejores, pero comprendo que las equivocadas interpretaciones del concepto de "no deliberantes" impiden la participación de oficiales en actividad. Veo que los temas planteados son muy interesantes y estimo que la juventud estudiosa a la que va dirigido merece un esfuerzo personal, sin tener especiales títulos, ni representación alguna para hacerlo.

**Thémis:** *¿Cuál cree Ud. que debe ser el papel de las Fuerzas Armadas en el sistema democrático peruano?*

**Arróspide:** El rol de las fuerzas armadas está establecido en nuestra Constitución; a parte de lo relacionado a la Defensa nacional, podría añadir específicamente que su rol debe ser amplio en el apoyo para el sostenimiento y defensa en todos los campos a la democracia, participar en el desarrollo económico, social y en la defensa civil, ser dedicadamente estudiosa de los problemas políticos internos y externos para contribuir positivamente con el régimen democrático y no ser sorprendidos con tentaciones de origen militar o civil hacia golpes militares, debe apoyar el cumplimiento de los principios políticos y procedimientos para la transmisión democrática del poder y durante la conducción del gobierno, velar por el respeto a la autoridad a las leyes y las garantías constitucionales; finalmente buscar permanentemente una relación sólida de entendimiento civil - militar.

**Thémis:** *¿Qué papel han cumplido las Fuerzas Armadas en estos diez años de vigencia de la Constitución y del sistema democrático?*

**Arróspide:** Han cumplido con lo que manda la Constitución, que establece como su finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integri-

dad territorial. Esta responsabilidad es tan importante, que demanda una permanente preparación, estudio y planeamiento. El Planeamiento Militar es una ciencia que exige amplios conocimientos de diferentes factores propios y ajenos, como el político, económico, geográfico, transporte y comunicaciones, psicológico, sociológico, científico, tecnológico, y otros aspectos.

En el campo de las acciones, cumple un permanente cuidado de fronteras y al respecto debemos recordar la actuación en el conflicto con el Ecuador en Falso Páquisha en 1980.

En el campo de la subversión, cumple con las responsabilidades que la Constitución y las leyes le conceden en las Zonas de Emergencia, con una limitada acción antisubversiva por la falta de una decisión política.

Es necesario recordar que de acuerdo al Art. 380 de la Constitución, las FF.AA. también participan en el desarrollo económico y social del país. Este tema podría ser largo, por lo que solo enumeraré algunas de las principales acciones que realiza, como la formación cívica, alfabetización, preparación técnica de un alto porcentaje de la población, construcción de caminos en los lugares más difíciles de nuestra Sierra y Selva, acción cívica, médica y tecnológica aproximadamente en 5000 millas de ríos navegables en nuestra selva, colonizaciones, construcción naval e industrias conexas, formación de personal para la marina mercante, aplicación para fines pacíficos de la energía nuclear, policía marítima, protección de la vida en el mar, vigilancia en las zonas marítimas contra el contrabando, control de contaminación del mar, levantamiento de cartas y mapas geográficos marítimos y terrestre, así, podría llenar varias páginas en diferentes acciones más que realiza.

Todo esto demanda grandes recursos económicos, que equivocadamente están considerados como gastos de defensa, correspondiendo más bien al campo de desarrollo y seguridad.

Me da la impresión que la pregunta va al campo político. En ese sentido, diría que las FF.AA. han respondido pacientemente y con madurez a la situación

\* Ramón Arróspide M. es Contralmirante en retiro de la Armada Peruana. Gentilmente respondió a las preguntas formuladas por escrito.

política y a la defensa del régimen democrático, a pesar - opinión personal - que se ha hecho mucho por restarle importancia e implantando un Ministerio de Defensa inconveniente, mal estructurado, y por razones exclusivamente políticas.

**Thémis:** *¿Cual es la visión que tiene del poder civil un militar?*

**Arróspide:** En primer término, que todos los peruanos somos ciudadanos; civiles y militares tenemos las mismas obligaciones y responsabilidades que cumplir y que todos debemos pensar en un mismo bien común. En general a los representantes de cualquier poder, se les respeta, se les reconoce por su capacidad profesional, su comportamiento, por sus inquietudes, por su capacidad de integración con otros seres humanos. Políticamente, como algunas veces hemos oído hablar del poder civil y despectivamente decir que las FF.AA. deben subordinarse a él lo considero un grave error. Las FF. AA. y sus miembros, igual que el Sr. Presidente de la República, y los Poderes Legislativo y Judicial y cualquier otra autoridad u organismo, sólo están subordinados a la Constitución y todos obligados a respetar las leyes de la República. La misma Constitución en su Art. 278 dice que las FF.AA. están subordinadas al Poder Constitucional.

**Thémis:** *¿Cómo definiría el fenómeno terrorista?*

**Arróspide:** El fenómeno terrorista se puede definir como un movimiento ideológico, marxista-leninista-maoísta y la parte del partido comunista, que pretende con la lucha armada y la violencia capturar el poder, cambiar nuestra estructura democrática e imponer su voluntad ideológica. No es cierto que su origen sea la gran pobreza, el abandono e indigencia en que ha vivido y vive el pueblo peruano, principalmente en el campo y en el ande, hecho que tenemos la obligación de revertir cumpliendo principios democráticos y cristianos. Pero indudablemente esa situación genera una tierra fértil para el terrorismo de fácil y rápida cosecha de concientización, acentuada por la falta de educación, cultura, intimidación y por el miedo.

Mi experiencia de recorrer gran parte del Perú, es que aún los más necesitados son gente buena y pacífica, fácil de conquistarla para lo bueno y para lo malo, pero rebelde como todo ser humano ante la injusticia, el abuso y explotación, circunstancias muy bien aprovechadas por los ideólogos de la subversión.

La subversión, es un fenómeno que, a pesar de pretender llamar a su movimiento Guerra Popular, está muy lejos de serlo, ya que asesinan gente humilde, obreros y campesinos; además, no obedece a ninguna característica clásica de una guerra; su estrategia básica no es el enfrentamiento con las fuerzas del orden, su objetivo principal es la población civil y por lo tanto la destrucción permanente del vínculo gobierno y autoridades con ella, para crear el caos social y político, como única forma de lograr su demencial objetivo, ganar la población en su camino al gobierno. Pero este fenómeno nunca podrá tener buen fin, no se puede construir un nuevo mundo moderno a base de la violencia, destrucción y el crimen. El mundo moderno quiere paz, no sólo entendida como la conclusión de un acto militar, sino en el correcto y humano comportamiento en todos nuestros actos, como gobernantes, gobernados, empleados, trabajadores, etc., considerando esencialmente los lineamientos de servicio, alimentación, educación, salud y vivienda.

**Thémis:** *¿Qué es una política contra-insurgente? ¿Existe en el Perú? ¿Cuál es la participación de las Fuerzas Armadas?*

**Arróspide:** Interpreto la pregunta como la política contra subversiva. Al estudiar la ideología y el actuar de la subversión, comprendemos que no se trata de una guerra convencional, pero que tiene una concepción política y estratégica, que para superarla se debe cumplir con acciones en los campos políticos, económicos, sociales, sociológicos y militares. Como definición voy a transcribir la expuesta por el General E.P. Luis Cisneros V. al tratar estos temas, sobre la contra subversión: "Destruir o neutralizar la acción de los grupos subversivos en el ámbito nacional para restablecer la paz y garantizar nuestra libertad, independencia y soberanía amenazadas, así como la seguridad interna del país, a fin de consolidar la estabilidad del sistema democrático".

Para trazar una política o estrategia contra subversiva, plantearía simplemente: un desarrollo equilibrado, movilización general y neutralización. Interpretando el primero, como el trazo de programas específicos para mejorar las condiciones económicas, sociales y políticas de la población, principalmente en las áreas más afectadas, pero con alcance a nivel nacional, que permita la recuperación de la paz y el bienestar; la movilización, que debería organizar y motivar la población nacional, todos los sectores de la estructura del Estado y privadas, para adecuar el potencial nacional de recursos humanos y materiales a los requerimientos

de defensa, sin descuidar aspectos psicológicos; y la neutralización como tarea de desacreditar, desbaratar, desorganizar y derrotar la organización subversiva; optimizar la captura, enjuiciamiento y sanciones a los subversivos dentro de las leyes del país y los verdaderos conceptos de los derechos humanos, adecuando las leyes a este nuevo tipo de violencia y, neutralizar el apoyo de partidos políticos simpatizantes del movimiento subversivo. Finalmente la acción militar para la destrucción de los grupos subversivos armados.

Si nos preguntamos qué se ha hecho respecto a estas consideraciones, concluiríamos que solamente se han efectuado acciones a nivel de las FF. AA., es decir definitivamente no ha habido una política contrasubversiva.

Las FF. AA., con un Sistema de Defensa debilitado por los cambios inadecuados, al haberse establecido el Ministerio de Defensa, cumple y actualiza sus dispositivos y procedimientos contra subversivos, con las limitaciones por falta de una voluntad política, incompleta en sus decisiones y directivas y tardío apoyo económico. En todo caso sólo se cumple con la actividad militar dentro del cúmulo de acciones en otros sectores, lo que no es lo más aconsejable para la derrota de la subversión.

**Thémis:** *En su opinión, ¿Qué comprende el concepto de Defensa Nacional que señala el Art. 270 de la Constitución al decir "la defensa nacional es permanente e integral? Toda persona natural o jurídica está obligada a participar de ella".*

**Arróspide:** El concepto de Defensa Nacional, es un conjunto de acciones, medidas, previsiones y planeamientos, dirigidos a la defensa de la soberanía, integridad y seguridad del Estado en sus ámbitos interno y externo, así como la conjunción de esfuerzos y empleo del potencial de la nación para el logro de esos objetivos, que permita cumplir con un proceso de desarrollo económico y social sostenido.

De allí la importancia del art. 270, dentro del capítulo de Defensa Nacional, que establece que la Defensa Nacional no es una responsabilidad exclusiva de las FF. AA., sino de todas las organizaciones y personas naturales o jurídicas, es decir la población civil y militar en pleno.

Para satisfacer esta disposición constitucional, las universidades deben de cumplir un rol importante

en preparar al alto nivel de la ciudadanía civil, en asuntos de la Defensa Nacional y civismo, gradualmente a su educación, cultura y responsabilidad dentro del quehacer nacional. Lamentablemente, el Art. 78 de la Constitución es desconocido e incumplido, cuando manda que: "el Servicio Militar es obligación patriótica para todos los peruanos". Posiblemente, el cumplimiento de este artículo y la ley del Servicio Militar Obligatorio, serían una base fundamental para una mejor comprensión civil-militar.

**Thémis:** *En relación a la pregunta anterior, ¿considera que la participación puede materializarse con la existencia, por ejemplo, de las denominadas "rondas campesinas" y más aún, de la propuesta esta tal dirigida a armarlas?*

**Arróspide:** Las rondas campesinas, aún cuando no están organizadas específicamente para la Defensa Nacional, bien podrían contemplarse dentro de las consideraciones del Art. 270 y la Ley de Movilización, con ciertas limitaciones. Las rondas campesinas fueron creadas con fines pacíficos destinados al servicio de la comunidad, a contribuir con el desarrollo y la paz social, defensa de sus tierras y ganado, cooperando con las autoridades en la eliminación del delito. La Ley no establece ni permite el uso de armas; más aún, la Constitución establece que sólo las FF. AA. y Policías pueden poseer y usar armas de guerra. No cumplir estas disposiciones podría dar lugar a graves y peligrosas situaciones. Sin embargo, la Constitución fue elaborada con un concepto pacífico no concurrente con la situación y realidad actual; y las rondas campesinas, legalmente organizadas, pueden cumplir un importante rol antisubversivo, el uso de armas de guerra, sería únicamente bajo el control, dirección y responsabilidad de las FF. AA. para lo cual debe regularizarse constitucionalmente esta autorización.

**Thémis:** *¿Cuál cree Ud. que es la razón que explica los sucesivos golpes de Estado que hemos tenido en el Perú? ¿Qué efectos tendría hoy un golpe de Estado en el país?*

**Arróspide:** Debo comenzar por decir que un golpe de estado nunca tendrá una justificación valedera. Pero la pregunta es cuál es la razón. Estas son múltiples, desde aquellas que encuentran un fundamento, hasta las simplemente por ambiciones personales, que creo felizmente ya desterradas. Pero podríamos decir, que son generadas por una falta de consolidación democrática, por ruptura de las relaciones

entre gobierno y parlamento conduciéndonos a un caos nacional, por una auténtica falta de conducción y solución a las crisis económicas, muchas veces acompañadas con actos de corrupción, por falta de un tratamiento adecuado a las desigualdades sociales; por tentaciones o influencia de partidos políticos, por un inconveniente sentimiento de algunos militares en el sentido de considerarse como los custodios o responsables de los valores nacionales o garantías constitucionales y finalmente por falta de un diálogo permanente civil-militar para conocer mejor los aspectos de la Defensa Nacional, y que defina y reconozca el rol importante de las FF. AA. dentro de un proceso democrático.

Un golpe de estado en la actualidad, a menos que se presenten nuevos factores contra la seguridad nacional, que cuente con el apoyo de la mayoría nacional ciudadana, partidos políticos, grupos empresariales y mayorías sindicales, no sería una opción lógica, ni posible, por la madurez política de las FF.AA. por lo desastroso que sería para el país, con carencia de apoyo civil, de las organizaciones nacionales, empresariado, presión internacional, alejándonos de la relación con el mundo económico internacional, y negando toda posibilidad de recuperación. Más aún, en las puertas de un proceso altamente democrático como son las próximas elecciones generales.

**Thémis:** *¿Qué entiende Ud. por "Derechos Humanos"? ¿Es posible limitar este concepto pensando en la defensa de la democracia?*

**Arróspide:** Los "derechos humanos" establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, dentro del concepto de aplicación del Derecho Internacional, son un conjunto de reglas destinadas a establecer un compromiso de orden público entre los Estados en beneficio de la persona humana.

Lamentablemente en el Perú, los derechos humanos se han empleado como arma política, como le interesaba al grupo que la usaba. Generalmente en los últimos tiempos se ha usado como un elemento de ataque o desprestigio a las fuerzas del orden, justamente al cumplir su objetivo de protección a la seguridad del país, posiblemente algunas veces con excesos involuntarios normales en una guerra, o por un acto de venganza o salvajismo, completamente censurable y de aplicación de las sanciones y castigos de ley. Pero no recuerdo haber oído reclamar los derechos humanos para los miles de civiles, ingenieros, abogados, alcal-

des, políticos y militares asesinados en la forma más cruel y sucia siendo personas indefensas y alejadas de toda acción militar.

Los derechos humanos, son mucho más que eso. La Declaración de los Derechos Humanos en su contenido de treinta artículos, firmado por casi todos los países del orbe, de todas las razas, religiones y tendencias políticas, contiene las mejores armas que aseguran la paz, la democracia y el bienestar de los pueblos y la persona humana.

Cualquier partido político que piense en la libertad de los hombres, en sus necesidades en forma integral, y el respeto a la Ley, encontrará aquí todas las respuestas a la seguridad social y bienestar del ser humano.

No creo que haya forma posible de limitar algún concepto de la Declaración de los Derechos Humanos, pensando en la democracia, puesto que toda ella es democracia. En uno de sus contenidos dice: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento, el respeto de los derechos y libertades de los demás, y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y el bienestar general en una sociedad democrática".

**Thémis:** *¿Qué mensaje daría Ud. a la juventud peruana y en especial a los estudiantes de Derecho?*

**Arróspide:** Desde que tuve uso de razón, escuché palabras de **necesidad de cambio**, y al conocer el Perú confirmé la necesidad de un gran cambio social, palabra que hoy está de moda en todas las tiendas políticas pre-electorales, de cambios políticos, económicos, estructurales, sociales, etc. Pero, paralelamente, es necesario remarcar un verdadero sentido del **cambio**, que recupere los conceptos de moral, honestidad, justicia, disciplina, respeto a la autoridad y a las leyes, severas sanciones al delito, igualdad ante las oportunidades, a la justicia y al trabajo de acuerdo a su grado educativo, de preparación profesional y cultura.

Esta grandiosa obra está en manos de la juventud de hoy, y no puede lograrse por un milagro, sino por una concientización de lo que ello significa, de la tarea por cumplir, de su obligación y compromiso con la sociedad y ante millones de peruanos - los más pobres.



Contribuir a este logro, sólo es posible contando con una juventud pujante, sana en todas las acepciones de la palabra, con sentido cristiano, con fe, optimismo, llena de entusiasmo, pero también convencida de su duro trabajo y esfuerzo por culminar sus estudios superiores, técnicos o científicos para su progreso y alcanzar un alto profesionalismo que puedan brindarlo a la sociedad.

Esto es el mensaje a la juventud y a las universidades, embriones de gentes que deben dar brote al mundo nuevo, de esperanza, de alegría, bienestar y sincera amistad.

Particularmente, el estudiante y el profesional de derecho, que hoy están presentes en el asesoramiento jurídico y legal del gobierno, en el campo empresarial, comercial e industrial público y privado, en los gremios y sindicatos, y prácticamente en toda actividad productiva del país, en términos castrenses le diría, que tiene la oportunidad de infiltrarlos con el verdadero sentido de **cambio** para lograr el desarrollo, por tanto tiempo buscado y dar la seguridad y el bienestar a todos los seres humanos de nuestro país.

Miraflores, 6 de marzo de 1,990.

## Entrevista a Sinesio Jarama\* \*

**Thémis:** *¿Cómo definiría Ud. el Fenómeno Terrorista?*

**Jarama:** La mayoría de las personas tiene una noción incorrecta de lo que es el Terrorismo, o, en todo caso, confunde este concepto con el de subversión armada. Por esta razón, es oportuno precisar algunas pautas.

En primer lugar, el terrorismo como tal, puede considerarse como un fenómeno delincencial común, cuyo seguimiento corresponde a las Fuerzas Policiales.

De otro lado, la subversión armada, violencia política o violencia armada, es un concepto mucho más amplio que puede definirse como un fenómeno y proceso político, ideológico y social, cuyo fin último consiste en la conquista del poder para luego —desde el poder— plasmar sobre el sistema destruido, un nuevo arquetipo de sociedad, totalmente distinto al que actualmente nos rige.

Así, podemos colegir que el terrorismo corresponde a una modalidad de acción de los grupos levantados en armas; es decir, constituye un método operativo, un instrumento de la subversión armada.

A partir de lo antes señalado y en base a los planteamientos ideológicos expresados por los voceros de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, podemos afirmar que las acciones realizadas por ambos grupos, encajan correctamente en la noción de "Subversión Armada" cuya caracterización fundamental está dada por la aspiración de conquista del poder y en la instauración de un nuevo modelo de sociedad.

**Thémis:** *Conforme al Art. 270º de la Constitución Política del Perú, la "Defensa Nacional" es permanente e integral y en ella deben participar, de modo obligatorio, todas las personas jurídicas y naturales.*

*¿Cuáles son, en su opinión, los alcances del concepto "Defensa Nacional"?*

**Jarama:** En líneas generales, el grueso de la población asume que la Defensa Nacional compete exclusivamente a las Fuerzas Armadas, este sesgo se origina en la creencia de que el concepto de Defensa Nacional se circunscribe básicamente a la protección que otorgan las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales. Sin embargo, una visión de esta naturaleza no reporta cabalmente el contenido de la Defensa Nacional.

El término al cual se refiere el Art. 270º de nuestra Constitución, tiene alcances muy amplios que comprenden, fundamentalmente, la defensa de los intereses permanentes de la República y, consecuentemente, de la sociedad peruana en su conjunto. Ahora bien, el mandato establecido en la Constitución, involucra a todos, personas jurídicas y naturales. En función de ello, debemos entender que bajo ningún punto de vista, puede considerarse que la Defensa Nacional compete primordialmente a las Fuerzas Armadas; no es prerrogativa ni responsabilidad exclusiva de ellas; esencialmente, es una responsabilidad de la dirigencia política nacional.

En este orden de ideas, la Defensa Nacional no se agota en la defensa de nuestras fronteras, sino que involucra el hecho que el Perú tenga la capacidad de autodeterminarse, de mantener su soberanía y decidir su destino interno sin presión o coacción proveniente de otras latitudes.

La noción de Defensa Nacional es amplia y comprende, también, el hecho que la sociedad peruana tenga la libertad de escoger el sistema o modelo bajo el cual quiera vivir la mayoría de los peruanos. Incluye, además, la defensa del patrimonio natural, cultural y ancestral de nuestra población.

Es fácil percibir que nada de lo que he señalado anteriormente, es prerrogativa o responsabilidad de las Fuerzas Armadas; lo es, sí, de quien gobierna la Nación; de quien tiene a su cargo la dirigencia del destino de nuestra sociedad. En este sentido, cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿Nuestras élites políticas han

\* Sinesio Jarama es General de División en retiro del Ejército Peruano.

\*\* Entrevista realizada por Juan Carlos Mejía.

sido y son capaces de considerar la magnitud de este concepto?

En mi opinión, parecería que la dirigencia política no reconoce los múltiples alcances involucrados en la noción de Defensa Nacional; de ahí que al referirse a ella, generalmente se piense en soldados, uniformes, enfrentamiento armado. Nada más errado que esto.

La visión restringida del concepto Defensa Nacional o en todo caso, la militarización del mismo, lleva a las personas a pensar que cuando se produce la insurgencia de grupos que perturban el orden establecido; tienen que ser, necesariamente, los militares quienes restituyan la paz y el estado de derecho. Pensar de esta manera no hace, sino, contribuir a la distorsión en el enfoque del problema, y es por ello que, luego de diez años de guerra subversiva y contra subversiva, vemos que los grandes ausentes en la asunción de responsabilidades han sido los dirigentes políticos y, los grandes comprometidos han sido los miembros de las Fuerzas Armadas. No obstante ello a estas Fuerzas Armadas comprometidas en un problema que no es de su estricta competencia, se les ha criticado y se les ha atribuido todo el peso negativo en la responsabilidad de esta contienda.

Así se puede apreciar que la sociedad civil no ha estado presente en la solución de este problema. Ahora bien, debemos preguntarnos cuál es la razón que ha determinado su ausencia. La respuesta a esta interrogante corresponde a la dirigencia política que no ha sabido ubicar y orientar a la sociedad y que ha trasladado su responsabilidad a las Fuerzas Armadas.

A efectos de lograr una efectiva participación que involucre a la sociedad, al Estado y a la Administración Pública, debemos partir de algunas premisas:

- a) La población debe estar informada respecto a lo que está sucediendo en el Perú. Decimos esto, porque en los hechos se ha comprobado que nuestros dirigentes políticos no han querido habernos de una guerra que vivimos todos los días y, aún tienen renuencia a admitir que al Perú le han declarado la guerra y que ésta nos compromete y afecta a todos en la medida que no nos aliniemos a los planteamientos postulados por la subversión armada.
- b) Es necesario que quienes formamos parte de

la sociedad y, sobretodo quienes tienen la responsabilidad de organizar la confrontación, debemos tener conocimiento de aquello en lo que consiste el fenómeno de la subversión y su verdadero avance.

Por lo general, muchos creen que la subversión se manifiesta en la presencia de bandas armadas, cuando, como ya se ha mencionado antes, importa muchas otras cosas más. Así, el hecho de enfocarla e identificar con el fenómeno terrorista, determina que la respuesta se concentre en un enfoque militar y policial orientado a la persecución y captura de las bandas armadas que causan actos de terrorismo. De ahí que se perciba una militarización del conflicto, una segmentación y una parcialización en la respuesta; marginándose la participación y la responsabilidad de los diferentes sectores y organizaciones de la sociedad.

En función a que el enfoque no es completo ni correcto, el diagnóstico no llega a ser integral. Prueba de ello es, por ejemplo, que por el hecho que en Tumbes o en Paita no existan explosiones o asesinatos, es decir, actos de terrorismo, mucha gente crea que en esos lugares no existe subversión. Lo que ocurre, es que en esas regiones la subversión se manifiesta de otra manera, por ejemplo, buscando captar la atención de un contingente importante de jóvenes desocupados y desencantados de la poca eficiencia de muchas de las instituciones democráticas.

Si, en cambio, el enfoque fuera integral, sería fácil organizar al Estado y a la sociedad en la participación contra subversiva. Esta organización tendría que incluir 3 elementos básicos: generalidad, especificidad y viabilidad en la ejecución. Ello haría posible que los grandes lineamientos políticos pudieran concretarse en la praxis. A través de la organización, sería posible incorporar a la población en la propuesta de solución del problema. De esta manera los miembros de la sociedad se verían motivados a cautelar sus intereses y asumir esta responsabilidad no tanto como un enfrentamiento contra la subversión sino, primero, en defensa de lo que se considera pro-

pio y, en función a la convicción de los beneficios que reporta vivir en un sistema democrático.

**Thémis:** *En base a lo anterior, ¿Cree Ud. que la participación civil puede materializarse por ejemplo en las denominadas rondas campesinas y, más aún, en la intención estatal de armarlas?*

**Jarama:** En el marco de ideas expresado en la pregunta anterior, considero que la participación de la sociedad en la lucha antisubversiva no debe plasmarse en la eventual intención estatal para darles armamentos. Tal vez, la manera más fácil de resolver el problema sea la de armar a las comunidades campesinas; sin embargo, ello constituiría una irresponsabilidad por cuanto es imposible establecer un control que permita garantizar que dichas armas no sean luego utilizadas en perjuicio del sistema democrático. Lo que corresponde hacer, en primer término, es atender las necesidades de los diferentes grupos sociales, en base a ello, hacerlos partícipes de los beneficios de la vida pacífica y en democracia y, solamente después de ello, la sociedad estará en capacidad de autodefenderse participando activamente en la confrontación antisubversiva.

**Thémis:** *Probablemente durante el presente régimen se han dado las condiciones más aparentes que, eventualmente, habrían podido justificar un golpe de Estado. ¿Cuál cree Ud. que es la razón por la cual las Fuerzas Armadas se han abstenido de tomar el poder y, cuáles serían las consecuencias de un golpe militar en la actualidad?*

**Jarama:** Debemos asumir que las Fuerzas Armadas constituyen una organización social altamente especializada. Sin embargo, no por ello dejan de ser una organización social y por esta razón, también están sujetas a la evolución y maduración conceptual.

Luego de doce años de gobierno militar, las Fuerzas Armadas perdieron sus mejores cuadros y, posteriormente han tenido serios problemas para renovarlos y articularlos sólidamente.

Dentro de este proceso, se está produciendo una maduración que nos lleva a sostener la inconveniencia de la intervención de las Fuerzas Armadas a lo largo de nuestra vida republicana. La frecuente interrupción de los regímenes democráticos ha generado que las instituciones que sustentan la democracia no hayan llegado

a consolidarse. Es por esta razón que actualmente estamos frente a un Poder Judicial cuestionado, frente a un Parlamento obsecuente respecto al Poder Ejecutivo; Parlamento que, por lo demás no ejerce su función fiscalizadora y que en su interior alberga a personas de conducta cuestionable que no hacen sino desacreditarlo en su base moral.

En conclusión, la intervención de las Fuerzas Armadas en el poder, no es conveniente en tanto no permite la consolidación de las instituciones democráticas. Más aún, en las circunstancias actuales, un golpe militar traería como consecuencia que los grupos subversivos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru; ganen legitimidad.

**Thémis:** *En el contexto de una lucha contrasubversiva, ¿Cuál es la vigencia de los Derechos Humanos? ¿Cree Ud. que sería conveniente la reinstauración de la pena de muerte? ¿Qué opinión le merece la posibilidad del establecimiento de tribunales militares y/o especiales?*

**Jarama:** El problema de la violación de los Derechos Humanos, es un tema que por lo general es tratado de manera muy constreñida. Cada vez que se cometen excesos en la lucha antisubversiva, inmediatamente después, la opinión pública pone especial énfasis en remarcar estos actos. Sin embargo, pocas veces se reflexiona acerca del contexto en el cual se desarrolla esta guerra.

Como punto de partida debemos asumir lo siguiente: en ningún caso se puede justificar ni el asesinato, ni la ejecución extrajudicial, ni la desaparición, ni cualquier otra vulneración de los derechos de la persona. Quienes fueran responsables de tales excesos, deben ser sometidos a la justicia y recibir el más severo castigo.

En otro terreno justificativo, sino tal vez explicativo, debemos analizar en qué circunstancias se producen las violaciones de los Derechos Humanos. Fundamentalmente, los excesos son cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas que viene combatiendo desde tiempo atrás a la subversión. Estas personas perciben que la guerra no tiene cuando acabar por cuanto aquellos elementos que ellos capturan, al cabo de pocos días, en muchos casos, se encuentran nuevamente libres y continuando en la acción subversiva.

De otro lado, muchos de los miembros de las

Fuerzas Armadas son constantemente reubicados en diferentes regiones. Una vez que han retornado a alguna de las regiones a la que tiempo atrás apoyaron en la lucha contra-subversiva, se encuentran con que ésta nuevamente ha sido tomada por el terrorismo y esto no hace sino, producirles una sensación de desencanto respecto a las autoridades civiles y judiciales que permiten que muchos de los capturados por actos de terrorismo, sean luego puestos en libertad.

En función a lo antes indicado debemos preguntarnos si en condiciones como las descritas, no estamos contribuyendo o propiciando una guerra sucia, cuyas muestras más directas son las ejecuciones arbitrarias, la tortura y las desapariciones.

Si pretendemos revertir la actual situación, debemos llevar a cabo una reforma que incluya un proceso de moralización, reestructuración del Poder Judicial y una reestructuración de la normatividad referida a la tipificación del fenómeno, a las faltas y al procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Penales.

Con relación al tema de la pena de muerte, no creo que sea oportuno manifestarse en torno a si es o no conveniente su reinstauración. Yo plantearía lo siguiente; recoger la institución de la pena de muerte por ella misma no va a resolver nada. Eventualmente, podrá tener relevancia en la medida que esté inserta dentro de un contexto de más acciones en el ámbito de la justicia. Tal vez, con el replanteamiento de la normatividad, del procedimiento, de la moralización del Poder Judicial; a lo mejor en un contexto de esta naturaleza podría tener validez. Solamente dentro de un enfoque integral como el que se ha planteado, podrá verse si es o no conveniente su reinstauración.

Respecto a la posibilidad de establecer Tribunales Militares, pienso que trasladar el juzgamiento de elementos terroristas fuera de la competencia del Poder Judicial, implicaría el reconocimiento de su incapacidad para hacerse cargo de dichos procesos. Ello cuestionaría de base a todo el sistema de administración de justicia y por ello no sería admisible. Por el contrario, sí creo conveniente la implantación de Tribunales Especiales adecuadamente implementados y con una normatividad reorganizada y coherente. Ahora bien, esto constituye tan sólo una parte en la solución del problema, la cual en última instancia incluye muchos más aspectos en los cuales deben contribuir las diferentes organizaciones sociales - Universidades, Iglesia, etc- y cuyo objetivo final será el de restar audiencia a la prédica de los grupos levantados en armas.

**Thémis:** *¿Qué mensaje podría Ud. dar a la juventud y en especial a los estudiantes de derecho?*

**Jarama:** Solamente podría manifestar que son los jóvenes quienes tienen una gran responsabilidad frente a ellos. Para poder encararla, lamentablemente no han sido ni motivados ni orientados de manera adecuada por aquellos a quienes corresponde esta tarea.

Para terminar, sólo me queda rescatar las bondades implícitas en los fundamentos de un modelo democrático; únicamente en este contexto es posible el desarrollo íntegro y libre de las personas y por esta razón nos compete a todos hacer posible la vida pacífica.

## Sobre la Actividad Empresarial del Estado y la compra-venta de empresas de su propiedad. Cuestiones y problemas que se suscitan

Marco Rodríguez-Farge Ricetti  
*Abogado*

Ultimamente venimos escuchando de los discursos de nuestros gobernantes, de la información y comentarios recogidos en los diversos medios de comunicación, acerca de la necesidad de que el Estado disminuya su intervención en la actividad empresarial. Entre las razones que llevarían a dicha inhibición del Estado en la actividad empresarial, entiendo que las principales son (aparte las que se derivan de una ideología o doctrina política concreta del Gobierno), en primer lugar, lo ajeno de la actividad empresarial a las actividades que tradicionalmente ha asumido el Estado.

Históricamente la intervención del Estado en materia económica (excluida la actividad recaudadora de dinero para el Tesoro) se comienza a manifestar con medidas de fomento. Posteriormente, y tras la entrada en crisis de la ideología del liberalismo absoluto (o paralelamente a ésta), se acrecienta la intervención del Estado. Aparece una Administración prestadora de servicios—al contrario de la etapa del Estado abstencionista— y ocurre que esta se convierte en titular de una actividad fundamentalmente consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Poco a poco el Estado va ingresando en actividades que anteriormente eran dejadas a los particulares.

El grado más alto de este intervencionismo se comienza a dar sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el Estado actúa como empresario. La actividad del Estado ya no está guiada sólo por los fines de servicio público e interés social, pues el fin de lucro ha dejado de ser ajeno a su actuación. Hoy en día se exige que las empresas del Estado sean bien gestionadas y no sean deficitarias. Las empresas del Estado, interesa a todos, deben ser rentables. La actuación de la Administración actual puede estar motivada, pues, por razón de prestar un servicio público o de realizar una obra pública, o, con la finalidad de ingresar dinero a las arcas por la vía de su concurrencia

al mercado.

A lo anteriormente dicho habría que agregar, en el caso concreto de nuestro país, el fenómeno de las nacionalizaciones como una vía más de la intervención del Estado en la actividad empresarial.

Algunos autores y políticos modernos abogan por un regreso al Estado abstencionista. Uno de sus argumentos principales es que las razones que en un momento histórico determinado provocaron el intervencionismo del Estado en la economía ya no existen, o, al menos, no con la misma intensidad. Fue, dicen, una etapa de crisis que ya ha sido superada, y, que por tanto, ha quedado sin justificación la permanencia de la Administración en una actividad que tradicionalmente le ha sido ajena.

Otra razón en favor de la disminución de la actividad de la Administración como empresario, en este caso expresamente mencionada en algún discurso por nuestro presidente, y, menos ideológica que la anterior, es la poca idoneidad de aquella para desempeñarse como empresario en ciertos sectores de producción o para ciertos negocios. Así, por ejemplo, se pregunta, ¿qué hace el Estado pescando?, o, ¿qué hace envasando alimentos? No entro en consideraciones sobre la conveniencia o no, en un determinado momento, de la intervención del Estado en estas actividades. Sólo quiero, a manera de acotación, decir que el Perú ha sido históricamente un país sin capitalismo, que sólo modernamente se ha manifestado un capitalismo privado. A la escasa capitalización privada ha debido suplirla el Estado capitalista; como dice Garrido Falla, “la Administración como titular de una actividad consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados”<sup>1</sup>.

1. Garrido Falla, M., *Tratado de Derecho Administrativo*; p 333.

Otra de las razones que se ha argüido para proponer la privatización de empresas del Estado es que éste está perdiendo dinero. Esta razón debe haber pesado mucho si se toma en cuenta el fuerte déficit del presupuesto del Estado.

### **Compra-Venta de Empresa**

Para disminuir la actividad empresarial del Estado se ha tomado la decisión de vender algunas de sus empresas. Nuestro Derecho no contiene normas sobre compra-venta de empresas del Estado ni tampoco normas generales que contemplen la venta de una empresa, cualquiera que fuere su titular. Este es un buen momento para legislar sobre la materia, ya que se está tramitando un proyecto de ley de actividad empresarial del Estado. En este proyecto, aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 12 de mayo de 1988, y remitido al Senado, se dedican los artículos 22 al 27 inclusive a la transferencia de empresas del Estado; en total seis artículos. Si bien es de felicitar la iniciativa del legislador para colmar tan laguna legal, el proyecto sigue siendo insuficiente. Máxime si tenemos en cuenta que tal proyecto hido motivado por la confusión y desorden que ha causado la normativa actual, dispersa en distintas leyes y reglamentos (incluidas las leyes anuales del presupuesto), siendo la intención del legislador ordenar y unificar, al menos en parte, las normas relativas a la actividad empresarial del Estado. Dicho Proyecto será objeto de comentario oportunamente.

Quisiera apuntar algunas ideas sobre cómo llevar a cabo, en nuestro país, la venta de empresas estatales.

Adelanto una idea, no es lo mismo compra-venta de empresa que compra-venta de acciones de una empresa. No se trata de una distinción puramente formal, por el contrario, la distinción se manifiesta en el régimen jurídico aplicable y en los efectos que de uno y otro negocio se deriven.

En cuanto al régimen aplicable, la adquisición de acciones de una sociedad anónima se regirá por la norma mercantil que regula su tráfico jurídico, sea la Ley General de Sociedades o, en su caso, la Ley Normativa del Mercado Bursátil, promulgada por Decreto Legislativo 211 de 12 de junio de 1981 (sobre transmisión de acciones su régimen general está contenido en los artículos 115 y siguientes de la Ley General de Sociedades). Cuando se trate de compra-venta de una empresa (cualquiera que sea su forma, pues es

diferente para el caso), el régimen jurídico aplicable dependerá de cada objeto de la empresa que se transmita. Así, el local de la empresa bajo arriendo, estando arrendado, requerirá un contrato de traspaso o subarriendo; la propiedad industrial, patentes, modelos industriales, marcas, requerirán de la aplicación de las normas mercantiles o industriales específicas para la transmisión de los derechos sobre ellos, la transmisión de mercadería en existencia requerirá la aplicación de las normas específicas del contrato de compra-venta mercantil, con las peculiaridades que en materia de riesgos tiene este contrato frente a la compra-venta civil.

Otro tanto ocurrirá con lo que se llama "relaciones de hechos" de la empresa, esto es, la clientela y las expectativas (podríamos incluir otros elementos; por citar un ejemplo, hace pocos días se criticó a las autoridades competentes argentinas por no haber considerado en la tasación de las acciones para su venta de Aerolíneas las rutas de vuelo como elemento económicamente valorable). Estos elementos forman parte de la empresa como conjunto heterogéneo que es, y cuya unidad viene dada por la organización de dichos medios para la producción de bienes o servicios y, en última instancia, con el fin de obtener una ganancia. En la transmisión de las mencionadas relaciones de hecho de la empresa (siguiendo al maestro de Derecho mercantil Garrigues) se transmiten obligaciones como la de entregar listas de clientes, dar información sobre publicidad de la empresa, sobre conocimientos de mercado, la obligación de no concurrir, etc. Esta obligación de no hacer es básica de cara a las expectativas del negocio, ya que, quienes transmiten la empresa están en posesión de conocimientos de tal negocio y, también, del mercado, y probablemente tendrá un nombre conocido en éste, lo cual les sitúa en una posición privilegiada sobre el negocio. De allí la obligación de no hacer competencia.

En el precio de la empresa se incluye el valor de todos aquellos elementos que la componen.

Otra obligación importante, efecto de la compra-venta de empresa, es la de sancamiento por evicción y por vicios ocultos, a los que se deberán aplicar las normas de nuestro Código Civil sobre la materia.

Cuando se transmiten acciones de una sociedad anónima se produce un cambio en la titularidad de las mismas que produce, a su vez, la condición de socio en el adquirente. El Estado único titular de acciones en el

caso de las empresas estatales de Derecho Privado y socio en las empresas de economía mixta y en las empresas de accionariado del Estado, (el capital de las empresas de Derecho Público está representado por títulos emitidos por la respectiva empresa a nombre del Estado, según el artículo 25 de la vigente Ley de Actividad Empresarial del Estado, Decreto Legislativo 216), ciertamente podrá privatizar sus títulos en dichas empresas como con la venta de las acciones; haciendo que sean éstas las que, con su valor o cotización, reflejen el valor de la empresa.

¿"Quid" de la compra-venta de las empresas del Estado? La venta de una empresa del Estado con régimen de Derecho Público requerirá la promulgación de una ley. Dicha ley deberá contener las condiciones básicas de la venta, el procedimiento para seleccionar al comprador, el procedimiento para calcular el precio base, y otras previsiones necesarias para la salvaguarda del patrimonio del Estado. Las características especiales de las empresas de Derecho Público, sobre todo, el tener personalidad jurídica de Derecho Público y el haber sido creadas en base a una ley, hacen que su venta tenga también características especiales.

En realidad todas las empresas del Estado, sean de Derecho Público o de Derecho Privado, han sido creadas por o constituidas por ley, incluso aquellas que fueron expropiadas o nacionalizadas lo han sido por medio de leyes. Por tanto, necesitarán de una norma legal de rango por lo menos igual a aquellas de la que deriven como empresa del Estado para poder ser transferidas a privados.

### **El caso de las empresas con accionariado del Estado.**

En estas empresas el Estado participa como un particular, es decir, en igualdad de condiciones que los otros socios. Por tanto, bastará con la puesta en venta de sus acciones. Esta venta podría hacerse por distintas vías; directamente, dando opción de compra a los trabajadores de la empresa (supuesto previsto en el artículo 26 del Proyecto de Ley de Actividad Empresarial del Estado antes mencionado), o dando opción a los demás accionistas; podría venderse estableciendo su cotización en el mercado de valores; cabe también la posibilidad de someter su venta a subasta. Ciertamente, la venta de estas acciones también requerirá la autorización legal respectiva.

En las empresas de economía mixta, o sea, aque-

llas en que le Estado es accionista mayoritario o, aun no siéndolo, su voluntad es determinante (con un accionariado mínimo del 20 por ciento), habrá que tener en cuenta, en el supuesto último sobre todo, al valorar el patrimonio del Estado en la empresa, aquella voluntad como elemento integrante del mismo, susceptible por tanto de ser valorada.

Por último, las empresas del Estado de Derecho Privado; ficción de sociedad anónima que no es ni anónima (en realidad, anónima no lo es ninguna, al contrario, sus nombres son muy conocidos y tienen valor en el mercado), ni sociedad, pues el capital es enteramente del Estado. Su venta podrá llevarse a cabo a través de un concurso-subasta o simplemente al mejor postor (subasta). En algunos casos, por el volumen económico de la empresa, o por la importancia del sector, o por los servicios que presta, su venta seguramente deberá negociarse al más alto nivel. Así ocurrió hace poco en España; la venta al sector privado de algunas de las empresas del conglomerado (holding) RUMASA, que acababa de ser expropiado. Por la magnitud económica de algunas de las mencionadas empresas hubo de intervenir el presidente, Felipe Gonzalez, en las negociaciones para la venta (concretamente, intervino en la venta de la cadena de almacenes "Galerías Preciados" a su amigo, el venezolano Cisneros).

En algunos casos existirá la necesidad de realizar dos contratos distintos, de naturaleza distinta, uno de compra-venta y otro de concesión, pues, se tratará de supuestos en los que se está ante una empresa del Estado que explota una actividad cuya titularidad está reservada al Estado.

En las empresas del Estado de Derecho Privado también cabe pensar en la transmisión a través de la puesta en venta de sus acciones. Especialmente si se quiere dispersar el capital social. Su cotización en bolsa puede ser el camino más práctico aunque a veces en este medio ocurre precisamente lo contrario: se concreta el capital.

### **Los Contratos de trabajo en las Empresas que se transmiten.**

Para el caso del personal de una empresa del Estado con status de funcionario (caso no común), la relación jurídica que liga a dicho personal con las empresas del Estado habrá de ser transformada en un contrato de trabajo laboral (de régimen de Derecho



Laboral). Ello, claro está, si lo que se pretende es mantener a dicho personal en la empresa. De lo contrario habrá de ser removidos.

En cuanto se refiere a los contratos de trabajo, nuestro Derecho positivo se halla básicamente fundamentado en el artículo 48 de la Constitución que proclama el derecho a la estabilidad laboral. La ley 24514 lleva como encabezamiento "Ley que Regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo", y su artículo 1º señala que la "presente ley regula el derecho de estabilidad en el trabajo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución".

En la legislación española, el Estatuto de los Trabajadores, norma básica del Derecho Laboral español, promulgado en 1980, con varias modificaciones posteriores, no derogó el artículo 79 de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, según el cual, "no terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario". De manera que, con la transmisión de una empresa o industria, se entienden transmitidos los contratos de trabajo en las mismas condiciones pactadas con el anterior propietario o empleador, salvo pacto en contrario.

Nuestro Derecho, decía, en tema de novación subjetiva de contrato de trabajo, tiene como norma básica el artículo 48 de la Constitución, que dice que "el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por justa causa, señalada en la ley y debidamente comprobada". La Ley de Estabilidad Laboral, Ley 24514, que derogó el Decreto Legislativo 22126, y que fue promulgada el 4 de Junio de 1986, nos dice que "los trabajadores a que se refiere el artículo 2º (aquellos que estén sujetos al régimen laboral y que laboren 4 o más horas diarias para un solo empleador) sólo podrán ser despedidos por justa causa señalada en la presente Ley y debidamente comprobada" (artículo 3º de la Ley).

El artículo 4º de la misma Ley nos dice cuáles son las causas justas de despido. En la letra b) se refiere a "las situaciones excepcionales de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor". Estas causas se hallan desarrolladas en los artículos 16 a 24 inclusive de la misma Ley de Estabilidad Laboral. En el artículo 16 leemos que el empleador podrá solicitar, cuando concorra la causa económica, técnica, caso fortuito o fuerza mayor, la reducción

de personal (artículo 16, letra b).

En el supuesto de cambio de propietario por transmisión de una empresa del Estado a privados, se han de respetar los contratos de trabajo; por Principio proclamado en la Constitución. Pero no deberá llamarnos la atención que dentro de algún tiempo, cuando comiencen las negociaciones para vender las empresas, se diga que las pérdidas de una empresa del Estado que se quiere vender (y probablemente sea ésta la causa que haya decidido su venta), se deben a un exceso de personal, y que el particular, para hacerse con la empresa, pretenda reducir dicho personal; pues, nadie compra pensando que va a perder.

Y no debería llamarnos la atención, pues los derechos de los trabajadores no se verán infringidos si se les indemniza por los años de servicio, y, además, por la resolución de sus contratos debida a causas ajenas a ellos. En todo caso, habrán de ser escuchados los trabajadores y sus organizaciones sindicales como partes en la negociación, pues se estará negociando sobre un derecho fundamental de ellos cual es el derecho al trabajo (el Capítulo V de nuestra Constitución, dedicado al trabajo íntegramente, se halla ubicado dentro del Título I, "de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona", que gozan de una protección especial) y, por que, además, el "Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa" (artículo 56, pfo. primero de la Constitución).

Esta reducción de personal se puede conseguir a través de distintas fórmulas que no son nuevas en Perú; recuérdese, por ejemplo, la invitación que se hizo a los trabajadores de PETROPERU en 1986 para que dejaran la empresa a cambio de unas compensaciones económicas y condiciones de retiro favorables. Fueron trescientos los trabajadores que se adhirieron a esta fórmula.

Perú y otros países latinoamericanos se suman así a toda una corriente de privatización de empresas estatales que desde hace algunos años se está dando en varios países como Reino Unido, Italia, España, por citar ejemplos. Pero estos países están regresando de un Estado muy intervencionista en materia económica a un Estado, no digamos abstencionista, pero si mucho menos protagonista económico. Me pregunto, ¿es ése el caso de nuestro país?

# Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros

Beatriz Boza Dibós  
*Abogado, Master Yale Law  
School, Ex-Miembro del  
Comité Directivo de Thémis.*

En el ámbito de las transacciones internacionales modernas el arbitraje comercial, como medio extrajudicial para la solución de disputas, ha adquirido especial importancia. La celeridad, intermediación y privacidad del proceso arbitral, el hecho que los árbitros puedan ser técnicos no sólo conocedores de la ciencia jurídica sino más bien expertos en las prácticas comerciales de determinada actividad comercial, así como la amplia autonomía de las partes para establecer de antemano las normas sustantivas y procesales que gobernarán la solución de la disputa, son algunas de las bondades del sistema arbitral.

La eficacia del arbitraje internacional y con ello el cumplimiento de las decisiones arbitrales, dependen, sin embargo, del respaldo que le den los tribunales comunes de un país a laudos arbitrales dictados en el extranjero. En efecto, de nada serviría negociar una cláusula compromisoria, luego someter la solución de la controversia a la decisión de árbitros, preparar los alegatos respectivos, actuar las pruebas pertinentes, esperar la decisión arbitral, abonar las costas del proceso, traducir y legalizar el laudo al idioma y con las formalidades exigidas en el país donde debe ejecutarse, y finalmente nombrar a un representante para que solicite el reconocimiento y posterior ejecución del laudo, si los tribunales nacionales no reconocieran la eficacia y autoridad de laudos arbitrales dictados en el extranjero.

Conscientes de ello y en aras de afianzar la práctica del arbitraje internacional en materias comerciales, el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa No. 24810 del 24 de mayo de 1988 aprobó la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 celebrada bajo los auspicios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la "Convención").<sup>1</sup>

El propósito fundamental de la Convención es el de simplificar y unificar a nivel internacional los pasos a seguir para dar cumplimiento a laudos arbitrales dictados en un país distinto de aquél en el que se pide su reconocimiento y ejecución.<sup>2</sup> A la fecha más de ochenta países<sup>3</sup> han ratificado la Convención, lo que significa que cada vez que alguien solicite ante los tribunales nacionales el reconocimiento de un laudo dictado en el territorio de otro Estado, el procedimiento a seguir es aquel establecido por la Convención.<sup>4</sup>

En la práctica las bondades de la Convención van a ser puestas a prueba en tres ocasiones, a saber: (1) cuando una parte quiera obligar a la otra a arbitrar sus disputas; (2) cuando la parte favorecida por el laudo arbitral solicite su reconocimiento y ejecución; y (3) cuando la parte contra la cual se invoca el laudo interponga recursos a su reconocimiento y ejecución. A continuación trataré de manera sucinta cada uno de estos puntos.

## 1. Sometimiento Obligatorio a Arbitraje

2. Convención, Art. I.1.
3. A febrero de 1989 los siguientes estados habían suscrito la Convención: Argelia (1989), Alemania Federal (1961), Alemania Democrática (1975), Antigua & Barbuda (1989), Australia (1975), Austria (1961), Bahrain (1988), Bélgica (1975), Benin (1974), Botswana (1971), Bulgaria (1961), Burkina Faso (1987), Byelorussian RSS (1960), Camerún (1988), Canadá (1986), República Centro Africana (1962), Chile (1975), China (1987), Colombia (1979), Costa Rica (1987), Cuba (1974), Chipre (1980), Checoslovaquia (1959), Democratic Camboya (1960), Dinamarca (1972), Djibouti (1983), República Dominicana (1988), Ecuador (1962), Egipto (1959), España (1977), Estados Unidos de Norteamérica (1970), Finlandia (1962), Francia (1959), Ghana (1968), Grecia (1962), Guatemala (1984), Haití (1983), Holanda (1964), Hungría (1962), India (1960), Indonesia (1981), Irlanda (1981), Israel (1959), Italia (1969), Japón (1961), Jordania (1979), Kenya (1989), Corea (1973), Kuwait (1978), Luxemburgo (1983), Madagascar (1962), México (1971), Mónaco (1982), Marruecos (1959), Níger (1964), Nigeria (1970), Noruega (1961), Nueva Zelandia (1983), Panamá (1984), Perú (1988), Filipinas (1967), Polonia (1961), Reino Unido (1975), Rumanía (1961), San Marino (1979), Singapur (1986), Sud Africa (1976), Sri Lanka (1962), Suecia (1972), Suiza (1965), Siria (1959), Tanzania (1964), Tailandia (1959), Trinidad & Tobago (1966), Túnez (1967), Ucrania RSS (1960), Uruguay (1983), URSS (1960), Vaticano (1975), Yugoslavia (1982).
4. A menos que exista un tratado vigente que prevalezca sobre las normas de la Convención (Convención, Art. VII. 1). Es de notar que el Congreso ha aprobado la Convención sin hacer ninguna reserva; lo que podría dar pie a interpretar que la Convención se aplica a laudos dictados en países no-signatarios.

1. 330 U.N.T.S. 3. El texto de la Convención aparece a continuación de este artículo.

El propósito de la cláusula compromisoria y luego del compromiso arbitral<sup>5</sup> es someter la solución de determinada disputa a la decisión de arbitros, sustrayendo así la determinación de la controversia del ámbito de jurisdicción de los tribunales comunes. La Convención facilita con carácter imperativo el cumplimiento de este propósito. En efecto, el artículo segundo, inciso tercero, ordena que "el tribunal... al que se someta un litigio respecto del cual las partes... [se hayan obligado válidamente a arbitrar], remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable." Así pues, basta constatar que las partes pactaron someterse a arbitraje para que el juez deba referirlas a tal procedimiento, sea en el Perú o en el extranjero.

Ahora bien, el presupuesto necesario de tal determinación judicial es un acuerdo arbitral que no sea "nulo, ineficaz o inaplicable".<sup>6</sup> Pero, ¿qué se entiende por ello? De la lectura del artículo segundo se desprende que el acuerdo arbitral debe ser "válido y aplicable". Entre otras cosas debe: a) constar por escrito (ya sea en un solo documento o en el canje de correspondencia entre las partes); b) debe estar firmado por las partes (o de alguna otra forma que se reconozca que las partes asintieron al escrito); c) debe versar sobre un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; d) debe haber sido acordado por persona capaz con facultades suficientes para someter la disputa a arbitraje; y e) no debe contravenir disposiciones de orden público.

Pero, ¿qué ley gobierna la arbitrabilidad de la disputa, la noción de orden público, la capacidad de las partes y, en general, la validez del acuerdo arbitral? ¿Será la ley escogida por las partes, la ley del lugar de celebración del acuerdo o la ley del foro ante el cual se pretende litigar la controversia? El artículo segundo de la Convención no parece brindar una explicación; sin embargo, el artículo quinto (referido a los recursos contra el reconocimiento de un laudo), en sus incisos primero, literal a), e inciso segundo, ayudan a esclarecer la cuestión. A la luz de estas disposiciones, parecería, pues, que la capacidad de las partes debe ventilarse de acuerdo a la ley personal de ellas, la arbitrabilidad de la disputa y la noción de orden público se deciden de acuerdo a la ley del foro, y la validez del acuerdo arbitral a la luz de la ley escogida por las

partes.

Cada vez, pues, que un tribunal peruano constata que las partes pactaron válidamente someterse a arbitraje y que el acuerdo arbitral gobierna la disputa materia de la demanda deberá remitir las partes a arbitrar sus controversias.

## 2. Solicitud de Reconocimiento

Uno de los grandes logros de la Convención es el haber simplificado y, con ello, facilitado el proceso de reconocimiento de laudos extranjeros.<sup>7</sup> En efecto, una vez concluido el proceso arbitral en el extranjero, la parte favorecida por el laudo está en el derecho de solicitar su reconocimiento y obtener su ejecución en el Perú de manera simple y expeditiva. La Convención, al obligar a los Estados contratantes a reconocer la autoridad de laudos arbitrales emitidos en el extranjero, termina con el tedioso procedimiento de tener que probar la reciprocidad con el país extranjero. En adelante la parte interesada en obtener el reconocimiento de un laudo extranjero deberá proceder de acuerdo a lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto de la Convención.

El trámite es relativamente sencillo. La parte interesada en el reconocimiento presenta una demanda a la Corte Superior<sup>8</sup> del domicilio del demandado,<sup>9</sup> adjuntando: a) el original o copia del laudo debidamente autenticada (léase, legalizada consularmente), b) el original o copia del acuerdo arbitral debidamente autenticada, c) en su caso, la traducción oficial al español de ambos documentos, y d) demás recaudos exigidos por la ley procesal del lugar (p. ej. pago de derecho judiciales, copia del poder de representación, etc).

## 3. Defensas Contra el Reconocimiento de un Laudo Extranjero

Ahora bien, la Convención limita de manera expresa las causales en virtud de las cuales un juez peruano puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo emitido en el extranjero. Estas están enumeradas en el artículo quinto de la convención y

5. Utilizaré el término acuerdo arbitral para referirme tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso arbitral.  
6. Convención, Art. II

7. Georges R. Delaunne, *Law and Practice of Transnational Contracts*, pag. 343 (Oceana Publication, Nueva York, 1988). Este tratadista de renombrada experiencia en la materia explica que una de las grandes bondades de la Convención, a diferencia de la derogada Convención de Ginebra de 1927, es el haber trasladado la carga de la prueba sobre los hombres de quien se opone al reconocimiento del laudo.

8. Art. 1159 CPC.

9. Art. 1161 CPC.

podría agruparse en cinco categorías, a saber: a) invalidez del acuerdo arbitral; b) defectos procesales; c) exceso de autoridad arbitral; d) obligatoriedad del laudo; y e) consideraciones de orden público.

Fuera de estos supuestos taxativamente enumerados en la Convención, el tribunal peruano deberá ordenar el reconocimiento del laudo extranjero. Esto significa que las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles. La tarea de la corte se limita, pues, a revisar la forma más no el fondo del asunto, y, incluso en esa labor, sus poderes están limitados por el artículo quinto de la Convención. Argumentaciones tales como la parcialidad de los árbitros el hecho que los árbitros tomaron más tiempo del pactado por las partes para emitir el laudo, la falta de motivación del laudo o el hecho que el laudo aparentemente resuelve un punto no controvertido, por más convincentes que parezcan, no deben ser tomados en cuenta por la corte, debiendo ésta dar paso al reconocimiento del laudo. De esta forma la Convención sanciona una presunción de validez del laudo reforzando así la eficacia del proceso arbitral. En efecto, corresponde al demandado probar en contrario. El debe demostrar de manera fehaciente que una de las causales enumerados en el artículo quinto se ha dado. De no aportar prueba suficiente la corte debe ordenar, sin mayor trámite, el reconocimiento de laudo. La presunción de validez del laudo desempeña un papel clave en el marco del arbitraje internacional. Denegar el reconocimiento de un laudo extranjero supone, en cierto modo, cuestionar la autoridad del árbitro. Es por ello que, tomando en cuenta que el propósito principal de la Convención es afianzar la práctica del arbitraje internacional los recursos contemplados en el artículo quinto deben interpretarse de manera restrictiva.

#### **a) Invalidez del Acuerdo Arbitral**

De conformidad con lo dispuesto en los literales a) del inciso primero e inciso segundo del artículo quinto, si el acuerdo arbitral fuere nulo o de cualquier modo inaplicable procede denegar el reconocimiento. 'Para una mayor discusión del tema ver lo expuesto líneas arriba en relación a la obligatoriedad de la cláusula arbitral'.

#### **b) Defectos Procesales**

La falta de notificación al demandado "de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o [que éste] no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa" invalida el laudo arbitral.<sup>10</sup> La Convención ordena que las partes y, especialmente, el demandado deben ser notificadas del proceso arbitral para que puedan preparar su defensa y argumentar su posición ante el tribunal arbitral. En esta forma se busca salvaguardar el derecho de defensa del demandado. Ello no significa, empero, que "cualquier" circunstancia que obstaculice la debida defensa del demandado (ej. enfermedad, necesidad del abogado de atender a una conferencia internacional) justifique invalidar el laudo arbitral. La idea central es que el árbitro le debe haber dado al demandado la oportunidad de presentar su defensa, de no haberlo hecho procede denegar el reconocimiento solicitado. El inciso primero, literal b), debe pues interpretarse de manera restrictiva.

El otro defecto que puede viciar el laudo arbitral es si "la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, ... a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje."<sup>11</sup> A manera de ilustración, éste sería el caso, por ejemplo, si el tribunal arbitral actuó sin contar con el número de árbitros determinado por las partes o por la ley, o si, por ejemplo, el árbitro no corrió traslado según lo acordado para que las partes pudiesen replicar y duplicar. En cambio no es tan claro si el hecho que el árbitro tomase más tiempo del acordado para emitir su laudo sea causal suficiente para denegar el reconocimiento. Dadas las ventajas de contar con un laudo que pone fin a la disputa parecería que un retraso razonable no debería impedir el reconocimiento del laudo.

#### **c) Exceso de Autoridad Arbitral**

La autoridad del árbitro está determinada y limitada por los términos del sometimiento a arbitraje. Si el laudo resuelve una disputa no contemplada en la cláusula arbitral, la Convención le reconoce al demandado el derecho de objetar válidamente a su reconocimiento. Así lo dispone el artículo quinto, inciso primero, literal c) de la Convención. En casos de manifiesto exceso por parte de los árbitros, la aplicación de la norma no debe suscitar mayor problema. Sin embargo,

10. Convención, Art. V.1.b.

11. Convención, Art. V.1.d.

aquellos casos que ameritan interpretación respecto de si determinado aspecto de la disputa había o no sido sometido a decisión arbitral, deberán resolverse a la luz del propósito principal que inspira la convención, cual es el afianzar la práctica del arbitraje internacional.

A manera de ejemplo, imaginemos el caso en que la disputa versa sobre el pago del flete debido al transportador de la mercancía. ¿Está al árbitro en aptitud de decidir acerca de los intereses a que hubiera lugar? Imaginemos otro supuesto; la cláusula arbitral limita de manera expresa la competencia del árbitro para decidir si determinada fórmula para calcular la comisión de un agente es aplicable o no, ¿puede el árbitro determinar el monto de la comisión o debe limitarse a resolver en abstracto sobre la aplicación de la fórmula?<sup>12</sup> En estos y otros casos similares, en la medida que hay algún sustento (aunque sea aparente) para sostener que el árbitro evaluó si era o no competente, debe ordenarse el reconocimiento del laudo. Es decir, basta que el árbitro de buena fe haya considerado que el punto cae bajo su jurisdicción para que el laudo sea irrevisable. Esta conclusión está de acuerdo con el objetivo principal de la Convención de fomentar la práctica del arbitraje internacional.

#### d) Obligatoriedad del Laudo

Si la sentencia arbitral "no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia", el demandado podrá solicitar se deniegue su reconocimiento.<sup>13</sup> De esta forma sólo un laudo que haya adquirido eficacia inamovible puede ser válidamente reconocido sin correr el riesgo que una decisión posterior pueda tornar el reconocimiento en irrisorio.

Un laudo adquiere eficacia inamovible cuando no procede ningún otro recurso de apelación ante un tribunal arbitral. El hecho que el demandando tenga franqueado el acceso a la vía judicial para impugnar el

laudo no debería tomarse en cuenta.<sup>14</sup> De no ser así, el demandado podría burlar fácilmente el cumplimiento del laudo arbitral solicitando su revisión por los tribunales comunes del país donde el laudo fue emitido. Precisamente la Convención busca evitar que el demandado pueda frívolamente impedir o posponer el reconocimiento y la ejecución del laudo.

El laudo debe estar firme de acuerdo : a) a la ley del lugar donde fue dictado, o b) a la ley conforme a la cual fue dictado. Generalmente ambas coincidirán, pero puede ocurrir que las partes se sometan a arbitraje en París de acuerdo a la ley del Estado de Nueva York. En este caso el laudo debe estar firme tanto bajo la ley neoyorquina como la parisina.

#### e) Orden Público

Finalmente, el demandado puede objetar al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero si éste fuese contrario al orden público del Perú.<sup>15</sup> La generalidad de la noción de orden público va a dar pie a que esta excepción sea alegada con frecuencia, especialmente por litigantes cuyo único propósito sea dilatar la ejecución del laudo extranjero. Corresponde, pues, a los tribunales nacionales encausar el uso que se haga de esta excepción. En esa labor deberá tenerse presente que el propósito de la defensa de orden público es salvaguardar los valores primordiales y condiciones fundamentales de la comunidad jurídica en que pretende ejecutarse el laudo, en este caso aquellos del Perú.

Asimismo, es conveniente recordar que a la luz del objetivo básico de la convención de promover el arbitraje internacional, la excepción de orden público al igual que los demás recursos permitidos bajo la Convención debe interpretarse de manera restrictiva.

Pero, ¿en qué casos procede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero por contravenir el orden público? Frasear la respuesta en términos abstractos resulta una tarea de gigantes. El Derecho Comparado, sin embargo, puede contribuir en esta labor, especialmente si se trata de países con una

12. Una situación similar fue recientemente decidida por una corte federal en segunda instancia en los Estados Unidos. *Management & Technical Consultants S.A. V. Parsons-Jurden International Corp.*, 820 F.2d 1531 (9th Cir. 1987). En ese caso la corte sostuvo que, salvo mención expresa en el sometimiento arbitral excluyendo el punto de los intereses, el árbitro estaba facultado para hacer tal determinación, así como la de costos y honorarios profesionales.

13. Convención Art. V.1.c.

14. G. Aksén, *American Arbitration Accessión Arrives in the Age of Aquarius: United States Implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, en: 3 *Southwestern University Law Review* 1, 11 (1971)

15. Convención, Art. V.2.b.

larga trayectoria en la cruzada por afianzar la práctica del arbitraje internacional. La experiencia norteamericana en particular, con casi dos décadas de aplicar, interpretar y hacer cumplir los mandatos de la convención resulta de singular ayuda.

Desde la adhesión de los Estados Unidos a la convención en 1970. La jurisprudencia norteamericana ha interpretado de manera consistente y reiterada que la excepción de orden público sólo procede cuando la ejecución del laudo viola las nociones más básicas de justicia y moral del país del foro. En ningún caso hasta ahora los Estados Unidos han denegado la total ejecución de un laudo pese a haber habido situaciones que pudieron haber dado pie a ello. Una situación así se presentó en la ejecución del laudo que había obtenido una empresa estatal egipcia contra una compañía norteamericana.<sup>16</sup> En ese caso, las partes habían celebrado un contrato para la construcción de una fábrica papelera en Egipto. Con el estallido de la guerra árabe-israelí en 1967, Egipto rompió relaciones con los Estados Unidos y expulsó a todos los ciudadanos americanos salvo a aquellos que obtuviesen visas especiales. Bajo estas circunstancias la compañía norteamericana invocó caso fortuito y fuerza mayor para examinarse del cumplimiento del contrato. Las partes se sometieron a arbitraje y luego de extensas deliberaciones el tribunal arbitral falló en favor de la empresa estatal egipcia, entre otras, porque la compañía norteamericana hubiera podido obtener las visas necesarias para que sus empleados efectuasen el trabajo acordado. En ejecución del laudo, la compañía norteamericana alegó ante los tribunales de su país que "la política norteamericana hacia Egipto le había exigido abandonar el proyecto y que en vista de ello la defensa de orden público era aplicable en su caso para denegar la ejecución del laudo en los Estados Unidos". Los tribunales norteamericanos rechazaron de manera tajante esta argumentación. Este caso sentó las bases para la interpretación de la defensa de orden público. En primer lugar, de acuerdo a la jurisprudencia norteamericana, debe distinguirse entre orden público ("public policy") y política nacional ("national policy" o "fo-

reign policy"). Una cosa es el orden público interno de un país y otra las decisiones políticas que tome el gobierno de turno. El hecho que el gobierno norteamericano hubiese aplaudido la acción de la compañía norteamericana no le daba derecho a esta última para romper los compromisos adquiridos.

Así también, en un caso en que el demandado alegó que la testimonial que habían oído los árbitros estaba en flagrante contradicción con la testimonial que había dado la misma persona sobre los mismos hechos en un procedimiento judicial, la corte sostuvo que esto no violaba el orden público interno de los Estados Unidos, toda vez que los árbitros sabían de este hecho.<sup>17</sup>

En otro caso, la corte también descartó la pretensión del demandado basada en una supuesta errónea aplicación del derecho aplicable,<sup>18</sup> y en el supuesto de fraude cometido por el demandante al no exhibir como prueba un tercer contrato aparentemente concluido por las partes.<sup>19</sup>

En igual sentido en un caso muy reciente la jurisprudencia norteamericana sostuvo que meras alegaciones de no existir un acuerdo arbitral, que el árbitro excedió sus facultades y que el demandado no había sido debidamente notificado no tenían fundamento por separado, y que tomándolas en su conjunto no suponían "una violación de las nociones más básicas de justicia y moral del país", y que por ende no caían bajo la excepción de orden público.

La experiencia norteamericana enseña, pues, que la excepción de orden público debe interpretarse de manera sumamente cautelosa y sólo debe aplicarse cuando los valores fundamentales y condiciones esenciales de nuestro sistema jurídico se vean amenazadas ante el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

16. *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974).

17. *Waterside Ocean Navigation Co. Inc. v. International Navigation Ltd.*, 737 F. 2d 150 (2d Cir. 1984).

18. *Brandels Intsel Ltd. v. Calabrian Chemicals Corp.* 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

19. *Blotronik Mess- und Therapiegeräte GmbH & Co. v. Medford Medical Instrument Co.*, 415 F. Supp. 133 (D.N.J. 1976).

## Mercantilismo y Certex\*

Juan Manuel Zegarra Mulanovich  
*Egresado de la Facultad de Derecho  
De la PUC.*

Hoy en día la palabra **mercantilismo** está de moda en el Perú. Según el Diccionario de la Real Academia Española, mercantilismo es el espíritu mercantil aplicado a cosas que no deben ser objeto de comercio y mercantilista es el partidario del mercantilismo.

El termino mercantilista utilizado para calificar a los actuales empresarios denota el temor de competir en los mercados en igualdad de condiciones, la sobreprotección del Estado expresada en tratamientos diferenciados o preferenciales, el rentismo de los que viven de prebendas y de los que lucran con cosas que no deben ser objeto de comercio; en suma, denota la falta de un espíritu de empresa bien entendido (etimológicamente "empresario" proviene de la palabra **emprendedor**: aquél que acomete y comienza una obra o un negocio que encierra dificultad o riesgo; ergo, aquél que vive bajo la protección del Estado sin el riesgo que implica entrar a competir abiertamente en los mercados no puede ser calificado de emprendedor ni -mucho menos- de empresario).

Si bien es cierto que muchas veces las generalizaciones son poco afortunadas y que toda regla tiene su excepción, también es cierto que la generalización es una forma racional de aprehender y sistematizar la realidad. Hecha esta aclaración, podemos constatar que en el país existe el consenso de que el adjetivo mercantilista sirve para calificar con propiedad a un vasto sector de empresarios e industriales nacionales, muy afectos a pedir que el Estado garantice el libre acceso a los mercados para que los demás compitan en igualdad de condiciones pero absolutamente reacios al momento de aplicar para sí mismos la libertad de comercio que tanto reclaman. Estos mal llamados empresarios subsisten gracias a la protección y las prebendas que obtienen de un Estado paternalista que les facilita un mercado interno cautivo; estos malos industriales no tienen derecho de llamarse empresarios en el sentido exacto de la palabra. Habría que instituir el neologismo "**prebendarios**" como la

denominación más apropiada para designar a quienes actúan de esa manera.

Al menos en teoría, otro de los pocos temas donde las opiniones coinciden mayoritariamente (sobre todo después de CADE '89) es en la necesidad de convertir al Perú en un país exportador partiendo del fortalecimiento del sector empresarial privado dedicado a la producción y exportación de Bienes Seleccionados (concepto que en la nueva Ley de Comercio Exterior sustituye la antigua noción de Bienes de Exportación No Tradicional). Ahora bien, de lo que pocos parecen haberse percatado o lo que muchos prefieren callar es que el término mercantilista se aplica también a un gran número de exportadores nacionales, quienes son un claro ejemplo de la extensión al ámbito del comercio exterior del fenómeno proteccionista observado a nivel del mercado interno entre los industriales peruanos. La pregunta es, ¿dónde reside el rentismo mercantilista de los exportadores? ¿qué prebenda reciben ellos del Estado? La respuesta está en el CERTEX.

El Derecho del Comercio Internacional ha consagrado jurídicamente el principio de que un país que participa en el comercio exterior no debe exportar sus impuestos internos, como una forma de garantizar que los precios de los productos y bienes provenientes de esa nación sean competitivos en los mercados internacionales. Siguiendo este principio, técnicamente los exportadores nacionales deberían percibir el Certificado de Reintegro Tributario a la Exportación (CERTEX) como una devolución de los tributos internos que tienen que pagar en el proceso de producción de los bienes destinados a la exportación (tributos que elevan los costos de producción y, con ello, el valor de comercialización de dichos bienes). El problema es que desde sus orígenes (Decreto Supremo Nº.002-69-IC/D.S. del 16 de Junio de 1969) el CERTEX no funciona realmente como un reintegro de tributario sino como un subsidio a la ineficiencia de los exportadores nacionales.

El caso de la exportaciones textiles peruanas a los Estados Unidos puso de manifiesto internacionalmente que el CERTEX es simplemente un subsidio. Al abogado encargado de defender los intereses norteamericanos le bastó demostrar que en el Perú las empresas exportadoras que gozan de los mayores beneficios tributarios (las constituidas en Zona de Selva, de Frontera, las Descentralizadas, etc.) reciben CERTEX. Al gobierno peruano le fue imposible explicar como es que se "reintegran impuestos" a empresas que no los pagan porque están exoneradas de ellos. Al respecto cabe recordar que el Perú es parte contratante del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que prevé la posibilidad de que los países perjudicados en el intercambio comercial con naciones que subsidian sus exportaciones apliquen Derechos Compensatorios a los productos subsidiados. Felizmente para los exportadores nacionales el gobierno norteamericano no llegó a aplicarles Derechos Compensatorios, aunque sí impuso el sistema de cuotas -aún vigente- como un obstáculo técnico a la importación de productos textiles peruanos.

Otro caso particularmente grave es de las empresas que perciben un CERTEX del 45% sobre el valor FOB de sus exportaciones (por ejemplo, las empresas acuícolas). Considerando que en general el CERTEX no opera como un reintegro tributario (las empresas acuícolas se constituyen en Zona de Frontera, con las consecuentes exoneraciones tributarias) y que el valor FOB de las exportaciones empleado como base para calcular el CERTEX incluye el margen de utilidad de las empresas exportadoras, es claro que un CERTEX del 45% representa un subsidio por mucho más del 50% de los costos de producción; en otras palabras, el Estado peruano financia a estas empresas en más del 50% con el dinero de los contribuyentes y, a falta de este último recurso, las financia con emisión inorgánica (que contribuye a incrementar la inflación galopante que nos agobia). Todo esto al margen de que, formalmente, un CERTEX por ese monto supone el reconocimiento implícito de la existencia de tributos que estarían gravando la producción con una tasa no menor del 45%, lo cual podría llegar a configurar una violación del principio tributario de no confiscatoriedad consagrado en el segundo párrafo del artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Finalmente, para nadie es un secreto que existen "empresas exportadoras" para las cuales el negocio no está en las divisas que perciben por la colocación de sus productos en el extranjero sino en el CERTEX que

reciben del Estado peruano.

La reacción inmediata de los exportadores nacionales es previsible: ellos argumentarán que en la actualidad el CERTEX compensa el atraso cambiario existente en la cantidad de intis que reciben del Estado por las divisas que traen al país, producto de su actividad exportadora; y no les falta razón.

Es cierto que la anarquía que impera en el régimen cambiario por la multiplicidad de tipos de cambio que reciben los exportadores (CME, CLD, CLC) los perjudica y que de alguna manera el CERTEX compensa ese diferencial cambiario. En este punto viene a nuestra memoria una frase muy ilustrativa del Dr. Manuel Moreyra, quien afirma que para entender de economía solo hay que manejar una simple regla que consiste en saber quién es el que finalmente paga las consecuencias de una medida de política económica. Un ejemplo de una medida que afecta directamente el legítimo interés económico de los exportadores nacionales es el hecho indiscutible de que el reciente "Festival del Dólar MUC" en beneficio de algunos importadores se viene financiando -por lo menos en parte- a costa de los exportadores (quienes reciben del Estado menos intis de los que deberían por las divisas que traen al país), con el consecuente desequilibrio de la balanza comercial y el alegre despilfarro de reservas que tanto trabajo costó acumular.

Como se vé, tampoco se trata de satanizar a los exportadores nacionales: lo que el gobierno les da por un lado, se los quita por el otro. Dentro del esquema económico actual y desde la perspectiva que asumen los mencionado agentes económicos en ese esquema, ellos están actuando racionalmente (siguiendo el criterio de reducir costos y potenciar beneficios) al aprovechar los instrumentos legales que el gobierno pone a su disposición (como el CERTEX). También es evidente que desde el punto de vista estrictamente legal no se puede responsabilizar a los exportadores por el ejercicio regular de un derecho; el problema es que lo que es bueno para los exportadores no necesariamente es bueno para el resto del país. Resulta pertinente citar a Santo Tomás de Aquino cuando define la Ley como "una ordenación racional para el Bien Común promulgada por el legítimo gobernante"; en ese orden de ideas, el Bien Común debe imponerse sobre los intereses particulares de cualquier sector y no al revés.

Ya que la principal obligación del Estado y de



los gobernantes es velar por el Bien Común, en todo caso éstos serían los únicos y principales responsables de la situación actual al propiciar la promulgación de normas con criterios más demagógicos que técnicos. Sin embargo, a pesar de que **el problema de fondo es la existencia de un sistema que permite la proliferación de este tipo de distorsiones**, moralmente es injustificable el mercantilismo de los exportadores nacionales (rentismo que reside en el uso y abuso del sistema y, principalmente, en el hecho de no estar dispuestos a hacer nada por modificarlo ni por promover la creación de uno nuevo). Si el sector exportador es el que va a servir de base para sacar al país del pantano económico en el que se encuentra, en-

tonces la primera obligación de nuestros gobernantes debe ser suprimir todas las distorsiones que afectan a la actividad exportadora (que son las que generan los grandes negociados), a saber:

- En primer lugar, es necesario implementar un tipo de cambio único y real (sin atrasos ni adelantos cambiarios) para todos los agentes económicos.
- Partiendo de esta primera medida hay que suprimir por completo cualquier subsidio a los exportadores y hacer del CERTEX un verdadero reintegro tributario a las exportaciones.

# La inviolabilidad domiciliaria : ¿Habeas Corpus o Amparo?

Luis Alberto Guadalupe Tello  
*Abogado*

Uno de los derechos fundamentales de la persona que nuestra actual Constitución consagra en su artículo 2, inciso 7, es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el cual constituye, conjuntamente con el derecho a la libertad personal, uno de los derechos de mayor antigüedad e importancia en nuestro Derecho Constitucional.

Antes de la dación de la Ley 23506 -que actualmente regula los procedimientos de Habeas Corpus y Amparo-, la garantía que protegía al derecho a la inviolabilidad domiciliaria era el Habeas Corpus, en virtud del D.L. 17083 que determinó que el Habeas Corpus tuviera dos vías -Vía Penal y Vía Civil-, ubicándose este derecho en el ámbito de la Vía Penal-, la cual además protegía a la libertad personal y a la libertad de tránsito, conforme al Código de Procedimientos Penales.

En 1982, con la Ley 23506 se da un cambio en cuanto a la garantía aplicable al derecho a la inviolabilidad del domicilio, y de ser antes protegido por el Habeas Corpus, se le incluyó actualmente dentro de los derechos susceptibles de ser protegidos por la acción de Amparo, lo que se ve de manifiesto en el artículo 24, inciso 1° de la Ley. Si bien es cierto, este cambio se produjo al darse la actual Constitución en 1979, pero al no existir un procedimiento para cautelar dicho derecho, todavía seguía vigente el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Penales. Era pues, necesario una ley que regulara los procedimientos tanto para el Habeas Corpus como para el Amparo.

Ante esta variación introducida por la Ley 23506, surge la interrogante sobre si fue o no conveniente este cambio de ubicación de dicho derecho, y si es el actual procedimiento de Amparo el idóneo para proteger este derecho. Al respecto, cabe señalar que con esta ley, tanto los derechos individuales como los sociales mantuvieron las mismas acciones de garantía que se determinaron en el D.L. 17083. Vemos por ejemplo, que tanto la libertad

personal como la libertad de tránsito continúan siendo defendidos por el Habeas Corpus, y todos los otros derechos susceptibles de ser protegidos antes por el Habeas Corpus en la vía civil, ahora son protegidos por el Amparo. Pero, la única variación notoria se dio en el caso del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, lo cual llama la atención.

Sobre el particular, el Dr. Alberto Borea señaló que este punto ocasionó mucha discusión en el seno de la Comisión Redactora ya que algunos sostenían que este derecho debía haber sido incorporado a la lista de derechos protegidos por el Habeas Corpus, mientras que otros propugnaban su incorporación al grupo de derechos defendidos por el Amparo, y hasta incluso, en el primer proyecto encargado en esta parte al Dr. Jorge Velarde Santa María se le ubicó en el primer grupo, surgiendo de inmediato la discusión. Aquellos que se inclinaban por mantener este derecho protegido por el Habeas Corpus, emplearon como argumento práctico la rapidez con que se vulnera este derecho y la esterilidad consecuente de un proceso más lento que el Habeas Corpus. Por otro lado, quienes pretendían colocar este derecho dentro de la esfera del Amparo, argumentaban que el Habeas Corpus está destinado a la defensa de derechos estrictamente personales, individuales, y el domicilio -según el Dr. Pedro Arnillas Gamio-, no es uno de estos derechos, aún cuando es un complemento fundamental de la personalidad. Sin embargo, la Comisión optó por incluirlo al grupo de derechos defendidos por el Amparo y así fue como quedó dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Por lo visto, se prefirió el aspecto formal que el aspecto de fondo del asunto, ya que se le restó importancia a la situación en que se hallaría este derecho de ser vulnerado, y más bien se consideró de suma trascendencia la denominación o clasificación de este derecho. Como bien sostenían algunos miembros de la Comisión, este derecho se vulnera rápida e

1 BOREA ODRIA, Alberto. El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 42.

instantáneamente y la violación se consuma en el momento mismo en que se entra a la casa. Además, al ser el proceso más lento en el Amparo que en el Habeas Corpus, esto puede traer como consecuencia que dicha agresión a este derecho se convierta en irreparable.

Como se ha indicado, la violación de este derecho se produce en el momento en que el agresor entra al domicilio. Una vez que el "tipo" se encuentra dentro de la casa, ya la violación se ha consumado. A partir de ese instante, y mientras el agresor no abandone el lugar, es que puede interponerse la acción de garantía pertinente, ya que de hacerlo después que el agresor haya salido de la casa, la acción será declarada improcedente, ya sea por haber cesado la violación o por haberse convertido ésta en irreparable. Por lo tanto, sólo queda ese lapso en el cual el agresor permanece aún en el domicilio. Pero, en el terreno de los hechos, se sabe que en la gran mayoría de los casos –por no decir en la totalidad– el ingreso ilegal a un domicilio se realiza como un medio para la consecución de un fin, que en muchos casos es un delito– como p. ej. robo, homicidio, violación, secuestro, lesiones, difamación, incautación de correspondencia o detención arbitraria–, y una vez cumplido ese fin, salen de la casa. Pero, son muy pocos los casos de aquellos que ingresan a un domicilio por el mero hecho de ingresar y quedarse allí. Como sostiene el tratadista argentino Fontán Balestra, la violación de domicilio, como fin en sí misma, solo la comentan los niños y los locos<sup>2</sup>. Por todo esto, al poder interponer una acción de garantía únicamente mientras el agresor permanezca aún en el domicilio, es necesario un proceso rápido y urgente para obtener la restauración de este derecho, antes que sea demasiado tarde. Al ser el procedimiento de Amparo más lento que el que se utiliza en el Habeas Corpus, esto podría ocasionar que el daño devenga en irreparable. Si el procedimiento del Amparo fuera el único existente en la Ley 23506, quizás no habría objeción, pero existiendo el procedimiento del Habeas Corpus cuyo trámite es sumárisimo, no veo por qué el Amparo podría ser la garantía aplicable a este derecho.

A lo largo del procedimiento de la acción de Amparo, pueden observarse ciertas situaciones que demuestran que no está hecho para defender a este derecho.

En primer lugar, en cuanto a la exigencia del agotamiento de las vías previas para la procedencia de la acción de amparo, vemos que la ley lo coloca como regla general a cumplirse en todos los casos y sólo a manera de excepción establece las cuatro causales del artículo 28. Pero, ante el hecho concreto de un ingreso ilegal a un domicilio, dicha exigencia de agotar la vía previa, se traduciría en un procedimiento administrativo lento y dilatado y podría convertir en irreparable el daño, causando con ello un perjuicio al agraviado; o durante el procedimiento administrativo puede el agresor irse de la casa después de haber causado un daño, no habiendo razón alguna para una posterior interposición de una acción de Amparo. Por lo tanto, siendo necesario que al vulnerarse este derecho, este sea restaurado lo antes posible, la exigencia de agotar las vías previas deviene en innecesario, ya que concretamente si una persona entra a mi casa y se queda allí, ¿qué vía previa debo agotar ante este hecho? Es por ello que en el Habeas Corpus no se exige este requisito ya que de ocurrir esto, en un caso de detención arbitraria, esta persona podría quedar prolongadamente detenida mientras dure la vía previa, ocasionándole un perjuicio gravísimo. Por todo esto, creo que la norma general en este derecho es la no exigencia del agotamiento de las vías previas, como ocurre en el caso del Habeas Corpus.

En segundo lugar, tenemos en el procedimiento del Amparo, una situación que a mi criterio, muestra en forma clara lo inapropiado de este proceso para defender a este derecho. Concretamente es el hecho del traslado que el juez corre al agresor por el término de tres días. Esta situación es apropiada para el caso de aquellos derechos en donde existe un mayor margen de discusión y de intervención por parte del presunto agresor, y que por tal razón son cautelados por el Amparo. Pero, en el caso del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, la situación varía, ya que darle tres días al agresor para que conteste la demanda, es indirectamente darle la posibilidad de prolongar la agresión en el caso que conteste la acción y permanezca aún en el domicilio; o una vez corrido traslado, en ese lapso de tres días, "el tipo" sabiendo que tiene todas las de perder en esta acción, decide abandonar la casa o causar daños irreparables, en cuyo caso el juez o la corte donde se ventile el caso, se abstendría de pronunciarse por habérsele sustraído la materia jurídica que era motivo de pronunciamiento por parte de aquella<sup>3</sup>. De este modo, no habría razón para

2. FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966-1971. p. 350 y 351.

3. BOREA ODRÍA, Alberto. Ob. cit., p. 45.

continuar con dicho procedimiento, ya que el agredido no podrá ver restaurado su derecho, y lo único que le quedaría es recurrir a la vía penal ordinaria o interponer una acción de daños y perjuicios. Con ello, se le estaría dando una facilidad al agresor para que después de haber entrado violentamente a la casa y causado algunos daños materiales, se vaya alegremente sin que se le castigue en ese procedimiento. Podría sostenerse que pese a ello se logró el objeto de la acción de garantía, esto es, volver las cosas al estado anterior a la violación, pero eso se ha producido no como consecuencia de la acción de garantía, sino por la voluntad del agresor para evitar ser castigado.

Al respecto, puede alegarse que para ello existe la figura de la suspensión del acto reclamado. Esto es, que a pedido del afectado, el juez manda que se suspenda el hecho del ingreso del agresor al domicilio y ordena que se retire, mientras dure el procedimiento. Pero esta figura existe en aquellos casos en donde se da un margen más amplio de discusión, y no para aquellos derechos en donde lo único que se necesita es una constatación fáctica del acto reclamado, y comprobada o acreditada la violación, ésta deberá cesar de inmediato por orden del juez. Si en este caso, se decretara la suspensión, esto es, que se ordena al agresor salir del domicilio, no habría razón para que continúe entonces el proceso, ya que no hay hechos que discutir, y además se ha sustraído la materia jurídica que era la razón de pronunciamiento del juez. Además, lo que al afectado le interesa principalmente es que el agresor abandone su casa, y si esto se produce durante el procedimiento y no habiendo que discutir al respecto, no hay motivo para que siga hasta el final. Si el agraviado desea discutir más a fondo, para eso tiene la vía ordinaria, pero si prefiere la vía sumaria del Amparo, es porque desea que su derecho sea restablecido cuanto antes.

En tercer lugar, cuando es apelada la resolución del Juez de Primera Instancia interviene el Ministerio Público, lo cual en sí, va en contra de la celeridad que debe tener una acción de garantía. Si en el Habeas Corpus se dispone expresamente que no interviene el Ministerio Público, sino sólo para coadyuvar a la defensa del perjudicado como defensor del pueblo, es porque precisamente se quiere evitar que el proceso se dilate más allá de lo establecido. En sí, es inexplicable esta intervención del Ministerio Público, ya que contradice con el artículo 45 de la ley 23506, que ordena derogar el inciso 8 del artículo 87 del Decreto Legislativo 52, que establecía la participación del

Fiscal en la Acción de Amparo. Pero, al colocarse esta intervención en el procedimiento de Amparo, que sin duda dilata el proceso, pudiendo ocasionar un perjuicio al agraviado, y no existiendo en el Habeas Corpus dicha intervención, no veo la razón de ubicar este derecho en donde pueda demorarse más tiempo en ser restaurado.

Y en cuarto lugar, otra figura que no es aplicable a este derecho, es el de la caducidad. Esta figura sí es entendible en la acción de Amparo, sobre aquellos derechos conculcados en que puedan generarse nuevos derechos, y se conduce con el principio de seguridad jurídica. Pero vemos que en el Habeas Corpus no es así, ya que no puede generarse nada sobre una agresión a la libertad personal o de tránsito. Asimismo sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, una vez producida la agresión, no veo en qué forma puedan nacer otros derechos posteriormente.

Por lo visto hasta acá, todo parecería indicar que la garantía más idónea para proteger a este derecho sería el Habeas Corpus, ya que el procedimiento de esta acción de garantía es mucho más sumario que en la acción de Amparo. Pero existe en el trámite del Habeas Corpus, un punto que para este derecho no me parece el más apropiado. Específicamente, el artículo 18 de la Ley 23506 establece que cuando no se trata de detención arbitraria, el juez citará a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión y resolverá de plano, en el término de un día natural, bajo responsabilidad. Además, la resolución deberá ser notificada personalmente al detenido o al agraviado y cumplida el mismo día. Esto parece razonable en ciertos derechos como p. ej. la libertad de tránsito o el derecho a no ser privado del pasaporte, en donde es necesario que se cite al agresor o al que dictó la medida. Pero en el caso concreto del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, una vez producida la agresión, esto es, el ingreso al domicilio y permaneciendo aún allí el agresor, si éste es citado por el juez y acude a su llamado, abandonando por tanto la casa, ya no habría razón para que este procedimiento continúe, ya que la violación habría cesado. Además al citarlo, como comentáramos anteriormente, le está poniendo en conocimiento la iniciación de esta acción y dándole indirectamente la oportunidad para que salga de la casa y así evitar que la acción prosiga. Creo que este artículo sería más aplicable para el caso en que exista amenaza de violación a este derecho, en donde aún no se ha ingresado al domicilio; y para el caso de violación, lo

más indicado es que el Juez, al conocer de la acción de Habeas Corpus, se dirija inmediatamente al lugar en donde se ha producido la agresión para constatar personalmente este hecho y una vez comprobado este, ordene de inmediato al agresor que abandone el domicilio. Esta es la única forma en que el juez puede verificar directa, personal y sorpresivamente dicha agresión, ya que si sólo se limitara a citar al agresor para que explique su proceder, no tendrá la misma contundencia que sí la tienen una constatación hecha por el juez. Además lo que se discute es si se produjo o no la violación a este derecho y la única forma de comprobarlo es verificándolo en el mismo lugar de los hechos.

Ante todo esto, puede surgir una duda razonable en el caso de las personas jurídicas. Como se sabe, el Habeas Corpus desde sus orígenes y por su naturaleza está destinado a cautelar aquellos derechos de los cuales, sólo puede ser titular una persona natural. Esto se ve en el caso de la libertad personal, en donde es imposible, por ser un derecho personalísimo, que una persona jurídica pueda ser titular de este derecho. Lo mismo ocurre con los otros derechos cautelados por el Habeas Corpus y enunciados en el artículo 12 de la Ley 23506. Pero, asimismo la inviolabilidad domiciliaria pertenece a las libertades individuales y también en virtud del artículo 3 de la Constitución, este derecho puede extenderse a las personas jurídicas, ya que toda persona jurídica posee un lugar donde desarrolle sus actividades, constituyendo dicho lugar su domicilio, el cual debe tener el carácter de inviolable. Si se produjera una violación a este derecho en perjuicio de una persona jurídica; no veo por qué no pueda interponer una acción de garantía, que sería el Habeas Corpus. Alguno puede indicar que para ello está dentro del ámbito de la acción de Amparo, pero ya hemos señalado que esta acción es la menos idónea para defender a este derecho. En consecuencia, debo admitir que como regla general, el Habeas Corpus está hecho en función a ser utilizado por una persona natural, pero a manera de excepción y únicamente para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, puede emplearse el Habeas Corpus, cuando este derecho, del cual es titular una persona jurídica, es vulnerado. Para ello, debe tomarse en cuenta no al titular de este derecho ni al que interponga la acción de garantía, sino al hecho concreto que se ha producido: la violación de un derecho constitucionalmente reconocido, el cual puede ser repuesto en forma inmediata por una acción de garantía como el Habeas Corpus.

Considero por tanto, que fue totalmente inconveniente el cambio introducido por la Ley 23506, al ubicar a este derecho dentro del ámbito de protección de la acción de Amparo, ya que aquel se vulnera rápidamente y necesita de un procedimiento más sumario, como sí lo es el Habeas Corpus, que constituye el más idóneo para el resguardo de este derecho. En consecuencia, soy de la opinión que en este aspecto debe modificarse la Ley 23506 y trasladar este derecho a la lista de derechos susceptibles de ser cautelados por la acción de Habeas Corpus. Asimismo considero que este cambio no iría en contra de lo establecido en la Constitución —que determina que el Habeas Corpus sólo protege la libertad individual—, ya que la inviolabilidad domiciliaria pertenece a las libertades individuales y está en estrecha vinculación con la libertad física, y con la violación de este derecho se está restringiendo la libertad que tiene una persona para decidir quién entra y quién no a su casa, así como también el derecho a su intimidad y vida privada. Además, en el artículo 12 de la Ley 23506 se da una interpretación amplia y extensiva de lo que es la libertad individual, abarcando algunos derechos que en sentido estricto, no constituyen en sí la figura de la libertad individual, como p. ej. el derecho de ser asistido por un abogado defensor. Si se ha dado una extensión amplia del concepto de libertad individual, no veo por qué la inviolabilidad domiciliaria no pueda estar incluida dentro de esta gama de derechos, más aún teniendo en cuenta la naturaleza de este derecho. Es más, si el hecho de colocar guardias en domicilio amerita la interposición de un Habeas Corpus, mayor razón habrá para recurrir a esta acción si se produce un ingreso arbitrario a un domicilio y el agresor continúa en dicha casa.

Finalmente, y dentro del procedimiento de la acción de Habeas Corpus, postulo la inclusión de un dispositivo que indique lo siguiente:

"Cuando se trate de un ingreso ilegal a un domicilio de una persona natural o de una persona jurídica, una vez interpuesta la acción, el juez deberá acudir inmediatamente al lugar donde se ha producido la agresión. Si comprueba dicha agresión, ordenará inmediatamente al agresor que abandone dicho domicilio, dando cuenta al Tribunal de que depende".

# "Libertad de cátedra: ¿Monopolio docente?"\*

Ricardo León Pastos

*Alumno de 9º Ciclo de la Facultad de Derecho PUC.*

## 0. Introducción

Nuestra perspectiva para la realización del presente trabajo no es "estrictamente jurídica", sino que procura ser más amplia, intenta abarcar nociones de dos materias: el derecho y la pedagogía superior.

El método empleado para procesar la información bibliográfica y normativa recopilada, en la primera parte del trabajo, ha sido deductivo el propio de los análisis jurídicos, aunque se ha ensayado algunos "aterrizajes" a la realidad de los hechos. En la segunda parte no se sigue ningún método en especial, empleándose básicamente la reflexión crítica a base de comparaciones.

La idea general que preside el trabajo consiste en que la deficiente percepción de la libertad de cátedra por parte de profesores y autoridades universitarias, los ha llevado a comentar una serie de abusos contra la formación de los estudiantes, entendiendo esta libertad como un paraguas inmenso que los cubría de cualquier gota impertinente. Insistimos en la necesidad de la preparación pedagógica docente para asumir un ejercicio responsable de la labor educativa y la libertad de cátedra que ella implica.

Somos concientes de las limitaciones personales en la realización del trabajo. Sin embargo, hemos intentado, a pesar de los condicionamientos de nuestra vida universitaria, hacer un esfuerzo de objetividad. Sobre los resultados de tal esfuerzo les corresponde pronunciarse a nuestros eventuales lectores.

## 1. El marco jurídico: los supuestos de la libertad académica

"La autonomía, considerada a la luz de la Historia, significa sustraer la enseñanza universitaria a la arbitrariedad ministerial"

*Samamé Boggio*

## 1.1 La enunciación del principio

La libertad académica es aquella potestad que tienen las universidades para ejercer las actividades académicas que le son propias sin intervención estatal, independientemente a cualquier imposición gubernamental. En sentido positivo, comprende tres libertades fundamentales: la de enseñar, la de investigar y la de aprender<sup>1</sup> Por lo general, se encuentra positivizado en las legislaciones nacionales.

No obstante, existe mucha confusión entre el principio mencionado y sus realizaciones concretas. Muchos piensan que la libertad académica es libertad sólo de enseñanza, o que ésta se asimila a la libertad de cátedra, o que autonomía universitaria y libertad de enseñanza son conceptos análogos. Si bien los autores no se han puesto de acuerdo en la nomenclatura de los conceptos, por lo menos éstos si se hayan bien delimitados. Hagámos los distinguos necesarios.

## 1.2 Las manifestaciones del principio

### 1.2.1 Libertad de Enseñanza.

La libertad de enseñanza es aquel derecho de las entidades educativas a crearse mediante la acción estatal o la iniciativa privada, comprendiendo a los diferentes niveles educativos: primario, secundario, técnico y superior. Está reconocida mediante norma expresa en el artículo 21 de la Constitución peruana vigente de 1979 (in fine). También es conocida como libertad de educación.

En lo referente a las universidades, el artículo 31 constitucional establece en su segundo párrafo que: "...nacen por ley. Son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares..."

1. GABALDON, Arnaldo. "La enfermedad latinoamericana de la educación superior". FEDES. Venezuela, 1982. p. 144.

### 1.2.2 Autonomía Universitaria.

Los autores están de acuerdo en que ésta es un requisito de funcionamiento de la libertad de cátedra. Tiene por finalidad:

"...defender los principios dirigidos a proteger la libertad académica, que debe ser la característica fundamental de la vida universitaria... es preciso eliminar toda amenaza procedente del poder público o de la vida política del país, que puede interferir con dicha libertad"<sup>2</sup>.

Así, la autonomía universitaria, históricamente, resulta ser una conquista por la que han luchado denodadamente las universidades latinoamericanas, tan proclives a la nefasta influencia de un poder público vertical y antidemocrático.

En la actualidad, gran parte de las legislaciones nacionales han constitucionalizado este fundamental derecho universitario. La Constitución peruana lo regula en su artículo, económico, normativo y administrativo, dentro de la ley". Esta ley a la que hace alusión la norma es la ley universitaria (L. 23733) la que, en su artículo 4 desarrolla la noción de autonomía haciéndola extensiva a los ámbitos normativo, académico, económico y administrativo.

Sin embargo, la autonomía universitaria, como condición y garantía de la libertad académica, no puede ser pretexto para el desarrollo de una ciencia "ascética" o "químicamente pura" de contenidos sociales. Al decir de Gabaldón:

"Debe recordarse que la libertad académica es el resultado de un compromiso entre la sociedad que mantiene una institución y utiliza sus productos y la institución que en recompensa sirve a dicha sociedad"<sup>3</sup>.

### 1.2.3. Libertad de cátedra.

Esta es una tercera manifestación de la libertad académica, por lo que guarda íntimas vinculaciones con las realizaciones descritas anteriormente; sin em-

bargo, las oscuridades que se ciernen sobre ella para los ojos de estudiantes, docentes y autoridades universitarias, que imposibilitan su cabal contemplación, son las más difundidas. Intentemos proyectar algunas luces sobre esta cuestión.

#### A. Una percepción Confusa:

Los profesores, estudiantes y autoridades universitarias, cuando son preguntados respecto a la libertad de cátedra, tienen unas nociones aparentemente claras, que se podrían sintetizar en "aquella potestad del profesor para tener libertad de opinión respecto a los contenidos de su curso". Hasta aquí todo bien. Pero, inmediatamente después, si uno pretende averiguar un poco más acerca de las evidencias que de este concepto se tienen, encuentra una serie de distorsiones que, en la praxis de la vida universitaria encuentran, lamentablemente, su asidero.

Muchos profesores y estudiantes, convienen en que el profesor es el "amo y señor" de la cátedra, que él lo sabe y lo puede todo -erigiéndose casi en una divinidad académica- y que, por ende, puede ser intolerante con las humildes opiniones de sus aprendices, razón -o sin razón- por la cual privan de opinión a sus alumnos. ¿La justificación?: la libertad de cátedra.

En cuanto a la programación temática de los cursos, una buena cantidad de profesores "dicta" solo lo que él o ella creen conveniente, obviando temas, incluyendo otros no previstos "ya que su experiencia les indica qué es lo más importante". Las más de las veces no existe una programación temática seria organizada en un sílabo y, a los estudiantes, no parecen interesarles el problema. Se hace lo que se puede con la buena voluntad del docente amparado para tales efectos en su libertad de cátedra.

Otros profesores consideran que, dentro de su libertad de cátedra están facultados para exigir la existencia obligatoria de sus alumnos (y no de ellos) a las clases; establecen porcentajes máximos de inasistencia que, una vez operados conllevan la eliminación automática de sus cursos. No contemplan razones como el carácter antipedagógico de tal medida ni las necesidades de los estudiantes.

Finalmente, algunos profesores creen que pueden evaluar a los estudiantes como les parezca, aunque sus mecanismos evaluatorios sean inadecuados, y racionales y antipedagógicos, amparados nuevamente y

2. Ibid. p. 157.

3. Ibid. p. 152.

una vez más en su libertad de cátedra... ¡providencial derecho que todo lo permite!

Todo este conjunto de falsas percepciones de la libertad de cátedra, sufridas por largos años como estudiantes, ensombrecen el panorama. Haremos algunas aclaraciones en los apartados siguientes.

**B. El contenido esencial del derecho:**

Ya habíamos dicho que la autonomía universitaria era un prerrequisito fundamental de la libertad académica, en consecuencia, también lo es de la libertad de cátedra.

Zierer "... enfoca la autonomía universitaria dentro de la lógica deóntica... sostiene la tesis de que la autonomía universitaria tiene su origen justificatorio en la libertad de cátedra..."; formalizando en el plano lógico una serie de axiomas y proposiciones, logra demostrar la validez de sus afirmaciones, que resume en el siguiente esquema<sup>4</sup>:

NIVEL	DESCRIPCION
I. Filosofía * (valores)	+ Respeto a los derechos humanos + Responder a las expectativas legítimas de la sociedad. + Unión entre enseñanza e investigación + Libertad de cátedra
II. Política * (principios)	+ Condiciones intrínsecas (idoneidad y ética docente) + Condiciones extrínsecas AUTONOMIA UNIVERSITARIA
III. Normas	+ Ley de Bases + Estatutos + Reglamentos
IV. Acciones	+ Vida institucional

\* Consagradas en la Constitución

Tanto la autonomía como la libertad de cátedra, que Zierer ubica en los niveles políticos y filosófico respectivamente, se encuentran consitucionalizadas efectivamente en el país.

El artículo 31 constitucional, segundo párrafo, ab initio, es parco: "El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia". La doctrina es igualmente parca" Rubio y Bernal, Pareja paz Soldán, Ruiz Eldrege y Chirinos Soto no dedican, en conjunto, más de diez páginas de comentarios de rigor.

La ley universitaria (L. 23733) amplía en algo el concepto al mandar como deber de los profesores universitarios: "...El ejercicio de la cátedra con libertad de pensamiento y con respeto a la discrepancia" (Art. 51-a).

Pues bien, normativamente, el contenido esencial del derecho es el siguiente: la libertad de cátedra es un derecho y un deber docente en virtud del cual el profesor conduce su enseñanza con libertad de pensamiento y con respeto a la discrepancia. Este es sólo el marco jurídico en el cual se engarza la actividad docente, es el señalamiento de una condición: la libertad la que, obviamente no agota el proceso de enseñanza-aprendizaje, ni faculta al profesor para desnaturalizarlo. Sobre los supuestos del proceso educativo diremos algo en la segunda parte del trabajo.

**C. ¿Libertad absoluta?**

Gabaldón sostiene que la libertad académica está rodeada de limitaciones que le son impuestas por la naturaleza de sus fines y sus relaciones con la comunidad y el país, lo que no significa la restricción del libre pensamiento de los catedráticos dentro o fuera del recinto universitario<sup>5</sup>. No existe derecho absolutos, todos y cada uno son relativos a su naturaleza, a su racionalidad, a su finalidad última.

Retomemos ahora los problemas que dejamos planteados cuando tratamos las confusiones respecto a la libertad de cátedra.

¿Puede un profesor impedir la libertad de opinión a sus alumnos en el aula *Thémis*, 16de clase? Como hemos visto, esta práctica difundida en algunas

4. ZIERER, Ernesto. "La autonomía universitaria axiomáticamente derivada de la libertad de cátedra". Universidad Nacional de Trujillo, 1979. Informe mimeografiado p.14.

5. GABALDON, Arnoldo. Op. cit. p.p. 150-151



universidades en ciertas materias está reñida frontalmente con el derecho constitucional a la libertad de opinión (Art. 2-20-e) y el derecho del estudiante a: "Expresar libremente sus ideas y no ser sancionado por causa de ellas" (Ley universitaria, Art. 58-b). Es menester desterrar este espíritu vertical de la docencia universitaria en nuestro país.

¿Es una atribución docente la programación temática de los cursos? En instituciones universitarias donde impera el desorden y la improvisación, tal vez los profesores tengan amplias facultades para organizar los contenidos de sus cursos, ya que nadie les ofrece siquiera una orientación general.. Sin embargo, esta práctica defectuosa, común en nuestro sistema universitario, debe ser erradicada. Al decir de Gabaldón, hablando de la libertad de enseñanza: "Esa libertad la gozan las autoridades académicas correspondientes, pero los subalternos estarán obligados a seguir lo que éstas aconsejan"<sup>6</sup>

La determinación de la asistencia obligatoria ¿también está dentro del ámbito competencial del profesor? No lo creemos. La asistencia obligatoria es un requisito de exigencia académica que se inscribe en una política académica global que implementa cada universidad-y Facultad, en su caso-. Por tanto, escapa de la competencia del profesor establecer este tipo de requisitos. La experiencia demuestra que este tipo de medidas es contraproducente y antipedagógico.

## 2. El Ejercicio de la Libertad de Cátedra y las Exigencias de la Educación Universitaria

"El amateurismo en enseñanza ya no es aceptable"

*Beard*

En la primera parte de este trabajo hemos definido el contenido y alcances de la libertad de cátedra, diferenciándola de conceptos emparentados con los que se reclama recíprocamente.

Sin embargo, la apreciación de situaciones problemáticas como la que nos ocupa, no puede agotarse en la descripción del marco jurídico, del "modelo" normativo. Este, en cuanto libertad competencial, sólo

constituye una atribución una facultad que ha de ser ejercida al interior de la vida universitaria, resultado asemejarse a la caja que, diseñada para albergar algún objeto, espera recibirlo para ser una realidad completa, significativa.

Así, esta parte está destinada a observar el que-hacer universitario y, básicamente, el desempeño docente en el proceso enseñanza-aprendizaje, proponiéndonos en ese sentido explicar las desadecuaciones existentes entre el marco normativo y las prácticas docentes.

### 2.1. Noción de Pedagogía Universitaria.

Silvio<sup>7</sup> ubica en 1965 la expansión alarmante de la matrícula estudiantil y la diversificación de la educación superior acompañadas de un intenso movimiento estudiantil, tanto en el mundo desarrollado como en el subdesarrollado. Esta diversificación ha motivado que, en la actualidad, se haya impulsado la preocupación por este aspecto de la educación-antes desconocido-, dentro del contexto latinoamericano en particular.

Hay que poner atención, sin embargo, al "origen crítico" de esta preocupación.

El actual manejo de los problemas pedagógicos se encuentra dentro de una "administración por crisis", esto es, se están atacando los problemas que han alcanzado tal magnitud, que imposibilitan tomar medidas encuadradas dentro de un modelo de gestión "normal". Así, para arriesgar una conceptualización de la educación universitaria, debemos tener siempre presente esta situación crítica por la que atraviesa la educación en general, y la incapacidad de una "pedagogía" tradicional por resolver los problemas presentes.

Podríamos resumir las tendencias de la nueva preocupación pedagógica en los siguientes tópicos:

- a. Limitación del acceso a la educación superior.
- b. Diversificación de la oferta educativa.
- c. Nuevos métodos de enseñanza.

7. SILVIO, José. "La pedagogía en la Educación Superior: algunas reflexiones e hipótesis de trabajo". En: Educación Superior, Revista del CRESALC. Órgano de la UNESCO. No. 18, mayo-Agosto 1985. p.19

6. Ibid. p 45.

- d. Métodos de evaluación del aprendizaje.
- e. Organización del proceso educativo en departamentos.
- g. Reforma de currículum.
- f. Regionalización y nuclearización de la enseñanza superior.
- h. Unidades de asesoría pedagógica.
- i. Centros de recursos para el aprendizaje.
- j. Educación abierta y a distancia.<sup>8</sup>

En la misma línea Lafourcade define a la educación en los siguientes términos:

"Si la enseñanza constituye un conjunto de procedimientos estimulantes, orientadores y reguladores de los procesos de aprendizaje de un sujeto, y un conocimiento más o menos claro y preciso de los mismos, garantizará en gran medida la eficacia de tales procedimientos"<sup>9</sup>

En adición, entiende al aprendizaje como:

"... un proceso dinámico de interacción entre el sujeto y algún referente, y cuyo producto representará un nuevo repertorio de respuestas o estrategias de acción, o ambas a la vez, que le permitirán al primero de los términos, comprender o resolver eficazmente situaciones futuras que se relacionen de algún modo con las que produjeron dicho repertorio"<sup>10</sup>

La enseñanza es un proceso, inherentemente gradual que se ve enriquecido por la participación de estudiante y profesor como actores principales que enseñan una labor de aprendizaje del alumno, según determinados métodos adecuados al objeto de estudio.

Tradicionalmente se había enfatizado demasiado un extremo de la relación, la del profesor, librándolo a su "experiencia" e "improvisación creadora". Lamentablemente, los docentes tradicionales echaron mano a la repetición como elemento principal de enseñanza, inhibiendo el desarrollo del pensamiento de sus alumnos haciéndolos "... apáticos o trabajar sola-

mente por recompensas externas como unos buenos resultados en los exámenes".<sup>11</sup> Nuevamente, la cita, pensada para la sociedad inglesa, es perfectamente aplicable para el Perú.

## 2.2 Los Objetivos.

El primer objetivo y finalidad última de la enseñanza superior es la de cumplirse a cabalidad, el realizarse ella misma según sus principios y criterios técnicos. Esto, a pesar de ser una verdad de perogrullo, muchas veces se olvida, dada su evidencia. Es ésta una de las principales causas de la crisis de la enseñanza tradicional la que, amparada en la libertad de cátedra, transmitía -y sigue transmitiendo-, conocimientos, sin preocuparse de los criterios técnicos de organización y desarrollo de los mismos.

Los objetivos "constituyen puntos de llegada de todo esfuerzo intencional y, como tales, orientan las acciones que procuren su consecución y determinen predictivamente la medida de dicho esfuerzo"<sup>12</sup>. El mismo autor señala que existen dos criterios básicos para determinar estos objetivos: la derivación y la enunciación<sup>13</sup>.

Mediante la derivación se formulan los objetivos de la universidad, luego los de las carreras profesionales, después los de los ciclos, para, finalmente, diseñar los de las líneas curriculares o áreas.

La enunciación consiste en la formulación de los objetivos según plazos relativamente medianos. La enunciación debe ser muy concreta para la posterior evaluación que del cumplimiento de los objetivos se haga.

En el país, ninguno de estos criterios se ha asomado siquiera; las universidades, al gozar de su mal entendida autonomía, no se han interesado en formular objetivos precisos en ninguno de sus niveles. Es natural que instituciones sin rumbos definidos, no tengan medios para evaluar sus logros o los motivos de sus endémicas crisis.

Nuevamente Lafourcade<sup>14</sup> propone una serie de

8. Ibid. pp. 19-21.

9. LAFOURCADE, Pedro "Planamiento, conducción y evaluación de la enseñanza superior". Editorial Kapelusz, Bs. As. 1974. p. 67.

10. Ibid. pp. 67-68.

11. BEARD, Ruth "Pedagogía y diáctico de la enseñanza universitaria", OIKOSTAV Ediciones, Barcelona 1974 p. 23.

12. LAFOURCADE, Pedro. Op. cit. p. 25.

13. Ibid. pp. 25-35.

14. Ibid. pp. 68-69.

"productos" u objetivos específicos del aprendizaje propiamente universitario:

- a. Una cierta información sobre datos que deberá renovarse.
- b. Una adecuada proporción de conceptos y teorías que faciliten la comprensión de nuevas masas de datos.
- c. Una serie de habilidades congnotivas que permitan el uso inteligente de las mismas.
- d. Un conjunto de técnicas y modos de aplicación para el desempeño en tareas específicas del campo.
- e. Una serie de actitudes y tendencias a la acción que garanticen continuo perfeccionamiento, empleo ético del conocimiento y compromiso social.

Todos estos objetivos, con los necesarios matices que impone cada institución universitaria, podrían ser tomados en cuenta para generar una amplia discusión sobre los objetivos de la universidad peruana, para empezar a tomar seriamente el compromiso que ésta tiene con el país.

## 2.3 Las Estrategias Educativas

Estas han experimentado un sorprendente desarrollo en los últimos años. No obstante, las discusiones en cuanto a las posiciones asumidas por los mismos pedagogos, son arduas y frontales. De un lado, algunos educadores están seducidos por la idea que el docente debe provocar en los estudiantes una actitud empática positiva para generar en sus mentes la capacidad del razonamiento<sup>15</sup>. Por el contrario, otros consideran que las motivaciones sólo son aparentes para los niños, siendo el estudio directo lo importante en la vida universitaria<sup>16</sup>.

### 2.3.1 Las Posiciones Tradicionales

De alguna manera las hemos venido refiriendo a lo largo de nuestro trabajo. Son aquellas que se escudan en una libertad de cátedra "absoluta" para que, sin preocuparse de una actividad docente responsable y técnicamente ejercida, puedan continuar con sus ac-

tividades inalteradas "como siempre". Son las posiciones más conservadoras, retiscentes al más mínimo cambio<sup>17</sup>. Hamelin hace una aguda descripción de ellas:

"... el profesor es la agencia privilegiada de noticias, detentadora de un monopolio: yo soy el maestro, vosotros los discípulos. Yo soy quien conoce, vosotros no conocéis nada... El carácter excepcional dentro del grupo se deja notar incluso en la disposición material de la clase, en su arquitectura, en su mobiliario: un pasillo rectangular, una nave de iglesia en la que el altar resulta ser la cátedra magisterial hacia la que deben convergir los ojos de los fieles ¡incluso de los infieles!)." <sup>18</sup>

Las principales críticas hechas al método conferencial son: contribuye a la actitud pasiva de los estudiantes, los sistemas de interacción alumno-profesor se reduce al mínimo, los estudiantes conocen sólo una versión interesada de la temática expuesta, se estudia sólo a través de las notas de clase prescindiendo de la consulta bibliográfica, lo que se expone ya está impreso en libros. Sin embargo, a pesar de todas las críticas, este método tendrá que seguirse empleando en muchas partes de Latinoamérica y el Perú, ya que constituye una de las formas más económicas de la enseñanza y la única posible en cursos superpoblados (Ibid).

Hay quienes, como el español Quintana Cabanas, abogan por las "buenas clases magistrales", defendiéndose de los ataques de los pedagogos "modernos". Quintana, al constatar el avance de las metodologías activas en la pedagogía superior, sostiene que:

"principios pedagógicos que se han mostrado acertados en la didáctica para alumnos mayores, tal es lo que ha sucedido en la génesis de las actuales tendencias pedagógicas universitarias, y es éste el fallo que aquí denunciemos" <sup>19</sup>

Al distinguir entre métodos, centrados en el

15. Ibid. p. 109.

16. QUINTANA, José. "El estudio sistemático como factor de formación universitaria". En: Revista Española de Pedagogía. Nos. 169-170. Año XLIII. Julio-Diciembre 1985 p. 423.

17. LAPOURCADE, Pedro. Op. cit. pp. 18-19.

18. HAMELINE, Daniel y Marie-Joelle DARDELIN. "La libertad de aprender". Stvritum ediciones, España, 1973. pp. 48-49.

19. QUINTANA, José Op. cit. p. 414.

estudiante, y métodos lógicos, centrados en el objeto, señala que los primeros son propios de la educación infantil, mientras que los segundos son los adecuados para la educación universitaria. No estamos de acuerdo con dicha sustentación, ya que, recogiendo la definición que hemos postulado del proceso enseñanza-aprendizaje, debemos elegir métodos de enseñanza y aprendizaje que contemplando las necesidades de cada actor, sea adecuado, al propio tiempo, a las necesidades del objeto de estudio.

### 2.3.2 Las Posiciones Modernas:

Nacidas por reacción a las tradicionales, postulan el equilibrio de la relación profesor-alumno por la de alumno-profesor enfatizando el proceso de aprendizaje más que el de enseñanza. Recurriendo a investigaciones y elaboraciones técnicas, se llega a la construcción de los modelos activos de enseñanza-aprendizaje, en los cuales es el estudiante quien desempeña un rol protagónico. Algunos teóricos han llegado al extremo de postular el aprendizaje no-dirigido, basado exclusivamente en la espontaneidad y los intereses del estudiante.

La metodología activa rescata la participación estudiantil y la canaliza a través de diversos mecanismos. Supone el perfeccionamiento pedagógico del docente, habiendo desde quienes creen en una capacitación mínima hasta aquellos que postulan la profesionalización del docente de educación superior mediante maestrías<sup>20</sup>.

Un ejercicio responsable de la labor docente implica, pues, una preocupación por la técnica pedagógica mínima que permita una efectiva comunicación informativa y formativa con los estudiantes. La libertad de cátedra, supuesto de esta potestad organizativa

del docente en el proceso de aprendizaje estudiantil, debe encontrar claras orientaciones en estas técnicas pedagógicas que aseguren un conocimiento claro y distinto de los objetos de estudio.

### 3. Algunas Conclusiones Preliminares

- a. La libertad de enseñanza es la potestad pública o particular para crear y regular entidades educativas.
- b. La autonomía universitaria es la potestad que gozan las universidades para financiarse y administrarse, autonormarse y tener independencia en cuanto a su labor educativa y de investigación frente al poder político.
- c. La libertad de cátedra es la facultad de la que gozan los docentes universitarios para opinar sin restricciones sobre las materias de sus cursos, debiendo respetar las posiciones discrepantes.
- d. En el país se ha abusado de estas libertades más por desconocimiento, creyéndose que la libertad es absoluta y lo permite todo, perjudicándose a los estudiantes con estrategias docentes inadecuadas, de corte tradicional.
- e. La enseñanza-aprendizaje universitarios es un proceso gradual en la que profesor y alumno participan activamente en el conocimiento de temas o la formación de habilidades profesionales de acuerdo a determinados mecanismos adecuados a sus fines.

La libertad de cátedra ¿es un monopolio docente?, desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, sí, es una facultad cuyo sujeto es el profesor. Desde la perspectiva pedagógica, más amplia y más completa que la primera, no, no pueden haber monopolios en un quehacer compartido por definición, enseñar y aprender son dos lados de un mismo proceso y en él no hay monopolios, sino responsabilidades compartidas.

---

20. SILVIO, José. Op. cit. p. 22.

Agosto, 1989

# Responsabilidad Profesional

*En el mes de diciembre de 1989, la revista Aba Journal publicó bajo el título "Professional Responsibility" dos artículos sobre los "Estudios Gigantes". Themis ha considerado conveniente presentar la traducción de los mismos; por ofrecer dos puntos de vista sobre un tema que aún es ajeno a nosotros. Sin embargo, las opiniones que los artículos contienen resultan de gran vigencia en nuestro medio.*

*Agradecemos a Julia Sobrevilla por haber colaborado con la traducción gentil y desinteresadamente.*

## Si: La Codicia es la línea de fondo

Peter Megargee Brown

La codicia se expande como un cáncer en la abogacía. Como resultado de este el elemento esencial, la confianza, entre el abogado y el cliente se evapora. La búsqueda del dinero por el dinero debe ser erradicada antes que destruya la profesión y, como consecuencia todo nuestro sistema judicial.

Muchos de los que persiguen el dinero se encuentran hoy en los "Estudios Gigantes", que han surgido como rascacielos en los últimos 12 años.

El objetivo primordial se ha vuelto el de ganar hasta el último centavo, con frecuencia dejando de lado la calidad, humanidad e integridad.

La abogacía no siempre ha sido excesivamente rentable. Hasta hace poco había muy pocos estudios con más de 150 abogados, pocos con más de 100. Los socios y asociados se conocían todos entre sí, y el tamaño de la firma les permitía trabajar en equipo. Trabajaban duro, obteniendo una buena renta, pero nadie entraba en la abogacía para hacer una fortuna.

Existía un considerable prestigio en ser un abogado capaz y responsable, quizás estaba un poco más allá de un hombre de negocios. "Consejero" era un título de honor y respeto. Esto no es así hoy. Los abogados son colocados al final de la lista, encuesta tras encuesta.

Concedido, el crecimiento de las corporaciones americanas desde los años 40, han requerido servicios legales que son prestados con mayor facilidad por firmas grandes. Este hecho no justifica ni la avaricia ni

el egoísmo de los "Estudios Gigantes". Tampoco justifica la opresión y el abuso hacia los asociados jóvenes que dedican sus días y sus noches a satisfacer el propósito de la firma; fabricar dinero.

Muchos de nosotros olvidamos que los abogados, al ser admitidos a la barra reciben un monopolio exclusivo para practicar la abogacía. Nadie más puede hacerlo. El uso de este monopolio para aumentar las ganancias es contrario al concepto y espíritu básico de la profesión. Con la concesión del monopolio viene la responsabilidad de usarlo hacia buenos fines.

A menos que esta responsabilidad sea cumplida, nuestro sistema de justicia, del cual los abogados son una parte vital, se ve seriamente amenazado.

Una historia ilustrativa es aquella de Finley, Kumble, Wagner, Heine, Undenberg, Manley, Meyerson y Casey una firma que creció como "Topsy", a 684 abogados. La firma estaba organizada alrededor de la noción que la ley es un asunto de mínima importancia. De acuerdo con Stephen Brill, editor del "American Lawyer", un socio mayoritario recibió más de un millón de dólares al año en comisiones por proveer de negocios legales a la firma sin haber trabajado ni un sólo día.

En otoño de 1987, Stephen Kumble todavía se mostraba optimista con respecto al futuro y al consiguiente éxito económico de la firma, prediciendo un "Ocho Grande" del campo legal. Pero para el final de ese año, Finley, Kumble había colapsado y los antiguos socios estaban ahora sujetos a horribles batallas sobre responsabilidad, batallas judiciales que pueden extenderse por años.

Hace 12 años era impensable que los abogados hicieran campañas para conseguir nuevos clientes, o

que atacaran otros estudios para conseguir asociados. Ahora los estudios hacen esto abiertamente, y hasta están orgullosos de ello.

Tradicionalmente, los estudios eran manejados por un socio antiguo, pero desde hace más o menos 12 años la administración está a cargo de contadores profesionales, los nuevos bárbaros, quienes con algunas excepciones no tiene un conocimiento real de la profesión, y que a veces tienen mayor poder que los socios mayoritarios.

¿Lo que está pasando realza la profesión y la sociedad? ¿O estamos creando una raza de abogados sin ningún sentido de historia y una educación estrecha, orientada hacia su propio interés?

## **No: los grandes clientes necesitan firmas grandes**

Jak Kaufman y  
Bradford W. Hildebrandt

La mayoría de nosotros tenemos recuerdos cariñosos de las tiendas de "Mom" y "Pop", aquellas tiendas de abarrotes de nuestra niñez, y hablamos de ellas con cierta nostalgia.

Sin embargo hay una gran posibilidad de que no compraríamos en una de ellas hoy. Aún si los precios fueran comparables a los de los supermercados; la cantidad y variedad de los productos es limitada.

El "Estudio Gigante" es una respuesta a los cambios en nuestra sociedad, a las necesidades de clientes de gran poder económico que requieren de equipos enormes de abogados y al hecho de que los negocios ahora tienen un radio de acción mucho más amplio; abarcan a todo el país y son incluso internacionales.

Hace 20 años hubiéramos llamado "Estudio Gigante" a una firma de 250 abogados. Hoy ese término se aplica a firmas que son 2, 3 ó hasta 4 veces más grandes.

Como James W. Jones dijo en esta columna, en el ejemplar de Setiembre 1989 del ABA Journal (p.52), la "práctica de la ley como quiera que sea definida y cualquiera sea su campo de acción se ha vuelto mucho

más compleja y diversa de lo que se hubiera podido imaginar incluso hace 20 años". Hoy muchos estudios de 250 abogados no podrían manejar algunos de los complejos problemas a los que se refiere Jones.

No es que los "Estudios Gigantes" hayan puesto en peligro a la profesión, sino que en muchos casos la han fortalecido. El tamaño ha permitido que los abogados se especialicen más que en los estudios pequeños, ofreciendo así un mejor servicio.

Los "Estudios Gigantes" pueden brindar un entrenamiento de alta calidad a los abogados más jóvenes, así como facilita el uso de la tecnología y otros recursos.

Además, algunos han desarrollado programas de asistencia que benefician a la sociedad y engrandecen la profesión.

Estudios más pequeños hacen algunas de estas cosas, pero el capital de los estudios más grandes permite extender el riesgo y hacer cosas que aún en un estudio de 150 abogados no podrían realizarse.

De muchas maneras los "Estudios Gigantes" han fortalecido la profesión. Por medio de su éxito han obligado indirectamente a los estudios más pequeños a prestar mayor atención a sus finanzas y administración del estudio, a los mercados a los que sirven, dirigiendo sus prácticas hacia su especialidad, y seleccionando a que clientes deben prestar servicios.

La pregunta de si el desarrollo de los "Estudios Gigantes" ha puesto en peligro el profesionalismo es sin duda atractiva, pero escapa al punto.

La verdadera pregunta es, ¿los clientes son bien servidos por el "Estudio Gigante"?

La oferta y la demanda gobiernan el mercado legal como a cualquier otro. Tenemos firmas con más de 750 abogados porque ciertos clientes han indicado que eso es lo que quieren y necesitan. Otros clientes son servidos por abogados independientes y por cientos de estudios pequeños y medianos, que también prestan servicios de excelente calidad. Hay espacio para todos.

¿Existe para la profesión otra opción que darle a los consumidores de servicios legales lo que ellos desean?. ¿La mayoría de los abogados quisieran regre-

sar a los tiempos más suaves de los años 50? Posiblemente, pero la nostalgia siempre es mejor que la realidad. En cualquier caso, lo que desearíamos no es posible.

La abogacía se ve amenazada cuando no satisface las necesidades impuestas por la sociedad a la que sirve, y cuando se preocupa más por el bienestar de los abogados que por los clientes a los que sirve.

Mientras los abogados sigan el Código de Ética, y se preocupen en brindar la mejor representación posible a los clientes, no importa cual sea el tamaño del estudio en que practiquen.

Los "Estudios Gigantes" no amenazan la profesión. Si está en peligro- o si lo estuviese en el futuro- serán los abogados, no estudios grandes, medianos, pequeños o "Estudios Gigantes" los responsables.

## El Descubrimiento\* de Pruebas en el Extranjero: Minpeco S. A. vs. Nelson Bunker Hunt\*\*

Mark A. Cymrot  
y Thomas O. Gorman\*\*\*

El primero de agosto de 1979, el precio de la plata alcanzó el nivel más alto de la historia, \$9 dólares por onza. Durante los siguientes siete meses, los precios de la plata se incrementaron astronómicamente y llegaron a \$50 por onza, para luego decaer a \$10 en marzo de 1980.

A raíz de esta repentina y sin precedente alza de precios, un sin número de inversionistas, negocios internacionales y compañías de comercio fueron gravemente perjudicadas. Paul Volcker, presidente del Federal Reserve Board, tuvo temor de que una crisis mayor ocasionara la quiebra de las más grandes firmas bancarias y de valores. Según un prominente oficial del gobierno norteamericano, el alza de precios creó "un peligro para la industria financiera de la nación".<sup>1</sup>

Después de un juicio\*\*\*\* en Corte que duró seis meses, el jurado en la Corte Federal de Manhattan concluyó que la crisis fue intencionalmente creada por un pequeño grupo de hombres acaudalados. Nelson Bunker Hunt y William Herbert Hunt, junto con varios co-demandados, fueron encontrados de haber conspirado para manipular el precio de la plata en violación

de la Ley Sherman, 15 U. S. C. §§142 et seq., la Ley Clayton, 15 U. S. C. §15, la Ley del Commodity Exchange Act, 7 U. S. C. 1 §§et. seq., la Ley de Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO), 18 U. S. C. §§1969 et. seq., así como principios del derecho común de fraude.<sup>2</sup> La empresa peruana de minerales Minpeco S. A. recibió un fallo de \$132.45 millones en compensación por sus pérdidas.<sup>3</sup>

El juicio en la Corte fue la culminación de casi siete años de litigio contra veinticuatro co-demandados, los cuales incluían a los hermanos Hunt y sus socios árabes y suizos. Las principales instituciones y compañías financieras, que incluían a E. F. Hutton & Company, Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc., Bache Halsey Stuart Shield & Company, Banque Populaire Suisse ("BPS") y Continental Grain Company, transaron antes del juicio en la Corte a fin de evitar que se presentara cualquier evidencia que los ligara a la conspiración.<sup>4</sup>

\* Por descubrimiento nos referimos al DISCOVERY, término intraducible por falta de equivalente exacto en español. Se trata de un período de investigación de las pruebas, por las partes, previo a la vista de la causa, juicio oral o juicio propiamente dicho, en que se actúan las pruebas investigadas durante el "Discovery".

\*\* ABA National Institute on International Litigation. Copyright 1989 por el American Bar Association - División de Educación Profesional. Publicado bajo autorización.

\*\*\* Los autores son socios del Estudio de Abogados Cole, Corette & Abrutyn localizado en Washington, D.C., el cual representó a Minpeco en el juicio de la plata contra los Hunt y otros. Ambos encabezaron el grupo de abogados que trabajó en el caso de Minpeco.

\*\*\*\* Juicio es la traducción literal de TRIAL. En el proceso en el common law es la vista de la causa, juicio oral o juicio propiamente dicho.

1. Silver Prices and the Adequacy of Federal Actions in the Market Place, 1979-1980: Audiencias ante la Sub-Comisión de la Comisión de Operaciones de Gobierno de la Casa de Representantes; Congreso No. 96, 2a sesión 32 (1980) (declaraciones de James M. Stone, Presidente, Commodity Futures Trading Commission).

2. Cada uno de los co-demandados fue encontrado responsable de todas las causas de acción alegadas por Minpeco, con excepción de Lamar Hunt, el cual no fue encontrado responsable de haber violado la ley RICO.

3. El 20 de agosto de 1988, el jurado determinó que el monto de pérdida neta sufrida por Minpeco como consecuencia de la conspiración fue de \$65.7 millones de dólares. Este monto fue triplicado por la Corte de acuerdo con lo previsto por las leyes Clayton y RICO. Los \$64.65 millones de dólares obtenidos por Minpeco en transacciones con ciertos codemandados antes del comienzo del juicio en la Corte fueron restados del resultado de multiplicar por tres la cifra de \$65.7 millones de dólares. Esto dio como resultado final una sentencia favorable a Minpeco por \$132.45 millones de dólares, más los intereses y costas procesales y legales. Después de que el fallo judicial fue registrado por la Corte, Lamar Hunt transó con Minpeco por el pago de \$17 millones de dólares. Bunker y Herbert Hunt han solicitado protección bajo las leyes de quiebra.

4. El 17 de noviembre de 1987, el juez Morris E. Lasker declaró infundados los recursos de sentencia sumaria interpuestos por Merrill Lynch, Bache y ACLI International Commodity Services Inc., encontrando evidencia suficiente para que un jurado prudente pudiera concluir que estos co-demandados se habían unido a la legada conspiración. Al cabo de un corto tiempo, dichas empresas transaron con Minpeco. Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc., 673 F.Supp. 684 (S.D.N.Y. 1987). Hutton, Banque Populaire Suisse y Continental Grain transaron con Minpeco antes que los mencionados recursos fueran presentados a la Corte.



A efectos de desenterrar los hechos, el descubrimiento de prueba abarcó ocho países e involucró el uso de todas las formas de descubrimiento. Más de un millón de documentos fueron obtenidos, revisados y analizados. Más de 100,000 páginas de transcripciones de testimoniales fueron prestadas en este y otros procesos judiciales similares. Se citaron como testigos en los Estados Unidos a representantes legales y funcionarios de bancos y compañías extranjeras para obtener información de sucesos ocurridos en el exterior. Este mecanismo resultó ser un éxito al obtener información de las cuentas suizas de los Hunt. La asistencia de las cortes extranjeras fue utilizada a través del Tratado de la Haya y de cartas rogatorias.

Estas sofisticadas técnicas de descubrimiento conllevaron a lidiar con numerosos y difíciles problemas de índole legal.

## **A. Antecedentes: la Conspiración de la Plata de los Hunt**

Durante el período de 1974-79, los Hunt emprendieron un extensivo esfuerzo para encontrar socios que los ayudarán a llevar a cabo una manipulación. Después de contactar, entre otros, al Sha de Irán, Ferdinand Marcos de las Filipinas, las familias reales de Arabia Saudita y Los Emiratos Arabes Unidos, sus esfuerzos culminaron en la celebración de acuerdos con dos grupos. Mahmoud Fustok, antiguo cuñado del Príncipe Heredero Abdullah de Arabia Saudita, junto con sus amigos y banqueros suizos, formaron un grupo que se dio a conocer como el Grupo Conti. Ali Bin Mussalem, actualmente un importante consejero del Rey Fahd de Arabia Saudita, formó un segundo grupo, utilizando como frente a una empresa de Bermuda conocida como International Metals Investment Company, Ltd. o IMIC.

A principios del verano de 1979, estos conspiradores comenzaron un plan de comercialización de plata sumamente complejo y coordinado, el cual fue diseñado para manipular los mercados a futuros de plata en los Estados Unidos de América. Al operar en los mercados a futuros de plata de Nueva York, Chicago, Londres y Zurich, los conspiradores obtuvieron el control de barras de plata, contratos a futuro y "forward" y otros derechos por un equivalente a casi \$16 billones de dólares. Muchas de estas compras fueron financiadas por bancos suizos y casas de corretaje en Estados Unidos, a través de préstamos que llegaron a alcanzar cientos de millones de dólares. Al restringir la

oferta e incrementar la demanda, los conspiradores hicieron que el precio se elevara dramáticamente.

En diciembre de 1979, por cada dólar de alza en el precio de la plata, los hermanos Hunt recibían transferencias de dinero y pago de márgenes por un monto aproximado de \$100 millones de dólares. El Grupo Conti por su parte, estaba enviando de Nueva York a Zurich barras de plata en aviones "Jumbo". Estas barras eran depositadas en bancos suizos.

Las actividades de los conspiradores fueron coordinadas a través de conversaciones telefónicas casi diarias y de una serie de reuniones en Hamburgo, Alemania; Lexington, Kentucky; Hamilton, Bermuda; Nueva York; Londres; París, Deauville y Chantilly, Francia; Ginebra y Zurich. Nelson Bunker Hunt coordinó las actividades de los Hunt con el Grupo Conti principalmente por medio de Naji Roberts Nahas, un hombre de negocios libanés residente en Brasil. Herbert Hunt fue primordialmente responsable del enlace con Mussalem e IMIC.

A mediados de enero de 1980, con los precios de la plata a razón de \$50 por onza, los oficiales de los mercados a futuros de los Estados Unidos finalmente se convencieron que los mercados no estaban reaccionando de acuerdo con las fuerzas naturales de oferta y demanda. Después de imponer severas restricciones, el precio comenzó a nivelarse. Por ende, la conspiración empezó a desmoronarse y en marzo de 1980 se desplomó.

Sin ningún participante dispuesto a confesar acerca de la existencia de una conspiración, el caso de Minpeco contó mayormente con evidencia circunstancial, la cual incluía las reuniones y conversaciones telefónicas habituales entre los co-demandados, sus patrones de acciones paralelas en el mercado y sus continuas aseveraciones falsas a los oficiales de las bolsas.

A fin de obtener gran parte de la evidencia, Minpeco tuvo que indagar fuera de los Estados Unidos.

1. Muchas de las reuniones de los conspiradores y algunas de las operaciones de plata fueron conducidas fuera de los Estados Unidos. Bunker Hunt, Mahmoud Fustok y Naji Nahas eran participantes habituales en el circuito internacional de caballos de pura sangre. A medida que viajaban de país en país para asistir a subastas de caballos de carrera, así como al hipódromo,

ellos discutían y coordinaban sus operaciones de comercialización y financiamiento de plata.

2. La compañía IMIC estaba localizada en Bermuda, y uno de sus directores quien a su vez era gerente operaba desde Londres. Mussalem residía en El Riad. El directorio de IMIC, compuesto por Mussalem y los Hunt, se reunía en Zurich, París y otras localidades.

3. El Grupo Conti condujo una gran cantidad de sus operaciones al futuro en los Estados Unidos a través de una cuenta ómnibus bajo el nombre de BPS, banco ubicado en Ginebra, Suiza.

4. Los Hunt, Fustok y Nahas conducían operaciones a futuro en plata y obtenían el financiamiento de las mismas a través de las sucursales del Swiss Bank Corporation ("SBC") en Zurich y Nueva York.

No obstante que estas actividades crearon serios problemas para el descubrimiento de prueba, los mismos fueron resueltos favorablemente.

## **B. Información en los Estados Unidos acerca de las Actividades en el Extranjero**

El hecho que reuniones de los conspiradores tuvieran lugar en el extranjero y que operaciones a futuro de plata fueran conducidas desde el extranjero no implica que toda la evidencia se encontrara necesariamente en el extranjero. Muchos de los eventos en el exterior podían probarse con evidencia asequible en los Estados Unidos.

Por ejemplo, las reuniones en París, Londres, Zurich y otras localidades fueron probadas a través de los recibos de las tarjetas de crédito, pasajes de aviación, pasaportes y otra documentación de viaje que fue obtenida de los Hunt, Fustok y otros, de acuerdo con la Regla 34 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Al comparar estos documentos con télex enviados por los corredores de bolsa de Nueva York a Naji Nahas y otros con respecto a la comercialización de la plata, se pudo comprobar que varios de los conspiradores se encontraban al mismo tiempo en las mismas ciudades o inclusive, en los mismos hoteles. Cuando Bunker Hunt, Herbert Hunt, Mahmoud Fustok y otros testigos fueron confrontados con estos documentos durante sus declaraciones testimoniales, ellos confirmaron qué reuniones habían tenido lugar. Estas afirma-

ciones, sin embargo, fueron dadas junto con alegatos de que nada sospechoso, tal como conspirar, había tenido lugar.

Para dar al jurado una imagen de estrecha coordinación entre los conspiradores, las reuniones tuvieron que ser ligadas a importantes operaciones de comercialización o decisiones financieras. Las operaciones de comercialización, financiamiento y otras actividades de los co-demandados fueron analizadas a efectos de encontrar un patrón de conducta paralela.<sup>5</sup> A pesar que las reuniones tuvieron lugar en el extranjero, la mayoría de la información respecto de las operaciones pudo ser obtenida directamente de los co-demandados o de sus bancos o corredores de bolsa en los Estados Unidos.

## **C. Bancos y Empresas en los Estados Unidos con Filiales en el Extranjero**

Otra fuente de información importante de las actividades de los co-demandados en el extranjero provino de los bancos y hoteles en los Estados Unidos que tenían filiales en el extranjero.

Por ejemplo, el Hotel Intercontinental en Nueva York entregó registros de sus filiales en Arabia Saudita. Asimismo, la oficina de Nueva York del SBC entregó registros de las cuentas de los Hunt en dicho banco en respuesta a una citación judicial para exhibir documentos.

Muchas empresas, cuando son tan solo terceros en una acción judicial, no ponen reparos a entregar documentos de sus filiales en el extranjero. Sin embargo, la regla es que las empresas filiales están obligadas a proveer documentos en respuesta a una citación judicial en los Estados Unidos cuando ellas tienen acceso a los documentos. *Société Internationale vs. Rogers*, 357 U. S. 197 (1958). Por ejemplo, la oficina principal de un banco en Nueva York está obligada a entregar documentos de oficinas en el extranjero. *First National City Bank vs. Internal Revenue*

5. De acuerdo con la jurisprudencia vigente, prueba de una conducta paralela entre los co-demandados no es suficiente para demostrar la existencia de una conspiración. Evidencia adicional llamada "plus factors" es requerida. *Matsushita Electric vs. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); *Apex Oil vs. DiMauro*, 822 F. 2d 246 (2d Cir. 1987), cert. denied, 108 S. Ct. 489 (1988). Los "plus factors" son sencillamente evidencia que indique que es más factible que la conspiración haya ocurrido que lo contrario. Por ejemplo, las cortes buscan evidencia que señale que los co-demandados se reunían frecuentemente, que ellos estaban actuando contrario a su interés económico, a no ser que estuvieran conspirando o que tuvieran un motivo para conspirar. *Id.*

**Service**, 271 F. 2d. 616, 618 (2d Cir. 1959). La regla está construida en forma amplia y es aplicada pragmáticamente. En **MLC Inc. vs. North American Phillips Corp.**, 109 F. R. D. 134, 136 (S. D. N. Y. 1986), la Corte ordenó la entrega de documentos de la empresa matriz ubicada en los Países Bajos, cuya subsidiaria se encontraba en los Estados Unidos. Si la oficina en los Estados Unidos puede obtener los documentos durante el curso ordinario de sus negocios, entonces se considera que ella tiene control sobre los documentos. **First National City Bank**, 271 F. 2d 616, 618; **MLC**, 109 F. R. D. 134, 137.

## D. El Secreto Bancario Suizo

Estos principios ayudaron a rasgar el velo de confidencialidad en torno a las cuentas que Bunker Hunt y Herbert Hunt, IMIC y Fustok tenían en los bancos suizos.

### 1. Citación para Comparecer y Exhibir Documentos emitida a la Oficina de Nueva York del Swiss Bank Corporation

A principios de la década del setenta, Bunker y Herbert Hunt abrieron cuentas en la oficina de Zurich del SBC. Durante el otoño de 1979, Bunker Hunt presentó a IMIC, Naji Nahas y Mahmoud Fustok al SBC. SBC les prestó a estos conspiradores casi \$400 millones de dólares y les condujo operaciones de plata en los mercados de Zurich y Londres. Bajo la protección de sus cuentas en bancos suizos, los Hunt intercambiaron dinero y plata con los otros conspiradores.

A principios de 1984, Minpeco solicitó una citación judicial para que la oficina de Nueva York del SBC exhibiera documentos. Esta citación buscaba documentos localizados en las oficinas de Zurich y Nueva York relacionados con los Hunt, IMIC, Fustok y Nahas. El banco rápidamente entregó los documentos de Nueva York, pero se opuso a la entrega de los documentos de Zurich, basándose en que la divulgación de estos documentos violaría las leyes de secreto bancario.<sup>6</sup>

6. El artículo 47 de la ley de bancos suiza impone sanciones penales a los ejecutivos, directores, empleados o agentes de un banco que dan a conocer la identidad de un cliente o cualquier otra información acerca del cliente, la cual haya sido obtenida dentro del marco de la relación bancaria. El artículo 273 del Código Penal Suizo señala que es castigado como crimen el dar a conocer a un particular u oficial de una organización extranjera, información secreta del negocio de una persona. El artículo 162 del Código Penal Suizo prohíbe el dar a conocer secretos comerciales.

Una revisión de los documentos de Nueva York estimuló a realizar nuevos esfuerzos para presionar por los documentos de Zurich. Varios memorandos describían aspectos de las relaciones de los Hunt con Naji Nahas. Un memorandum daba a conocer un panorama interno del motivo principal para constituir a IMIC.

Al buscar documentos adicionales de la oficina en Zurich, un conflicto entre las obligaciones que el banco debía asumir conforme a lo dispuesto por las Reglas 34 y 45 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil y las restricciones presentadas por las leyes de secreto bancario, tuvo que ser resuelto por la Corte.<sup>7</sup>

No había duda que el Tribunal Federal de primera instancia tenía la autoridad para obligar a que se cumpliera con la citación e imponer sanciones al banco si rehusaba exhibir documentos bajo el control de la oficina de Nueva York. **Société Internationale vs. Rogers**, 357 U.S. 197 (1958); **Société Nationale Industrielle Aerospatiale vs. United States District Court**, 107 S.Ct. 2542 (1987). SBC nunca alegó que los documentos de Zurich no estaban bajo el control de la oficina de Nueva York.

Sin embargo, antes de ejercitar su autoridad, la Corte tuvo que balancear cuidadosamente los intereses en juego. La decisión a que la Corte podía llegar al comparar los diversos factores, era incierta.<sup>8</sup>

7. El Segundo Circuito ha examinado la Sección 40 del Restatement (segundo) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1965) a efectos de analizar sus intereses en conflicto. La sección 40 señala lo siguiente:  
Limitaciones al Ejercicio de Jurisdicción

Cuando dos Estados tienen jurisdicción para dictar y hacer cumplir las leyes, y las leyes que estos dictan requieren de una conducta inconsistente por parte de una persona, cada Estado de acuerdo con la ley internacional es requerido a considerar, de buena fe, el moderar el ejercicio de su jurisdicción, tomando en consideración los siguientes factores:

a) el interés vital de cada uno de los Estados;  
b) el alcance y la naturaleza de la dificultad que podría ocasionar a la persona el de ejecutar acciones inconsistentes de esforzamiento;  
c) la posibilidad de que la conducta requerida se lleve a cabo en el territorio del otro Estado; y  
d) la posibilidad de que una aplicación inconsistente del derecho causara un perjuicio a la persona.

**United States vs. First National City Bank**, 396 F. 2d 897 (2d Cir. 1968); **Trade Development Bank vs. Continental Insurance Co**, 469 F. 2d 35 (2d Cir. 1972); **United States vs. Velco, Inc.**, 691 F. 2d 281 (9th Cir.) cert. denied, 454 U.S. 1098 (1981); **SEC vs. Banca Della Svizzera Italiana**, 92 F.R.D. 111 (S. D. N. Y., 1981); **Garpeg, Ltd vs. United States**, 583 F. Supp. 789 (S. D. N. Y. 1984); **United States vs. Chase Manhattan Bank, N. A.**, 584 F. Supp. 1080 (S. D. N. Y. 1984); **Compagnie Francaise D'Assurance Pour Le Commerce Exterieur vs. Phillips Petroleum Co.**, 105 F. R. D. 16 (S. D. N. Y. 1984).

8. Gran parte de la información referente a la comercialización de la plata en el SBC debió haber estado disponible a través de los récords de los Hunt. Sin embargo, la contabilidad de sus operaciones suizas era fragmentaria y simplemente ellos rehusaron entregar evidencia que tenían en su poder, no obstante haber sido requeridos judicialmente en numerosas ocasiones. La Magistrado Nina Gershon determinó que los Hunt habían violado en repetidas oportunidades sus órdenes de entregar a Minpeco los documentos relacionados con las operaciones llevadas a cabo en SBC. **Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc.**, 81 Civ. 7619, slip op. (S. D. N. Y., January 31, 1988) (endorsement).

En vista de que el banco era sólo un tercero en la disputa, Minpeco trató de evitar un conflicto y solicitó a los Hunt, IMIC y Fustok que autorizaran la entrega de documentos.

Cuando los Hunt se negaron a renunciar a sus derechos bajo las leyes de secreto bancario suizo, Minpeco solicitó la asistencia de la Corte. Después de determinar que la información requerida por Minpeco era "materia sumamente relevante", la Magistrado Nina Gershon ordenó que los Hunt firmaran renunciaciones a sus derechos bajo las leyes suizas de secreto bancario. Esta orden fue aprobada por el juez de la Corte Federal, Morris E. Lasker.

Después de una serie de maniobras, los Hunt firmaron las renunciaciones, las cuales manifestaban que ellos las habían ejecutado de acuerdo con una orden de la Corte.<sup>9</sup>

Luego, las renunciaciones fueron entregadas a SBC con una solicitud para entregar los documentos suizos. Para poder determinar si las renunciaciones de los Hunt eran voluntarias, SBC le pidió a los Hunt que firmaran una carta adicional manifestando que las renunciaciones eran voluntarias. Los Hunt rehusaron, manifestando que la orden de la Corte era "la única y exclusiva razón" por la cual ellos habían firmado las renunciaciones. El banco entonces rehusó entregar los documentos, alegando que sólo renunciaciones voluntarias cumplirían con los requisitos impuestos por las leyes suizas.

Minpeco volvió a recurrir a la Magistrado Gershon buscando una sentencia en rebeldía en contra de los Hunt en vista de no haber firmado las renunciaciones. La Magistrado solicitó una explicación al banco. El banco manifestó que mientras los Hunt estuvieran sujetos a penalidades criminales por rehusar firmar las renunciaciones, éstas no podían ser consideradas voluntarias bajo las leyes suizas. El banco alegó, por consiguiente, que estaba bajo riesgo de violar las leyes penales de Suiza.

Como respuesta, la Magistrado señaló que ella no juzgaría a los Hunt por desacato penal por rehusar firmar la renuncia, pero que posiblemente impondría sanciones civiles bajo la Regla 37 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, incluyendo una sentencia en rebeldía.<sup>10</sup>

Ante la ausencia de una amenaza de imponerles sanciones penales, los Hunt esencialmente tenían que tomar una decisión de negocio: mantener secretas sus operaciones en bancos suizos o tomar el riesgo de tener que pagar un fallo monetario civil. Para poder ilustrar precisamente dicha opción en las renunciaciones, la Magistrado ordenó que las renunciaciones mencionaran que habían sido firmadas "para poder efectuar la resolución de un litigio civil en el cual yo soy una parte."<sup>11</sup>

Los Hunt repararon ante el Juez Lasker, alegando que la orden de la Magistrado requería que ellos firmaran una declaración falsa. Al rehusar este argumento, el Juez Lasker señaló lo siguiente:

"Es una distorsión el caracterizar esta situación como compulsiva. Los Hunt tenían la opción de cumplir con la orden de la Magistrado o de correr el riesgo de que ella les impusiera sanciones si ellos no cumplían. La opción es de ellos. Como la decisión que ellos van a tomar es voluntaria, las renunciaciones redactadas de acuerdo con la orden de la Magistrado no distorsionarán la posición de los Hunt."<sup>12</sup>

Sin embargo, para asegurar que esto no distorsionaba los hechos, el Juez Lasker enmendó el lenguaje de la renuncia a fin de esclarecer que las renunciaciones habían sido firmadas "para eludir penalidades civiles aplicables por falta de cumplimiento con nuestras obligaciones bajo las leyes americanas."<sup>13</sup>

Antes de que los Hunt cumplieran con esta orden, la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito promulgó una nueva orden referente a las leyes de secreto bancario suizo. En el caso *In re: N.D.N.Y. Grand Jury Supoena*, 811 F. 2d 114, 116 (2d Cir. 1987), el Segundo Circuito revocó una

9. Mahmoud Fustok e IMIC acordaron someterse a los resultados del litigio de los Hunt respecto a este punto.

10. *Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc.* 81 Civ. 7619, slip op. (S. D. N. Y. July 23, 1985) (endorsement). Véase también *United States vs. Davis*, 767 F. 2d 1025, 1036 (2d Cir. 1985) (renuncia obligada en juicio penal); *United States vs. Ghidoni*, 732 F. 2d 814, 818 (11th Cir. 1984), cert. denied, 469 U. S. 932 (1984) (la Corte señaló que las renunciaciones no violaban el derecho de la Quinta Enmienda Constitucional).

11. Transcripción de la Audiencia celebrada ante la Magistrado Gershon el 22 de julio de 1986, -pág. 26.

12. *Id.* pág. 39.

13. *Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc.*, 81 Civ. 7619, slip op. (diciembre 31, 1986) (endorsement).

citación de desacato al alcalde Lee Alexander de la ciudad de Newburg, Nueva York, quien había firmado una "Directiva de Consentimiento" ordenada por la Corte, pero quien agregó debajo de su firma "firmado bajo protesta." El alcalde Alexander arguyó que esta aseveración de que la renuncia fué ordenada por la Corte era necesaria a fin de asegurar que él no estaba firmando un documento obviamente falso. *Id.* 116-17. El gobierno alegó que el lenguaje añadido tendría el efecto de hacer el consentimiento inoperativo. *Id.* El Segundo Circuito ejerció su poder de revisión y opinó: "Fue impropio imponer la importante sanción de desacato como parte de un procedimiento que no daría a conocer la verdadera naturaleza de la supuesta "Directiva de Consentimiento." *Id.* 117. El Segundo Circuito concluyó que la renuncia debía indicar que había sido ordenada o firmada bajo protesta. *Id.*

A raíz de esta decisión de la Corte de Apelaciones, los Hunt nuevamente solicitaron al Juez Lasker que revisara su orden. El Juez Lasker, sin embargo, determinó que su orden cumplía con las guías establecidas por el Segundo Circuito.<sup>14</sup>

Como asistencia adicional al banco, el Juez Lasker ordenó al banco entregar los documentos a los Hunt, quienes a su vez estarían requeridos a entregar los documentos a la Corte. Este requisito era para proveer a SBC con una medida de protección adicional en Suiza. El banco no entregaría los documentos directamente a un tercero, sino solamente a los beneficiarios de la cuenta, quienes tenían derecho a ello bajo las leyes suizas.

Después de esta decisión, SBC entregó los documentos a los Hunt, quienes a su vez los entregaron a la Corte.

En un esfuerzo final para impedir la entrega, los Hunt iniciaron un litigio contra el banco en Suiza, aduciendo que sus derechos habían sido violados, así como buscando una decisión que señalara que las renunciaciones no eran voluntarias bajo las leyes suizas. Por otro lado, solicitaron al Juez Lasker que anulara la citación judicial para comparecer y exhibir documentos, o que alternativamente, suspendiera el juicio en los Estados Unidos a espera de las resultas del litigio suizo. El Juez Lasker denegó este remedio opinando que los

Hunt carecían de derecho para anular la citación al banco, y que ellos no habían comprendido el carácter voluntario de las renunciaciones. El manifestó:

Una breve respuesta a la posición tomada por los demandados Hunt es que el carácter voluntario de las renunciaciones bajo las leyes suizas es irrelevante en este procedimiento. El único interés de esta Corte en esta materia es, y ha sido, si - y en que forma - los demandados Hunt pueden ser ordenados a firmar las renunciaciones a fin de facilitar el proceso de descubrimiento de pruebas antes del juicio en el litigio que se lleva a cabo en los Estados Unidos de conformidad con lo dispuesto por las Reglas Federales de Procedimiento Civil.<sup>15</sup>

La Corte entonces entregó los documentos a los demandantes.

Un mes más tarde, la Corte suiza justificó el enfoque tomado por la Corte de Nueva York. La Corte suiza destituyó el juicio de los Hunt en contra del banco, opinando que el banco sólo había entregado los documentos a los beneficiarios de las cuentas y no a terceros, y que la renuncia podría ser considerada voluntaria porque los Hunt no tenían que confrontar sanciones penales por rehusar a firmar las renunciaciones. Además, la Corte suiza cuestionó si algún daño surgiría al entregar los documentos puesto que la admisibilidad de los mismos no había sido establecida.<sup>16</sup> Esta última sugerencia pudo haber tenido un impacto en el testimonio que más tarde prestaron los oficiales del banco.

## 2. Los documentos del Swiss Bank Corporation en la oficina de Zurich

La información contenida en los documentos del SBC comprobó que el esfuerzo realizado por Minpeco no fue en vano. El SBC entregó a Minpeco documentos que reflejaban créditos y débitos en las cuentas de

14. *Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc.*, 81 Civ. 7619, slip op. (mayo 7, 1987).

15. *Id.* El Juez Lasker rehusó certificar este punto al Segundo Circuito de acuerdo con lo dispuesto por el capítulo 28 del Código de los Estados Unidos, U. S. C. §1292. Luego, los Hunt solicitaron al Segundo Circuito que paralizara el proceso mientras que su apelación fuera resuelta a fin de prevenir que el Juez Lasker entregara los documentos a Minpeco. La solicitud fue denegada y los documentos fueron entregados el 13 de mayo de 1987. *Minpeco S. A. vs. ContiCommodity Services, Inc.*, 87 Civ. 8072, slip op., (2d Cir. mayo 13, 1987).

16. *Nelson Bunker Hunt et al. vs. Swiss Bank Corporation*, No. 13-1158/87 (Corte Distrital en Zurich, junio 12, 1987).

Bunker y Herbeht Hunt, confirmando con ello, que ciertos contratos "forward" de plata habían sido transferidos de la cuenta de Naji Nahas en noviembre de 1979. Esta evidencia de operaciones conjuntas contribuyó a establecer que había existido una conspiración.

El SBC también entregó memorandos preparados por Heinrich Kyburg, los cuales revelaron importantes detalles de sus conversiones con Bunker Hunt. Por ejemplo, un memorandum de Kyburg dio a conocer que Bunker Hunt se encontraba preocupado respecto del impacto monopólico de sus compras de plata.

### 3. El Testimonio del Swiss Bank Corporation

La primera etapa consistió en obtener los documentos. A efectos de poder utilizarlos en evidencia, los documentos debían ser reconocidos como auténticos. Asimismo, Minpeco debía dar a conocer la razón por la cual los mismos debían ser introducidos en evidencia. Por ende, el testimonio del banco era necesario.

Los documentos que reflejaban créditos y débitos fueron reconocidos como auténticos a través de la prueba testimonial de ejecutivos de la oficina del banco en Nueva York, así como por medio del testimonio de un ejecutivo de la oficina de Zurich del SBC rendido ante un procedimiento iniciado por el Commodity Futures Trading Commission ("CFTC"). Los créditos y débitos, así como télex cursados entre los Hunt o Naji Nahas y el SBC fueron reconocidos como documentos utilizados en el curso ordinario del negocio, a través del testimonio de los empleados del SBC, de acuerdo con lo dispuesto por la regla 803 (6) de las Reglas Federales de Evidencia. Durante las pruebas testimoniales prestadas en el juicio de Minpeco y ante el procedimiento del CFTC, los testigos del SBC identificaron formatos utilizados para redactar estos documentos, sellos especiales y marcas utilizadas por el SBC, así como las directivas seguidas por el banco a efectos de redactar y archivar sus documentos.<sup>17</sup> La admisión de los documentos del SBC fue apoyada por el testimonio en mención y otros documentos existentes en el récord, los cuales corroboraron la autenticidad de los mismos.<sup>18</sup>

17. La presencia de los testigos en la Corte no es requerida a fin de establecer la admisibilidad de los récords del negocio. *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 723 F. 2d 238, 288 (3d Cir. 1983). Asimismo, la Corte puede recaer en materias inadmisibles a fin de determinar la admisibilidad de documentos. *Id.*

Sin embargo, los memorandos del señor Kyburg solamente podían ser reconocidos por su testimonio. A fin de obtener este testimonio, el Juez Lasker envió cartas rogatorias a la Corte suiza. Las cartas fueron emitidas y ejecutadas en Suiza; sin embargo, el señor Kyburg rehusó reconocer sus memorandos. Aún más, el señor Kyburg se negó a reconocer su firma en los documentos y adujo que él no se acordaba de casi ningún detalle reflejado en los memorandos.

Como resultado del lapsus en la memoria del señor Kyburg los memorandos no fueron introducidos en evidencia. Sin embargo, la información contenida en los mismos probó ser valiosa como material de pregunta.

Por ejemplo, uno de los memorandos reveló una de las reuniones que Kyburg, Bunker Hunt y Nahas sostuvieron en Ginebra en febrero de 1980. De acuerdo con el documento, Nahas y Hunt acordaron comprar conjuntamente 10 millones de onzas de plata por medio de Advicorp Advisory and Financial Services S. A., compañía de propiedad de Mahmoud Fustok y el BPS. Cuando Bunker Hunt fue confrontado con este memorando en su prueba testimonial, Bunker Hunt admitió haber estado presente en la reunión, así como haber efectuado las compras de plata; sin embargo, negó que dichas compras fueran hechas conjuntamente con Nahas. El memorandum no fue presentado en evidencia, pero las admisiones de Bunker Hunt sí lo fueron. Estos documentos constituyeron prueba que los code mandados se reunieron, discutieron y condujeron la comercialización de la plata en forma concertada.

### 4. Solicitud de documentos e interrogatorios al Banco Popular Suizo

Mientras que el SBC no fue demandado en el juicio, el BPS lo fue. Mahmoud Fustok, Naji Nahas y otros miembros del Grupo Conti realizaron gran parte de la comercialización de su plata a través de cuentas ómnibus a nombre del BPS en diversas casas de corretaje en los Estados Unidos. Las cuentas del BPS tenían posiciones a futuro de plata por más de 30 millones de onzas. Por medio de estas cuentas, Conti obtuvo en

18. La admisibilidad de documentos puede ser establecida por evidencia directa en el récord o por evidencia circunstancial. *United States vs. Kall*, 804 F. 2d 441, 448 (8th Cir. 1986); *United States vs. McGrath*, 613 F. 2d 361, 368 (2d Cir. 1979).

Nueva York la entrega de más de 22 millones de onzas de plata refinada, enviando gran parte de ella de Nueva York a Zurich.

En Diciembre de 1979, el CFTC ordenó al BPS que divulgara el nombre de sus clientes que comercializaban plata a través de las cuentas ómnibus. Cuando el banco se rehusó, el CFTC le prohibió al banco operar en los mercados de bienes norteamericanos por 90 días.<sup>19</sup>

Esta sanción no conllevó el que se revelara la relación que existía entre los comerciantes de plata en estas cuentas ómnibus. Por ende, Minpeco solicitó información adicional durante el período probatorio.

El BPS entregó a Minpeco documentos que informaban acerca de sus propias actividades, así como del señor Fustok, de acuerdo con la renuncia de éste a su derecho de mantener el secreto bancario suizo. El banco, asimismo, indicó que tanto los Hunt como IMIC no tenían cuentas en el mismo. Sin embargo, cuando el banco rehusó entregar los documentos y contestar los interrogatorios relacionados con sus clientes que comercializaban plata, Minpeco presentó un recurso a la Corte solicitando que se ordenara al banco que entregara los documentos. Al presionar este punto, Minpeco perdió la batalla, pero ganó la guerra. Antes que este recurso fuera decidido por la Corte, el BPS transó con Minpeco por \$9.5 millones de dólares.<sup>20</sup>

Una vez que el banco estaba fuera del juicio, la Corte determinó que el balance de intereses establecido por el caso *Societe Internationale* sopesaba en favor de no revelar la información que Minpeco había solicitado a la Corte. *Minpeco S. A. vs. Conti-Commodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517 (S.D. N. Y. 1987).

Al balancear los intereses contrapuestos, el Juez Lasker concluyó que tanto los Estados Unidos como Suiza tenían un "interés nacional muy fuerte en juego". *Id.* véase pág. 529.

La política suiza se encontraba reflejada en las

leyes penales, las cuales hubieran sido violadas si es que la Corte hubiese ordenado la entrega de los documentos, adujo el BPS. *Id.* Este interés suizo fue debilitado parcialmente, en vista "que el BPS se había ubicado en una posición peligrosa antes de haber empezado el litigio a través de su conducta." *Id.* El BPS había permitido que sus clientes comercializaran plata en los mercados a futuro norteamericanos sin antes haberles solicitado la renuncia de sus derechos a fin de dar a conocer sus nombres al CFTC, en caso fuese necesario. Esto constituyó una excepción a la política general del banco.

El importante interés norteamericano fue reflejado en el argumento convincente efectuado por los demandantes de que la extensión del período probatorio "podría suministrar un número de piezas que faltan al rompecabezas de la alegada conspiración..." que, de llegar a probarse, violaría las leyes antimonopólicas de bienes y "racketeering" de los Estados Unidos.

En la opinión del Juez Lasker, el interés norteamericano fué aminorado en vista de que las renunciaciones de Hunt, IMIC y Fustok a sus derechos habían permitido un importante descubrimiento de pruebas.

Asimismo, el juez tomó en consideración el significado de la transacción con el BPS, señalando que:

"Finalmente, a pesar de no ser decisivo, no se puede ignorar que el BPS ya no es un demandado principal en estos casos. Se podría arguir con alguna fuerza que si el BPS todavía fuera un demandado principal, el debería ser ordenado a proveer la información que los demandantes necesitaban para probar su caso contra el BPS. Es menos defendible, sin embargo, el ordenar al BPS que viole la ley suiza cuando se encuentra en una posición de testigo. Es decir como una mera fuente de información frente a los demandantes..."

El nuevo status del BPS en estos casos drásticamente reduce los recursos disponibles de esta Corte en el supuesto que se expidiera una orden al BPS de entregar documentos y el mismo no cumpliera con ella."

*Id.* véase pág. 530. Como consecuencia de esta decisión, los demandantes no pudieron conocer el nombre de las personas que comercializaron contra-

19. In *The Matter of Banque Populaire Suisse* (1980-82 Transfer binder) Comm. Fut. L. Rep. (CCH) para. 21,555 (CFTC octubre 9, 1981).

20. El banco también transó con las "class actions" por \$10 millones de dólares. Los demandantes en estas "class actions" participaron con Minpeco en el descubrimiento de pruebas. *Gordon vs. Nelson Bunker Hunt, et al.*, 82 Civ. 1318 (S.D. N. Y.), y *Korwek vs. Nelson Bunker Hunt, et al.*, 84 Civ. 7934 (S. D. N. Y.).

tos a futuros de plata a través de la cuenta ómnibus del BPS.<sup>21</sup>

## E. Testimoniales de extranjeros

### 1. Testimoniales del BPS prestadas en Nueva York.

A pesar de que los testigos del BPS residían en Suiza, los mismos fueron obligados a viajar a Nueva York para sus testimoniales.

Cuando la Corte tiene jurisdicción sobre el testigo, la Corte posee discreción de obligar al testigo a testificar dentro de su distrito de acuerdo con lo dispuesto por la Regla 26 (c) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. *Afram, Export Corp. v. Metallurgiki Halyps, S. A.*, 772 F.2d 1358, 1365 (7th Cir. 1985).

En el presente caso, el BPS accedió a que las testimoniales de sus empleados se llevaran a cabo en Londres. Suiza no permite que intereses privados tomen pruebas testimoniales dentro de sus fronteras. Suiza considera como una intrusión a su soberanía los mecanismos utilizados por el "common law" durante el período de prueba.

Sin embargo, después que la primera rueda de testimoniales se llevara a cabo en Londres, Minpeco solicitó a la Corte que ordenara que las testimoniales restantes fuesen conducidas en Nueva York, en vista que el BPS constantemente había obstruido la obtención de importantes revelaciones con objeciones frívolas. Las conferencias por teléfono con la Magistrado probaron ser dificultosas. La Magistrado accedió a lo solicitado por Minpeco.<sup>22</sup>

Como resultado de esta decisión, las testimoniales de los empleados del BPS fueron llevadas a cabo en Nueva York en donde pudieron ser cuidadosamente vigiladas.

### 2. Testimoniales tomadas en los Estados Unidos a oficiales y directores extranjeros

Al proseguir con el descubrimiento de prueba en contra de los Hunt e IMIC, Minpeco trató de tomar la testimonial de los socios de IMIC, Ali bin Mussalem y Mohammad Aboud Al-Amoudi. Los árabes sauditas, quienes eran co-demandados en el juicio, no habían comparecido. Sus testimoniales, por lo tanto, fueron solicitadas en su capacidad de oficiales y directores de IMIC de acuerdo con la regla 30 (b) (6) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. IMIC había comparecido como co-demandado y estaba defendiendo su posición en el juicio.

Cuando IMIC no presentó a los jeques para sus testimoniales en Nueva York, los demandantes solicitaron a la Corte que obligara a los jeques a prestar testimonio. En la audiencia celebrada el 1° de marzo de 1987, la Magistrado Gershon concedió la petición de los demandantes para que IMIC se presentara a prestar testimonio a través de sus dos directores, los jeques. Ella manifestó lo siguiente:

"Los jeques son testigos centrales y no tan solo ejecutivos. En verdad, ellos son los socios de la compañía, así que la noción de que la compañía no puede causar el que ellos se presenten a testificar es muy difícil de aceptar."<sup>23</sup>

En respuesta a esta orden los jeques una vez más no comparecieron.

Minpeco entonces pidió que la Corte impusiera sanciones contra IMIC de acuerdo con lo establecido por la Regla 37 (d) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. IMIC alegó que Mussalem no podía presentarse porque él era "un consejero personal muy allegado al rey fahd (y por este motivo) estaba impedido bajo las leyes y regulaciones del reinado de Arabia Saudita a testificar en procedimientos civiles." La Magistrado Gershon señaló que aún si existía un privilegio análogo al privilegio ejecutivo, éste no había sido debidamente presentado. Ella certificó al Juez Lasker que IMIC había violado su orden.<sup>24</sup>

21. El señor Pustok trató por segunda vez de obtener información del BPS, alegando que él necesitaba los documentos a fin de probar en su defensa que él había sido engañado por los demás miembros de la conspiración. El Juez Lasker denegó el recurso después de balancear los intereses en juego. *Minpeco S.A. v.s. ContiCommodity Services, Inc.*, 118 F.R.D. 331 (S.D.N.Y. 1988).

22. Transcripción de la audiencia celebrada el 10 de noviembre de 1986 ante la Magistrado Gershon - págs. 11-12

23. Transcripción de la audiencia celebrada el 19 de marzo de 1987 ante la Magistrado Gershon - pág. 67.

24. *Minpeco S.A. v.s. ContiCommodity Services, Inc.*, 81 Civ. 7619, slip op. (Enero 11, 1988) (endorsement).



En presencia del Juez Lasker, Minpeco arguyó que IMIC tenía que ser castigada por falta de comparecencia o, en su alternativa, el jurado debía ser informado de que los jeques habían rehusado presentarse y que ellos podrían adoptar una inferencia adversa respecto de esta conducta. El Juez Lasker decidió diferir la decisión en cuanto a las sanciones apropiadas hasta después que concluyera el juicio en la Corte.<sup>25</sup> Sin embargo, esta cuestión surgió nuevamente durante el juicio en la Corte.

Durante el juicio en la Corte, IMIC presentó a Robert Guinn, el sub-gerente y director de IMIC, para testificar que dicha compañía había recibido la entrega de barras de plata, no con el objeto de ayudar a una conspiración, sino por el contrario, porque los jeques tenían objeciones religiosas a invertir en el mercado de plata a futuros. Minpeco objetó este testimonio, aduciendo que era prueba de referencia y que, en cualquier caso, el testimonio referente a las creencias religiosas de los jeques debía ser excluido porque Minpeco no había tenido la oportunidad de interrogarlos.

El Juez Lasker permitió que el señor Guinn rindiera testimonio en vista de que éste era necesario para comprender su percepción de los hechos. El juez, sin embargo, instruyó al jurado que "no hay testimonio en el expediente, de fuentes originales, es decir evidencia confiable respecto a las verdaderas creencias religiosas de los jeques." Transcripción del Juicio en la Corte ("TR") págs. 1015-16. El Juez Lasker entonces comentó que los jeques habían rehusado presentarse para prestar sus testimoniales. El manifestó:

"Las únicas personas que pueden testificar acerca de esas creencias religiosas son los dos jeques. Ellos tienen un derecho legal de asistir a este juicio y, efectivamente, durante el curso de este juicio ellos recibieron instrucciones de presentarse y se negaron a hacerlo. Ustedes tienen el derecho de conocer esta información al momento de juzgar el testimonio del señor Guinn."

**Id.** Aunque Minpeco no obtuvo acceso al testimonio de los directores extranjeros a través del uso de la Regla 30 (b) (6), la instrucción de la Corte en cierto

modo contrarrestó la defensa de IMIC.

## F. Cartas Rogatorias

En una conspiración internacional, los testigos pueden estar esparcidos alrededor del mundo. En el presente caso, las partes viajaron a Suiza, Inglaterra, Francia, Canadá, Bélgica y Perú. La asistencia de las cortes extranjeras tuvo que ser solicitada para obtener testimonio en la mayoría de estos países.

Las cartas rogatorias son solicitudes de una Corte a otra para recibir asistencia. Estas cartas son un método tedioso de obtener testimonio en el extranjero. Bajo el procedimiento establecido, se solicita a las cortes estadounidenses que envíen las cartas a una Corte extranjera. La solicitud por lo general incluye:

1. una descripción breve de la acción y la pertinencia del testimonio;
2. una lista de preguntas;
3. una solicitud para procedimientos especiales; y
4. una declaración de que las cortes estadounidenses proveerían la misma cortesía a cambio si ésta fuera solicitada por la Corte extranjera.

Esta solicitud es presentada a la Corte estadounidense en la forma de una petición. La otra parte tiene la oportunidad de objetar acerca de la materia o la forma de las cartas o acerca de preguntas específicas.

En este caso hubo cientos de preguntas y la Magistrado Gershon consideró las voluminosas objeciones a las preguntas como si fueran objeciones de forma en testimoniales. Ella, sin embargo, no tomó decisiones sobre las objeciones antes de aprobar las cartas. Los problemas acerca de la admisibilidad fueron dejados para ser decididos durante el juicio en la Corte.

Las cartas fueron transmitidas de la Corte al Departamento de Estado de los Estados Unidos, el cual a su vez las transmitió a su contraparte en el extranjero. En el extranjero, las cartas son transmitidas del Ministerio de Relaciones Exteriores al Ministerio de Justicia y de allí a las cortes pertinentes.

Debido a este procedimiento tedioso, la ejecu-

25. Véase *Poole's Mills Inc. vs. American Telephone and Telegraph Co.*, 527 F. 2d 445 (2d Cir, 1975); transcripción de la Audiencia celebrada el 9 de febrero de 1988 ante el Juez Lasker - págs. 18-19.

ción de las cartas rogatorias puede tomar mucho tiempo, ya sea varios meses o tanto como un año. Minpeco pudo aligerar el proceso siguiendo muy de cerca el progreso de las cartas en los Estados Unidos y contando con la ayuda de asesores legales en el extranjero, quienes hicieron las diligencias en los Ministerios. Tanto los asesores legales en el extranjero como los asesores en los Estados Unidos estuvieron presentes durante las testimoniales de las cartas rogatorias.

Estas cartas son ejecutadas normalmente de acuerdo con los procedimientos establecidos por las cortes extranjeras. Por ejemplo, en la mayoría de los países de derecho civil, no existen testimoniales al estilo de los Estados Unidos. Las testimoniales son conducidas por un magistrado. Usualmente, los procedimientos extranjeros no requieren de un juramento previo a la testimonial, ni permiten repreguntas o una transcripción literal del testimonio. Un resumen de las respuestas del testigo es preparado por el magistrado que conduce la testimonial.

En vista de que estos procedimientos no se asemejan a las prácticas legales en los Estados Unidos, algunas cortes han dudado acerca de la admisibilidad del testimonio tomado de acuerdo con las cartas rogatorias. **Wynberg v. National Enquirer, Inc.**, 564 F. Supp. 924 (C. D. Cal. 1982); **Oscar Gruss & Son. Lumbermens Mutual Casualty Co.**, 41 F. R. D. 279 (S. D. N. Y. 1966).

Por esta razón, Minpeco incluyó en la propuesta de las cartas rogatorias una solicitud para el uso de procedimientos especiales. Minpeco solicitó que la Corte extranjera tomara el testimonio bajo juramento, que una transcripción literal del testimonio fuera creada, que se permitieran repreguntas, y que el testigo leyera, firmara y adoptara el resumen preparado por el magistrado.

En el presente caso, las cortes tomaron el juramento al testigo, permitieron algunas repreguntas e hicieron que los testigos adoptaran el resumen del magistrado. Las cortes no permitieron transcripciones literales del testimonio.

Minpeco utilizó las cartas rogatorias para obtener evidencia en Suiza. Los co-demandados enviaron cartas rogatorias al Perú.

Parte de este testimonio fue admitido en evidencia. Por ejemplo, la defensa de Mahmoud Fustok

estaba basada en parte en el argumento de que él no conocía lo que sus asesores suizos estaban haciendo en su nombre. Sin embargo, el testimonio prestado por sus asesores en Suiza directamente contradijo estas alegaciones.

## G. El Tratado de La Haya

Para abreviar el procedimiento de las cartas rogatorias veintidós países, incluyendo Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos, han adoptado el Tratado acerca de la obtención de evidencia en el extranjero en materias civiles o comerciales. Onceava Sesión del Tratado de La Haya - Derecho Internacional Privado, 8 de marzo de 1970 (1972) 23 U. S. T. 2555, T. I. A.S. N° 7444 ("Tratado de La Haya").

El Tratado de La Haya tiene como propósito "establecer un sistema, tolerable, para obtener evidencia en el extranjero que sería 'tolerable' en el Estado que ejecuta la solicitud y que generaría evidencia utilizable en el Estado que plantea la solicitud." **Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U. S. District Court for the Southern District of Iowa**, 107 S. Ct. 2542, 2549 (1987). Cada Estado que es parte del tratado tiene una "Autoridad Central" para recibir solicitudes de asistencia judicial. La Corte de los Estados Unidos se comunica directamente con la Autoridad Central sin tener que seguir canales diplomáticos. J. Moore, 1 Moore's Federal Practice Digest, Manual for Complex Litigation 2d, §21.48 at 90. "Aunque las autoridades judiciales que ejecutan la solicitud aplicarían rutinariamente sus propios procedimientos, solicitudes especiales -por ejemplo, para una transcripción literal o para respuestas escritas bajo juramento- serían aceptadas siempre y cuando no fueran incompatibles con sus propias leyes."

**Id.** Véase también 22 C. F. R. (Código de Regulaciones Federales) §92.49 et seq.

Por medio de este procedimiento, Minpeco pudo obtener testimonio en Inglaterra y Canadá pero no pudo obtener evidencia en Francia.

Varios problemas pueden surgir cuando se trata de obtener evidencia de acuerdo con el tratado. Generalmente, los signatarios del tratado no ejecutan la solicitud si la evidencia no es para ser usada durante el juicio. Así que, si la evidencia tan sólo es solicitada como parte del proceso de descubrimiento de prueba, la solicitud no sería aceptada.

Asimismo, si la solicitud parece ser una "expedición de pesca" y no para obtener evidencia necesaria durante el juicio, la solicitud podría ser negada. Por consiguiente, es prudente redactar la solicitud lo más minuciosamente posible. Los documentos de la solicitud deben mencionar que la evidencia se solicita para ser utilizada en el juicio en la Corte y que es necesaria para el mismo.

Por otro lado, el alcance de la evidencia a ser obtenida puede variar de país a país. Por ejemplo, solicitudes moderadamente amplias para testimonio oral fueron ejecutadas en Gran Bretaña y Canadá. Sin embargo, solicitudes más limitadas nunca fueron aprobadas por el Ministerio de Justicia en Francia.<sup>26</sup> Por esta razón, es importante contar con asesores locales con experiencia a fin de conocer la posición de la Corte local y del gobierno.

Otras restricciones locales pueden existir, las cuales deben ser tomadas en cuenta al preparar la solicitud. Gran Bretaña implementa el Tratado de La Haya a través de su código de evidencia. Por consiguiente, toda la evidencia tiene que ser obtenida de acuerdo con los términos de la solicitud y del código de evidencia británico. Esto puede crear ciertas dificultades al tomar testimonio u obtener documentos, los cuales no necesariamente serían evidentes a los asesores acostumbrados a ejercer bajo las Reglas Federales de Evidencia.

En base a la solicitud enviada a Inglaterra, la Corte en Londres emitió una citación obligando la asistencia de los testigos en respuesta a la solicitud de Minpeco. De acuerdo con la citación, el testimonio oral fue presentado bajo la supervisión de un abogado designado por la Corte de Londres. El oficial que presidía tuvo la responsabilidad de asegurarse que la evidencia era obtenida de acuerdo con los términos de la solicitud y del código local de evidencia.

Por ende, el abogado que presidía sostuvo las objeciones a preguntas que estaban fuera del alcance del asunto específico que era mencionado en la solicitud o que estaban basadas en lo dispuesto por el código de evidencia británico. Dicho código en numerosos aspectos es más restrictivo que las Reglas Federales de Evidencia en los Estados Unidos.

La prueba testimonial de Max van Til es un buen ejemplo de las dificultades con que uno puede tropezar. El señor van Til había sido un corredor de bolsas que participó en reuniones con Bunker Hunt y su "broker", Scott McFarland. El señor van Til testificó que en una reunión, "McFarland me dijo que Bunker Hunt iba a dar una propuesta a Ashraf Amin (un comerciante de plata en Dubai), mediante la cual el precio de la plata se incrementaría considerablemente." Tr. pág. 4280. En otra ocasión, el señor MacFarland le dijo al señor van Til que él estaba en Londres en representación del señor Bunker Hunt para organizar un sindicato que compraría plata con el propósito de arrinconar el mercado de la plata. Tr. -pág. 4289.

En la primera sesión de la prueba testimonial del señor van Til en Londres, preguntas acerca de estas reuniones fueron excluidas porque las reuniones no habían sido referidas específicamente en los términos de la solicitud. La información acerca de estas reuniones fue obtenida después de que la solicitud fue redactada pero antes que el señor van Til prestara su testimonio.

Las reglas de evidencia inglesas también ocasionaron problemas. A pesar de que el señor van Til parecía ser un testigo hostil hubo que amenazarlo con una orden de detención antes de que él se presentara para la testimonial. El abogado inglés que presidía, rehusó que se hicieran preguntas sugestivas, a raíz de objeciones de las partes basadas en lo dispuesto por el código de evidencia británico.

El abogado inglés tampoco permitió que le hicieran preguntas al testigo acerca de ningún documento que no fuera de él, de igual manera en base a lo previsto por el código local de evidencia. Intentos de refrescar la memoria del testigo por medio de un informe acerca de una entrevista con el CFTC fueron también prohibidos.

Los abogados de la otra parte recibieron permiso para hacer extensas objeciones de sustancia, a pesar de que ese tipo de objeciones habían sido prohibidas específicamente en las pruebas testimoniales en los Estados Unidos por orden de la Magistrado Gershon.

Para evitar estas dificultades durante la segunda sesión de la prueba testimonial del señor van Til, las solicitudes fueron redactadas nuevamente y se solicitó a la Magistrado Gershon que emitiera una orden protectora. En la nueva redacción de la solicitud, el alcance de la evidencia propuesta fue expandida y el

26. El ministerio de Justicia de Francia en repetidas oportunidades requirió que se enmendaran los recursos para conducir las pruebas testimoniales, en vista que los mismos aparentaban ser "expediciones de pesca." Cuando el período de prueba concluyó, los recursos fueron retirados.

señor van Til fue calificado como testigo hostil. Las objeciones de sustancia fueron impedidas y se ordenó que la prueba testimonial fuera grabada en video, después de que la Magistrado Gershon emitió estas solicitudes, las mismas fueron ejecutadas por la Alta Corte de Londres.

De acuerdo con la solicitud enmendada y la orden protectora, el testimonio del señor van Til fue grabado en video y posteriormente presentado al jurado.

Debido a la importancia del testimonio, los co-demandados presentaron seis recursos para excluir o suprimir este testimonio. El Juez Lasker negó todos ellos y permitió que el testimonio fuera presentado al jurado. Sin embargo, debido a que el señor McFarland actuaba como agente del señor Hunt, el juez estaba preocupado por la integridad de la doble prueba de referencia. Como condición al testimonio del señor van Til, el juez requirió que Minpeco llamara como testigo al señor Scott McFarland, el cual vivía en Nueva York. El señor McFarland sorprendentemente testificó que él podría haber efectuado al menos una de las declaraciones concluyentes prestadas por el señor van Til.

## H. Investigaciones Gubernamentales

Otra importante fuente de información provino de las investigaciones gubernamentales. El alza del precio de la plata fue investigada por diversas comisiones del Congreso Norteamericano, el Securities and Exchange Commission ("SEC") y el CFTC. El CFTC en particular, había obtenido testimonio y documentos de compañías y personas naturales en el extranjero.

Minpeco solicitó al CFTC la exhibición del expediente que contenía el proceso de investigación realizado por dicha entidad. Por medio de esta solicitud, no obstante de haber sido opuesta por los co-demandados, Minpeco obtuvo acceso a aproximadamente 250,000 documentos, así como a 50,000 páginas de testimonio.

Dentro de la esfera de documentos entregados a Minpeco se encontraron documentos de Naji Nahas. El CFTC citó al Sr. Nahas para que entregara documentos; sin embargo, la citación se vio frustrada al no tener el CFTC jurisdicción en el Brasil.<sup>27</sup> Después de perder

esta batalla, el CFTC transó la acción administrativa contra el señor Nahas por el pago de \$250,000 y la entrega de ciertos documentos, incluyendo un télex de Nahas al SBC en noviembre de 1979, mediante el cual Nahas ordenó que la mitad de los contratos "forward" de plata habidos en su cuenta se dividieran entre Bunker y Herbert Hunt.

Cuando Bunker Hunt fue confrontado con este télex en su prueba testimonial, el señor Hunt se mostró visiblemente perturbado; sin embargo, negó tener conocimiento del télex o de la distribución de los contratos de plata en la cuenta de Nahas. Posteriormente, la información del télex fue confirmada como cierta a través de recibos de crédito habidos en la cuenta de los hermanos Hunt en el SBC. Ante la información obtenida, Bunker Hunt no tuvo explicación alguna, en vista de haber negado anteriormente el conocimiento de este télex.

## I. Entrevistas Informales

Muchas veces la mejor táctica y estrategia es pasada por alto. A través de entrevistas con testigos, Minpeco obtuvo una valiosa e importante información. Esta estrategia no goza de las ventajas de obligar al testigo a declarar como ocurre con testigos evasivos en casos de fraude. Sin embargo, la obvia ventaja de una entrevista informal es que la otra parte no conoce acerca de la misma. Esta táctica probó ser muy útil e importante en la testimonial de Bunker Hunt.

Una copia del comunicado de prensa de marzo de 1980 firmado por Bunker Hunt fue obtenida informalmente de un agente de prensa en París, sin que los co-demandados tuvieran conocimiento de este hecho. El comunicado de prensa anunciaba que un consorcio de propietarios de plata, entre los cuales se encontraban Bunker Hunt, Mahmoud Fustok y Naji Nahas iba a expedir bonos respaldados con plata por un monto de \$1.1 billones de dólares. El comunicado estaba dirigido a fortalecer el debilitado precio de la plata, pero el mismo causó pánico y dio término a la conspiración.

Cuando a Bunker Hunt se le preguntó acerca del comunicado de prensa, él respondió que dicho comunicado había sido preparado por Naji Nahas, usando su nombre. El señor Hunt testificó que él no era responsable por la información contenida en el comunicado. Sin embargo, cuando le fue enseñado el comunicado firmado por él, el Sr. Hunt objetó su firma en el documento. Posteriormente, al ejercer presión sobre el señor

27. CFTC VS. Naji Robert Nahas, 738 F. 2d 487, 238 U.S. App. D.C. 93 (1984).

Hunt, éste decidió entregar a Minpeco una copia del comunicado de prensa escrito por él mismo y tuvo que cambiar su testimonio anterior. El ataque contra la credibilidad del señor Hunt resultó ser un éxito porque Minpeco conocía que él había firmado el comunicado de prensa y porque el señor Hunt no sabía que Minpeco conocía este hecho.

Por lo tanto, la investigación informal de evidencia puede resultar muy efectiva. Sin embargo, el abogado debe estar al tanto de las reglas locales de cada Corte, las cuales pueden limitar el uso de este tipo de investigación.<sup>28</sup>

---

28. Abogados extranjeros que intentan tomar pruebas testimoniales en Suiza corren el riesgo de ser encarcelados. Véase Jones, *International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform*, 62 Yale L.J. 515, 520 (1953).

## J. Conclusión

En un mundo en donde los contactos comerciales internacionales se están expandiendo rápidamente, las disputas internacionales están tornándose muy comunes. Ante estas circunstancias, la obtención de evidencia se dificulta. Sin embargo, existen numerosos métodos para obtener la necesaria evidencia. La conspiración del mercado de la plata por los hermanos Hunt no hubiera podido ser probada sin el uso de esta gran variedad de métodos. El descubrimiento de prueba internacional es un área donde la creatividad e imaginación puede llevar a resultados muy provechosos.



# RESEÑAS DE TESIS

## "Naturaleza, Alcances y Límites del Poder Disciplinario del Empleador"

*Julio César Franco Pérez*

Tesis sustentada el 18 de diciembre de 1989 ante los doctores Javier Neves Mujica (asesor), César Gonzales Hunt y Guillermo Boza Pro

La subordinación es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Ella supone, correlativamente, el reconocimiento de un poder de mando al empleador y de un deber de obediencia al trabajador (De La Cueva). El poder directivo del empleador tiene tres manifestaciones principales: la de fijar una tarea al trabajador, la de fiscalizar su ejecución y la de sancionar los incumplimientos. De todo este esquema, que la doctrina admite en forma unánime, sólo el poder disciplinario resulta cuestionado por algunos autores, siendo en todo caso el tema más polémico de esta materia.

Para quien se aproxima a esta cuestión con el rigor y la claridad que ha tenido Franco, surgen numerosas preguntas. El autor nos interroga así en la introducción de su estudio:

"¿Por qué reconocerle al empleador un poder como éste? Como veremos más adelante, se ha dicho que esta facultad rompe la igualdad jurídica entre las partes, que convierte al

empleador en juez y parte en causa propia y, más aún que significa una invasión de las atribuciones jurisdiccionales y punitivas que corresponden en exclusividad al Estado. Y si se logra salvar estas observaciones, ¿de dónde proviene este poder sancionador? ¿es una facultad originaria del empleador, quizá producto de su posición económica, social y productiva o, tal vez, de las peculiaridades de la relación jurídico-laboral? ¿es, entonces, una facultad que reconoce el derecho, o que, por el contrario, es otorgada por éste y, más aún, por el Estado, y que, por ello es ejercida por el empleador como potestad delegada? En otras palabras, ¿tiene carácter público o privado? Y, de optarse por lo segundo, según lo sostiene la doctrina mayoritaria, ¿cuál es su naturaleza: institucional o contractual?, aspecto éste vinculado a la antigua discusión sobre la naturaleza de la relación laboral. igualmente, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, ¿se trata de un poder, un derecho, una facultad, una potestad? Por otra parte, entendiendo que no es un poder discrecional e ilimitado, ¿cuál es su finalidad y su ámbito, así como las condiciones para su ejercicio?"

En cada uno de los cuatro capítulos que componen la tesis, Franco va brindando respuestas ordenadas y completas a las interrogantes inicialmente formuladas: primero la naturaleza jurídica del poder disciplinario y luego la falta, la sanción y el procedimiento disciplinario. El autor analiza con detenimiento la justificación de dicho poder (negada por la teoría de la antijuridicidad), sus diferencias con las sanciones civiles y penales (interés protegido, finalidad y tipos de sanciones), su origen (emanado de la empresa), su concretización (en el contrato individual de trabajo), su finalidad (mantenimiento del orden laboral), sus límites (derechos del trabajador y alcance del poder directivo), la tipificación y calificación de la falta (criterios eximentes, atenuantes o agravantes), los criterios de determinación y aplicación de la sanción (causalidad, inmediatez, imputación, demostración, graduación, proporcionalidad, prohibición de doble sanción, tratamiento igual y comunicación), las sanciones admitidas y el procedimiento disciplinario.

Franco detecta en su investigación las principales deficiencias de nuestra normativa en la materia, tales como la ausencia de normas que regulen la cuestión en su integridad (la legislación vigente se ocupa sólo del despido), la tipificación de las faltas y sanciones, el derecho de defensa del trabajador y la atribución de la carga de la prueba al trabajador. Finalmente, formula algunas sugerencias en la perspectiva de subsanar las omisiones anotadas.

Este último esfuerzo le añade a una tesis que ya constituía un valioso estudio teórico, una significación práctica de gran utilidad para cualquiera que debiera operar el ordenamiento vigente o buscara reformularlo.

En definitiva, en mi concepto, estamos ante un trabajo académico, de primer nivel, que se convierte al lado de otro aportes muchas veces surgidas como tesis en esta facultad, en una pieza fundamental de nuestro derecho laboral, que en buena medida está aún haciéndose. (Javier Neves Mujica)

**"El Contrato de Corretaje (aspectos sustantivos, legislación comparada y legislación extranjera)"**

*Juan Rivadeneyra Sánchez*

Tesis sustentada en julio de 1989 ante los doctores Carlos Cárdenas Quirós, Aníbal Quiroga León y Humberto Jara Flores.

El contrato de corretaje, no obstante su frecuente utilización en nuestro medio y su importancia como vehículo de celebración de contratos, de intermediación entre los contratantes, no ha sido objeto de especial atención por la doctrina nacional. En este sentido, constituye un indiscutible acierto el hecho de que el señor Rivadeneyra haya escogido el tema para formular sobre él reflexiones y planteamientos que permitan esclarecer sus alcances.

Abordar el tema no ha sido ciertamente una labor sencilla para el autor de la tesis. Se trata de una materia especialmente compleja, particularmente debido a las peculiaridades que reviste el

corretaje que hacen de él una figura jurídica singular. No obstante ello, en la tesis bajo comentario se logra formular un análisis amplio, serio y riguroso del contrato, que comprende todas aquellas cuestiones que resultan indispensables para entender adecuadamente la figura.

Es de destacar que en la tesis, como no puede ser de otro modo cuando se emprende un trabajo de investigación con rigor, no se ha obviado el tratamiento de aquellas cuestiones respecto de las cuales la doctrina no se muestra precisamente pacífica. Tales temas, particularmente vinculados a la naturaleza jurídica del corretaje, su autonomía frente a otras figuras afines, sus características, los rasgos que debe reunir la prestación a cargo del corredor y los modos particulares de extinción de la relación obligatoria nacida del contrato, han sido objeto de una profunda evaluación en la que se advierte un encomiable y relevante esfuerzo de aporte personal, que confiere un contenido de originalidad a la tesis.

El contrato de corretaje es definido como aquel "por el cual el corredor se obliga frente al comitente a desplegar una actividad con la finalidad de indicar la oportunidad o de influir determinadamente en la conclusión de un contrato, sin que medie una relación de dependencia o representación entre ellos, a cambio de una remuneración que en principio será abonada sólo en caso que el contrato proyectado se celebre".

Puede llegarse a la conclusión, por las fundadas razones que se exponen en el capítulo de la tesis en el cual se analiza su natu-

raleza jurídica y características, que el corretaje constituye efectivamente un contrato que goza de autonomía y sustantividad propias, no obstante lo cual y en consideración a la naturaleza de la prestación a cargo del corredor cabe concebirlo como una modalidad de la prestación de servicios.

Este planteamiento, del cual participamos plenamente, se ve reforzado con las explicaciones que se ofrecen al estudiar las analogías y diferencias existentes entre el corretaje y otras figuras jurídicas similares, de las cuales resulta que el corretaje, si bien encuentra afinidades con otras figuras, guarda distancias notorias frente a estas que ratifican una autonomía.

Es de destacar la interesante información de carácter histórico contenida en el capítulo primero de la tesis. De ella resulta que nos encontramos ante una institución con antecedentes tan remotos como el episodio que se relata en el Génesis (23, 7-17), cuando Abraham compra una parcela de terreno en la gruta de Macpela, de propiedad de Efrén para enterrar a Sara, su mujer, adquisición que habría tenido lugar como consecuencia de la mediación de los hijos de Jet a protesta del mismo Abraham.

Sin embargo, son las "Ordenaciones" de Jaime I de 1272, el primer antecedente propiamente jurídico del contrato. En él se contemplaba un arancel de las tarifas que podrían cobrar los corredores por el desempeño de tal actividad. A partir de las "Ordenaciones", se encuentran referencias al corretaje en el Código de las Costumbres de Tortosa, las Ordenanzas de Bilbao de 1459, la



"Pragmática" de Fernando El Católico de 1502, la Curia Philipica (Laberintho de Comercio Terrestres y Naval) de Juan de Hervia de Bolaños, la Nueva Recopilación, las Instituciones de Derecho Civil de Castilla de 1775 y la Novísima Recopilación.

Por cierto que el corretaje también ha merecido la atención de la literatura y buena prueba de ello lo constituye la obra "La Celestina" (Trágicomedia de Calixto y Melibea), atribuida a Fernando de Rojas y que data de 1449 aproximadamente.

Ahora bien, la frecuencia de utilización del corretaje, sus particularidades, hacen necesario reflexionar, como lo hace el autor de la tesis, acerca de la conveniencia de brindarle consagración legislativa en el Código Civil, estableciendo las pautas básicas de configuración de la figura, sin perjuicio de los pactos que libremente las partes acuerden para la satisfacción de sus intereses.

En relación con ese particular, debe relevarse particularmente el importante acopio de legislación extranjera a cuyo análisis y comparación se dedica el capítulo sexto de la tesis. Allí se evalúan los alcances y características del corretaje en los Códigos de Alemania Federal, Argentina, China, Italia, Paraguay, Provincia de Quebec (Canadá) y Suiza - Códigos

de las Obligaciones. O, así como en el Proyecto de Código Civil Alemán de 1887, Anteproyecto Bibiloni de Reformas al Código Civil Argentino, Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, Anteproyecto de Código Civil Argentino de 1954, Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación civil y comercial de la nación argentina de 1987, Proyecto de Código de las Obligaciones de Brasil de 1965, Proyectos de Código Civil Brasileño de 1975 y 1984, Proyecto de Código de Derecho Privado de Colombia de 1980 y Proyecto de Código Civil de Colombia de 1981, Anteproyecto de Gásperi de Código Civil Paraguay y en las Bases Programáticas para la Reforma del Código Civil Uruguayo.

Es también digno de elogio la amplia utilización de jurisprudencia extranjera que ha permitido enriquecer el tratamiento de los diversos temas que se abordan en la tesis.

De la revisión de la legislación extranjera y de la evaluación de la jurisprudencia en cuestión, resulta obligado compartir la posición del señor Rivadeneyra en la tesis, en el sentido de que es preciso que se contemple el tratamiento de este contrato por la codificación civil, lo que podría hacerse, como se propone en la tesis, creándose un capítulo adicional dentro del Título IX, Sección Se-

gunda del Libro VII del Código Civil.

A este respecto el proyecto del articulado que se incluye en la tesis constituye un valioso documento de trabajo -digno de prestársele la mayor atención- para alcanzar su propósito.

Finalmente, con un sentido práctico destacable, se inserta en la tesis un modelo de contrato de corretaje, lo que tiene gran utilidad, particularmente si se tiene en consideración la enorme desinformación que existe en torno al mismo, especialmente en nuestro medio, lo que queda evidenciado de la simple revisión de los formatos de contrato que utilizan las empresas dedicada al corretaje inmobiliario por ejemplo.

Puedo concluir afirmando que la tesis a la que he dedicado estos comentarios, constituye un muy valioso y completo trabajo de investigación jurídica que, tanto por la importancia del tema, como por la riqueza de su contenido y la originalidad de los planteamientos que en ella se formulan, merece una detenida lectura.

Trabajos de esta clase, que legítimamente enorgullecen a nuestra Facultad merecen ser publicados para beneficio de todos. (Carlos Cárdenas Quirós)

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, Martín Bernal, Patricia Buzonich, Ernesto Coz, Elena de Beaumont, María de del Castillo, Fernando de la Flor, Ana María de Díaz, Paulla de Mallma, Aldo Defillipi, Beatriz Echevarría, Manuela Fernández, Ramón García Bustamante, Luis García Miró, Silvia Granda, José Alfredo Jiménez, Wally Joly, Marina Lazarte, Ricardo La Hoz, Carlota Lombardi de Zavala, Susana Macedo, Roberto MacLean U., Genoveva Nava, Rafael Picasso, Gloria Quincot, Eva Quinteros, Ricardo Revoredo, Beatriz Remacciotti, Patricia Samaniego, Julia Sobrevilla, Eda Rivas, Filiberto Tarazona, Yuri Vilela.

