

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Gilbert Guillaume • Ricardo Blume
Alfredo Calderale • Hugo Forno • Lecciones y Ensayos
Beatriz Ramacciotti • Néstor Pedro Sagüés
Pedro Schwartz • Lizardo Taboada

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.

Diagramación y Edición: GRAFTEXTOS S.R.L., ☎ 62-0812.

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.

Revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
dirigidas por Estudiantes - COLAPJE.

THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3

Presentación

5

II Encuentro de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes

7

Néstor Pedro Sagüés

Partidos políticos y representación política

13

Pedro Schwartz Girón

La ética del derecho de propiedad privada

20

Carlos Soría

Ley de Bases para el desarrollo rural de la amazonía

25

Sergio Oquendo Heraud

Posesión de buena fe y rescisión: virtualidad de un conflicto

31

Yuri Godoy Palomino

Los decretos de urgencia: Intentos de regulación legislativa

43

Luis Pizarro Aranguren

La Hipoteca: Una vieja garantía con modernas perspectivas

48

Revista Lecciones y Ensayos

La contribución del Sistema Jurídico a la consolidación de la Democracia: Experiencias Nacionales (el caso argentino)

51

Carlos Garatea Grau

Hasta Luego

55

ACTUALIDAD

Entrevista a Gilbert Guillaume

59

Beatriz Ramacciotti de Cubas

El derecho Internacional en la frontera del Siglo XXI: Hacia una protección global del medio ambiente

64

Narghis Torres Pérez

Contra Toda Ley Humana: El caso del terrorismo ante el derecho internacional

70

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL

Hugo Forno Flórez

La celebración del contrato por medio de subasta

77

Alfredo Calderale

La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental

81

Lizardo Taboada Córdova

¿Ha optado el Código Civil Peruano por el voluntarismo en materia contractual?

87

INTERDISCIPLINARIA

Ricardo Blume

Los abogados y el teatro

91

JURISPRUDENCIA

Alejandro Falla Jara

Los decretos supremos de urgencia y la Corte Suprema: El caso de la normatividad especial sobre arrendamientos

101

RESEÑAS DE TESIS

Segunda Epoca / 1990 / N° 17

Presentación

La ilusión de este número se ha hecho realidad en un momento especial para el país. El voto popular ha puesto en el nuevo gobierno la esperanza de mejores tiempos y expresado la urgencia de un cambio. No es un camino fácil; así lo confirman los acontecimientos producidos en los últimos meses y las proyecciones del mañana. La Democracia y el Derecho tienen el deber de mantener viva y concretar esa esperanza, logrando un cambio que demuestre que el Perú es posible. Esto nos compromete a todos por igual. La Universidad no puede renunciar a su papel; tiene la obligación de formar generaciones que contribuyan en esta tarea, equitativamente, sin dejar en el camino a ninguno de los que vieron en ella una posibilidad a la vez que muestran la seriedad de su compromiso.

No podemos olvidarnos ni mantenernos distantes de los problemas y cambios en el mundo, cuyas consecuencias no son ni nos serán ajenas. Un nuevo orden internacional está dándose rápidamente; patrones asumidos como permanentes y ciertos son dejados de lado por viejos e inservibles. Aún cuando algunos Estados todavía recurren a la fuerza para satisfacer sus intereses, desconociendo los principios más elementales de la convivencia internacional. En este contexto, la Corte Internacional de Justicia se presenta como una opción de primera importancia en la búsqueda de la paz. Por esto, la sección Actualidad de Themis 17 toca algunos puntos relevantes para el Derecho Internacional: Gilbert Guillaume, Juez de la Corte Internacional de La Haya compartió con nosotros sus impresiones sobre el funcionamiento y rol de ésta; también colaboran Beatriz Ramacciotti y Narghis Torres, desde distintas ópticas y sobre temas de gran interés para los amantes de esta rama del Derecho. Mientras que Nestor Sagüés, Pedro Schwartz, Hugo Forno, Lizardo Taboada y Alfredo Calderale nos ofrecen sus opiniones en sus especialidades, Ricardo Blume, con la agudeza que lo caracteriza, relaciona al teatro con nuestra profesión.

Finalmente, quisiéramos aprovechar este espacio para reiterar nuestro saludo a todas las delegaciones que hicieron posible el Segundo Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles, y reafirmar nuestra intención de cumplir con las obligaciones que se nos han confiado.

Octubre de 1990
El Comité Directivo

AUSPICIADORES DEL II ENCUENTRO DEL COLAPJE

Estudio Barrios, Fuentes, Urquiaga y Dañino Abogados
Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulánovich Abogados
Estudio Javier de Belaúnde Abogados
Estudio Delfino, Pasco, Isola, Avendaño y Castañeda Abogados
Estudio Ferrari Yori
Estudio La Hoz, de la Flor y García Montúfar Abogados
Estudio Carlos Malca Abogados
Estudio Osterling, Arias Schreiber, Vega, Roselló & Asociados
Estudio Rodrigo, Elías, Medrano
Estudio Rubio, Leguía, Normand, Hernández y Asociados
Jaime López de Castilla B.
Gonzalo Romero de la Puente
Notaría Ernesto Velarde Arenas

Thémis agradece además a todas las personas que de alguna manera
han hecho posible el II Encuentro del Consejo Latinoamericano
de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes,
en especial a:

Familia Aliaga, Francisco Herrera, José Alfredo Jiménez, Ramón Jo, Wally Jolly, Rogelio Llerena, Carlota Lombardi de Zavala, Sara Llong, Mario Marcone, Renée Martins de Mac Lean, Oscar Mavila, Inés Normand de Rehder, César Parodi, Yolanda Portillo de Chocano, Paul Rizo Patrón, Arturo Rojas, Yvonne Stoessel de Casabonne, Manuel Ugarte Almonte, Guido Velasquez.

SEGUNDO ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE PUBLICACIONES JURIDICAS DIRIGIDAS POR ESTUDIANTES

El segundo encuentro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Dirigidas por Estudiantes (Colapje) se realizó en Lima, del 27 al 31 de agosto de este año. Este Consejo, que tiene como fin la integración entre sus miembros para así contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas en nuestros países y a la integración de los mismos, fue fundado en 1988 por diversas publicaciones latinoamericanas, una de las cuales era Themis. En esa ocasión, Lima fue designada sede sustituta para la realización del siguiente encuentro que debía llevarse a cabo en el segundo semestre de 1990.

Diversas circunstancias hicieron que Themis tuviera a cargo esta tarea. Sabíamos que la empresa sería difícil, por las condiciones tan particulares que atraviesa actualmente nuestro país y porque este esfuerzo se sumaba al de la edición y publicación de nuestra revista, pero consideramos que era un reto que debíamos afrontar si creíamos en la importancia del Colapje y en la necesidad de que todo el esfuerzo que significó Montevideo no fuera en vano.

En este segundo encuentro, que fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y en cuya asamblea intervino el Rector de la misma Ingeniero Hugo Sarabia, participaron representantes de "Lecciones y Ensayos" y "No hay Derecho" de Buenos Aires, "Revista Jurídica Penal Walter Flores Torrico" de la Paz, "Revista Jurídica de la Universidad Mayor de San Simón" de Cochabamba, "Fórum" de Santiago de Chile y "Advocatus", "Derecho y Sociedad" y "Themis" de Lima.

El encuentro tuvo dos aspectos, el primero fue la exposición de las ponencias que cada revista preparó en torno al tema de "La Importancia del Sistema Jurídico en la Consolidación de la Democracia", y el segundo era la coordinación y reflexión de tareas específicas en tres niveles: evaluación del funcionamiento del Colapje desde su fundación hasta la fecha, creación de una revista conjunta y, en tercer lugar, la implementación del banco de datos y del sistema de consultas. El tema elegido para las ponencias, era de gran relevancia en el contexto latinoamericano actual, y el hecho de ser preparadas por estudiantes de Derecho de cuatro países diferentes aseguraba una experiencia enriquecedora. A ello se sumó que el Doctor Andrés Townsend Ezcurra, actual secretario del Parlamento Latinoamericano, expusiera sobre la integración latinoamericana, haciendo una comparación con la evolución histórica de la integración europea. En cuanto al segundo aspecto de la cita que reseñamos, este se realizó a través del trabajo en dos comisiones, cuyas conclusiones se aprobaron finalmente en la Asamblea del Consejo. En esta Asamblea, adicionalmente, se eligieron a las revistas que tendrían a su cargo las cuatro secretarías regionales que tiene el Consejo y a la presidenta del mismo. La secretaría regional sur recayó en la revista Lecciones y Ensayos de Argentina, la norte en la revista Novo Ius de Panamá, la este en la Revista do Cepej de Brasil, y la oeste en Derecho y Sociedad, revista que es editada por alumnos de nuestra misma casa de estudios; Themis tuvo el honor de ser designada presidenta por un período de dos años.

Esta reunión fue además de útil para el mejor funcionamiento del Colapje y de lo interesante de los temas expuestos, una experiencia invaluable y una aventura difícil de olvidar para cada uno de los que tomamos parte en ella; y si bien hubo grandes ausentes creemos que el balance es positivo para el Colapje, y que el éxito en la consecución de los fines del mismo está en la voluntad de alcanzarlos y en el trabajo de todos y cada uno de sus miembros.

Themis se encuentra, desde entonces, haciendo su mejor esfuerzo para que estos fines sean alcanzados en el futuro más próximo.

Verónica Zavala Lombardi
Presidenta del Colapje
(agosto- diciembre 1990)

LA VITALICIA

COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.

PARTIDOS POLITICOS Y REPRESENTACION POLITICA

(a propósito del sistema de "lemas")

Néstor Pedro Sagüés

Profesor titular de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Rosario

1. Introducción

De las tres dimensiones que tiene el derecho constitucional (fáctica, normativa, axiológica) hoy nos situaremos preferentemente en la primera. Ubicados, pues, en el ámbito existencial o de la realidad constitucional, cabe formular algunas interrogantes esenciales.

Por ejemplo: ¿en qué medida un sistema de partidos afianza más (o provoca más) un gobierno "representativo"? ¿el régimen de "lemas" y "sublemas" contribuye, a su turno, mejor que otros tipos de métodos electorales, a lograr autoridades con más representatividad? ¿en definitiva, una ley electoral de "lemas" y "sublemas" -también llamado "doble voto simultáneo"- brinda más o menos legitimidad al sistema político?

Para atender a estas preguntas, parece necesario primero determinar en concreto en qué consiste la representación política; y de ahí, pasar a averiguar qué modelos de partidos intentan, en rigor de verdad, configurar gobiernos "representativos". Recién después podrá evaluarse el mérito del "doble voto simultáneo" como dispositivo de representatividad (o de irrepresentatividad).

2. El concepto de representación política

En todo fenómeno de "representación política", visualizado desde el campo de la realidad política, es posible constatar tres elementos fundamentales:

- a) el representante;
- b) los representados;
- c) el "factor representativo" (o elemento que hace que el representante represente al representado).

La discusión más importante gira sobre qué es el "factor representativo". El tema es de difícil determinación: tal es así que algún calificado autor, al estudiar el problema, llega incluso a rotular su trabajo como "El misterio de la representación política" (Jorge R. Vanossi) en atención, precisamente, a los enigmas que en definitiva parecen plantearse.¹

Hay cuatro o cinco posturas claves para explicar ese misterio. Algunos parten del concepto de **elección** para explicar la duda: A es representante de B, si B elige a A. La ecuación es simple, y muchas veces cierta; pero no concluyente. En la realidad existencial, hay sujetos que representan políticamente a otros, sin haber sido formalmente electos (líderes clandestinos, caudillos que incluso han accedido al poder revolucionariamente, dirigentes espontáneos que tampoco han surgido de comicios, autoridades no erigidas por vías electorales, como la Corte Suprema de los EE.UU., que para Friedrich ha contado en muchos momentos con más representatividad que el Congreso o el Presidente).² También hay individuos que han surgido de elecciones, y que sin embargo, la sociedad que los votó no los siente como sus representantes (así, algunos legisladores insertados en una larga lista, desconocidos por los inscriptos en el padrón que votaron por ellos). También es factible que un representante haya contado con representación en un instante dado (v.gr., el día de las elecciones) y que después haya perdido el apoyo de sus electores, disminuyendo en esa medida su representatividad.

Para otros, el **quid** de la representación política está dado por la **función** que legalmente desempeñe el representante. Si cumple tarea de representante, es entonces representante. Esta explicación, dada en

1. Ver también, de dicho autor, "Estado de derecho y representación", en Vanossi Jorge R., "El Estado de derecho en el constitucionalismo social", 2a. ed. (Bs. As. 1987), Eudeba, p. 143 y ss.

2. FRIEDRICH Carl, El hombre y el gobierno, (Madrid, 1968) ed. Tecnos, p. 336.

su momento (inicio de la revolución francesa) para explicar cómo el Rey era "representante" del pueblo, sin haber sido electo por éste, peca de excesivo formalismo. La norma (aún la norma constitucional) puede declarar a alguien representante, pero no por eso la sociedad lo considerará representante suyo.

Un tercer criterio divisa en la representación un fenómeno de **subordinación**: A es representante de B., si A obedece a B. Tal criterio, llamado del "representante micrófono", es atractivo, pero a la postre no resulta convincente. Para que un grupo humano sienta a alguien como su representante, frecuentemente le exige algo más que "seguimiento". También le pide iniciativa, conducción, liderazgo. Muchos caudillos, con enorme cuota de representatividad política, lo han sido porque han actuado como vanguardia de sus seguidores, y no como retaguardia de ellos. Además, en muchísimos rubros el representante no es subordinado de sus representados, por la simple razón que estos o no le han dado, o no están siquiera en condiciones (por falta de información, y aún de aptitud) de darle tales instrucciones.

Según nuestro parecer, el meollo de la representación política está en un fenómeno de **adhesión**: A es representante de B, porque B presta adhesión a A. ¿Cuál es la causa de la adhesión? Ella es necesariamente múltiple. Algunas veces se presta adhesión por el carisma, simpatía, seguridad o confianza que tiene el representante. Tal vía de adhesión, en base a las cualidades de persuasión y de seducción de éste, origina elencos representativos en base a **lealtades personales**. En otros supuestos, el representado confiere adhesión al representante porque entiende que el último le beneficiará (**lealtad por intereses**). También es posible que B conceda adhesión a A por coincidencias ideológicas o doctrinarias: **lealtades por principios**. Asimismo, pueden darse adhesiones mixtas, por lealtad personal y de interés, o principistas y de interés, etc.

En conclusión, si se acepta que el factor representativo estriba principalmente en un **hecho de adhesión**, podrá reconocerse que en un medio social existen numerosas situaciones de representación política, con escenarios diversos (sindicatos, partidos, iglesias, universidades, municipios, provincias, la Nación), y con elencos representativos igualmente múltiples (A, con sus adherentes B, C, D, etc.; X, con sus adherentes Y, Z, etc.). Esos escenarios y esos elencos son intrínsecamente dinámicos y fluctuantes. Por ejemplo, de acuerdo con su comportamiento y actitudes, es factible que el representante A pierda al adherente B, pero que cautive al adherente Y, que antes daba adhesión al representante X.

Los casos de representación política ni son cuantitativamente iguales (ya que hay representantes con

elencos representativos mayúsculos, y otros con elencos representativos mínimos), ni cualitativamente idénticos: algunos representados prestan una adhesión intensa, rayana en el fanatismo, en tanto que otros brindan una adhesión tenue, quizá fría, lindante con la mera aceptación o consenso.³

3. Los partidos y la representación política

Dentro del marco situacional que hemos descrito, es obvio que los partidos políticos no son los únicos escenarios de representación, porque fuera de ellos hay numerosos elencos representativos (v.gr, representaciones políticas en el ámbito gremial, universitario, eclesiástico, empresarial, etc.). Es usual que los partidos procuren monopolizar la representación política en lo que hace al Estado y a la integración de los órganos del mismo (v.gr., Parlamento, Poder Ejecutivo); pero tal gestión, muchas veces consagrada por medio de normas -incluso constitucionales- no puede hacer olvidar la existencia de múltiples elencos representativos, macro y micropolíticos, al lado o frente a los partidos políticos.

Hecha esa salvedad, conviene advertir que un partido político es representativo (en el ámbito sociológico), en la medida en que sus líderes y candidatos cuentan con adhesión, **dentro y fuera** del partido.

Es que, en tal punto, aparecen dos situaciones de representatividad:

- a) **Dentro del partido político.** Respecto a lo que podemos llamar "representatividad interna", algunos dirigentes del partido "representan" (obtienen adhesión) a sectores o líneas de ese partido. Tal **representatividad intrapartidaria** es decisiva, por supuesto, para alcanzar cargos en las cúpulas partidarias y para lograr ser incluido en las listas que el partido presenta a la ciudadanía, el día de los comicios generales.
- b) **Fuera del partido político.** Con relación a la que denominamos "representatividad externa", ciertos dirigentes o figuras del partido "representan" (obtienen adhesión) a sectores y grupos humanos que no pertenecen al partido, pero que muchas veces sufragar en las elecciones generales. Esa **representatividad extrapartidaria** es decisiva para triunfar en éstas, y desde luego, para alcanzar así los cargos públicos (banca de diputados, plazas en el Poder Ejecutivo, etc.) que se disputan en esos comicios.

En resumen, quien actúa en un partido político con ambiciones representativas, es probable que inevitablemente asuma dos roles: el de representante **del** partido (esto es, **en el** partido), y el de representante **del** pueblo (o sea, **en el** pueblo), dependiendo ambas

3. Nos remitimos a nuestro libro "Representación política" (Rosario, 1973), ed. Orbir, p. 34 y ss. También, SAGUES, Néstor Pedro, "Un enfoque tridimensional de la representación política: el orden de las realidades", en *El Derecho*, 45-385

representaciones del grado de adhesión que recoja en el partido y en la comunidad, respectivamente.

4. Relaciones entre la "representación interna" y la "representación externa" partidaria

Pueden darse situaciones de coincidencia, y de diferencia, entre los casos que comentamos de representatividad dentro y fuera del partido.

Así, es factible que un dirigente posea una cuota de adhesión *x* en el interior de su partido, y una dosis relativamente parecida en el escenario electoral total donde se postula. Pero bien puede ocurrir que un líder partidario, con una importante adhesión dentro de su partido, carezca de receptividad en el electorado general (aludimos al supuesto de un dirigente con gran popularidad dentro de su partido, pero con mínimo seguimiento social); o viceversa, que un político con escaso éxito en su partido, logre enorme adhesión en el cuerpo electoral formado por los inscriptos en los padrones generales.

En caso de conflicto agudo entre la "representación interna" y la "representación externa" de un candidato, es probable que el asunto desemboque, en primer término, en derrotas electorales para el partido en cuestión, si el candidato del caso es decisivo (piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de alguien nominado para un cargo unipersonal muy significativo, como titular del Poder Ejecutivo). Si el problema es más frecuente, y se repite en varios partidos, la cuestión puede degenerar en una crisis de representatividad del sistema partidocrático en su conjunto, con la consiguiente perturbación para todo el sistema político institucional. Desde luego, y con menos secuencias -pero no por eso carentes de importancia- un dirigente con gran representación externa, pero escasa representación interna, se verá tentado a separarse de su partido, o a dividirlo, a fin de tener acceso concreto a las elecciones generales. Tal fraccionamiento de partidos puede también perjudicar al sistema político institucional, si se multiplica excesivamente.

En definitiva, de haber graves fracturas entre los fenómenos de representatividad interna y de representatividad externa respecto de los partidos políticos, dichas circunstancias no parecen positivas para la funcionalidad del sistema político global.

5. El sistema de partidos y la búsqueda de representación

Interesa reseñar los principales mecanismos a que recurre el partido político a fin de adquirir representatividad externa, o sea, adhesión en el medio social. Básicamente son tres políticas las que utiliza: **comunicación, reclutamiento e integración.**

a) **Comunicación.** En este caso, el partido opera como **enlace** entre el Estado y los ciudadanos (Pablo Lucas Verdú), es decir, como **contacto** entre el gobierno y la sociedad. Por eso se ha definido al partido como una suerte de **polea de transmisión** entre la sociedad y el Estado, o -si se prefiere- una **estructura de comunicación** (Almond).⁴

Si cumple bien esos papeles, el partido realiza una **mediación entitativa**, al transportar al Gobierno las demandas sociales.

b) **Reclutamiento.** Al partido le toca preseleccionar a los gobernantes (Almond), ya que trabaja en los procesos de nominación de autoridades, generalmente sometiéndolas a la decisión del electorado. Algunas veces, sin embargo, los partidos arriman candidatos directamente al Gobierno (caso, v.gr., de ministros llevados al Poder Ejecutivo por un partido, sin necesidad de confrontación electoral, de resultas, por ejemplo, de una coalición parlamentaria).

c) **Integración.** Esta función "agregativa" (Almond), o "tribunicia" (Lavau), toma este último título del "tribuno de la plebe" romano. En concreto, el sistema de partidos incorpora o asimila al sistema político grupos políticamente marginados y aún "de frontera" (es decir, cuasi antisistémicos, lindantes con actitudes destructivas del régimen institucional), como son facciones de extrema derecha o de extrema izquierda que, al incorporarse al sistema de partidos, aceptan consecuentemente formar parte del sistema político global al que cuestionan.⁵ Esto puede importar la domesticación y anestesia política de tales sectores.

Cabe suponer que cuanto más asuma esos roles

4. Ver ROMERO PEREZ Jorge Enrique, "Partidos políticos, poder y derecho" (San José de Costa Rica, 1985), ed. de la Universidad, p. 40 y ss.

5. Interesa observar, en este punto, las críticas al sistema partidocrático occidental que formula el marxismo, precisamente a raíz de la función "tribunicia" o "agregativa" que cumple el primero. Para diversos autores marxistas, el régimen de partidos capitalista legitima el sistema burgués de poder e impide que el pueblo se alce contra la burguesía, al par que reglamenta las relaciones en el seno de ésta, con el fin de no destruirse. Sobre las teorías de Stawar, Cerroni, Luckacs, Luxemburgo y Togliatti, Ver ROMERO PEREZ Jorge E., ob. cit., p.p. 48-49. Un estudio provechoso acerca de la disminución de las huelgas dispuestas por sindicatos cuando se insertan en partidos que a su vez asumen el poder o colaboran con el Gobierno, puede verse en SILVESTRINI DE PACHECO Blanca, "Los trabajadores portorriqueños y el Partido Socialista" (Río Piedras, 1978), ed. Universitaria, p. 117 y ss. Por eso, cierto sindicalismo ha procurado ser apartidario. Cfr. nuestro "Constitucionalismo social", en VAZQUEZ VIALARD Antonio (director), "Tratado de derecho del trabajo" (Bs. As. 1982) ed. Astrea, p. 679, y bibliografía allí citada.

de comunicación, reclutamiento e integración, el sistema de partidos actuará mejor como vehículo de representación y como generador de situaciones de representatividad.

6. Dos modelos extremos: el partido canal y el partido muralla

Sin embargo, la búsqueda de representatividad por parte de los partidos puede asumir modalidades diversas, y también generar tipos diferentes de partidos.

- a) El partido **canal** acentúa sus políticas de comunicación, reclutamiento e integración al procurar transferir fielmente los reclamos y expectativas sociales de la comunidad al Gobierno. Las demandas sociales son aquí **transportadas** más que **procesadas** o **transformadas**. El partido realiza **mediación** entitativa, pero no pretende cambiar lo que debe mediar, ni imponer políticas a los representados ni a los representantes.
- b) El partido **muralla** actúa, en cambio, como una cuña entre el Estado y la sociedad. No ignora las demandas y expectativas sociales, pero en lugar de realizar una simple operación de transferencia, las procesa cuidadosamente y, en su caso, las transforma, antes de remitirlas al Gobierno.

En tal trabajo, el partido muralla opera más que como "expresión" o "manifestación" de la voluntad popular, como **formador** de ella. Realiza así una tarea de "encuadre" de las demandas comunitarias, convirtiéndose a menudo en una suerte de "tutor" de los electores. Paralelamente, intenta lo que Romero Pérez llama el **alineamiento de los electos**, esto es, convertirse también en "tutor" de los representantes elegidos (para lo cual pretende ser el propietario de las bancas parlamentarias, con atribución de revocar el mandato de los legisladores que se aparten de las directivas partidarias).⁶

En la variante del partido-canal, el representante tiende a ser representante primero de la sociedad, y después del partido. En el caso del partido-muralla, la situación es la opuesta: los representantes en el Gobierno deben ser primero representantes del partido y después de la sociedad.

Por supuesto, el "**partido-canal**" y el "**partido-muralla**" difícilmente se dan puros en el sistema político. Normalmente, todos los partidos tienen algo de uno y de otro. Sin embargo, en el ámbito existencial hay partidos que prefieren inclinarse hacia uno de esos tipos empíricos.

7. El sistema de lemas y sublemas, y su impacto en el fenómeno representativo

Conviene reseñar los datos de este régimen, técnicamente denominado de "doble voto simultáneo", de uso en la República Oriental del Uruguay desde casi comienzos de siglo,⁷ y que ha adquirido allí rango constitucional, al estar contemplado, por ejemplo, en el art. 151 de la Constitución (con referencia a la elección de Presidente y Vicepresidente), 88 (respecto de la Cámara de Diputados), y 96 (en cuanto a la Cámara de Senadores). Su aplicación se ha extendido a algunas provincias argentinas, aunque no ha hallado una difusión apreciable en el resto del derecho contemporáneo.

Conviene aclarar que este sistema no es incompatible con otros, v. gr. con el de representación proporcional, si se trata de varias bancas a repartir. Grosso modo (ya que pueden haber múltiples variantes), opera así: al emitir su sufragio en una elección general, el votante sufragaba en rigor de verdad dos veces, al mismo tiempo (de ahí el título de "doble voto simultáneo" con que técnicamente se denomina a este régimen). Por un lado, vota por un "lema" ("partido"), y por otro, también lo hace por un "sublema" ("lista") de ese partido.

Así, se acumulan en favor de un lema (partido) todos los sufragios alcanzados por los distintos sublemas (listas) que presenta ante el electorado ese lema. De tal modo, van para el lema (partido) "A", los votos alcanzados por sus distintos sublemas A-1, A-2 y A-3.

Ejemplificando lo dicho: si se trata de una elección para cubrir diez cargos, estando inscriptos 2.000.000 de electores, y aquel partido "A" logró 1.000.000 de votos (600.000 por el sublema A-1; 200.000 por el sublema A-2, y 200.000 por el sublema A-3), le tocarán a dicho partido "A" cinco diputados mediante el sistema de representación proporcional (ya que obtuvo el 50% de los sufragios totales); y después, esos cinco cargos podrán asignarse en razón de 3 para el sublema A-1, uno para el sublema A-2 y uno para el sublema A-3, en razón de la proporción de sufragios que cada sublema obtuvo. Nada impediría que en otra variante del régimen de lemas y sublemas, los cinco diputados logrados por el partido "A" se diesen totalmente al sublema que más votos alcanzó (en esta variante, los cinco diputados serían del sublema "A-1"). Cuando se trata de un solo puesto a repartir (v.gr., el de Presidente), no hay otra posibilidad que la última que comentamos.

El sistema de lemas ha sido reputado por Dieter Nolen como curioso y complicado, pero eso no disminuye sus méritos, si efectivamente sirve para resolver

6. ROMERO PEREZ, Jorge E., ob. cit., p. 42.

7. Cfr. NOLEN Dieter, "Sistemas electorales del mundo", (Madrid, 1981), p. 560 y ss.

problemas de representatividad. Su virtud consiste, principalmente, en que permite presentar al pueblo las distintas líneas internas de un partido, y le facilita sufragar por aquella fracción (sublema, o lista) que más guste a cada ciudadano. De esa manera, los candidatos de cada partido no son "filtrados" por las cúpulas partidarias, con lo que se abre el abanico de opciones para cada habitante inscripto en los padrones electorales; y se evitan también internas sangrientas, ya que cada fracción del partido puede llegar al cuarto oscuro. Hay aquí, a todas luces, una mayor participación de la ciudadanía en el mecanismo de selección y nominación de los candidatos a ocupar cargos públicos electivos.

Por último, puesto que las diversas fracciones de los partidos pueden llegar sin mayores problemas a las mesas electorales (actuando como sublemas), el régimen desalienta los cismas partidarios, ya que éstos pierden en buena medida su razón de ser. Si hay conflictos ideológicos o personales graves dentro de un partido, ellos pueden resolverse por la ciudadanía en el día de las elecciones generales: las "internas" se hacen, de cierta manera, "externas", arbitrando el cuerpo electoral.

Es del caso advertir que, de todos modos, las "internas" no desaparecen completamente de la vida de los partidos, aunque haya un sistema de lemas. Para la elección de las autoridades partidarias, por ejemplo, habrá que recurrir a campañas en el seno de esos partidos.

8. El pasivo del régimen de lemas. Evaluación

También, por supuesto, hay problemas.

Es factible, por cierto, que ante la facilidad de formar sublemas y con la aptitud de éstos de llegar directamente al cuerpo electoral el día de los comicios generales, que esos "sublemas" tiendan a operar como verdaderos partidos dentro del gran partido que los cobija. El "lema" o partido, puede pasar así a ser un "partido de partidos".⁸

Al mismo tiempo, esa eventual proliferación de

sublemas dentro de un partido puede provocarle cierto desvanecimiento ideológico. Un partido con sublemas de textura ideológica heterogénea puede concluir en un partido multiideológico, con alas doctrinariamente muy disímiles: una suerte de mosaico de teorías y puntos de vista acerca de cómo organizar y guiar al Estado.

Además de lo dicho, y como consecuencia propia de esa eventual cohabitación legalizada (y algunas veces, indirectamente propiciada) de grupos y grupúsculos en el seno de un partido, bien puede llegarse a una atomización partidaria, disimulada dentro de la gran carpa de un partido de partidos.⁹

Claro está que pueden aparecer remedios: por ejemplo, exigir por vía de ley o de estatuto del partido, que para constituir un sublema se exija una cantidad determinada de firmas, o un porcentaje mínimo de afiliados. Si ese porcentaje es alto, la atomización es posible que desaparezca (incluso, podrían admitirse sólo dos o tres sublemas por lema/partido).

Por lo demás, cabe preguntarse qué mal hay en que los partidos sean o puedan ser multiideológicos: los dos grandes partidos de EE.UU. responden a una fisonomía multiideológica, y eso no parece ser nocivo para el sistema político estadounidense.

Un balance de estos pro y contra del sistema de lemas muestra, en una primera aproximación, que ningún régimen electoral es perfecto, y que siempre habrá que asumir los costos políticos y jurídicos que conlleva, así como el pasivo que produce.

Para responder a la pregunta de si favorece o no un sano régimen representativo, la contestación tiende a ser positiva. El sistema de lemas reduce, y de modo significativo, el poder de las cúpulas y de las "máquinas" partidarias en la nominación de los candidatos de los partidos, ya que éstas no pueden, habitualmente, vetar la aparición de un sublema.

En segundo término, es notorio que la participación popular se acrecienta, y eso legitima a la democracia moderna: será el pueblo, y no la dirigencia

8. Así, escribe Dieter NOLAN (ob. cit., p. 565), "Los sublemas son los que más se aproximan al concepto europeo-occidental de partidos políticos, aunque no se les pueda considerar en modo alguno como unidades de acción política homogénea".

9. En un excelente estudio sobre el tema (Ferreira Rubio Delia; Giordano Echegoyen María Gabriela y Orlandi Hipólito, "Consideraciones acerca de la posible aplicación de la llamada ley de lemas en Argentina", la Ley Actualidad, 8 de marzo de 1990), cuya lectura recomendamos, se apunta que otro defecto del sistema de lemas estriba en que un candidato que ha obtenido menos votos en la elección general, triunfe sobre el que logró, individualmente considerado, más sufragios. Por ejemplo, para una elección presidencial, si el lema "A" logró 10.000.000 de sufragios, con 6.000.000 para el sublema A-1, y 4.000.000 para el sublema A-2; y el lema "B" 7.000.000 de votos, con un solo sublema, triunfará el candidato del sublema A-1.

Esto es una realidad: para solucionarla, cabe reconocer que el sistema de lemas requiera una profunda concientización cívica y un proceso de educación intenso respecto al electorado. Cada sufragante debe tener conciencia clara que el régimen de lemas importa un "doble voto simultáneo": por el lema (partido) y el sublema (lista). Si ese trámite educativo falla, el sistema de lemas será inevitablemente confuso para el elector común, y deslegitimará el proceso democrático.

partidaria, o la masa de afiliados de un partido, quien dirá en definitiva cuál candidato del partido es mejor para la ciudadanía.

El régimen de sublemas, paralelamente, combina la "representación interna" de un partido, con su "representación externa". De ese modo, el dirigente con mucho aprecio o con mucho poder en el interior de su partido, pone a prueba su grado real de adhesión en la ciudadanía, frente a otros candidatos de su mismo partido.

Por último, el sistema de lemas propende a edificar un "partido canal", en lugar de un "partido mura-

lla". No lo hace de modo concluyente, pero sí facilita al primero y desalienta al segundo. Los candidatos electos a través del sistema de lemas, llegan al poder público más por sus propios méritos que por el padrinazgo de las cúpulas o de la "máquina" partidaria. Eso hace que después, en su gestión de gobierno, el electo sea más independiente de la autoridades internas del partido, y con mayor peso político propio para realizar su gestión gubernativa. Con esto no se quiere significar, por supuesto, que la independencia del gobernante de su partido sea de por sí algo bueno y apetecible: mucho dependerá, al respecto, de lo legítimo o ilegítimo de las políticas de ese gobernante y de las que sostenga su partido.

SEVENSA SA

LAS CAMELIAS 780
SAN ISIDRO
☎ 40-2120 FAX 40-2331

REPRESENTANTE EXCLUSIVO
EN EL PERU DE:
AMERICAN NATURAL SODA ASH CORP. (USA)

ANSAC

PROVEEDORES DE CARBONATO DE SODIO

La ética del derecho de propiedad privada: la propiedad para el creador y el descubridor

Pedro Schwartz Girón

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Todos los conocimientos y conquistas de la humanidad nacen del trabajo y firme integridad de innovadores intransigentes.

Ayn Rand: **El manantial**

La propiedad, ¿injusta en sí?

Ciertos autores, sobre todo los que militan en el anarquismo, parten de la idea de que la tierra fue entregada a toda la humanidad y de que no es justo que unos pocos se queden con la heredad. Este tipo de crítica se solía dirigir en las sociedades predominantemente agrarias a los terratenientes, especialmente si éstos vivían ausentes de sus propiedades. No se trata tanto de negar la legitimidad de poseer lo que uno ha obtenido sin trabajar, sino de cuestionar la legitimidad de cualquier propiedad incluso la basada en el trabajo, que divida la tierra entre unas pocas personas y despoje a los más de su derecho natural a lo que Dios ha dado a toda la humanidad. De este derecho de toda la humanidad a la tierra partió Locke al iniciar su estudio de la propiedad, mas pronto tranquilizó sus dudas diciendo que era posible a los individuos ocupar partes de esa heredad indivisa, en la medida en que hubiesen trabajado en ella, "mezclado su trabajo con ella". Proudhon ciertamente negaba legitimidad a tal solución y por eso entre otras cosas quería que desapareciera la propiedad privada.¹

Menos general, pero sí muy convincente, es la reflexión de que, si el derecho de propiedad se justifica por el derecho de la persona al fruto de su trabajo, entonces hay muchas formas de propiedad injustificables. Naturalmente subsiste lo que los marxistas llaman "la propiedad personal" como distinta de "la propiedad de los medios de producción": es decir aquellos enseres y pertenencias de uso personal que cada uno se ha comprado con su sueldo o salario. Ya más dudoso es el caso de los rendimientos del capital físico o financiero que pertenece a cada individuo, a menos que provenga de la inversión de los propios ahorros, deducidos de la renta del trabajo. Menos firme aún es la propiedad de quien ha recibido los

bienes por donación o por herencia y vive de las rentas sin trabajar: puede aducirse que el donante o legatario original tenía el derecho de hacer lo que le viniese en gana con lo conseguido gracias a su trabajo y que las limitaciones impuestas a los beneficiarios de la herencia atenúan el derecho de propiedad del "trabajador originario". Sin embargo, a medida que se pierde en la memoria el origen laboral de lo que a un zángano le ha caído del cielo, por así decir, la justificación por el trabajo de ese tipo de propiedad se resquebraja. John Stuart Mill objetaba a la herencia, en especial la sucesión **ab intestato**, porque no le parecía clara su justificación sobre la base del trabajo, sobre todo porque el "trabajador originario" no había expresado su real gana en un testamento.² Además, esa acumulación de medios de producción en manos de individuos privilegiados, permite a unos pocos hacerse más ricos con mucha mayor facilidad que quienes se tienen que hacer a sí mismos partiendo de la nada.

Es curioso que no se apliquen normalmente las mismas objeciones a la propiedad privada obtenida por pura suerte, con un billete de lotería, una quiniela futbolística, o una ganancia en la mesa de juego. Hay riesgo, sí, pero ese riesgo se parece al que corre un especulador, cuyas ganancias se consideran a menudo excluidas de lo que una reglamentación del derecho de propiedad debería proteger.

A medida que vamos examinando formas de propiedad privada más remotamente relacionadas con el fruto del trabajo, más claro se ve que el principio no sirve para justificar la propiedad burguesa. El caso de los recursos naturales es decisivo, y así lo vio Stuart Mill. La fertilidad originaria de la tierra, las minas, las aguas subterráneas, el petróleo, la localización de solares de mercados o centros urbanos no son fruto

1 Pierre Joseph Proudhon, "Qu'est-ce que la propriété" (1840). A esa pregunta Proudhon contestó, "la propriété c'est le vol".

2 J.S. Mill, "Principles of Political Economy" (1848), Libro II, cap. 1.

del trabajo. Sin duda su descubrimiento merece algún premio, pues conlleva esfuerzo, y también su mantenimiento y reparación, qué, en la medida en que consumen capital, apelan al ahorro, es decir implican sacrificio. Pero los poderes productivos originarios de la tierra, la ventaja de la cercanía, los regalos de la naturaleza en pureza no deberían atribuirse a nadie sobre la base del trabajo, sino sólo sobre la de la "ocupación", que es un principio justificativo muy distinto.

Ahora bien, al excluir los poderes originarios de la naturaleza de lo protegido por el principio del "fruto del trabajo", se da un paso de graves consecuencias para el sistema de la propiedad privada, como supo ver Proudhon. En efecto, los poderes originarios de la persona: su inteligencia nativa, sus capacidades artísticas, su habilidad verbal; su disposición para el deporte, la cocina, el trabajo mecánico; su belleza o atractivo sexual; su capacidad olfativa o gustatoria; todo ello viene dado de nacimiento y no es mérito de quien obtiene rentas extraordinarias por estar adornado de alguna cualidad atractiva o útil para los demás. E incluso mucho de lo adquirido después del nacimiento, no a través de los genes sino por el ambiente o la educación, no es mérito o trabajo de la persona que posee ese capital humano, sino de los padres, la familia, los colegios, la sociedad entera. Proudhon tiene razón al decir que no es justificable retener las rentas procedentes de tal capital sobre la base de la teoría del "fruto del trabajo".

Por fin, y desde el punto de vista de la doctrina socialista que no llega hasta los extremos de Proudhon en rechazar la propiedad basada en el trabajo, queda por examinar la propiedad de los beneficios empresariales. Para un marxista, tales beneficios no son sino la acumulación de lo explotado a los trabajadores. Me estoy refiriendo al beneficio empresarial puro, no al salario de superintendencia, ni al interés por los capitales invertidos en la empresa, ni a la prima de seguro por el riesgo que forma parte de los ingresos del empresario. No son sólo los marxistas quienes no entienden la razón de la existencia del beneficio empresarial puro. En efecto, si, como piensan muchos economistas defensores de la economía de mercado, el precio justo o precio equilibrio de un bien o servicio es aquél que compensa todos los esfuerzos realizados para su producción, permite la reposición del capital usado en esa producción, y cubre la renta de escasez que haya que abonar por los poderes originarios de la naturaleza consumida; entonces no hay lugar a beneficio empresarial puro, que sólo puede deberse a engaño, a disimulo de información, o a la explotación especulativa de situaciones privilegiadas o de poder. Podría yo aducir que el empresario especulador a menudo hace un servicio a la sociedad con su visión, listeza, o rapidez, pero una justificación de la propiedad apoyada en este servicio supondría apelar a un principio distinto del "fruto del trabajo"; sería apelar a un principio utilitaris-

ta o de las consecuencias de una institución; lo que no corresponde al discurso ético del que nos estamos ocupando ahora. El hecho es que, sobre la base de la doctrina del "fruto del trabajo" es muy difícil también.

En resumen, la institución de la propiedad privada burguesa tal como la hemos conocido desde la Revolución Francesa y el Código Napoleón no queda plenamente justificada por la apelación al derecho del trabajador a disfrutar plenamente del fruto de su trabajo.

De esto han sido más o menos conscientes diversos defensores de la propiedad burguesa, como hemos visto que Thiers lo era, con todo y que no resultó un pensador muy riguroso. Para Thiers la salida o, mejor dicho, el paracaídas en caso de fallo de la doctrina del "fruto del trabajo", eran los efectos o consecuencias de la propiedad: el efecto multiplicador de la riqueza que proponía el incentivo de poder poseer los bienes creados con el esfuerzo o el ingenio; la variedad y flexibilidad de los grupos sociales en los que se favorecía la existencia de ricos e incluso richachones; el fomento de las libertades cuando el poder no podía invadir la propiedad individual.

Sin duda alguna, son éstos argumentos de peso. Pero no nos encontramos ahora en esa instancia, sino en la de si el sistema de la propiedad privada es justo, si tiene una base ética sólida; o si, más modestamente, es la propiedad privada, tal y como la conocemos en la sociedad burguesa, una institución coherente, basada en un principio moral único.

Justificación de la propiedad privada sobre el principio del "creador-poseedor"

Rechazada la posibilidad de justificar cabalmente la propiedad privada sobre la base de la doctrina del "fruto del trabajo", aparece la necesidad de otra línea de defensa. Si no encontramos esa línea de defensa, nos veremos reducidos a proteger dicha institución de forma meramente utilitarista, por sus consecuencias, y con la conciencia de que quizá estemos apelando a los sentimientos más egoístas del ser humano para disimular lo endeble de nuestra posición moral.

La justificación más coherente de todos los aspectos de la propiedad burguesa creo que se encuentra en el **derecho del descubridor o creador** a lo que nadie conocía o a lo que incluso no existía y que él ha sabido poner al servicio de la sociedad.

El autor que mejor ha presentado esta justificación es el economista y filósofo Israel Kirzner, en su trabajo "Productor, empresario, y derecho de propiedad" (aparecido en su libro **Percepción, oportunidad y beneficio**, del año 1979).

Enfoca el Prof. Kirzner las insuficiencias de la doctrina del "fruto del trabajo" desde un punto de vista

novedoso. Destaca, no sólo la incapacidad de esa doctrina para explicar todas las características de la propiedad burguesa, sino también el hecho, gravísimo en una economía capitalista, de que no justifica el beneficio empresarial puro.

El empresario como descubridor

Acabo de señalar lo fácil que es para un marxista defender la idea de que el beneficio empresarial puro no debe ser apropiado por nadie sino por el trabajador: de hecho, el mayor éxito del especulador puro es el de ganar una fortuna con un mero golpe de vista, sin esfuerzo, eclipsando a quienes laboran por su sustento. ¿Qué puede haber que sea menos justo que el crecimiento de la riqueza de un avisado especulador en bolsa, o de un marchante de cuadros, o un vendedor de solares, si se cree que la única justificación del derecho de propiedad es el trabajo?

El verdadero papel de un empresario puro en una economía de mercado se entiende mal en estos tiempos, en especial lo entienden mal quienes han sido deformados por un estudio rutinario de la ciencia económica. Se contentan a menudo los economistas con una definición de su materia que esconde la verdadera naturaleza de la actividad empresarial. En efecto, han aprendido que "la economía es la ciencia que estudia la aplicación de medios dados y escasos, a fines conocidos e infinitos".

La definición tiene un elemento aceptable y otro equivocado. El elemento aceptable es el de la lucha contra la escasez, una escasez congénita en la condición humana. Lo equivocado se centra en las dos palabras "dados" y "conocidos", "medios dados" y "fines conocidos".

Si las necesidades de todos los hombres fuesen patentes y los medios para satisfacerlos conocidos, la vida económica sería reducible, en principio, a un mero cálculo automático que podría realizarse por medios mecánicos, hoy en día con un ordenador. Pero no es así el mundo. La razón por la que unos obtienen beneficios y otros no salimos de trabajadores por cuenta ajena, estriba en que unos pocos saben descubrir lo que la gente quiere y nadie ha sabido ver; y también saben organizar y sacar de otros empleos, o de la inactividad, los recursos productivos necesarios para el empeño. O también, en segundo grado, saben imitar prontamente a quienes están teniendo éxito y conseguir beneficios explotando el mismo filón.

El Profesor Kirzner ha dicho felizmente que el papel del empresario consiste, "no en resolver problemas percibidos, sino en colocarse en aquella posición en la que los problemas se plantean y pueden resolverse".

Se dice que el empresario obtiene su porción de beneficio gracias al riesgo que está dispuesto a co-

rrer. No está propiamente utilizada la palabra "riesgo" aquí, pues suele emplearse para designar las contingencias asegurables con una póliza y no es ése el tipo de aleatoriedad que caracteriza la función del empresario. El empresario asume la "incertidumbre", es decir, riesgo no asegurable, porque intenta predecir la demanda del mercado y aplicar a saciarla recursos latentes, lo que significa moverse en el mundo de lo desconocido, incluso en términos de probabilidades.

Como bien dice Kirzner, la conducta económica no consiste en calcular la vía de menor coste hacia una solución óptima, dados unos medios y definido un objetivo. Desde el punto de vista del empresario sería muy fácil optimizar mecánicamente de la forma descrita por las definiciones al uso. Lo difícil es "reconocer las verdaderas posibilidades de una situación, no dejarse engañar por las posibilidades aparentes que no existen, ...y no pasar por alto las verdaderas limitaciones" de las acciones planeadas.

Hay que distinguir entre las generalidades de un problema económico y los detalles de cómo hacer dinero. Así, un planificador gubernamental en un Ministerio de Turismo se lamentará quizá de que los turistas que vienen a su país sean pobres de solemnidad y gasten poco durante sus vacaciones: y quizá proponga una campaña de promoción en el extranjero, financiada con dinero público e indefinida en cuanto a sus efectos económicos, para atraer turistas ricos; probablemente ni siquiera se molestará en evaluar el eco de tal campaña en los mercados a los que la ha dirigido. Un empresario privado que se enfrenta con la parte que le toca de ese problema de turismo pobre, como intenta hacerse millonario, actuará de forma muy diferente: sabrá imaginar en una costa semi-desértica y de monótono trazado la vegetación artificialmente obtenible con irrigación, el puerto deportivo que corrija la ausencia de calas naturales, la combinación de viviendas, centros comerciales, lugares de esparcimiento, necesarios para atraer a lejanísimos clientes potenciales, cuyos gustos intuye; y todo ello evaluando sobriamente sus propias posibilidades financieras y los recursos de la zona en materia de hostelería y construcción, sin olvidar las difíciles relaciones con las autoridades locales. Además, habrá de tener la flexibilidad suficiente para corregir sus equivocaciones en cuanto las descubra, y el conocimiento de los hombres bastante para seleccionar a sus colaboradores y empleados. Si ese empresario se enriquece, será porque ha creado un producto virtualmente de la nada para clientes virtualmente ignotos y porque ha construido un centro de vacaciones cuyas posibilidades ni cuyas dificultades supieron ver otros.

Especialmente revelador es el análisis del error del empresario que realiza el Prof. Kirzner. El error en una empresa o negocio no suele nacer de una equivocación de cálculo, "sino de una estimación

equivocada de la situación, por exceso de optimismo respecto a la existencia de recursos, o respecto a los resultados esperados de determinadas acciones; o por exceso de pesimismo respecto a estos recursos o los resultados”.

No creo que los malos resultados de la construcción naval en España, o de las acerías integrales, o de los planes de reestructuración de la industria textil, se deban a que los responsables no supieran “optimizar bajo constricciones”, como se dice en jerga ingenieril, a que no **calcularan** bien, sino a que no supieron prever la caída de la demanda de fletes, o el encarecimiento del combustible, o la resistencia de los fabricantes a prescindir de telares viejos.

El papel de la suerte en el triunfo de los empresarios que se enriquecen (o de un investigador como Fleming, que descubre la penicilina “por casualidad”) subraya la importancia de saber colocarse en el preciso punto y hora en que emergen problemas y soluciones. “El aspecto más llamativo del papel del empresario”, dice Kirzner, “es el de estar siempre presente, el de colocarse precisamente en la posición en la que puede tocarle la suerte”.

Las remuneraciones del empresario

Naturalmente, el tipo ideal que he dibujado no existe en la realidad como tal: nadie es empresario puro y, lo que es más importante, todos somos algo empresarios. Analicemos con qué vive el empresario, además de con el beneficio puro.

John Stuart Mill, en sus ya citados **Principios** de 1848, fue quien reintrodujo en la tradición económica anglosajona el análisis del empresario: poco nuevo se había dicho en inglés sobre este tema desde la publicación de la **Riqueza de las Naciones** de Adam Smith en 1776.

Stuart Mill había leído a los economistas franceses, sobre todo a Jean Baptiste Say y su **Traité d'économie politique** de 1803, para quienes el “entrepreneur” era un actor destacado en el drama de la producción. Pues bien, Mill codifica en sus **Principios** los cuatro ingresos del empresario.

Si tomamos como modelo al empresario unipersonal, éste se apropia de un remanente, después de pagar a todos sus suministradores de materiales y servicios productivos. En este remanente puede distinguirse: a) un sueldo de superintendencia o gerencia; b) una prima de seguro, por los riesgos asegurables que decide no llevar al mercado financiero; c) un interés (o cuasi-renta, diríamos hoy) por el capital que ha invertido en la empresa; y, por fin, deducido todo lo anterior, queda un beneficio o pérdida por el riesgo puro del que se responsabiliza.

El empresario elige personas, pero no controla necesariamente el proceso de producción física;

arriesga su propiedad para garantizar los ingresos de los dueños de servicios productivos que ha contratado; ejerce su control sobre los directivos de la empresa, en contrapartida de los riesgos que asume; conoce con certeza el precio de los insumos, una vez que los ha comprado, pero en ese momento no sabe aún el precio de venta de sus productos; se apropia del residuo del ingreso de su empresa, tras haber saldado sus obligaciones para con los perceptores de ingresos garantizados, incluido el fisco. Como este residuo puede ser negativo, su aventura de empresario puede resultar en una pérdida o ganancia del capital para él.

La apropiación para el creador-descubridor

La cuestión no es ahora discutir si el empresario tiene derecho o no a apropiarse de ese beneficio puro porque cumple una función útil para la sociedad; o porque corre un riesgo que es útil para la sociedad que corra. La cuestión aquí es de coherencia en la defensa de tal sistema. Si el principio de legitimación que elegimos no da cabida al beneficio del empresario, mal camino llevamos. Si la doctrina del “fruto del trabajo” no legitima las ganancias, a veces enormes, desmesuradas, que obtiene un empresario especulador - como cuando descubre petróleo en un campo de Texas, o adivina cuándo se va a devaluar el franco francés - entonces no vamos por buen camino y mejor sería que nos uniéramos al campo de los proudhonianos. Es posible que tal principio de legitimación coherente no exista, pero si se nos ocurre alguno, tiene que legitimar al empresario.

Sin duda, la idea de que quien descubre un filón de riqueza, o crea un nuevo objeto o fuente de satisfacción para los demás puede quedarse con lo descubierto o creado, justificaría la apropiación del beneficio por el empresario. Lo plausible de este criterio, como defensa de la innovación y la creación queda patente en especial en la obra de la novelista americana Ayn Rand: muchos recordarán el dramático final de su obra **El manantial**, en la que el arquitecto creador de unos edificios adulterados en su construcción los dinamita como afirmación del derecho de un artista sobre su obra.

Ahora la cuestión se vuelve por pasiva: ¿puede el principio de justificación de la propiedad privada aplicarse a los derechos del individuo a percibir la remuneración de su trabajo? La contestación es afirmativa, si concebimos el trabajo, hasta el más modesto y rutinario, como un acto de creación, como una forma que tiene todo individuo de conformar la realidad con las decisiones de su voluntad, de influir en sus congéneres con sus decisiones personales.

Esta visión del trabajo como creación o descubrimiento ennoblece sin duda nuestro concepto del esfuerzo humano. La línea de demarcación entre el especulador genial y el menestral laborioso se difumi-

na. De hecho, en la práctica, los golpes de suerte no suelen favorecer a quien no ha sabido participar en la carrera. "Le génie n'est qu'une grande aptitude à la patiente", dijo el botánico Buffon. Los grandes triunfos, las grandes obras no se hacen sin grandes trabajos, por mucho que ruede Fortuna, favorezca Marte, o inspire la musa.

El edificio de los derechos individuales

Sobre esta base del derecho de propiedad justificado por el derecho del creador o descubridor a poseer y gozar lo que ha creado o descubierto, o a intercambiarlo, venderlo, alquilarlo, donarlo, o explotarlo según guste, han erigido los autores clásicos todo un edificio de derechos individuales.

Prestemos atención a este edificio, pues es el edificio de nuestras libertades: hemos examinado la planta baja o vestíbulo, el derecho del creador-distribuidor a lo que ha alumbrado; para otro momento habrá que dejar el estudio detallado de los tramos superiores de tal edificio, estudiaremos las libertades basadas en el derecho de propiedad.

Diré algo aquí sobre esos pisos superiores, si quiera brevemente. Si la sociedad respeta el derecho de todo inventor, o creador, o descubridor, o trabajador a lo que ha creado o descubierto, entonces las relaciones sociales se organizan de forma libertaria estricta. Las obligaciones primordiales del Estado son en ese caso la defensa nacional, la policía y la administración de justicia. Como dijo Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones*, "donde no hay propiedad, o por lo menos no la hay que exceda el valor de dos o tres días de trabajo, no es tan necesario que exista el Estado".

Desde el punto de vista de la regla que estamos examinando, los impuestos no podrían ser redistributivos, ni directamente, ni a través del gasto público. En palabras otra vez de Adam Smith, "los súbditos de cada Estado deberían contribuir al mantenimiento de la administración ... en proporción a las rentas de que goza cada uno de ellos bajo la protección del Estado". Es decir, los impuestos serían proporcionales y no progresivos.

Los propietarios tendrían el derecho a su vez de vender, alquilar, donar, dejar en herencia o, incluso, destruir aquello que les perteneciese, con la única limitación de no infringir los derechos de propiedad de los demás.

La libertad de contrato tanto en el mundo laboral, como en el de las diversiones, la enseñanza, las finanzas, o los bienes de consumo habría de ser absoluta. Los tribunales harían cumplir lo prometido, todo lo prometido, y nada más que lo prometido, y en materia de vicios escondidos habría de estarse a la máxima "caveat emptor", ¡cuidese el comprador!

La norma general de la vida civil habría de ser la voluntariedad de los compromisos y el derecho a que a uno le dejasen en paz dentro de los límites de sus posesiones materiales y espirituales. En una sociedad así, la cuestión de saber hasta dónde puede cada individuo ejercer su libertad quedaría resuelta más precisamente que con la frase usual de "hasta donde lleguen las libertades de los demás": se diría "hasta donde lleguen los derechos de propiedad de los demás".

En otro escrito mío, titulado *Bases filosóficas del liberalismo* (1984), he dicho ya que no suele ser posible aplicar norma ética alguna en sociedad hasta sus últimas consecuencias, pues ello da a veces lugar al absurdo. Sólo si se admite la conveniencia de aplicar otras reglas morales que la estricta de la defensa de la propiedad, podrán ampliarse las funciones del Estado más allá de lo que se acaba de detallar. Incluso Adam Smith consideraba esta lista como demasiado estrecha, pues añadía a éstas otra obligación más: "el deber de erigir y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas... porque el beneficio nunca compensaría el gasto de un individuo o pequeño número de individuos, aunque frecuentemente lo compense con creces a la sociedad". Pero con estas breves reflexiones he pretendido hacer un pequeño esbozo del tipo de sociedad que habría que contemplar si uno quisiera respetar el derecho de propiedad privada, justificado por el descubrimiento y la creación. Como puede verse, sería una sociedad rabiosamente liberal, abierta a todos los vientos de la innovación y el progreso, y celosa hasta el extremo de la libertad individual.

Pero continuemos ocupándonos ahora del nivel ético del derecho de propiedad individual. He propuesto que este derecho se base sobre el derecho del creador-descubridor a lo que ha alumbrado. ¿Cuáles son los cimientos éticos que justifican a su vez este derecho del creador-descubridor?

Los fundamentos del derecho del "creador-poseedor"

Dentro del campo estricto de la justificación ética del derecho de propiedad, los autores no se han contentado con evitar contradicciones entre el principio justificador y las instituciones por justificar. Especialmente, filósofos como Alan Gewirth y Roger Pilon, dos profesores americanos, han buscado ahondar en los fundamentos éticos de esa propia justificación.

El basamiento último al que han querido llegar es una reformulación del imperativo categórico de Kant, que en una de sus versiones rezaba: "Obra de modo que tu máxima pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal". Dice Gewirth que su doctrina consiste en subrayar que:

"la voluntariedad y finalidad de todo agente al actuar, características que él

necesariamente reclama como derechos sobre la base de que tiene intención de actuar porque quiere alcanzar sus propósitos, también debe el agente admitirlas como características de quienes van a sentir los efectos de su acción, a menos que esté dispuesto a contradecirse a sí mismo".

Dicho de forma más simple, toda persona, por el mero **hecho** de actuar libremente, reclama implícitamente para sí el **derecho** de actuar libremente y la legitimidad de perseguir sus propios fines. Por ello, añade Gewirth, si no quiere contradecirse, debe conceder a quienes reciben los efectos de su acción las mismas características genéricas de voluntariedad y finalidad y "contenerse de ejercer sobre ellos cualquier coacción o de infligirles daño básico alguno".

No está muy claro que todo el mundo vaya a dejarse convencer plenamente por este tipo de razonamiento. Sí es cierto sin embargo que, si uno acepta el imperativo categórico Kantiano en esta formulación, entonces incumbe a todo individuo tratar a cualquier otro individuo como un agente libre.

Para el Profesor Roger Pilon, cuyo trabajo sobre "Sociedades anónimas y derechos naturales" (1979) estoy siguiendo, "el mundo de derechos y obligaciones que emerge de la doctrina de Gewirth es el mundo del liberalismo clásico".

Distingue Pilon tres modos básicos de actuar, desde el punto de vista del análisis de esos derechos y obligaciones del liberalismo clásico: a) no actuar; b) actuar sin persona recipiente; c) actuar sobre otra persona, en cuyo caso hay una obligación de no coaccionarle o dañarle. Claramente, tanto en el caso de que el agente original como en el del afectado por las acciones de éste, debe obtenerse el consentimiento para un cambio del **status quo**.

Inmediatamente se ve cómo cuadran los derechos de propiedad en este esquema. En principio, nadie debe poder invadir el **status quo** de quien se encuentra en el goce de sus derechos de propiedad y no quiere actuar. También es posible actuar sobre otra persona, con el consentimiento de ésta y para mutuo beneficio. El caso intermedio, es el que con-

ciene a la adquisición originaria de propiedad: "combina la ausencia de cualquier otro título con la existencia de una reclamación (por lo menos implícita) por el ocupante". El creador-descubridor reclama una propiedad que no es de nadie, y por lo tanto no infringe el **status quo**.

El derecho de propiedad del ocupante de la "res nullius", la cosa de nadie, ha sido reconocido con más o menos limitaciones desde tiempo inmemorial. Sin embargo, siempre se lo ha conceptuado como un caso de poca importancia porque se consideraba mayormente aplicable a la tierra vacante y otros recursos naturales sin poseedor - lo que es raro en un mundo tan poblado como el actual. Sin embargo, con el concepto del "descubridor-creador", la categoría de "res nullius" se amplía infinitamente a todo lo que el ser humano crea con su ingenio, su trabajo, su arte, sus habilidades físicas, todo aquello que nadie o un número muy exiguo de personas haría exactamente igual si esa persona faltara.

Muy al contrario de lo que parece decir el Rey David en Salmos CXV, xiv, "Los cielos son cielos para Jeovah, la tierra se la dió a los hijos de los hombres", al principio nadie era dueño de la tierra, luego menos aún puede decirse que la tierra perteneciese a toda la humanidad, como sostuvieron Locke y Proudhon. Cuando alguien la ocupa, lejos de empeorar la posición de los demás la tal ocupación a menudo mejora las oportunidades de los dedicados a otros menesteres. Pero ya nos estamos pasando a la evaluación del sistema de la propiedad privada por sus efectos, en vez de por su valor moral.

Mis conclusiones hasta el momento son, en pocas palabras, las siguientes. Es imposible justificar gran parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre la base del trabajo incorporado a nuestras posesiones. Es mucho más completa y más sólida la justificación basada en la ocupación de lo que no es de nadie, porque lo hemos descubierto o creado nosotros o quienes nos lo cedieron voluntariamente. La obtención de lo que otros poseen debe lograrse por contrato en una sociedad libre. Lo que no es de nadie, porque nosotros lo hicimos o descubrimos podemos poseerlo y transmitirlo, sin ejercer sobre los demás cualquier coacción o infligirles daño alguno.

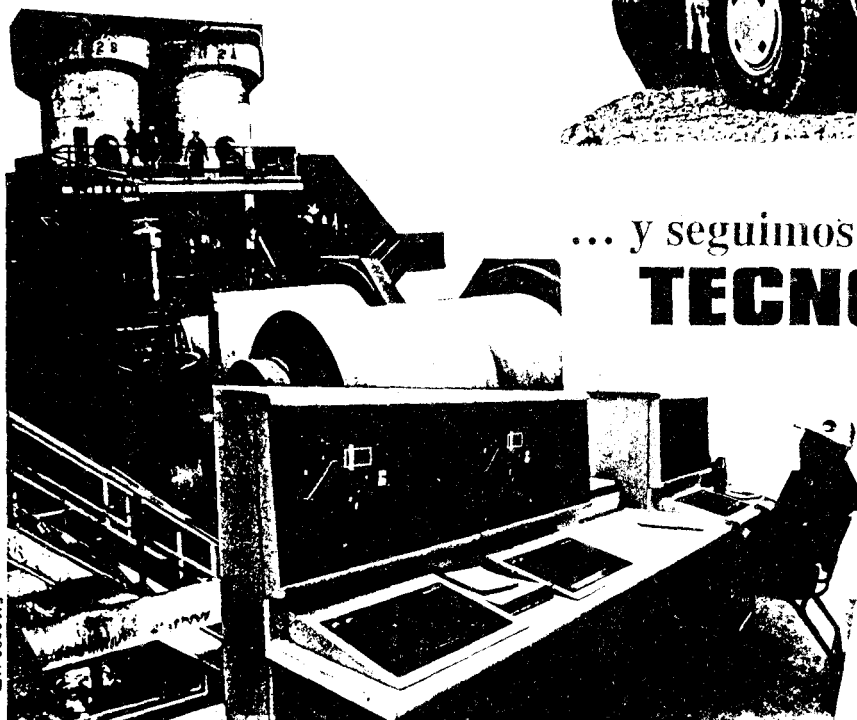
Importamos

FUTURO...

La eficacia de un trabajo se mide, siempre, por los diversos beneficios que produce y genera. En Southern Perú estamos satisfechos con el resultado de nuestro trabajo. Hacemos un verdadero aporte al desarrollo, demostrado en inversión permanente y en innovación tecnológica, que nos coloca en lugar destacado entre los países productores de cobre a nivel mundial.



... y seguimos invirtiendo en
TECNOLOGIA



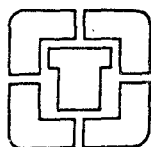
LT. 9008419

FBZ

INVERSION EN BIENES DE CAPITAL (EN US DOLARES)

AÑO	MONTO
1985	5'330,000
1986	4'173,000
1987	5'083,000
1988	21'520,000
1989	20'645,000
Total	56'751,000

La inversión en bienes de capital, efectuada por Southern Perú entre los años 85-89 superó los 56 millones de dólares. El cuadro muestra ese detalle.



SOUTHERN PERU

PORQUE CREEMOS EN EL PAIS

Ley de Bases para el desarrollo rural de la Amazonia

(ecodesarrollo y uso sostenido en debate)*

Carlos Sorla

Egresado PUC. Jefe de Prácticas del Curso de Introducción a las CC.JJ.

El gran objetivo de la Ley N° 24994 es el de fomentar el desarrollo rural de la Amazonía peruana a través del establecimiento de políticas económicas, sociales y culturales atractivas, propendientes a lograr la colonización eficaz de dicho territorio mediante la canalización de la migración andina. Esto resume el propósito de la Ley bajo comentario y describe, en síntesis, la fuente del problema.¹

Existen dos elementos básicos que inspiran a la Ley; el desarrollo Amazónico y la migración andina. La Ley ha interrelacionado ambos elementos a tal punto que no es posible lograr uno sin la correlativa consolidación del otro. En tal virtud, ha establecido los mecanismos primarios a través de los cuales ambos elementos se integrarán al sistema de cambio propuesto.

EL DESARROLLO AMAZONICO

El desarrollo de la Amazonia ha sido planteado en función de la explotación de las riquezas naturales que contiene dicho territorio. El artículo 1 de la Ley señala que el desarrollo integral de esta región se sustenta en el aprovechamiento de sus recursos agrícolas, pecuarios, forestales, hidrobiológicos, minerológicos y arqueológicos. Conforme al mismo precepto, este objetivo se orienta al aumento de la producción y a la industrialización de dichos recursos.

Por elementales razones económicas, una política de desarrollo que propicia el aumento de la producción basada en la explotación de recursos naturales y en la industrialización de dichos recursos, debería haber considerado el impacto que tal efecto producirá en las demás variables económicas relacionadas. Esquemáticamente y sin ser restrictivos, tenemos las siguientes variables:

1.- EN CUANTO A LA CALIDAD DE VIDA

-Alimentos, un mayor índice poblacional determinará un notorio incremento en la demanda de alimentos básicos.

-Medicinas, rubro en el que probablemente se manifieste un incremento desmedido de la demanda en el corto plazo, por las condiciones climáticas del ámbito amazónico y el esfuerzo de adaptación de los inmigrantes.

-Servicios, que no sólo deberán satisfacer cuantitativamente la mayor cantidad de población sino que impondrá una necesaria adaptación tecnológica a las nuevas condiciones.

-Salud, considerada desde un aspecto preventivo. La sobrepoblación y la industrialización traen inexorablemente consigo contaminación y deterioro del ambiente. Salud no es sólo contar con la asistencia de un médico cuando se le requiere, también es no vivir condenado a respirar el humo de la fábrica vecina o a ingerir alimentos saturados de productos químicos.

2.- EN CUANTO A LA PRODUCCION

-Tecnología adecuada para cada tipo de producción y para las condiciones donde ésta se desarrolla. Incluye la necesidad de implementar escuelas técnicas y carreras especializadas.

-Insumos, cuyo normal abastecimiento debe ser la pauta fundamental del incremento de la producción.

-Créditos, a bajo costo financiero y retribuíbles en especie.

* Resumen del informe preliminar y comentarios, presentado al Viceministro de Recursos Naturales, Ing. Absalón Vásquez, con motivo de la promulgación de la Ley N° 24994.

1. Enrique Ferrando G., Informe Preliminar sobre la Ley de Bases para el Desarrollo Rural de la Amazonía Peruana. Documento no publicado. SPDA. Lima, 1989.

-Condiciones del mercado, tendientes a reducir los costos de producción sin desmedro de la calidad de los productos.

3.- EN CUANTO A LA COMERCIALIZACION

-Mercado de colocación. Un incremento agresivo de la producción trae la necesidad de colocar los productos en el mercado, interno o externo, según su demanda, naturaleza y volúmenes de producción.

-Competencia. Debe prevenirse los efectos que el aumento de la producción traerá sobre la calidad y precios de los productos, tanto a nivel interno como externo.

-Rentabilidad, en el sentido que tanto la producción como la comercialización de productos debe caracterizarse por ofrecer a los agentes un alto margen de utilidad.

4.- EN CUANTO A LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS

-Uso de las tierras según su aptitud productiva. Esto significa, por ejemplo, no sacrificar tierras con aptitud forestal para destinarlas a actividades agrícolas o agropecuarias.

-Uso sostenido de los recursos naturales, a fin de impedir su agotamiento y garantizar su explotación continua y estable.

-Tratamiento y reutilización de residuos tóxicos industriales.

-Control de gases tóxicos y uso restringido de pesticidas.

-Planificación integral de la explotación de los recursos naturales, a fin de garantizar un ambiente ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Esto supone no sólo el conocimiento de la existencia y ubicación de los recursos amazónicos sino también de los ecosistemas que caracterizan a esta región y los efectos que la explotación de un recurso puede ocasionar en los demás elementos del ambiente. Estamos hablando, evidentemente, de la obligación de hacer estudios de impacto ambiental, tanto a nivel macroeconómico como a nivel de unidades de producción.

-Preservación de áreas protegidas, ecosistema y especies frágiles en peligro o en vías de extinción.

Es preciso señalar que más del 50% de éstos elementos o variables no han sido considerados en la

Ley, en ninguno de sus aspectos y variantes. En términos generales, la Ley se ocupa de los aspectos primarios de la producción y de los mecanismos más elementales de recepción de masas migratorias. Precisa un comentario especial el tema de la rentabilidad de ciertas actividades agrícolas sobre tierras aptas para la siembra de la coca². No existe en el Perú infraestructura y recursos suficientes para controlar el fenómeno de la coca. ¿Qué argumentos económicos ofrece la Ley para disuadir a los agricultores colonos de usar sus tierras de cultivo en la siembra de la coca, conociéndose que este producto es hasta 8 veces más rentable que cualquier otro producto agrícola que se siembre en la región?

Lamentablemente, no hay respuesta a esta interrogante. Igual comentario merece el aspecto de la comercialización. La Ley, muy agresivamente, pretende incrementar la producción agrícola, agropecuaria, industrial y minera; sin embargo, no contiene disposición alguna que establezca las políticas de comercialización de esa sobreproducción y las ventajas excepcionales que gozarían los productores primarios y empresarios en la colocación de sus productos en el exterior. En el otro extremo, esta Ley pone en evidencia la total ausencia de estudios económicos que determinen o permitan determinar, según las condiciones del mercado, el volumen de la demanda de productos procedentes de la Amazonía, el porcentaje de producción que deberá absorber la población amazónica, el destino de los excedentes y las necesidades del mercado internacional. Es evidente que no tiene sentido promocionar el incremento de la producción en la Región Amazónica a niveles que el mercado no está en capacidad de absorber³. La simple declaración de que el Estado garantiza mercados internos fijos y de exportación (artículo 35 de la Ley), no es una garantía para el productor. Una declaración de esta naturaleza debe sustentarse en un conocimiento real de la evolución de la demanda en función de la capacidad adquisitiva de los potenciales compradores nacionales.

De las variables señaladas, el tema que más requiere nuestra atención es el referido a la conservación de los recursos naturales. Esta materia ha sido prácticamente olvidada por la Ley bajo comentario siendo, paradójicamente, la más importante en términos de desarrollo de la Amazonía y sus pobladores. La conservación de los recursos naturales constituye la premisa fundamental de toda política de desarrollo.

En una economía como la nuestra, donde el desarrollo siempre se plantea en términos de aumento de la producción y donde la explotación de los

2. Para mayor información sobre el tema, véase José María Salcedo, "El Laberinto de la Coca" en *Revista Quehacer* # 59. DESCO. Lima, 1989.

3. "...La mayoría de los agricultores siguen prácticas que no se adecúan a las condiciones de la región, por lo que las cosechas son muy pobres. E incluso cuando la cosecha ha sido muy buena se pierde hasta el 70% debido a la falta de silos ajustados a las elevadas temperaturas y humedad de la región". Emilio F. Morán, "Transformación de la Amazonía", en *Revista Investigación y Ciencia* # 148. Enero de 1989.

recursos naturales juega un rol determinante en el logro de este propósito, la conservación de tales recursos mediante su uso sostenido es la única garantía de que realmente se obtenga progreso.⁴

Desarrollo y conservación son términos inseparables. Ninguna política de desarrollo puede tener éxito si no asegura el mantenimiento y renovación de los recursos naturales en los que se sustenta.

Conservación no implica mantener intocados los recursos naturales, significa explotarlos racionalmente, con tecnologías adecuadas a su naturaleza y a los ecosistemas donde se encuentran. Se trata de evitar el agotamiento absurdo de los recursos, cuya posterior reposición, si esta es posible, resulta siempre más costosa que todos los beneficios a corto plazo que puedan haberse obtenido en la explotación indiscriminada de los mismos; con el agravante de que es el Estado quien finalmente debe asumir esa carga.

La Ley de Bases no señala entre sus objetivos (artículo 3), el de conservar los recursos naturales. Tampoco incluye este objetivo en su artículo primero, en el cual se definen los alcances de la Ley. Este precepto simplemente declara de necesidad y utilidad públicas y de interés social el desarrollo de la Amazonía peruana sustentada en la explotación de sus recursos. Contiene, sin embargo, una serie de disposiciones diseminadas relativas al ambiente que, de alguna manera, nos hace pensar que el legislador tuvo presente el tema de la conservación, aún cuando no le dio carácter prioritario y lamentablemente, tampoco le dio el tratamiento más adecuado. El artículo 35 de la Ley, por ejemplo, señala entre los objetivos de la actividad agroindustrial, la producción sostenida en base a precios de refugio. Claro está que el mantenimiento de precios de refugio no es, en modo alguno, el mecanismo más eficiente de garantizar el sostenimiento de los productos agrícolas destinados a la industria, pero es importante que el tema haya sido por lo menos considerado.

El único precepto que se ha ocupado del tema de la conservación en forma directa es el artículo 48 de la Ley, en el cual se señala que el uso de los recursos naturales se hará en forma racional, preservando el ecosistema y evitando su depredación. Si bien este principio es pasado por alto en las demás disposiciones de la Ley, su aplicación incide significativamente en todo el cuerpo normativo, pues condiciona todo uso de recursos naturales a la utilización de mecanismos que aseguren su explotación sostenida y el equilibrio del ecosistema.

LA MIGRACION ANDINA

Una lectura de la Ley de Bases nos muestra que ésta ha sido erróneamente concebida para favorecer

únicamente al inmigrante de los Andes. Todo el esquema de desarrollo propuesto por la Ley, así como los incentivos económicos, sociales y culturales, están dirigidos únicamente a los inmigrantes que al amparo de las disposiciones de la Ley de Bases adquieren la condición de colonos. Esta calificación, al parecer, sólo pueden obtenerla quienes vienen de los Andes para desarrollar actividades productivas de diversa índole en la Amazonía.

Es incomprensible que los beneficios establecidos por la Ley de Bases no se hayan hecho extensivos a los pobladores o habitantes nativos de la Amazonía quienes, por evidentes razones económicas, étnicas y culturales, deben gozar por lo menos de iguales derechos y prerrogativas que los inmigrantes. La Ley, en este punto, contraviene lo dispuesto por el artículo 2 inciso 2 de la Carta Política del Estado, que establece el derecho de toda persona a la igualdad ante la Ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Infringe igualmente el artículo 187 del mismo cuerpo constitucional, que establece que pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas.

Establecer beneficios únicamente en favor del inmigrante andino, sin incluir en los mismos al poblador nativo de la Amazonía, constituye una clara discriminación en perjuicio de quienes, por razón de su domicilio, lugar de nacimiento e inclusive raza, están establecidos en la Amazonía y, por consiguiente, no pueden ser considerados como inmigrantes sino como pobladores nativos o naturales de la región o residentes en la misma. Esta discriminación se sustenta, sin lugar a dudas, en la diferencia de las personas y no en la naturaleza de las cosas, debido a que el lugar de procedencia no hace distintas a las personas salvo en aspectos en los cuales la propia Constitución prohíbe establecer tratos discriminatorios.

De otro lado, la Ley considera a la migración andina como un fin en sí mismo y no como un medio de elevar los niveles de producción de la Región Amazónica, en concordancia con lo establecido en el artículo 1 del mismo cuerpo legal. Más aún, el inciso a) del artículo 3 de la Ley establece que son objetivos de la misma, promover la creación de nuevos asentamientos humanos rurales en la Amazonía capacitados para un auto desarrollo sostenido, lo que equivale a decir que dichos asentamientos humanos rurales no tienen por objeto fundamental el de coadyuvar al desarrollo integral de la Región Amazónica sino simplemente el de establecerse en este territorio. En otras palabras, no hay una relación directa entre la capacidad productiva de la Región Amazónica y los volúmenes de inmigrantes que se requieren para procurar tales niveles de producción, de lo que resulta

4. Luego de un estudio de tres años desarrollado entre el poblado de Mishana, la ciudad de Iquitos y alrededores, se ha llegado a la conclusión que resulta mas rentable la explotación de los recursos forestales distintos a la madera, que talar los árboles o dedicar el terreno a agricultura o ganadería. Véase Charles Peters y otros, "Valuation of an Amazonian Rainforest" en *Revista Nature*, vol. 339. Del 29/06/89.England.

que, aun cuando se tenga conocimiento que la capacidad productiva de determinadas zonas de la Región Amazónica se encuentra saturada y, por consiguiente, no está en aptitud material de incrementarse, ello no constituirá impedimento para que el Estado continúe promoviendo la migración andina hacia dichas zonas, debido a que el establecimiento de nuevos asentamientos humanos rurales no tiene como condición el incremento de la producción, sino simplemente el auto desarrollo sostenido⁵.

Se trata, en suma, de dos objetivos circunstancialmente relacionados pero no dependientes el uno del otro: por un lado, el desarrollo de la Región Amazónica, sustentado en el aumento de la producción y, de otro lado, la creación de nuevos asentamientos humanos rurales, con inmigrantes andinos. De acuerdo a la propia Ley, la saturación de uno no impide ni condiciona la continuación del otro.

Ha debido considerarse a la migración únicamente como un medio y no como un fin en sí misma. Así habría sido posible planificar y canalizar las masas migratorias en función del incremento progresivo de la producción, siendo incluso posible limitar y hasta detener las migraciones andinas a la Región Amazónica en los momentos en que no fuera posible incrementar la producción por saturación de la zona, falta de recursos económicos, infraestructura o cualquier otra circunstancia.

Por otro lado, el artículo 9 de la Ley dice que: "los colonos que participen en los Programas de Desarrollo Micro-Regionales de Asentamientos Rurales, podrán elegir libremente la actividad rural que planeen realizar en beneficio propio". De acuerdo a este precepto, los colonos que participen de los Programas mencionados tendrán la posibilidad material de elegir actividades rurales que no se encuentren contempladas en los planes de desarrollo integrales y micro-regionales, contradiciendo incluso los objetivos de producción que dichos planes puedan haber trazado en función de una adecuada planificación del desarrollo agrícola. Ciertamente, no es posible, dentro de estos parámetros liberales, planificar adecuadamente el desarrollo Micro-Regional de los asentamientos humanos ubicados en la Región Amazónica y menos el desarrollo integral de toda la Región Amazónica⁶.

De otro lado, el inciso a) del artículo 24 de la Ley establece que "todo colono calificado tiene derecho a

un lote de tierra previamente habilitado por la Dependencia Zonal del Sector Agricultura, la que además, indicará su uso más adecuado y su extensión". El legislador no ha previsto, y tal vez siquiera imaginado, el incuantificable costo que ha impuesto al Sector Agricultura con esta obligación. En la práctica, dicho Sector deberá habilitar absolutamente todas las parcelas que se entreguen a los colonos, cuyo número es, además, indeterminado y, desgraciadamente, indeterminable.

Lo más grave es que no se han establecido mecanismos o principios básicos de recuperación de esta inversión; no se impone al colono la obligación de reintegrar a mediano o a largo plazo, en dinero o en especie, la inversión que el Sector Agricultura realice en la habilitación de la tierra adjudicada.

A este respecto, debe tenerse también en cuenta que aún cuando se estableciera reglamentariamente la obligación del colono de reintegrar al Estado la inversión que éste realiza en su favor, su cumplimiento estaría condicionado a los volúmenes de producción que cada colono, individualmente considerado, lograra obtener en el ejercicio de su respectiva actividad. Resulta, sin embargo, que el colono no es el único responsable de los resultados que se esperan de su actividad productiva. El Estado también es corresponsable de estos resultados, pues la Ley lo obliga a otorgar créditos promocionales supervisados, a abastecer oportunamente de semillas seleccionadas y certificadas y a otorgar otros beneficios (artículo 24 incisos e, f y g). En otras palabras, si el Estado no cumple con proporcionar y brindar tales beneficios al colono, será responsabilidad de éste y no de aquél la falta de producción y, de consiguiente, la falta de recursos para reintegrar la costosa inversión realizada en la habilitación de las tierras.

Otro aspecto relacionado con el anterior es el de la rentabilidad que debiera exigirse al colono que resulta beneficiario de las prerrogativas y derechos establecidos en la Ley de Bases. No hemos encontrado en el articulado ninguna obligación relativa a los niveles de producción y rentabilidad que deben tener las unidades de producción establecidas al amparo de la Ley. No es lo mismo establecer la rentabilidad como objetivo, que la rentabilidad como obligación. En el primer caso, es obvio que toda actividad productiva destinada al incremento de la producción debe aspirar a ser rentable. Empero, la rentabilidad como obligación impone al beneficiario el deber de alcanzar nive-

5. "...Desde el año 1974, la colonización de Rondonia se ha convertido en el foco de atención migratoria del país. La población del Estado de Rondonia se dobló de 400,000 habitantes a 800,000 habitantes entre 1980 y 1984". Emilio F. Morán. Ob. Cit.; mientras tanto la deforestación pasó de 7,579 km² en 1980 a 58,000 km² en 1988, según los datos de las imágenes de satélite Landsat que registra Dennis J. Mahar, "Government Policies and Deforestation in Brazil's Amazon Region", **World Bank-World Wildlife Fund-The Conservation Foundation**. Washington, 1989. p.6.

6. Véase el caso del Palcazú, en "El Comercio", edición del 16 de setiembre de 1989. p. D-1

7. Recuérdese las constantes protestas de los campesinos y agricultores; véase "El Comercio" y "La República" entre el 15 y 19 de setiembre de 1989, donde se da cuenta de las negociaciones del Frente de Defensa de San Martín, quién protesta por la falta de apoyo del Estado y el incumplimiento de los compromisos previamente asumidos por éste.

les mínimos de producción que justifiquen la inversión realizada por el Estado y, de consiguiente, el derecho de conservar las prerrogativas alcanzadas al amparo de la Ley.

LA LEY Y LA CONSTITUCION

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Culturales y Políticos, en su artículo 1.2, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, en su artículo 1.2, reconocen y consagran el derecho de los pueblos a la libre determinación sobre sus recursos naturales; pero además, consagran el derecho de los ciudadanos de estos Estados de gozar de un nivel de vida cada día más elevado. Hasta aquí, el reconocimiento a la soberanía de los pueblos, pero también el señalamiento de su límite: el uso racional y sostenido de los recursos naturales, como único mecanismo capaz de lograr el desarrollo coherente y elevar la calidad de vida de los pueblos. En el ámbito de la Región Amazónica, resulta también de aplicación el Tratado de Cooperación Amazónica, el mismo que en su artículo IV señala "...el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales en su respectivo territorio es derecho inherente a la soberanía del Estado, y su ejercicio no tendrá otras restricciones que las que resulten del Derecho Internacional", es decir, justamente las restricciones que resultan de la aplicación de las normas contenidas en los Pactos Internacionales antes mencionados.

Por otro lado, la Constitución en su artículo 120, señala la necesidad de impulsar el desarrollo de la Amazonía, y regula la posibilidad de establecer regímenes especiales cuando así se requiera. Es evidente que el impulso al desarrollo amazónico, a través de un régimen especial, no puede desconocer el conjunto de normas que nuestro ordenamiento constitucional ha recogido sobre el particular. Así como no puede alterarse la estructura del Estado, la garantía de los derechos fundamentales, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional⁴; del mismo modo, pues, no se puede desconocer los artículos 119, 123, 159 inciso 4, 161, 162 y 163 de la Constitución que contienen disposiciones precisas sobre la Región Amazónica. Veamos que dicen estos artículos:

El artículo 119 de la Constitución señala la obligación de preservar los recursos naturales y fomentar su racional aprovechamiento, norma constitucional que pretende ser recogida en el artículo 48 de la Ley en cuestión.

El artículo 123 de la Constitución consagra el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecoló-

gicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, la preservación del paisaje y la naturaleza. Se busca reafirmar el derecho a la vida, y en especial a la calidad de vida, en una dimensión más avanzada y complementaria de la establecida en el inciso 15 del artículo 2 de nuestra Constitución; buscando el pleno desarrollo de la vida humana, pero sin oprimir y extinguir las demás formas de vida.

El artículo constitucional 159 inciso 4 señala que la Reforma Agraria, como instrumento de transformación que busca justicia y desarrollo en el campo, obliga al Estado a dictar las "normas especiales que cuidando el equilibrio ecológico requiere la Amazonía para el desarrollo de su potencial agrario". Esta disposición constitucional es la más directamente ignorada por la ley bajo estudio; por ejemplo en el caso de los artículos 24 y 29 de la Ley, que establecen el derecho de los colonos a un lote de tierra previamente habilitado, y el derecho de cada conscripto de acceder a un lote de tierra, el cual puede destinar a la actividad rural que desee.

Por su parte los artículos 161, 162 y 163 consagran el derecho de las comunidades sobre la propiedad y tenencia de sus tierras, así como la protección de su identidad cultural y de la organización tradicional de tales comunidades. La ley declara la protección de las comunidades; sin embargo, el promover la migración hacia la Amazonia, sin establecer los mecanismos que hagan realidad tal postulado, sólo acarreará litigios sobre las tierras de las comunidades nativas, elevará los niveles de mortalidad entre los pobladores nativos, causada por enfermedades exógenas, apropiación por terceros de los recursos tradicionalmente explotados por estos pobladores y muchos otros perjuicios señalados ya por especialistas en la materia⁵.

La Región Amazónica, por las características especiales de sus ecosistemas, requiere de un diagnóstico cuidadoso antes de pretender aplicar cualquier modelo de desarrollo. Existen varios Proyectos Especiales creados con el objeto de analizar y planificar el desarrollo de áreas específicas en la Amazonía. Más aún, diversas organizaciones no gubernamentales han resaltado la necesidad de un Plan de Desarrollo y Conservación de la región, pedido que se integra perfectamente dentro de la Estrategia Nacional de Conservación, la misma que está siendo elaborada por una comisión multisectorial especialmente designada por el Estado, con participación de los organismos privados y las organizaciones sociales de base.

3. Véase "Normas Internacionales sobre Derechos Humanos". Ob. Cit.

9. Anibal Quiroga, "El Modelo de la Constitución de 1979" en *La Constitución Diez Años Después*. Ibidem.

10. Informe del Ph.D. Antonio Brack Egg, "Comentarios a la Ley de Bases Para el Desarrollo Rural de la Amazonía (24994)", aún no publicado y la ponencia del mismo autor "Análisis de políticas y prácticas que inciden en la situación de la Amazonía" pronunciada en la Conferencia Internacional "Medio Ambiente y Relaciones Internacionales: La Amazonía", organizada por el Instituto de Polemología, los días 8 y 9 de junio de 1989, en Lima.

Posesión de buena fe y rescisión: Virtualidad de un conflicto*

Sergio Oquendo Heraud

Alumno de 9º Ciclo de la PUC. Jefe de prácticas del curso de Derechos Reales

El presente trabajo pretende esclarecer un virtual conflicto entre dos instituciones civiles -posesión de buena fe y rescisión- sobre todo respecto de la compra-venta de bien ajeno. Nos referimos, específicamente, a la percepción de frutos.

Las instituciones de los derechos reales tienen gran relevancia en el mundo jurídico, al punto que casi todos nuestros actos están vinculados finalmente a entregar o recibir bienes en propiedad, posesión o uso. En el ámbito del derecho obligacional la situación no es distinta; por el contrario, gran cantidad de figuras contractuales tienen algún derecho real subyacente.

Es así que en el derecho contractual se presentan determinadas instituciones reales -como la posesión de buena fe- que no se circunscriben a su terreno particular; sino que tienen preminencia y total vigor en cualquier punto del horizonte jurídico.

Empezaremos este artículo precisando los alcances conceptuales que están a la base de nuestro razonamiento jurídico, para que, a partir de allí, arribemos juntos al edificio de la conclusión propuesta.

1. POSESION DE BUENA FE.-

Como ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, la posesión puede ser legítima o ilegítima. **Grosso modo** podemos decir que la primera es la que se ajusta a derecho, en tanto que la segunda es la que se ejerce sin título alguno o cuando éste ha fenecido (art. 911 C.C.); así como la ejercida sin derecho. Esto es que se puede tener título válido pero ser poseedor ilegítimo, por el hecho de haberse obtenido la posesión de quien no tenía derecho a enajenar (hipótesis no contemplada en el art. 911 de nuestro Código Sustantivo, pero sí, por ejemplo, en el art. 2355 del Código de Vélez Sarsfield)¹.

Nos vemos obligados, en este extremo, a hacer una observación. El artículo 911 de nuestro Código define la "posesión precaria", cuando lo que alude es a la posesión ilegítima. Como sostiene Jorge Avendaño, el concepto de poseedor precario no tiene cabida en los regímenes posesorios inspirados en la doctrina de Rudolf von Ihering; puesto que la posesión precaria parecería referirse a la inmediata. Y en este tipo de regímenes posesorios, el poseedor inmediato -temporal en virtud de un título- es verdadero posee-

* Usamos la voz "virtual" en su tercera acepción, esto es, "que tiene existencia aparente y no real" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid, 1984.).

1. El párrafo que nos interesa del art. 2355 del C.C. Argentino dice que "la posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, **o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.**" (El subrayado es nuestro). (Código Civil de la República Argentina, Az Editora, Bs. As., 12a. edición, 1988).

A pesar que nuestro Código no ha acogido la hipótesis subrayada por nosotros en el texto del artículo del Código transcrito, para Jorge Avendaño una correcta interpretación del art. 906 del C.C., que nos informa acerca de la posesión ilegítima de buena fe y en el que se habla del "vicio que invalida su título", nos permitiría admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no sólo el vicio formal, sino también la falta de derecho del adquirente a la posesión (ver "Thémis", Núm. 4, 2da. época, 1986, p. 60).

dor; a diferencia de lo que ocurre en aquellos que siguen la teoría animista de Savigny. En suma, no puede haber precariedad a este respecto, sino ilegitimidad².

Volvamos a la posesión ilegítima o "injusta" como la denomina Manuel Albaladejo. Esta puede ser de buena o mala fe³. Es de buena fe cuando el poseedor cree equivocadamente en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título (art. 906 C.C.). Finalmente, la ley premia la buena fe: el poseedor de buena fe hace suyo los frutos que produzca el bien poseído, como nos lo informa el artículo 908 del Código peruano.

2. LA RESCISIÓN.-

La rescisión es una forma de ineficacia judicial del acto jurídico plurilateral que consiste en dejar sin efecto un contrato por causal existente, o anterior, al momento de celebrarlo (art. 1370 C.C.). La rescisión tiene efectos **ex tunc**, es decir, opera retroactivamente desde la celebración del contrato (art. 1372 C.C.).

Los efectos de esta ineficacia, asimismo, no funcionan respecto de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, para quienes la rescisión no altera en modo alguno el vigor legal de los mismos (salvo, claro está, que el tercero civil de buena fe del art. 1372 pretenda oponer su derecho a un tercero registral).

La rescisión es un remedio autónomo que confiere la ley para deshacer el vínculo originado a raíz de un contrato viciado. Sin embargo, las causas de rescindibilidad no son las de nulidad o anulabilidad, sino las que taxativamente señale la ley (como es el caso de compraventa de bien ajeno, que veremos luego). De otro lado, la rescisión requiere ser declarada judicialmente, y la sentencia rescisoria tiene efectos retroactivos⁴.

3. COMPRAVENTA DE BIEN AJENO.-

Gracias a haber acogido nuestro Código Sustantivo a la compraventa como un contrato de eficacia obligacional - 'traslativo de dominio' como equívocamente se lo califica también en Doctrina- se admite legalmente la posibilidad de contratar sobre bienes

ajenos. Ello pues, no transfiere derecho de propiedad alguno con el contrato de compraventa; sólo genera las recíprocas obligaciones de transferir la propiedad del bien (vendedor) y de pagar un precio en dinero (comprador).

No es nuestro propósito aquí tomar partido por la posición que sostiene que, para que exista compraventa de bien ajeno, el comprador debe desconocer siempre la ajenidad del bien; como tampoco por la que afirma que basta que una de las partes la desconozca. Lo cierto es que, sea como fuere, nos referimos únicamente al caso en que el comprador ignora por completo el carácter ajeno del bien que le fue vendido.

Como resultará evidente, el comprador de un bien ajeno (es decir, que no es del vendedor) que efectivamente lo recibe sin que el vendedor haya adquirido previamente la propiedad, es un poseedor ilegítimo; pues ha adquirido un derecho de quien no tenía facultades para otorgarlo (en este caso, la posesión). No será un 'poseedor precario' pero sí uno ilegítimo, a pesar de contar con un título perfectamente válido, entendiéndose por "título", para estos efectos, el negocio jurídico del cual se deriva una situación fáctica de posesión.

De lo dicho se sigue, en suma, que aquel comprador que nos interesa es el que reúne los requisitos para ser poseedor (ilegítimo) de buena fe.

4. RESCISIÓN DE LA COMPRAVENTA DE BIEN AJENO.-

Sólo si el comprador ignoraba la ajenidad del bien al momento de celebrar el contrato, está legalmente facultado para solicitar la rescisión del mismo (Art. 1539 CC).

Debe entenderse a la facultad que se le otorga al comprador ignorante como una suerte de derecho excepcional. Analicemos esta afirmación.

(a) El caso del error.- Para un sector de la Doctrina, lo que debería corresponder en rigor no es una acción rescisoria, sino una de anulabilidad por error⁵. En la compraventa de bien ajeno existiría **error dirimente o error vicio**, pues aquí lo que ocurre es que la voluntad real del comprador es "producto de una de-

2. Con relación a este punto ver Avendaño, Jorge, "La Posesión Ilegítima o Precaria". "Thémis", Núm. 4, 2da época, 1986, p. 62.

3. Aunque para Raymundo Salvat sea imposible, podría existir posesión legítima de mala fe; aunque, en este caso, es exacto que la creencia del poseedor en su presunta ilegitimidad no tendría relevancia jurídica alguna, como sostiene Albaladejo. (Materiales de Enseñanza de Derechos Reales, P.U.C.P., marzo de 1989).

4. Rescisión y Resolución. Exposición de Motivos del Código Civil Peruano de 1984. Diario Oficial "El Peruano", sábado 8 de abril de 1989.

5. En tal sentido se pronuncia Puig Brutau, para quien el problema debe resolverse de conformidad con las normas sobre error (ver Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, vol. II, pp. 147-148).

formación de la realidad, proveniente de un desconocimiento (ignorancia) o de un conocimiento defectuoso de las cosas, las personas o el derecho, o de la representación mental de una falsa realidad que ha sido determinante de la voluntad⁶.

Ello no obstante, el artículo 1539 C.C. da la facultad al comprador de solicitar la rescisión (el vendedor sí podría pedir la anulabilidad por error, pero sólo en el caso de haber ignorado también la ajenidad (suya) de la cosa). La *ratio* de la norma estaría, entonces, en la preferencia legal de darle esta posibilidad al comprador para que así pueda solicitar no sólo la restitución del precio, sino la indemnización por los daños y perjuicios efectivamente sufridos (art. 1541 C.C.). Como se sabe, la anulación del acto jurídico por error no da lugar a indemnización entre las partes (así nos lo informa el artículo 207 C.C.).

El vendedor de buena fe, en cambio, sólo podría accionar la anulabilidad, pero no la rescisión contractual. Esta solamente corresponde al comprador de buena fe y es consecuencia, para esta posición, de la garantía de evicción⁷ que pesa sobre el mismo. En suma, la diferencia en el tratamiento entre vendedor y comprador está en la garantía de evicción, como sostiene Wayar⁸.

(b) El caso de la resolución.- Esta es la posición del Dr. Edgardo Mosqueira, quien en un inteligente artículo publicado en "Thémis"⁹ rebate la posición anterior.

Según este criterio, tanto la anulabilidad por error como la rescisión son absolutamente improcedentes con relación a la compraventa de bien ajeno. Respecto de la anulabilidad, Mosqueira sostiene que la pertenencia de una cosa a cierta persona no puede ser reputada como un atributo especial de la cosa o la persona; puesto que tal propiedad no la diferencia de las otras cosas o personas de la misma especie. La titularidad, en suma, no sería más que una mera relación jurídica entre la persona y la cosa¹⁰.

En cuanto a la acción rescisoria, Mosqueira empieza definiendo a la rescisión como la acción tendiente a dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado que, sin embargo, produce un perjuicio espe-

cialmente injusto para una de las partes. En el caso de la compraventa de bien ajeno este perjuicio sería la posibilidad de incumplimiento del vendedor.

Ello no obstante, no existe, en estricto, un verdadero perjuicio -llamémosle "jurídico"- como afirma Mosqueira; habida cuenta que la carencia de la propiedad del bien vendido al momento de celebrar el contrato no afecta ni su validez, ni la posibilidad del cumplimiento de la obligación del vendedor.

En efecto, en el caso de bienes muebles, siempre es posible que el vendedor adquiriera el bien vendido y cumpla con la transferencia dentro del lapso existente entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa. Y en el caso de inmuebles, en donde basta el consentimiento para que en virtud de la ley opere la transferencia dominial, dicha transferencia no se producirá; pero lo único afectado será el efecto transmisivo dado a la obligación del vendedor. En este supuesto, sin embargo, nada obsta para que el vendedor adquiriera el bien vendido antes que el comprador decida terminar el contrato, con lo cual la propiedad pasaría al comprador.

Ahora bien, vistos estos argumentos, Mosqueira cuestiona la opción legislativa por la rescisión al afirmar que, en todo caso, este supuesto perjuicio para el comprador no es contemporáneo a la celebración del contrato, sino posterior; por lo que resulta improcedente la acción rescisoria. Ello pues, la no adquisición de la cosa por parte del comprador se produce recién en el momento en que éste exija el cumplimiento y el vendedor no lo haga. La causa del perjuicio, entonces, consiste en que el vendedor no haya llegado a adquirir la propiedad del bien ajeno al momento en que fue exigido para el cumplimiento de su obligación y no haya podido, en consecuencia, realizar la transferencia de dominio.

Ergo, la causa es sobreviniente al contrato, por lo que lo procedente sería una acción resolutoria por incumplimiento (arts. 1428 ó 1429 del C.C.)¹¹.

Si bien adscribimos la posición reseñada, consideramos que si bien no existe un perjuicio "jurídico", si existe uno llamémosle "material". Y por ello nos parece rescatable la opinión de Wayar respecto de la garantía de evicción.

6. BETTY, Emilio, citado por LOHMANN L. de T., J. Guillermo; El Negocio Jurídico, Ed. Librería Studium, Lima, 1986.

7. Entendida la evicción *latu sensu*: no sólo la privación real del derecho de propiedad por resolución judicial firme, sino también la mera amenaza.

8. WAYAR, Ernesto, Compraventa y Permuta, Bs. As., 1984, p. 215.

9. MOSQUEIRA, Edgardo, La Venta del Bien Ajeno en el Código Civil Peruano. En "Thémis", Núm. 8, 2da época, 1987, Lima, p.p. 74-81.

10. Ibid. p.p. 75-76.

11. Para mayor profundización en la tesis de Mosqueira anotada ver Ibid. p. 78 y ss.

Hechas estas precisiones, nos interesa pues resaltar la característica excepcional del 'derecho' otorgado al comprador ignorante de la ajenidad del bien; es decir, al comprador de buena fe. La hipótesis de nuestro trabajo, como ya se habrá observado, es que a pesar de no haber obtenido el vendedor la propiedad del bien ajeno vendido, lo entregue al comprador; con lo cual éste resulta ser un poseedor ilegítimo de buena fe.

5. BIENES MUEBLES, INMUEBLES E INSCRIPCIÓN.-

La ignorancia del comprador sólo podría ocurrir con relación a bienes muebles no inscribibles o, muy eventualmente, a bienes inscribibles -muebles o inmuebles- no inscritos.

En el caso de los muebles, la acción rescisoria que establece el artículo 1539 del C.C. entraría en un virtual conflicto con el artículo 948, que nos informa acerca de la adquisición a **non domino** realizada a instancias de un enajente no propietario ("depositario infiel"). En tal supuesto, no prosperaría una eventual acción reivindicatoria de parte del verdadero propietario, salvo que se tratase de bienes perdidos o adquiridos con infracción de la ley penal.

Ciertamente, el art. 948 estaría dándole efectos de una compraventa simple a la de bien mobiliario ajeno; la compraventa, en suma, ya estaría consumada: al haberse producido transferencia de propiedad, el bien ya no podría ser reivindicado por quien dejó de ser su dueño. Ello haría prácticamente inútil la acción rescisoria.

La solución del **impasse**, sin embargo, está más en la apariencia de éste que en su realidad; en puridad de verdad, no existe problema alguno. El art. 948 no constituye norma imperativa; prescribe tan sólo un derecho al que se puede renunciar y pedir, en consecuencia, la rescisión del 1539. Las razones de dicha renuncia al ejercicio del derecho preceptuado son extrajurídicas y pueden fundarse en criterios puramente axiológicos o éticos, pero no por ello deben estar desamparadas jurídicamente. Después de todo, el fundamento del art. 948 está por el lado de la presunción de propiedad que acarrea la posesión de bienes muebles, en la imposibilidad de separar en ellos lo posesorio del petitorio, así como de dar seguridad jurídica al tráfico¹²; y no en criterios de justicia.

El segundo caso es el de los muebles registrables e inmuebles. Sólo podría presentarse ignorancia

jurídicamente oponible por parte del comprador en el caso de no existir registros públicos en tal localidad, o que existiendo, el bien no esté efectivamente matriculado. De no ocurrir esto y de estar inscrito el bien, operaría con plena vigencia la presunción **jure et de jure** del art. 2012; por consiguiente, si todos conocemos el contenido de las inscripciones, es imposible que se alegue su desconocimiento y, por tanto, la ignorancia de la ajenidad del bien de parte del comprador (o, según algunos, la existencia misma de la compraventa de bien ajeno. Recuérdese cuando comentábamos la posición por la que sólo se acepta la existencia de este tipo de compraventa cuando el comprador desconoce la ajenidad, sin que importe cuál es la creencia del vendedor).

6. EL POSEEDOR DE BUENA FE EN LA RESCISIÓN DE LA COMPRAVENTA DE BIEN AJENO: VIRTUALIDAD DE UN CONFLICTO.-

Como viéramos oportunamente, la rescisión opera retroactivamente. De otro lado, el comprador que recibe el bien sin que el vendedor haya obtenido previamente su propiedad es un poseedor de buena fe (siempre que desconozca la ajenidad, claro está); y, en tal virtud, hace suyo los frutos. He aquí el conflicto aparente.

Por efecto de la rescisión de la figura contractual comentada, las partes no sólo deben restituirse recíprocamente las prestaciones, esto es, volver las cosas al estado anterior a la contratación; sino -para algunos- el comprador deberá devolver los frutos percibidos.

Consideramos que el caso de los frutos funciona como una excepción a la retroactividad general que consagra la rescisión. En primer término, porque al ser nuestro comprador un poseedor de buena fe hace suyo los frutos, por expreso mandato del artículo 908, cuya vigencia no se ve enervada por la rescisión. Claro está, mientras se mantuviera el comprador en estado de ignorancia; pues, caso contrario, dejaría de estar amparado por la buena fe, ahora inexistente. La pérdida de esta calidad podría acaecer, por ejemplo, desde la recepción de la carta notarial enviada por el legítimo propietario, o desde la notificación con la demanda de una eventual acción reivindicatoria.

Pero este fundamento, suficiente por sí mismo, no es el único atendible. Como viéramos en su momento, la rescisión a la que faculta el 1539 es un derecho excepcional; y, en tal sentido, sería un despropósito pensar que la ley esté otorgando un derecho que lleva en su seno el motivo de su impracticabilidad.

12. Cosa que se logra de manera relativa. En efecto, al contemplar el artículo 948 las excepciones de los bienes perdidos y los robados, configuran una adquisición a **non domino** imperfecta, a diferencia de la del artículo 1542, que sí sería un seguro perfecto para el adquirente. Esta "imperfeción" del 948 incentiva transacciones ineficientes pues, al mantener subsistente un riesgo importante sobre el bien, su precio disminuirá. Al no eliminarse el riesgo por completo, la aversión a éste que profesan los individuos genera una externalidad que redundará en un nivel de ineficiencia en el mercado.

Efectivamente, tal hipótesis se verificaría en el supuesto que el comprador-poseedor haya percibido frutos por una suma considerable y que no pudiese ejercitar luego su derecho, al enterarse de la ajenidad, por no disponer de la cantidad necesaria para resarcir el valor de los frutos consumidos.

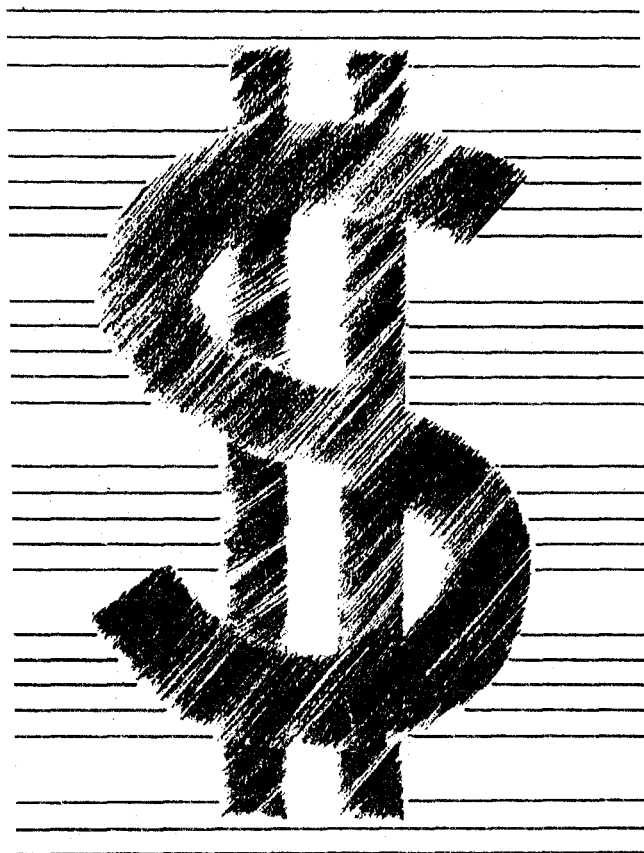
Un tercer argumento en abono de nuestra tesis está en la naturaleza intrínseca de los frutos. Como provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia (890 CC), los frutos son esencialmente **consumibles**. Es decir, su destino normal es el de ser consumidos, con prescindencia que efectivamente ocurra esta situación. El clásico ejemplo del árbol y la manzana así nos lo ha ilustrado siempre.

En consecuencia, si los frutos son para ser consumidos, mayor razón aún para que el poseedor de buena fe los haga suyos y no se encuentre, mientras mantenga esa condición, en la eventualidad de tener que devolverlos.

De otro lado, concebir que el comprador debe devolver los frutos al propietario, los que luego le serían resarcidos a aquél por el vendedor vía indemnización, es una solución alambicada. En todo caso, será el vendedor quien deberá indemnizar al verdadero propietario por todos los perjuicios ocasionados (además, claro está, de al comprador); dentro de los cuales estarán los frutos que hubiere percibido el comprador-poseedor mientras mantuvo su buena fe (incluso el vendedor tendría que resarcir al propietario por el bien mismo, en caso de haber dejado de serlo por la adquisición a **non domino** por parte del comprador).

Por último, debemos decir algo que resulta obvio: toda la problemática descrita no se presentaría de no habersele otorgado al comprador la facultad de rescindir la compraventa de bien ajeno. En efecto, de haber operado la resolución, no existiría incomodidad conceptual alguna para aplicar el principio según el cual el poseedor de buena fe hace suyo los frutos¹³.

13. Al haber variado nuestro Código, con relación al de 1936, el tratamiento sobre la anulabilidad, la cual hoy en día, una vez declarada, tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del acto jurídico; la anulabilidad también hubiere podido presentar problemas respecto de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe a raíz del acto declarado nulo.



El ritmo en Ahorro - Dólares lo marca el Latino



Sus ahorros en dólares ganan más dólares en el Latino, el banco que siempre marca el ritmo de los intereses pagando la tasa más alta. Además, usted tiene una red de cajeros automáticos, interconectada a nivel nacional, donde puede comprar y vender dólares, transferirlos de una cuenta a otra o retirar sus dólares en efectivo. Es decir, una red de "ventanillas electrónicas" que atiende sus Ahorros-Dólares las 24 horas.

 **Banco Latino**
Donde usted exige.

Punta • Chucuito • Tumbes • Chiclayo • Lima • El Callao • Ica • Arequipa

Los decretos de urgencia: Intentos de regulación legislativa (*)

Yuri Godoy Palomino

Egresado PUC, Jefe de Prácticas del Curso de Derecho Laboral.

Con este trabajo no pretendemos introducirnos en una discusión sobre esta materia, la cual consideramos suficientemente tratada, salvo en algunos puntos sobre los cuales intentaremos manifestar una opinión. Nos interesa más bien efectuar un análisis comparativo de cuatro proyectos de ley^(*), elaborados con la intención de darle un cauce ordenado a la utilización de los decretos de urgencia, a fin de estructurar luego el contenido mínimo que debería estar presente, a nuestro criterio, en una ley que pretenda regular el uso de estas medidas extraordinarias.

Estos proyectos son los presentados al Congreso por el Senador Enrique Bernales, en abril de 1986 (Proyecto Bernales, en adelante); por los Diputados Enrique Elías Laroza, Celso Sotomayor Chávez y Alberto Borea Odría, en abril de 1987 (Proyecto Elías); por el Diputado Joffré Fernández Valdivieso en setiembre de 1988, (Proyecto Fernández); y recientemente el elaborado por el Instituto Libertad y Democracia -ILD (Proyecto ILD). Es necesario destacar que tanto el proyecto del Senador Bernales como del Instituto Libertad y Democracia son proyectos que no solamente regulan esta materia. Así el Proyecto Bernales intenta precisar los alcances de la dación de cuenta al Congreso, que la Constitución dispone en varios de sus artículos; quizá sea éste el motivo de su rigurosidad en el tratamiento específico del artículo 211 inciso 20 de la Constitución. Por su parte el proyecto ILD lo hace dentro del Anteproyecto de Ley de democratización de las decisiones de gobierno, re-

cientemente puesto a consideración a través de su publicación en el Diario Oficial El Peruano el 28 de febrero de 1990.

De los proyectos presentados en su oportunidad al Congreso, lamentablemente no tenemos conocimiento sobre el destino de ellos, mas independientemente de ello hemos considerado interesante tomarlos en cuenta, por los tratamientos diferentes que contienen sobre el tema.

I. EL PROBLEMA

La Constitución Peruana de 1979 determina en el inciso 20 del artículo 211, la posibilidad de que el Presidente de la República dicte medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. Sin embargo, la configuración de esta potestad en la Constitución resulta peligrosamente confusa, "no sólo por lo reciente de su adopción sino, sobre todo, por la forma realmente defectuosa y asistemática con que esta institución ha sido regulada".

Es precisamente que a raíz de esta deficiencia que el Poder Ejecutivo ha hecho uso excesivo de esta medida, muchas veces violando el contenido constitucional, amparado en la obsecuencia del Congreso y de los Organos encargados de velar por la vigencia de la Constitución². Esto ha permitido que se realizaran diversos estudios tendientes a delimitar el conte-

(*) Quisieramos expresar nuestro reconocimiento al Dr. Jorge Danós. Gracias a él se pudo efectuar este artículo.

(**) Los llamaremos así aunque en estricto a uno de ellos no le corresponda dicha denominación.

1. EGUIGUREN, Francisco. "Funciones Legislativa del Ejecutivo". En **la Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Lima. Cultural Cuzco Editores, 1987. pag. 435.
2. Sobre la posibilidad de que los Decretos de Urgencia sean sometidos a control jurisdiccional no existe opinión unánime. Sin embargo, consideramos que si bien es cierto la oportunidad o conveniencia de la medida no puede ser revisable, pues ello queda sujeto a la discreción presidencial, es necesario y posible que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre el acatamiento de los requisitos constitucionales para que se den estas medidas.

nido de lo dispuesto en la Constitución y la elaboración de diferentes proyectos de ley que tratan de concretar positivamente la necesidad de "adoptar medidas que propicien el uso racional, ponderado y mesurado de esta importante y necesaria atribución legislativa del ejecutivo, a fin de evitar la prosecución de prácticas inconvenientes y poco responsables que vienen afectando la seguridad jurídica, la estructura del ordenamiento de nuestro sistema normativo y diversos principios fundamentales de la Constitución"^{3 4}.

II. LOS INTENTOS DE SOLUCION DEL PROBLEMA

Los proyectos de ley mencionados anteriormente si bien es cierto pretenden delimitar los alcances del artículo 211 inciso 20 de la Constitución, manifiestan tratamientos y perspectivas diferentes. Por este motivo es conveniente efectuar a continuación una descripción comparativa de los mismos, teniendo en cuenta los elementos que se desprenden del contenido del dispositivo en estudio como de los proyectos mismos, en cuanto a sus aspectos comunes más relevantes. Así se tomará en cuenta para esta comparación la definición, naturaleza jurídica y temporalidad de las medidas; delimitación de la materia económica y financiera; y el contenido del dar cuenta al Congreso, su procedimiento (cómo dar cuenta) y los efectos que supone.

En vista que los proyectos denominan a estas medidas extraordinarias de diferente manera, a lo largo del trabajo utilizaremos indistintamente aquellas denominaciones.

A. Cuadro comparativo

1. Definición de la medida extraordinaria

Proyecto Bernaldes	No menciona nada al respecto
Proyecto Elías	No menciona nada al respecto
Proyecto Fernández	Son Decretos Presidenciales de Urgencia los dictados por el Presidente de la República

para dar curso a medidas provisionales que urgen al interés nacional, en materia económica y financiera cuando las circunstancias y necesidad impidan el conocimiento, regulación, control y competencia oportunas del Congreso.

Proyecto
ILD

Se entiende por medidas extraordinarias a aquellas que surgen como consecuencia de necesidades súbitas y recientes o circunstancias imprevistas o imprevisibles que afecten o puedan afectar gravemente a los ciudadanos o su patrimonio.

2. Naturaleza jurídica de la medida extraordinaria

Proyecto
Bernaldes

No señala expresamente nada al respecto

Proyecto
Elías

No señala expresamente nada al respecto

Proyecto
Fernández

Señala expresamente que tienen fuerza y eficacia de ley

Proyecto
ILD

No señala expresamente nada al respecto

3. Temporalidad de la medida extraordinaria

Proyecto
Bernaldes

No señala nada al respecto

Proyecto
Elías

- En ningún caso que no sea el de la aprobación del Congreso la medida no podrá tener una vigencia mayor de 45 días.

3. EGUIGUREN, Francisco. "El control parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Art. 211 inciso 20 de la Constitución". En **THEMIS Revista de Derecho**. Segunda época N° 6. 1987. pag 46.

4. En este sentido, los considerandos de los proyectos determinan por ejemplo "que la práctica de dictar medidas extraordinarias al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, sin la correcta delimitación del alcance de las mismas y mediante simples Decretos Supremos, comporta el riesgo de su abuso y de que el Poder Ejecutivo se sustituya en la función que es propia del Poder Legislativo al excederse aquel en sus atribuciones" (Proyecto Fernández). "Que, este dispositivo se ha utilizado abusivamente por el Poder Ejecutivo, con grave riesgo del sistema de separación de poderes, lo que puede llevar de continuar con esta corruptela- con la desaparición del sistema" (Proyecto Elías). "Que la 'Dación de Cuenta' no es un simple acto de carácter estadístico sino que expresa la necesidad de ejercer, mediante la intervención del Congreso, los actos de control legislativos que sean necesarios, para el estricto mantenimiento del orden jurídico constitucional y de la democracia" (Proyecto Bernaldes).

- Si el Congreso aprueba la medida tendrá una vigencia máxima de 120 días improrrogables.

Proyecto
Fernández No puede exceder el período correspondiente a un año fiscal, salvo que su prórroga sea aprobada o su texto convalidado por el Congreso

Proyecto
ILD Sin necesidad de que así lo establezcan, tienen una vigencia máxima de 6 meses prorrogables si subsisten las causales que determinaron su vigencia y si el Congreso no les confiere formalmente fuerza de ley⁵.

4. Delimitación de la materia económica y financiera

Proyecto
Bernaes No señala nada al respecto.

Proyecto
Elías Las medidas extraordinarias están referidas exclusivamente a las materias económica y financiera.

Proyecto
Fernández Los Decretos Presidenciales de Urgencia regulan materias de naturaleza económica o financiera. Son nulas aquellas que regulen materias relativas a los derechos fundamentales de la persona, el estatuto e independencia de los órganos del Estado, los privilegios y prerrogativas parlamentarias, la ley electoral, o los regímenes que afectan a los Partidos Políticos y al de la organización, atribuciones y administración de los Gobiernos Regionales o Locales.

Proyecto
ILD No pueden normar sobre materias que no sean económicas o financieras.

5. Cómo dar cuenta al Congreso

5. En una de las Audiencias Públicas convocadas por el ILD para la discusión del Anteproyecto de Ley de Democratización de las Decisiones de Gobierno, uno de los participantes en la elaboración del mismo dijo que la frase entre comillas, debía ser sustituida por otra que determine la vigencia de la medida más allá de los 6 meses si el Congreso les confiriese vigencia permanente.

Proyecto
Bernaes

No determina ningún procedimiento especial.

Proyecto
Elías

Publicado el Decreto Supremo que contiene la medida extraordinaria, se remite al Congreso dentro de 24 horas, conjuntamente con una exposición de motivos sobre el interés nacional invocado para su expedición.

Proyecto
Fernández

Dentro de las 24 horas posteriores a su promulgación el Presidente de la República debe remitir, para su revisión y control, al Congreso o a la Comisión Permanente según sea el caso, la copia del texto original, además el expediente que contenga los antecedentes de las medidas de urgencia adoptadas e, in extenso, la exposición de las razones de hecho y criterios técnicos y legales que los motivan.

Proyecto
ILD

En un plazo no mayor de 3 días luego de su publicación el Poder Ejecutivo debe enviar un documento explicativo en torno a la extraordinariedad de la medida, de su naturaleza económica financiera, de la urgencia y necesidad de las medidas y del interés nacional involucrado.

6. Efectos del dar cuenta al Congreso

Proyecto
Bernaes

- Si el Congreso establece que dichas medidas se refieren a materias que deben ser tratadas en leyes, las remitirá a la Cámara de Diputados para iniciar el procedimiento legislativo como iniciativa del Ejecutivo a fin de declarar su conformidad.
- Las medidas quedan en suspenso hasta su aprobación por el Congreso.

**Proyecto
Elías**

- Luego de recibido el Decreto se convoca a reunión del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de 72 horas.

- Se nombra una Comisión Bicameral Paritaria y Multipartidaria de 10 miembros para que dictamine sobre su respaldo o derogatoria inmediata en el plazo improrrogable de 7 días.

- Al octavo día se reúne el Congreso para discutir exclusivamente, con o sin dictamen de la Comisión, la invocación del interés nacional alegado y la conveniencia de la medida.

- Si el Congreso aprueba la medida tendrá una vigencia máxima de 120 días. Si no la aprueba deja de tener vigencia inmediatamente.

**Proyecto
Fernández**

- El Presidente del Congreso o de la Comisión Permanente remite a la Cámara de Diputados la comunicación para que inicie su revisión y se pronuncie sobre la indemnidad del Gobierno.

- Si el proceso de revisión no culmina dentro de la legislatura ordinaria o el Decreto se promulgó cuando se encuentra el Congreso en receso, el Presidente de la República debe convocar a legislatura extraordinaria a solicitud del número reglamentario de parlamentarios.

- El proceso de revisión puede concluir en una ley de convalidación, prórroga o derogación, total o parcial, del Decreto. La convalidación puede ser expresa o presunta (si el Congreso no se pronuncia en el transcurso de 60 días) y tiene como efecto elevar al Decreto a la categoría de ley formal. La prórroga tiene como efecto extender la vigencia del decreto hasta un año fiscal adicional, a menos que se determine una vigencia inferior. La pró-

rroga puede ser renovada a solicitud del Presidente de la República. La Ley que aprueba la derogación tienen efectos a partir del día siguiente de su publicación.

- El Congreso debe regular los efectos de las relaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de los decretos que quedaron sin convalidar o prorrogar, o que fuesen derogados.

**Proyecto
ILD**

El Presidente del Congreso iniciará el proceso en su Cámara confiriéndole el trámite preferente que determina la Constitución para los proyectos del Ejecutivo.

B. Dos tendencias normativas

Luego de la comparación efectuada se puede señalar que los proyectos si bien se elaboran con la finalidad de darle un cauce ordenado y sistemático a la dación de los decretos de urgencia, difieren en diversos aspectos, mas nos interesa resaltar en esta parte, el tratamiento dado al posterior control parlamentario de la constitucionalidad de la medida. Creemos que este aspecto resulta de mayor importancia toda vez que el motivo, en unos expreso y en otros implícito, para la elaboración de los proyectos radica en la necesidad de encontrar un límite al uso de estas medidas a través del control parlamentario.

En efecto, los proyectos consideran que el dar cuenta al Congreso no puede significar simplemente un mero informe sobre la promulgación de la medida extraordinaria. Por el contrario el articulado de los mismos tiende a que el Congreso conozca y se pronuncie al respecto. Sin embargo esta intención se traduce normativamente de diferente manera en los proyectos. Es así que se puede afirmar que estamos frente a dos tendencias definidas. Una que sólo determina que debe existir un pronunciamiento del Congreso sin señalar ningún procedimiento especial, al cual se le podría llamar control parlamentario normal, y otro que busca un pronunciamiento inmediato a través de un procedimiento breve y riguroso, al cual se le podría llamar control parlamentario especial.

Es necesario resaltar que aún dentro de cada posición se puede encontrar alguna diferencias, las cuales se señalarán más adelante.

a. Control parlamentario normal

Esta posición es asumida por los proyectos Bernal, Fernández e ILD. Ellos determinan

que el control parlamentario debe realizarse siguiendo el procedimiento constitucional de formación de leyes y sin ningún plazo para el pronunciamiento respectivo, salvo el caso del proyecto Fernández que plantea la convalidación presunta si es que el Parlamento no emite una opinión en el plazo de 60 días luego de recibida la comunicación de la promulgación del decreto de urgencia.

De los tres proyectos mencionados anteriormente, el del ILD no determina expresamente la revisión parlamentaria de las medidas extraordinarias, sin embargo de su texto puede deducirse que el Congreso puede hacerlo. El temperamento del proyecto en este aspecto, según los participantes en su elaboración, guarda coherencia con el tratamiento constitucional sobre la materia, pues la norma fundamental no ha previsto ningún procedimiento ni busca un control del Congreso.

b. Control parlamentario especial

Es el proyecto Elías el que manifiesta esta posición determinando un procedimiento especialísimo: El Congreso nombra una Comisión Bicameral paritaria y multipartidaria para que en un plazo de 7 días se pronuncie sobre el respaldo o la derogación del decreto de urgencia. El Congreso al octavo día, con dictamen o sin él debe manifestar una opinión sobre la medida.

Como se podrá notar inmediatamente, el Congreso debe necesariamente dar una opinión, pues no existe en el proyecto ninguna regulación respecto a la falta de pronunciamiento dentro del plazo fijado, tal como lo hace el proyecto Fernández al determinar la convalidación presunta.

Finalmente es necesario mencionar en esta parte, por su relevancia, que el proyecto Fernández regula, además del control parlamentario, una 'acción especial de inconstitucionalización' la cual podrá interponerse ante la Corte Suprema de Justicia a fin de que se deje sin vigencia los decretos de urgencia.

Este Procedimiento puede interponerse contra la totalidad o parte del decreto desde el momento de su publicación y hasta un plazo no mayor de 30 días, independientemente de si el Congreso esté avocado al conocimiento del decreto o ya se haya pronunciado sobre el mismo.⁶

C. Análisis crítico de los proyectos

Para efectuar este análisis hemos creído conveniente señalar, en relación a los diferentes aspectos contenidos en el dispositivo constitucional, proposiciones sustentadas en la opinión mayoritaria de los estudiosos de la materia, y a partir de ellas efectuar luego breves observaciones a los proyectos. En aquellos casos donde exista opiniones divergentes, intentaremos justificar la adopción de una determinada posición.

a. Se trata de una atribución legislativa extraordinaria que se sustenta en situaciones de especial urgencia o necesidad que deben ser reguladas inmediatamente en resguardo del interés nacional⁷

- Sobre este punto los proyectos Fernández e ILD señalan claramente que estas medidas extraordinarias pueden ser dictadas sólo cuando las circunstancias lo ameriten.

El Proyecto Fernández, estimamos que adecuadamente, precisa que los decretos de urgencia se dan frente a situaciones que impidan que el Parlamento legisle oportunamente.

Por su parte el proyecto ILD regula este aspecto de manera restrictiva (ver el punto 1 del cuadro comparativo). Este tratamiento creemos que no es conveniente pues podría entorpecer la vigencia de esta necesaria facultad presidencial. En efecto, la situación que habilita al Presidente de la República a dictar estas medidas es la existencia de una situación que requiere una solución inmediata, independientemente de si ella fue previsible o no o de otras consideraciones. Además, si partimos del supuesto de que la calificación de la situación extraordinaria habilitante está sujeta a la

6. Los siguientes artículos nos dan una idea al respecto: Art.20. "La convalidación, expresa o presunta, y la prórroga, totales o parciales, no alteran la naturaleza, efectos ni jerarquía de los Decretos Presidenciales de Urgencia para efectos de la incoación, admisibilidad, procedencia y sustento de la acción de inconstitucionalización, o la competencia de la Corte Suprema para conocer o resolver sobre ésta, a que se refiere el artículo 22° de la presente ley". Art.24°. La acción Especial de Inconstitucionalización debe presentarse dentro del término de 30 días de la publicación del Decreto Presidencial de Urgencia. Su presentación ni trámite ante el Poder Judicial impiden la revisión que del mismo decreto efectúa el Congreso. Vencido el plazo caduca la acción, sin perjuicio de la inaplicación del Decreto que podrá deducir quién sea afectado por éste de conformidad con los Arts. 87° y 236° de la Constitución Política."

7. Hay posiciones que plantean que esta facultad legislativa sólo puede ejercitarse cuando no está en funcionamiento una legislatura ordinaria o extraordinaria. Ver. HERNANDEZ, Luis. "El principio de Legalidad y las medidas extraordinarias que se pueden dictar mediante Decreto Supremo en materia Económica y Financiera" en *Cuadernos Tributarios*. Revista de la Asociación Fiscal Internacional. N° 1, año 1, pag 15. MEDRANO, Humberto. "Acerca del principio de legalidad en el Derecho Tributario Peruano" en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. N° 12 p.8

discreción presidencial, no sería adecuado entonces, determinar márgenes que restrinjan dicha decisión. En todo caso, la evaluación de la presencia de la circunstancia alegada por el Presidente de la República queda a cargo del Congreso en cada caso.

- Por su parte el proyecto Elías, en un tratamiento no presente en los demás proyectos, señala en su artículo 9° que los asuntos sobre los que existen proyectos de ley en el Congreso no podrán ser regulados a través de los decretos de urgencia. Consideramos que esto va contra la naturaleza misma de estos decretos, pues es a través de ellos que el Presidente de la República afronta situaciones de urgencia frente a la imposibilidad de una regulación oportuna del Congreso. Este tipo de condicionamiento no es aceptable mucho más si nuestra práctica parlamentaria ha demostrado ser lenta.

La misma observación es válida para el proyecto Bernalles, cuando en la parte final de su artículo 5° se indica que las medidas extraordinarias sometidas al tratamiento de control quedan en suspenso hasta su aprobación por el Congreso. Esto resulta peligroso. Si entendemos que estos decretos son producto de la necesidad de determinar remedios inmediatos frente a situaciones excepcionales, no podría coherentemente luego fijarse su no vigencia mientras el Congreso los revise, con el agravante de hacerlo a través de un procedimiento por sí mismo lento y sin ninguna limitación temporal.

b. Los decretos de urgencia son normas con fuerza de ley

Observaciones críticas

El proyecto Bernalles sobre este punto a diferencia de los demás proyectos da a entender que estas medidas pueden tener fuerza de ley sólo en aquellos casos donde se establezca que ellas se refieren a materias que deben ser tratadas en leyes. Esto quiere decir que pueden existir medidas extraordinarias que no regulen materias reservadas a ley. Creemos que esta posición no es correcta. Si el Poder Ejecutivo requiriera regular materias no reser-

vadas a ley bastaría que lo hiciera a través de sus normas naturales, por lo tanto recurrir a la atribución legislativa dispuesta en el inc. 20 del art. 211 de la Constitución, resultaría simplemente innecesario⁸.

- Tanto el proyecto Elías como el proyecto ILD no hace mención expresa de la naturaleza jurídica de las medidas extraordinarias, sin embargo de sus textos puede desprenderse claramente que ellas tienen fuerza de ley. Tal es así, en el caso del proyecto ILD, que en una de las Audiencias mencionadas anteriormente, uno de los participantes en la elaboración del proyecto señaló que se determinaría expresamente en su texto que tales medidas tienen fuerza de ley.
- Finalmente el proyecto Fernández declara expresamente que los decretos de urgencia tienen fuerza y eficacia de ley. No obstante ello, el proyecto regula además del procedimiento de revisión parlamentario, una acción especial de inconstitucionalización, ya mencionada anteriormente. Asumiendo íntegramente lo manifestado por el Centro de Estudios Constitucionales Lima-Perú⁹, creemos que este tratamiento desborda los márgenes constitucionales pues, dado que los Decretos Presidenciales de Urgencia tienen fuerza de ley, el control de su constitucionalidad debe estar reservado al Tribunal de Garantías Constitucionales, a través de la acción de inconstitucionalidad.

c. Los decretos de urgencia deben regular únicamente sobre materia económica y financiera

La creciente utilización de estas medidas extraordinarias ha evidenciado que los excesos que se presentan están vinculados con la inclusión de temas que no guardan relación con el requerimiento constitucional de regulación de materia económica y financiera. Desde este punto de vista, resulta de vital importancia que exista mayor precisión en cuanto al tratamiento sobre este aspecto, acorde con la excepcionalidad de las medidas extraordinarias que requieren de una interpretación restrictiva. Al respecto los estudiosos de la materia han señalado que estas medidas "deben tener contenido e incidencia directa en el ámbito económico o financiero"¹⁰, que "el

8. Sobre este punto ver por ejemplo CARDENAS, Carlos. "Los Decretos con Fuerza de Ley" en **THEMIS Revista de Derecho**. Segunda Epoca No. 6. 1987 pag. 39-40. EGUIGUREN, Francisco. "Los Decretos de Necesidad y Urgencia en relación a la atribución presidencial de dictar medidas extraordinarias contenida en el inc. 20 del art. 211 de la Constitución" en **DERECHO Revista de la Facultad de Derecho de la PUC**. No. 40. pg. 180-184.

9. "Recomendaciones al Proyecto elaborado por el Diputado Doctor Joffré Fernández Valdivieso para la reglamentación de las medidas extraordinarias a que se refiere el inc. 20 del art. 211 de la Constitución Política del Perú" Octubre de 1989. Documento no editado.

10. EGUIGUREN, Francisco. Funciones legislativas. pag. 446..

asunto debe ser de carácter económico y financiero con implicancias en cualquier otro sector, y no a la inversa"¹¹. Sin embargo a pesar de las precisiones efectuadas no resulta del todo claro cuáles son los aspectos que se encuentran dentro de lo que la Constitución señala como materia económica y financiera.

Con la intención de determinar cuáles son esos aspectos el Centro de Estudios Constitucionales Lima-Perú, señala en el documento mencionado anteriormente, que es "necesario diferenciar el alcance de las atribuciones concedidas en los arts. 132 y 211 inc. 20 de la Constitución, pues ambas se refieren a situaciones extraordinarias o de emergencia con implicancias regulatorias en materia económica". Se precisa luego, que en vista de la ubicación del art. 132 en el capítulo 'De la Empresa', dentro del título denominado 'Del Régimen Económico', el Estado puede dictar, a través de un Decreto o Ley, "medidas extraordinarias y transitorias destinadas a afrontar situaciones de grave crisis o distorsiones que comprometen el desenvolvimiento de la actividad económica", tendientes "a corregir situaciones anómalas tales como: monopolio, oligopolio, acaparamiento y desabastecimiento de productos, crisis de un sector económico".

Por otro lado se expresa que la atribución presidencial fijada en el inc. 20 del art. 211 de la Constitución por su ubicación debe estar referida a la administración de la Hacienda Pública, lo cual supone relacionar esta facultad con el capítulo denominado 'De la Hacienda Pública', comprendido en el título 'Del Régimen Económico' de la Constitución. En este sentido, se señala que los aspectos que podrían regularse a través de los decretos de urgencia serían aquellos que "involucren aspectos propios de la Hacienda y las Finanzas Públicas", tales como tributación, endeudamiento (interno y externo), modificaciones a la Ley Anual de Presupuesto y contratación con fondos públicos¹².

Precisada de esta manera los aspectos que están involucrados dentro de lo que es materia económica y financiera, se plantea luego que sería conveniente que se "señale expresamente qué aspectos están comprendidos

dentro del ámbito material económico y financiero a que tienen que restringirse los Decretos Presidenciales de Urgencia".

Siguiendo plenamente esta delimitación se debe afirmar, como consecuencia, que no sería constitucional, por ejemplo, expedir, aduciendo circunstancias de crisis económica, decretos de urgencia que regulen aspectos laborales y restrinjan derechos de los trabajadores tales como la negociación colectiva, incremento de remuneraciones o la huelga¹³.

Observaciones

- En relación a este punto los proyectos Bernales, Elías e ILD no precisan qué aspectos deben estar comprendidos dentro de la materia económica y financiera.

Sobre el particular, en una de las Audiencias convocadas por el ILD los participantes en la elaboración del proyecto manifestaron que el señalar taxativamente el contenido de la materia económica y financiera suponía el peligro de dejar de lado algunos aspectos que podrían calificarse como comprendidos en dicha materia, en este sentido, era conveniente no hacer ninguna precisión al respecto y, en todo caso, dejar al Congreso para que efectúe la evaluación respectiva.

Consideramos que si bien este argumento puede tomarse como válido, nos parece más conveniente que se delimite qué aspectos deben asumirse como materia económica y financiera, mucho más si es posible determinar a través de la interpretación sistemática reseñada anteriormente, cuál es el contenido de la materia económica y financiera a la que se refiere la Constitución.

- El Proyecto Fernández por el contrario intenta delimitar lo que es materia económica y financiera pero de modo negativo, siguiendo de alguna manera en este tratamiento a la Constitución Española (art. 86°). El proyecto en mención determina que los decretos de urgencia regulan materias de naturaleza económica o financiera; señala luego que son nulas aquellas que regulan una serie de materias que se especifican en su texto, por ejemplo, los derechos fundamentales de las personas.

11. CARDENAS, Carlos. Ob. cit. pag. 41.

12. Sobre este punto la interrogante que ha surgido es si el principio de legalidad consignado en el art. 139 de la Constitución no es vulnerado con estos decretos de urgencia que regulan materia tributaria. Sobre el punto ver ZOLEZZI, Armando. "El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución y la tributación" en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* N° 10 pag. 24-25

13. EGUIGUREN, Francisco. Funciones legislativas. pag. 446.

Sobre este temperamento son válidos los argumentos que señala el Centro de Estudios Constitucionales Lima-Perú, en el sentido de que es preferible delimitar expresamente qué aspectos están comprendidos en lo que es materia económica y financiera, pues la delimitación por exclusión o negación tiene la desventaja de nunca ser plenamente exhaustiva.

d. El dar cuenta al Congreso no supone un mero procedimiento informativo sino un mecanismo de control parlamentario

Este punto tal vez sea el que causa mayores opiniones divergentes, producto una vez más de la insuficiencia del tratamiento constitucional sobre la materia. La Constitución no precisa qué significa el dar cuenta al Congreso, en vista de ello se han planteado dos posiciones. Unos consideran que se trata de un mecanismo de mero informe; otros, de un mecanismo de revisión con efectos ratificatorios.

En alguna oportunidad, habiéndose intentado plasmar legislativamente un mecanismo de control parlamentario interpretando el sentido del dar cuenta, se objetó la posibilidad de que través de una ley se regule este mecanismo aduciendo que por vía legislativa no se podía interpretar la Constitución, señalándose luego que si ello fuera posible no se podría aceptar como válido dicho mecanismo porque ello supondría modificar la Constitución sin seguir el procedimiento constitucional¹⁴. Desde esta perspectiva, resulta necesario entonces sustentar la proposición planteada, para el efecto nos avocaremos a continuación a analizar si el legislador puede interpretar la Constitución, y si es así, si el determinar un control parlamentario supone vulnerar la Constitución.

El Legislador puede interpretar la Constitución.

No se puede pretender que la Constitución, por excelencia norma que contiene principios fundamentales concernientes a la organización política, social y económica, regule específicamente, minuciosamente su contenido. Es natural, en este sentido, que existe un marco de amplitud y generalidad. Si es así,

debemos entonces concluir que las normas constitucionales requieren ser precisadas y desarrolladas, lo cual supondrá necesariamente interpretarlas.

Pero una vez planteada la necesidad de interpretar la Constitución surge la interrogante de quién debe hacerlo. Nuestro ordenamiento no determina expresamente qué órgano está facultado para ello, contrariamente v.g. al ordenamiento español que determina en el art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que éste es el intérprete supremo de la Constitución.

No obstante esa carencia normativa, del análisis del texto constitucional se puede desprender que en nuestro ordenamiento "el intérprete de la Constitución es triplemente mixto"¹⁵. Interpretan la Constitución el legislador a través del desarrollo y precisión de sus normas, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Poder Judicial a través del control de la constitucionalidad de las normas.

Así pues, las normas constitucionales "no se aplican mecánicamente y sin acción intermedia, es menester la obra del legislador, del juez, de la autoridad administrativa, quienes se ven obligados a interpretarla"¹⁶.

El legislador no puede pues comportarse como un mero ejecutor de la Constitución, es necesario por el contrario que se constituya en un "poder que actúa libremente en el marco de la Constitución. Sin embargo, la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tienen como consecuencia, de una parte, que esa libertad, por amplia que se la quiera, haya de tener límites"¹⁷.

De esta manera, no se puede negar la posibilidad de que el Congreso interprete la Constitución; ello supondría limitar sustancialmente su función de determinación y desarrollo de sus normas, operaciones que indefectiblemente suponen un proceso interpretativo que tienen "como límite el texto de la norma y aquello que razonablemente puede sostenerse de su significado sin configurar una transgresión de dicho marco"¹⁸.

14 Con ocasión de la presentación del proyecto Bernal, el Congreso solicitó al Colegio de Abogados de Lima su opinión sobre el particular. El abogado informante luego de análisis del mismo pide que "la Orden exprese su parecer contrario a dicho proyecto porque la Constitución no puede enmendarse en vía de ley interpretativa sino empleando los mecanismos de reforma constitucional". Ver *Revista del Foro*. Lima. Año LXXIII No. 1. pag. 371-380.

15 QUIROGA, Aníbal. "El Modelo de la Constitución de 1979" *En la Constitución diez años después*. Ed. Hipatía SA. 1989. 42.

16 LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid. Ed. Tecnos V.III. 1983. pag 541

17 RUBIO LLORENTE, Francisco. En el prólogo a ALONSO GARCIA, Enrique. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1984, pag XXI.

18 EGUIGUREN, Francisco. "El control parlamentario..." pag. 44

El control parlamentario no vulnera la Constitución.

La Constitución además de ser la norma jurídica fundamental del ordenamiento estatal es ante todo una norma política; ella encuadra "el desenvolvimiento de los procesos políticos y el ejercicio de las distintas formas de poder existentes en una sociedad, para que estos se conduzcan de acuerdo a los cauces, preceptos y objetivos previstos en dicha norma"¹⁹. Así pues, su texto "está impregnado de una ideología particular sobre el modo de organización política de estructuración social"²⁰.

Desde este punto de vista, afrontar la interpretación de la Constitución acudiendo a los instrumentos jurídicos tradicionales significaría desconocer la naturaleza de la norma constitucional. Las posiciones esgrimidas en el sentido de la inconstitucionalidad de la ley que determine el control parlamentario se sustentan en que el texto constitucional no determina dicho control, y que, luego de la revisión de los antecedentes y del diario de debates de la Asamblea Constituyente, se desprende que esa no era la intención del Constituyente²¹.

Como podrá comprenderse, estas conclusiones han sido producto de la aplicación de criterios eminentemente jurídicos que suponen un desconocimiento, en primer lugar, de la dinamicidad que caracteriza a toda Constitución. Pretender descubrir el sentido de la norma constitucional a través de la voluntad subjetiva del Constituyente supondría negar el dinamismo de la convivencia política, la naturaleza misma de la realidad social. Las normas constitucionales no manifiestan un sentido definitivo desde el principio y por toda su vigencia. Es por ello precisamente que lo que "no es unívoco como contenido de la Constitución debe ser determinado con la inclusión de la realidad que ha de ser ordenada. Por ello la interpretación jurídica conlleva un carácter creador: el contenido de la norma interpretada se completa en la interpretación"²².

En segundo lugar, se ignora, como señalan BERNALES Y RUBIO que "la determinación

interpretativa de la Constitución no es literal. Antes bien, toma en consideración muchos otros elementos de juicio y eventualmente, pone en situación de privilegio a algunos que no son precisamente los de la literalidad de las normas"²³. Desde esta perspectiva la interpretación constitucional requiere del uso de instrumentos no necesariamente jurídicos.

Por otro lado, la interpretación constitucional no supone interpretar normas constitucionales aisladamente, sino dentro de un conjunto, con una visión integradora. "No son partes de una Constitución o normas constitucionales las que se analizan, sino una Constitución"²⁴. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania Occidental del 23 de octubre de 1951, establece que "del contenido total de la Constitución dimanar ciertos principios constitucionales y decisiones básicas a las cuales están subordinadas las prescripciones pertinentes de la Constitución". Concluye luego "todo precepto constitucional tiene que interpretarse de manera que armonice con aquellos principios elementales constitucionales y con las decisiones fundamentales del legislador constituyente"²⁵. Esto supone entonces que la Constitución debe interpretarse asumiendo una unidad que no admite contradicciones. Nuestra Constitución consagra como principio constitucional la vigencia del estado democrático -expresada en una estructura de separación de poderes- sustentada, a su vez, en los principios de jerarquía, competencia, legalidad y constitucionalidad. Estos principios, entonces, deben inspirar la interpretación de sus normas. Por lo tanto, no podría sostenerse que determinar legislativamente la revisión de los Decretos de Urgencia, en salvaguarda precisamente de aquellos principios, resulte inconstitucional. Por el contrario consideramos que dicho mecanismo además de ser necesario es posible constitucionalmente, pues su no regulación significaría aceptar que el Ejecutivo al amparo del inciso 20° del artículo 211 de la Constitución, "puede dictar directamente, sin necesidad de autorización del Congreso ni de ulterior fiscalización de éste, disposiciones dotadas de fuerza de ley"²⁶; lo

19. Ibid. pag. 43.

20. LUCAS VERDU, Pablo Ob. Cit. pag. 531

21. Ver CARDENAS, Carlos. Ob. Cit. pag. 40. Revista del Foro Año LXXIII No. 1 pag. 379-380.

22. QUIROGA, Anibal. "La interpretación constitucional" en **DERECHO Revista de la Facultad de Derecho de la PUC**. No. 39. 1985 pag. 332.

23. BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial. **La Constitución Fuentes e Interpretación**. Lima. Mesa Redonda. 1988. pag 108.

24. LUCAS VERDU, Pablo. Ob. Cit. pag 549.

25. Citado por LUCAS VERDU, Pablo. Ob. Cit. pag 543-544.

26. EGUIGUREN, Francisco. Funciones legislativas... pag. 450.

cual supondría admitir que existe incoherencia en el modelo constitucional peruano, que permite que tanto el Congreso como el Ejecutivo regulen materias reservadas a ley indistintamente, condicionado únicamente, en este último caso, a un simple informe.

Con esta interpretación no se está de ningún modo modificando el texto constitucional, no se está yendo contra ella, se está precisando el verdadero sentido del dar cuenta al Congreso, según los principios contenidos en ella misma.

La estabilidad del ordenamiento jurídico, la real vigencia de la estructura democrática diseñada por la Constitución, requieren de una participación parlamentaria tendiente a revisar el cumplimiento de los requisitos señalados en la Constitución para la dación de los Decretos de Urgencia. No de otro modo debe interpretarse el dar cuenta al Congreso señalado en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución.

Observaciones

- Todos los proyectos, como ya se dijo, tienden a un control parlamentario; sin embargo, existen dos tendencias normativas, ya planteadas anteriormente. Así, los proyectos Bernaldes, Fernández e ILD no determinan ningún procedimiento especial, diferente al señalado en la Constitución para la formación de las leyes, que tiendan al pronunciamiento inmediato del Congreso, aunque de modo indirecto, a través de la convalidación presunta, el Proyecto Fernández le pueda obligar a revisar los decretos de urgencia.

Creemos que este tratamiento no es conveniente pues, a pesar del plazo de vigencia máxima de las medidas que se haya señalado, es necesario su revisión inmediata porque éstas podrían utilizarse al margen de los requerimientos constitucionales, los cuales regirían en tanto el Congreso no los revise y por los plazos máximos determinados en los proyectos. Este hecho se agravaría más si es que existiera una mayoría parlamentaria dispuesta a seguir los designios del Ejecutivo. Indudablemente la situación podría ser completamente diferente si sucediera lo contrario; seguramente el uso de esta atribución se reduciría sustancialmente, lo cual tal vez termine siendo perjudicial. Frente a estas eventualidades, el establecimiento de un procedimiento especial de revisión de la medida tendría la ventaja de obligar al Congreso a discutir públicamente sobre la constitucionalidad de la medida; recayendo de este modo sobre él la responsabilidad por la convalidación o derogación de la misma.

- El Proyecto Elías en cambio sí regula un procedimiento especial de revisión, fijando plazos cortos tendientes a buscar un pronunciamiento inmediato del Congreso. Consideramos que este temperamento es el más adecuado. Sin embargo, el determinar que se debata y vote la aprobación o derogación del decreto en sesión del Congreso, al octavo día de reunido para tomar conocimiento de su dación, en la práctica tal vez resulte inoperante, lo cual lejos de satisfacer los fines que busca la norma, vaya en desmedro de los mismos. Es por ello que lo más conveniente sería que cada Cámara debata y vote sobre la aprobación del Decreto de Urgencia en un plazo necesariamente corto.
- Finalmente, nos parece interesante que los proyectos Elías y Fernández, preveyendo la posibilidad de que el Congreso no esté en funcionamiento hayan determinado mecanismos tendientes a evitar que se vea imposibilitado de conocer inmediatamente sobre la promulgación del Decreto de Urgencia.

Un punto adicional que es necesario analizar en esta parte es el concerniente a los efectos y alcances que se derivan de la revisión parlamentaria de los Decretos de Urgencia.

Como ya se ha planteado en diferentes oportunidades, el control parlamentario es un procedimiento necesario que tiene como finalidad determinar la aprobación o derogación de la medida extraordinaria. Dentro de este marco los proyectos han planteado propuestas que, aunque traten de diferentes modos los alcances de la revisión y su procedimiento, guardan similitud en cuanto a los aspectos sustanciales. Es por ello que las observaciones que se puedan hacer básicamente están sustentadas en el análisis de la viabilidad práctica de los diferentes tratamientos en esta materia.

- Al respecto, el Proyecto Bernaldes sólo se limita a señalar que el Congreso debe declarar su conformidad. Por su parte el Proyecto ILD si bien no obliga al Congreso a un determinado pronunciamiento, plantea la posibilidad de que se declare la vigencia permanente del Decreto de Urgencia.

En ambos proyectos pues, los alcances de la revisión parlamentaria no están regladas, de este modo se configura una amplia libertad del Congreso para decidir en cuanto a dichos alcances. Sin embargo, al no precisar estos proyectos un procedimiento de revisión inmediato, las ventajas que supondría dicha amplitud tal vez no sean efectivas.

Por otro lado, creemos acertado que se regule tal como lo plantea el Proyecto ILD, como uno

de los posibles efectos del control parlamentario, que el Congreso, luego de aprobada la medida extraordinaria y de las evaluaciones del caso, le confiera vigencia permanente a dicha medida.

- El Proyecto Elías, por su parte determina que el Congreso necesariamente debe aprobar o desaprobado la medida. En este proyecto, no se contempla el caso del no pronunciamiento del Congreso dentro del plazo fijado, lo cual podría generar ciertas complicaciones en cuanto a determinar la vigencia de las medidas.
- Finalmente el Proyecto Fernández, señala que el Congreso puede convalidar, prorrogar o derogar el Decreto de Urgencia, total o parcialmente. Además la convalidación puede ser presunta si es que el Congreso no emite una opinión dentro de un plazo determinado. Sobre este tratamiento, es necesario resaltar que el no pronunciamiento del Congreso en un plazo determinado no debe dar lugar a una convalidación de la medida pues, como señala PACHECO BARANDIARAN, el silencio debe interpretarse como disconformidad del Congreso sobre el Decreto de Urgencia, pues si no bastaría con el silencio de las Cámaras para convalidar excepciones a la potestad legislativa ²⁷.

Por otro lado, este proyecto no obstante determinar expresamente que los Decretos de Urgencia tienen fuerza de ley, señala como efecto de la convalidación el elevarlo a la categoría de ley formal. Creemos que este planteamiento es equivocado, pues tal como se precisa en la recomendación efectuada por el Centro de Estudios Constitucionales Lima-Perú, el control parlamentario no tiene como finalidad otorgar fuerza de ley a los Decretos de Urgencia, que de suyo lo tienen. Sin embargo, pareciera que la intención del proyecto iba por el lado de sustituir la vigencia temporal de la medida por una permanente, tal como lo plantea el proyecto ILD.

III. NUESTRA OPINION

A modo de conclusión quisieramos señalar a continuación cual sería el contenido mínimo que a nuestro entender debe estar presente en una ley que regule el uso de la atribución legislativa con-

grada en el Artículo 211 del inciso 20 de la Constitución.

1. Los Decretos de Urgencia son aquellos que se adoptan como consecuencia de la existencia de situaciones de especial urgencia o necesidad que generen un requerimiento de interés nacional, frente a la imposibilidad de que el Congreso legisle oportunamente.
2. Los Decretos de Urgencia tienen fuerza de ley.
3. Los Decretos de Urgencia sólo podrán regular materia económica y financiera. Para el efecto debe entenderse comprendidos en ella los aspectos siguientes:
 - a. Presupuesto Público
 - b. Contratación con Fondos Públicos
 - c. Tributación
 - d. Endeudamiento interno y externo
4. Los Decretos de Urgencia son medidas necesariamente provisionales sujetas al control parlamentario posterior a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos señalados en la Constitución.
5. Con la finalidad de efectuar la revisión de los Decretos de Urgencia, el Congreso conformará una Comisión Bicameral encargada de dictaminar en un plazo breve sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales. Inmediatamente de vencido el plazo, cada Cámara con dictamen o sin él debe debatir y votar sobre su aprobación o derogación, dentro de un plazo determinado.
6. La aprobación tiene como efecto convalidar la vigencia de los Decretos de Urgencia. El Congreso cuando lo estime conveniente podrá conferirles vigencia permanente, en caso contrario mantendrán su vigencia por el plazo señalado en los mismos o durante la permanencia de las causas que motivaron su adopción.

La derogación tendrá efectos inmediatamente después de publicada dicha decisión.

Si dentro del plazo fijado para declarar la aprobación o derogación de la medida el Congreso no lo hiciera, los Decretos de Urgencia dejarán de tener vigencia inmediatamente después de vencido dicho plazo.

Lima, abril de 1990

27. PACHECO BARANDIARAN, María "Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución" En *Themis Revista de Derecho*. Lima. Segunda Epoca, 1987. No. 6 pag. 54.



Prolog. Av. Javier Prado Este 540 - La Molina
Teléfonos: 36-6345 / 37-0700

La Hipoteca: Una vieja garantía con modernas perspectivas

Luis M. Pizarro Aranguren

Alumno de 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de Prácticas del curso de Derechos Reales

"Una de las maneras de ver el sistema jurídico es considerándolo como un proceso (...), en estos términos, un estudio del sistema jurídico incluirá, primero, un estudio de las **demandas** que se le hacen a las instituciones jurídicas solicitándole una acción de algún tipo; segundo, la **respuesta** que dan las instituciones jurídicas; tercero, el **impacto** de esas respuestas sobre las personas que formularon las demandas; y cuarto, el **efecto** sobre la sociedad como un todo"¹

Mal hubiera podido dirigirme directamente al análisis de una institución como la hipoteca, con las modificaciones y ampliaciones que ha "sufrido", sin mencionar el planteamiento de Lawrence Friedman, del cual se puede desprender la primera conclusión de este artículo: las normas jurídicas no pueden mantenerse rezagadas ante la fuerza de los hechos y las **demandas** de la sociedad, porque en última instancia el Derecho positivo es un conjunto de **respuestas** que configuran un modelo necesario en un determinado sistema económico y político.

El Poder Ejecutivo, mediante D.Leg. 495, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 1988, con el objeto de desarrollar una política de protección a los poseedores y propietarios de lotes y edificaciones construidas en pueblos jóvenes (PP.JJ.), ha creado una nueva modalidad de garantía hipotecaria: la **hipoteca popular**, que servirá como respaldo para que los pobladores de estos barrios pobres puedan solicitar créditos a fin de construir, ampliar o mejorar sus inmuebles, y para la inversión en actividades productivas.

El presente artículo, tiene por objeto resaltar su presencia, destacando sus ventajas sin olvidar sus in-

convenientes, pero por sobre todo, profundizar brevemente en el estudio de dos puntos fundamentales: la posibilidad de gravar con garantía hipotecaria la posesión que se ejerce sobre los inmuebles ubicados en PP.JJ., así como la facultad que se le otorga a los constituyentes de hipotecas, incluso civiles, de establecer una ejecución extrajudicial en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

1.- HIPOTECA SOBRE POSESION INSCRITA

Situación Anterior

El art. 2021 del Código Civil establece: "Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles".

En relación al artículo transcrito, resulta interesante señalar algunos comentarios de la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, correspondiente al Libro de Registros Públicos²:

(...) "este artículo constituye otra novedad en el Código Civil. Se origina de la distinción admitida en doctrina y en nuestro Código entre el derecho a la posesión y el derecho de posesión".

(...) "el derecho de posesión, derivado del simple hecho de poseer, **por parte de quien no es propietario**, (...) no debe tener acceso al Registro de Propiedad Inmueble".

(...) "en España por ejemplo, se pasó de permitir la inscripción de la posesión a prohibirla de modo expreso; y este impedimento lo encontramos también

1. FRIEDMAN, Lawrence. Legal Culture and Social Development, in Friedman L.M. and Macauley S. - Law and the Behavioral Sciences. Bobbs-Merrill, U.S.A., 1969, pp. 1004-4, 1006-8. En INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Fernando de Trazegnies Granda, Materiales de Enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUC, pp. 14.
2. EXPOSICION DE MOTIVOS OFICIALES DEL CODIGO CIVIL, Libro de Registros Públicos, El Peruano; Lima, Domingo 19 de julio de 1987.

en las normas registrales de Francia, Italia, Argentina, Venezuela, Colombia, Ecuador, Brasil, entre otros".

(...) "lo que el registro pretende es otorgar publicidad a derechos que de otro modo no lo tendrían".

(...) "pareciera que no existe razón alguna para la inscripción de la posesión por cuanto **no va a significar ninguna mejora de este derecho**, ni le va a otorgar una publicidad que de por sí tienen".

Las dos frases resaltadas serán utilizadas más adelante.

Situación Actual

No obstante lo categórico del art. 2021, así como de los fundamentos que lo sustentan, el art. 27 del D.Leg. 495 señala:

"Pueden ser objeto de hipoteca popular:

- a) La posesión de lotes y propiedad de las edificaciones construidas sobre ellas, inscritas en el Registro.
- b) La posesión de lotes cuyo derecho esté inscrito en el Registro"

El registro a que hace referencia la norma, es el Registro Predial de PP.JJ. y Urbanizaciones Populares, institución pública descentralizada con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía registral, creado por el mismo D.Leg. 495, recientemente reglamentado por los D.S. 001-90-VC y 002-90-VC de 20 de enero de 1990.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia del D.Leg. 495, es jurídicamente posible proceder a inscribir el derecho a la sola posesión sobre cierta clase de inmuebles, los ubicados en PP.JJ.

A fin de comprender esta novedosa institución es enteramente necesario mencionar dos puntos previos: primero, resaltar la importancia de la posesión, no sólo como derecho jurídicamente tutelado sino más aún como factor económicamente relevante en determinadas zonas de nuestro país; y segundo, intentar flexibilizar algunos conceptos jurídicos tradicionales frente a la específica y compleja realidad peruana.

Indaguemos frente a qué tipo de relación inmobiliaria nos encontramos.

En razón de diversos factores, que obedecen a su vez a multiplicidad de causas, que escapan al alcance de este trabajo, en nuestro país es relativamente frecuente que el acceso a una vivienda por

parte de algunos sectores sociales se produzca por intermedio de la "invasión" de terrenos desocupados de propiedad del Estado o de particulares.

Es así como, producida la ocupación, los invasores proceden a realizar una serie de actos respecto del inmueble, consolidándose en los hechos como si fueran los legítimos propietarios (construyen sus viviendas, forman asociaciones, se protegen de terceros, destinan zonas comunes a actividades educativas, recreacionales o deportivas, etc).

Es igualmente común, que en caso de terrenos pertenecientes al Estado, se efectúe una adjudicación de los mismos a quienes los ocupan, o bien tratándose de terrenos privados, se solicite, previo procedimiento de saneamiento físico-legal, su expropiación y posterior adjudicación.

El indicado proceso, se encuentra regulado por la Ley 13517 (Ley Orgánica de Barrios Marginales), del 14 de febrero de 1961, y por su Reglamento, el D.S. 23 de 21 de julio del mismo año, que constituyeron la necesaria respuesta del Estado peruano reconociendo la legalidad de los asentamientos establecidos, luego de una etapa de severa actuación de las fuerzas del orden y de imposición de diversas sanciones penales a los pobladores, en razón de las innumerables acciones de reivindicación interpuestas por los propietarios.

De tal manera, puede concluirse que **en los hechos**, los poseedores de inmuebles en los PP.JJ., sean asentamientos humanos o urbanizaciones populares, se convirtieron en verdaderos propietarios, a pesar de no tener los títulos formales correspondientes que acreditaran jurídicamente su cotidiano comportamiento.

Dicho en otros términos, considerando de la posesión como un hecho social con significancia económica, debe ser favorecida legalmente, toda vez que es mucho más útil que la formal titularidad del derecho el efectivo ejercicio de facultades sobre el inmueble.

El tratadista colombiano Arturo Valencia Zea, respecto de la posesión, llega a decir: "... ésta puede convertirse en titularidad puesto que socialmente es más útil que la simple titularidad." ³.

Ahora bien, teniendo en consideración que sólo a través del crédito, por lo general, el poseedor de un inmueble en un PP.JJ. puede obtener los recursos suficientes para la construcción, ampliación o mejora de la vivienda que ocupa, o bien para la obtención de financiamiento para las actividades comerciales, artesanales o semi-industriales que realiza, y que a su vez, la confianza que genera un préstamo en su ca-

3. VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión. Editorial Temis. Bogotá, 1978, pp. 204.

pacidad de pago sólo se concreta con el debido respaldo de una garantía eficaz, la creación de la hipoteca posesoria permitirá que la millonaria inversión inmobiliaria que constituyen los terrenos y/o edificaciones ubicadas en PP.JJ., puedan garantizar efectivamente a las instituciones crediticias.

En este sentido, queda claro que es legislativamente admisible y, social y económicamente aceptable, el establecimiento de un registro de posesión para quienes **en los hechos son efectivamente propietarios**, y porque la inscripción consolidará jurídicamente sus actos, **mejorando** su derecho y permitiendo que puedan respaldar sus obligaciones a través de la garantía hipotecaria.

No obstante lo expuesto, debe advertirse que la hipoteca popular no tiene por objeto cualquier tipo de posesión, sino una que, por sus particularidades se encuentra en marcha a consolidarse como derecho de propiedad.

En efecto, la garantía recae sobre la posesión del lote y la propiedad sobre la fábrica, de existir esta última, constituyendo un todo inseparable mientras esté inscrita la hipoteca.

Incluso, en el caso de urbanizaciones populares, se puede afirmar que esta modalidad hipotecaria es aplicada exclusivamente a la propiedad y no a la simple posesión, pues en razón del artículo 21 del D. Leg. 495, las primeras inscripciones en el Registro Predial corresponden al derecho de propiedad sobre los lotes ubicados en las urbanizaciones populares.

Estas limitaciones se justifican, en tanto pretenden otorgar la debida seguridad jurídica a los acreedores, con la plena identificación y determinación del bien objeto del gravamen, no con la simple posesión muchas veces variable o equívoca.

2.- EJECUCION EXTRAJUDICIAL

La eficiencia de una garantía depende de su rápida constitución, de que ejerza debido respaldo al crédito mientras éste subsista, pero por sobre todo a su eficaz ejecución en caso del incumplimiento del deudor de la obligación contraída.

Sin estas funciones, que debe poseer una buena garantía, la actividad crediticia se estancaría, dejando de cumplir su imprescindible rol financiero que permite la supervivencia de las actividades económicas en el mundo comercial de hoy.

En otras palabras, si bien el crédito es sinónimo de confianza en la voluntad de cumplir una promesa hecha o en la creencia en la capacidad de pago del deudor, sin un mecanismo de garantías que respalde adecuadamente las obligaciones, todo el movimiento mercantil quedaría pendiente de la buena voluntad de las partes, reinando la inseguridad jurídica.

El Título IV del D.Leg. 495, determina las normas aplicables para la ejecución de la hipoteca popular, creando en nuestro ordenamiento legal la ejecución extrajudicial (venta directa sin intervención de autoridad jurisdiccional) y estableciendo alternativamente una ejecución judicial con un trámite simplificado.

Lo inmensamente destacable del dispositivo, aparece de la lectura del art. 32 que a la letra dice: "Las normas del presente título se aplicarán a la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca prevista en el Código Civil..."

De esta manera, la extensión de una ejecución extrajudicial para nuestra clásica hipoteca, ha aparecido silenciosamente en el ordenamiento jurídico, constituyendo una sustancial modificación al art. 1097 del Código Civil, que restringía la ejecución a la venta judicial del bien hipotecado.

Situación Anterior

Dado que el actual Código Civil, así como los Códigos anteriores de 1852 y 1936, no regulaban expresamente la situación generada con el incumplimiento de la obligación garantizada y la consiguiente ejecución del inmueble hipotecado, el acreedor debía recurrir a las normas del Código de Procedimientos Civiles (C.P.C.), pasando necesariamente por las instancias que describimos someramente a continuación:

- Plantear una demanda de juicio ejecutivo (pues la hipoteca consta en Escritura Pública),
- Obtener sentencia favorable en calidad de cosa juzgada, que declare se cumpla la obligación,
- Gestionar que los autos vuelvan al juez que conoció en primera instancia,
- Solicitar se trabe embargo,
- Proceder a la tasación judicial (en caso que no se estableciera el valor de ejecución al constituir la hipoteca),
- Orden de venta del inmueble,
- Publicaciones por 10 días,
- Venta judicial, y
- Otorgamiento de Escritura Pública al adquirente.

Es evidente que, en el mejor de los casos la ejecución descrita se extendería entre 16 y 18 meses; no obstante, considerando las deficiencias de la maquinaria judicial en el país, todo el proceso podía dilatarse hasta por más de tres años, lo cual se agravaba si tomamos en cuenta el excesivo costo legal y "extra legal" de litigar en el Perú.

Dicha situación, originó que la hipoteca fuera utilizada durante años, casi exclusivamente, para garantizar préstamos para viviendas (generalmente otorgados por el Banco Central Hipotecario, que posee un régimen legal protector especial), quedando prácticamente en desuso en el tráfico comercial.

La postergación de la hipoteca, se vió coadyuvada por las bondades que ofrece en la actividad crediticia la **fianza bancaria**, ordinariamente denominada carta de crédito o carta fianza.

Las ventajas de esta garantía sobre las civiles son evidentes, toda vez que, su ejecución no requiere el menor trámite pues se hace efectiva ("se honra") con la sola presentación al banco del documento en el que consta la fianza.

Situación Actual

Con la dación del D.Leg. 495, cumpliendo los supuestos que la norma prevé, puede obtenerse la ejecución del bien hipotecado (hipoteca civil o popular) y la correspondiente satisfacción de la obligación garantizada en escasos días, sin necesidad que la maquinaria judicial se ponga en funcionamiento.

En efecto, la norma comentada establece que en la Escritura Pública en que consta la hipoteca, que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad del inmueble que garantiza el contrato, se puede convenir en otorgar un poder especial e irrevocable a un mandatario, con la facultad de que proceda a vender directamente el bien en caso de incumplimiento de la obligación.

Para el otorgamiento del mandato con facultades de venta extrajudicial, se requiere únicamente su inscripción en la partida registral del inmueble, conjuntamente al constituir la hipoteca; en consecuencia, se convierten en un todo inseparable la hipoteca y el mandato, para efectos de posibles transferencias del bien:

Llegado el caso del incumplimiento, el acreedor se limitará a remitir dos cartas notariales: una al deudor moroso y otra al mandatario designado, el cual procederá **inmediatamente** a la venta directa del bien, con la única limitación de que el precio de venta sea superior a las dos terceras partes del valor comercial actualizado del inmueble, establecido al momento de la constitución de la hipoteca.

En caso de no producirse la venta directa, queda expedito el derecho del acreedor para ejecutar judicialmente el bien, pero dentro de un trámite más breve detallado en los art. 38 y siguientes del D.Leg. 495. El referido procedimiento no considera necesario, como absurdamente se aplicaron las normas del C.P.C., la interposición de un juicio previo para que se declare la existencia y obligatoriedad de la prestación incumplida.

Con la nueva regulación, el juez notifica al deudor para el pago, en caso contrario y al término de 5 días, ordena el remate judicial del inmueble hipotecado, aplicándose supletoriamente las normas del C.P.C., en lo no previsto específicamente por el D.Leg. 495.

Expuesto esto, es claro que con la ejecución extrajudicial, la hipoteca adquiere nuevas perspectivas y atractivos económicos, constituyéndose como interesante alternativa de respaldo crediticio, incluso frente a la fianza bancaria.

Sólo a manera de ejemplo, actualmente los bancos cobran por las cartas de crédito una tasa que fluctúa entre 4% y 9% sobre el importe de la fianza, monto que resulta enteramente superior al costo normal de los derechos notariales y registrales de constitución de una hipoteca.

3.- ALGUNAS OBSERVACIONES

La nueva regulación hipotecaria establecida por el D.Leg. 495, cuyas bases fueron elaboradas por el Instituto Libertad y Democracia, podrá convertirse en un eficiente medio de colocación de capitales, extendiéndose un puente entre los sectores formal e informal y, redundando, en última instancia, en beneficio de la economía del país.

Sin embargo, deberán tenerse presente las siguientes observaciones:

- (a) Existe un problema de carácter constitucional, en razón de que la Ley 24913 que delegara en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar el D.Leg. 495, **no autorizó expresamente**, como lo exige el artículo 188 de la Constitución, la posibilidad de modificar el Código Civil, introduciendo la ejecución extrajudicial.

En consecuencia, el dispositivo estudiado, en lo que respecta a la ejecución extrajudicial de la hipoteca civil, podrá ser objeto de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, o bien ser inaplicable por una autoridad jurisdiccional en un procedimiento concreto, por su incompatibilidad constitucional (control difuso establecido en el artículo 236 de la Constitución).

- (b) Siendo los créditos hipotecarios generalmente de largo plazo, en una época de inestabilidad económica como la que vive el país, el valor de los inmuebles puede variar bruscamente, distorsionándose en los hechos, cualquier previsión antelada de las partes, por lo que los bancos siempre preferirán los créditos a corto plazo.
- (c) Al ser garantía inmobiliaria, la hipoteca popular (como cualquier tipo de hipoteca), no tiene las conveniencias que posee el crédito documentario para efectos de transacciones internacionales.
- (d) Teniendo en consideración que las actividades económicas que efectúan los informales son realizadas generalmente en los inmuebles que les sirven a la vez de viviendas, podrá existir una

justificada aversión de sus poseedores en arriesgarlos como garantía de sus obligaciones, pues en virtud de la ejecución extrajudicial podrán ser desalojados en un corto período.

- (e) De la revisión de los Decretos Legs. 495 y 496, no queda claro cómo se compatibilizará el Registro Predial con los registros existentes.
- (f) No obstante ciertas importantes mejoras en los últimos años, subsisten deficiencias técnicas, económicas, administrativas y jurídicas en nuestro sistema registral.

El presente artículo ha intentado dar a conocer, de manera general, los alcances de una institución jurídica reestructurada legislativamente, a partir del reconocimiento de nuestra realidad social y económica, por lo que resulta pertinente ponerle fin también con Lawrence Friedman:

“Si una comunidad quiere aplicar un programa de drásticos cambios políticos y económicos, tiene que llevar a cabo drásticos cambios en sus leyes. Si quiere modernizarse, el sistema jurídico tiene que ser radicalmente modificado o incluso sustituido”.⁴

4. FRIEDMAN, Lawrence. Ob. Cit. pp. 16

La contribución del Sistema Jurídico a la consolidación de la Democracia: Experiencias Nacionales (El caso argentino)

Revista Lecciones y Ensayos*

Como primera aproximación al tema, cuestionaremos el alcance y presupuestos que conlleva el tema de la convocatoria. Preguntarse por el rol de democratización cumplido por el sistema jurídico supone, desde el inicio, una posición ideológica determinada sobre la dialéctica ley-sociedad.

Esta visión está fundamentalmente relacionada con el paradigma teórico de la dogmática positivista: la ley aparece reflejando un momento objetivo del espíritu, y constituye objeto de estudio de la ciencia del derecho en tanto instrumento necesario, racional y valorativamente neutro. A partir de esta idea los factores puntuales de política legislativa, el contenido particular de cada ley, el trasfondo ideológico de lo normado exceden el marco de lo jurídico y son temas de reflexión propios de la ciencia política, economía, ética, arte de gobierno, etc. Esta visión, sin duda sugestiva, impactante porque delimitaba "puramente" un campo de estudio del derecho, exento de componentes ideológicos, irracionales, está en profunda crisis. Desideologizar la ley, o para mejor decir la legislación, para evaluar como herramienta útil para determinados fines, implica, también, manipular cierta ideología de cuáles son los ámbitos pertinentes a cada campo teórico, de quiénes son las voces autorizadas para hablar científicamente de la ley.

La misma idea de "Ley", así con mayúsculas es un concepto que escapa del marco jurídico, siendo tributaria de la reflexión teológica, la filosofía romántica alemana, el psicoanálisis y, más contemporáneamente, el pensamiento post-estructuralista francés.

Lo que verificamos en los sistemas jurídicos reales son leyes (ahora con minúsculas), erráticamente coexistentes, contradictorios, superpuestos, fruto cada una de un marco ideológico particular. Por espinosa que resulte esta realidad compleja, centrífuga, disper-

sa, fragmentaria, con ella debe vérselas el jurista, condenado así a enfrentarse simultáneamente con lo técnico y lo ideológico, lo "racional" y lo "irracional", con la pertenencia a un sistema, con sus correlativas nociones de coherencia y continuidad y con la afluencia de intereses sectoriales y grupales, de beneficiarios y perjudicados, de presiones, complacencias y transacciones.

Aun más, no se agota en las leyes la resolución real del haz de luz y penumbra que proyecta la ambigua idea de ley, según el paradigma dogmático positivista. Cada aplicación particular del derecho, las tendencias jurisprudenciales, las directivas de política judiciales, incluso los resultados materiales de la ineficacia o desorganización tribunalicia, la operación de las agencias del sistema penal, la formulación de pautas de política criminal, la misma posición oficial frente a campañas de los medios masivos de comunicación en los que se cuestiona el funcionamiento del sistema judicial, etc., conforman la compleja y enmarañada red que constituye el momento simbólico generado por la función estatal de administrar justicia.

Por ende, la pregunta acerca si la ley democratiza o no supone un camino errado. Podemos -y hasta debemos- preguntarnos, en cambio, qué leyes, y en general, qué medidas de contenido jurídico han contribuido a la democratización y qué leyes o medidas por el contrario, nos han retrogradado. Esto, implica necesariamente, penetrar sin ambages en el análisis de la realidad económica, política y social de cada experiencia nacional. En abstracto no sabemos nada acerca de la ley. Sí sabemos que existen leyes y medidas jurídicas democráticas y autoritarias, progresistas y reaccionarias.

Pues bien, fijadas estas pautas, podemos cuestionarnos cuáles son las leyes y medidas de contenido ju-

* Ponencia leída por Ariel Dulitzky, en representación de la revista Lecciones y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires, en el Segundo Encuentro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes.

rídico que contribuyeron al proceso de democratización de la Argentina desde 1983 (año de la reinstauración de la democracia) hasta la fecha.

Para ello, debemos previamente ponernos de acuerdo acerca de aquello que entenderemos por democrático. En primer lugar, podemos concebir la democracia como un sistema en el cual se tiende a acrecentar al máximo posible el ámbito de autonomía que corresponde a la persona para que pueda realizar su propio plan de vida de acuerdo con los principios básicos que maneja la filosofía liberal. Obedeciendo a este concepto de democracia nuestro sistema jurídico ha producido a modo de ejemplo las siguientes respuestas:

— Ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Eliminación de todo tipo de censura (cinematográfica, literaria, musical, etc.).
- Ley de divorcio vincular.
- Ley de Patria Potestad compartida.
- Equiparación de hijos matrimoniales y extra-matrimoniales.
- Revalorización jurisprudencial del ámbito de la autonomía personal, especialmente a través de la interpretación dada por la Corte Suprema al art. 19 de la Constitución Nacional.

Si partimos de la base que bajo la filosofía ya aludida, ninguna persona o grupo de personas puede atribuirse la categoría de depositarios de la verdad, se concluye que toda posición que se adopte en la discusión democrática es pasible de ser puesta en duda, para lo cual es necesario incorporar al discurso la mayor cantidad de puntos de vista posibles. Entendiendo el término democracia en este sentido de procedimiento de selección y participación podemos citar algunos ejemplos:

- Elecciones libres y sin proscripciones para la designación de autoridades (aunque esto resulte obvio, en los últimos 60 años nuestro país careció total o parcialmente del aludido procedimiento democrático).
- Consulta popular sobre la firma de un Tratado de Paz y Amistad con Chile por el diferendo por el Canal de Beagle.
- Legalización de entidades intermedias, en particular sindicatos y centros de estudiantes.
- Ley de partidos políticos.
- Ley antidiscriminatoria.
- Plebiscito para la reforma de varias constituciones provinciales.

También incorporamos a nuestro concepto de democracia en un sentido amplio, a todo procedimiento que disminuya la selectividad de las potestades de persecución del Estado, renunciando éste a perseguir a la población generalmente más acosada o extendiendo dichas facultades a sectores tradicionalmente

inmunes, todo ello como profundización de una política antidiscriminatoria. Son ejemplos de esto:

- Nueva ley de defensa, que excluye expresamente a los militares de los conflictos internos, desterrando la doctrina de la seguridad interior.
- Anulación por el Congreso, de la llamada ley de auto-amnistía que dictaran los militares antes de abandonar el poder.
- Juicio y condena de algunos integrantes de las tres primeras juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1982.
- Juicio y condena a algunos dirigentes del movimiento Montoneros.
- Reforma del Código de Justicia Militar, estableciendo una segunda instancia ante la justicia civil para las causas por delitos militares cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas.
- Flexibilización de los requisitos necesarios para otorgar excarcelaciones.
- Conmutaciones de penas por hacinamiento de la población carcelaria.
- Declaración de inconstitucionalidad de la ley que incriminaba la tenencia de drogas para consumo personal, por la Corte Suprema.

Esta tendencia que podríamos denominar como etapa democratizante, se produjo fundamentalmente, en los dos o tres primeros años de la reinstauración del régimen democrático. Pero pasada la euforia originada por ello, redefinidos los grupos hegemónicos, gravemente molestas las corporaciones (la Iglesia por la ley de divorcio, los militares por los juicios a las juntas, la Confederación General de Trabajadores, por la política económica y social y los representantes del agro y la industria por el fracaso del plan económico que los tenía por protagonistas y al que habían dado su apoyo), y deteriorándose cada día más la calidad de vida de los habitantes, comenzó a revertirse esta tendencia legislativa y jurisprudencial. A este cuadro deben sumarse los levantamientos militares de Semana Santa de 1987, de Monte Caseros de 1988 y de Villa Martelli del mismo año, reivindicativos de los militares implicados en la por ellos llamada lucha antisubversiva, como también el evento conocido con el nombre de La Tabalda (enero 1989), en el que un grupo reducido de civiles intentó copar una unidad castrense con el fin -según sus dichos- de evitar un golpe de estado. De esta época son producto las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, que por etapas desprocesaron a militares involucrados en la desaparición forzada de personas, muertes, torturas, violaciones y otros crímenes de lesa humanidad llevados a cabo por el Estado terrorista entre los años 1976 y 1983.

También de este período data la creación del Consejo de Seguridad Interior que otorgaba amplias facultades a una Comisión, creada por el Poder Ejecutivo, para entender en esta materia sin controles de los otros poderes, en clara violación de lo normado por la ley de Defensa que explícitamente prohibía la interven-

ción militar en cuestiones de inteligencia y seguridad interior.

Pero los retrocesos no se vieron sólo en el campo militar, sino que los condicionamientos a los que estaba sujeta la democracia se hicieron notar en otros ámbitos. Así tenemos una nueva ley de drogas que vuelve a incriminar la tenencia de estupefacientes para consumo personal y establece medidas de curación obligatorias para los adictos, o los frustrados proyectos de reforma de la Constitución Nacional y del Código de Procedimientos en Materia Penal. Este último cuerpo normativo, que pretendió reemplazar al vetusto Código inquisitivo, que actualmente rige en el ámbito federal, no sólo humanizaba el procedimiento sino que establecía la participación de los ciudadanos a través de la institución del juicio por jurados.

Arribado el nuevo gobierno, frente al adelantamiento de la entrega del poder por el anterior debido a la grave crisis económica por la que se atravesaba, la tendencia señalada se convirtió en la dominante.

Indicaremos algunos ejemplos puntuales que consideramos muy representativos de dicha tendencia. A través de dos leyes (la de Emergencia Económica y la de Reforma del Estado) se atribuyeron amplias facultades al Presidente de la República en materias que comprometen gravemente el patrimonio del Estado (por ejemplo en el caso de las privatizaciones), con un mínimo de control por parte del Congreso.

En el ámbito militar, el Presidente indultó por decreto a los pocos militares que aún quedaban procesados por graves violaciones a los derechos humanos; con excepción de las Juntas Militares, contraviniendo la Constitución Nacional y la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con el argumento de otorgarle mayor celeridad, se amplió el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que permitió al oficialismo contar con un tribunal supremo adicto que no cuestionase sus disposiciones. Una patética manifestación de esta Corte sumisa fue la aplicación del mecanismo del *per saltum* -no regulado en norma alguna- en el caso de la privatización de Aerolíneas (En este caso, uno de los jueces firmantes fue el Dr. Barra, que fuera

uno de los redactores del pliego de la licitación de dicha aerolínea -sin excusarse- y el tiempo record en que fue resuelto -20 minutos-, muestra de que el argumento de la mayor celeridad era cierto).

También se arremete contra la libertad de prensa con un proyecto de ley que ya cuenta con media sanción del Senado, tipificando figuras extremadamente amplias que penan a quienes difundan informaciones no secretas pero no destinadas a su divulgación.

En el campo del derecho laboral podemos señalar, por un lado la reglamentación tendiente a limitar el ejercicio del derecho de huelga y por otro, la flexibilización de las relaciones individuales de trabajo, que importa en la práctica, la eliminación de importantes conquistas del movimiento obrero argentino.

Finalmente mencionaremos el retroceso más grave. Es la proposición presidencial para implantar la pena de muerte, llegándose incluso a sostener que se denunciaría el Pacto de San José de Costa Rica.

Luego de esta apretada síntesis, donde sólo expusimos las medidas tanto de sesgo democrático como aquellas de contenido contrario quizás fuera oportuno realizar una evaluación de estos casi siete años de experiencia democrática.

Sin embargo, queremos concluir la exposición con una observación. El hecho de calificar de democráticas o autoritarias a algunas leyes, aún no nos dice nada acerca de la real democratización de una sociedad. Sólo una aberrante deformación profesional, hace que los juristas pretendan ver el mundo a través de la ley. Por más que un campo normativo se agote plenamente en la noción de ley democrática que hemos sugerido, la transformación efectiva de la sociedad no se produce en forma inmediata o automática de modo que, para estudiar seriamente el proceso de democratización de una sociedad es necesario investigar la correlación ley-efectos de la ley, es decir ideología de la ley-sociología de la ley. Ello se debe a que, aunque el jurista quiera ordenar el mundo tal cual le place, la democracia real no puede vivir más que en la gente, y ello en nuestro país es difícil porque nuestra sociedad está marcada por años de autoritarismo.

“Hasta luego...”

Carlos Garatea Grau

Alumno del 9 Ciclo de la PUC

Miembro del Comité Directivo de Themis

Hace algunos días tuve que enfrentarme con una pequeña hoja blanca. Tenía que darle contenido y vida. No lograba encontrar las palabras y las frases que me dieran la seguridad de lograr transmitirles hoy los sentimientos y las ideas que nos unen como promoción. No sé si finalmente lo he logrado. Por ello, queridos amigos, les ruego me disculpen si estas líneas no llegan a cumplir con su tarea; a la vez, les agradezco desde lo más íntimo por esta oportunidad y por la responsabilidad que me han confiado.

Cuenta Don Ricardo Palma, en sus Tradiciones Peruanas, que el Señor con poca ni mucha simpatía veía a los leguleyos, prevención que justificaba el que siempre que uno de estos tocaba a las puertas del Cielo no exhibía pasaporte en regla que autorizase al portero darle la entrada.

Una mañana San Pedro brincó del lecho y asomando la cabeza por el ventanillo, vió que el que llamaba era un viejecito...

- ¿Qué se ofrece? - preguntó el apóstol.
- Entrar, claro está - contestó el de afuera
- Está bien, pásame sus papeles.

San Pedro los recibió y se encaminó a la oficina donde funcionaban los santos a quienes estaba encomendado el examen de pasaportes, y hallaron tan correcto el del nuevo aspirante que autorizaron al portero abrirle la puerta - Pase y sea bien venido-dijo.

Una vez dentro, entró el vejezuelo en conversación con su merced San Pedro.

- ¿Y qué tal va en esta portería?
- Así, así - contestó San Pedro - como todo puesto público tiene sus gangas y sus mermas.
- Si no está contento y ambiciona destino superior, dígamelo con franqueza que sabré corresponderle. ¿Está Usted seguro que no habrá quien pretenda “quitarle” la portería? ¿tiene Usted título en forma, en

papel timbrado, con las tomas de razón que la ley previene y ha pagado en tesorería los derechos de título?

San Pedro se rascó la calva. Jamás se le había ocurrido que la propiedad del puesto estaba como pegada con saliva por carecer de título ni documento probatorio y así lo confesó.

-Pues mi amigo, si no anda Usted vivo lo sacan en la hora que menos lo piense. Déme papel sellado, del sello de pobre solemnidad, pluma y tintero, y en tres suspiros le hago un recursito reclamando la expedición del título; y por un OTROSÍ pediremos que se le declare la antigüedad del empleo para cuando se le anteje jubilarse.

Cinco minutos después, San Pedro puso el recurso en manos del Omnipotente.

-¿Qué es esto San Pedro? ¿Papel sellado tenemos? ¿Que título ni nada! Con mi palabra te basta y te sobra.

El Señor hizo añicos el papel y dijo:

-De seguro que te descuidaste con la puerta y tenemos ya abogado en casa ¡Pues bonita va a ponerse la gloria!.

Sin duda Don Ricardo Palma con su ironía y prosa franca nos retrata de cuerpo entero. Los papeles, los sellos, los recursos, los otrosí son parte del ejercicio de nuestra profesión; pero cómo abusamos de ellos y cómo les complicamos la existencia a quienes son ajenos al mundo del Derecho. Quisiera me permitan dejar este punto un momento para retomarlo luego.

Hoy no sólo caemos en errores como el anterior. Ojalá fuera así. Pues también hemos incurrido en vivir separados de nuestra historia, de nuestro rico y complicado pasado. Pensamos a veces que nuestros problemas se pueden resolver con facilidad y nos olvidamos de las razones y los hechos que a lo largo de

la historia del Perú se han ido presentado una y otra vez, y cuyas consecuencias sentimos pero cuyas causas queremos negar.

José María Argüedas ha sido uno de los peruanos que mejor ha retratado en la literatura la complejidad de nuestro país.

Así por ejemplo, en "Los Ríos Profundos" y por medio del niño Ernesto nos cuenta como nuestro pasado ha sufrido un corte horizontal para empezar a construir sobre un mundo real y vivo. En el primer capítulo de esta novela, Ernesto llega al Cuzco de paso hacia Abancay, con una inmensa curiosidad por conocer esos muros incaicos que tanto han dado que hablar. Una vez conseguido el permiso de su padre decidió aventurarse en las hermosas calles del Cuzco para ver el muro inca... "Caminé frente al muro, piedra tras piedra. Me alejaba unos pasos, lo contemplaba y volvía a acercarme. Toqué las piedras con mis manos; seguí la línea ondulante, imprevisible, (...) en que se juntan los bloques de roca. En la oscura calle, en el silencio, el muro parecía vivo, sobre la palma de mis manos flameaba la juntura de las piedras que había tocado". Sintió la presencia de un hombre que avanzaba hacia él. "Me puse de pie. Me arrimé. El hombre orinó en media calle y después siguió caminando" desvaneciéndose en la oscuridad de la noche mientras observaba las construcciones coloniales que se erigían blancas sobre aquellos muros de piedra.

Pensemos un instante en Ernesto, en la inmensa impresión que le causó el muro inca como a cualquiera que alguna vez ha pasado por el Cuzco. La solidez y la perfección que origina es innegable. Toda una cultura está detrás y deja sentir su presencia con firmeza. Sin embargo pasó el hombre, se orinó en medio de la calle, sin importarle nada más que la admiración de esas construcciones sobre-puestas al muro.

El Derecho tiene lamentablemente actitudes similares. Nuestro ordenamiento jurídico es un ordenamiento que responde a un modelo importado, a un modelo que nació luego de un largo proceso evolutivo que no compartimos en su momento en el Perú, ni lo compartimos aún ahora pues tenemos una realidad distinta, con gente distinta y con una cultura también distinta. La consecuencia es obvia: un desfase entre el Derecho y la realidad, en donde esta última lo rebasa, lo desborda ampliamente.

Debemos tomar conciencia de esto. Ahí están las obras de Basadre, Argüedas, Matos Mar, Flores Galindo, y de tantos otros de nuestros pensadores, que desde hace algunos años nos muestran la complejidad del tema y nos advierten de sus consecuencias. Sin embargo, no los leemos y preferimos seguir caminando como si nada ocurriera, pero luego, ante la primera "Llamada de atención" nos asombramos y no sabemos qué pasó.

En esta Realidad, el Derecho oficial también ha seguido discurriendo alegremente sin mayores cuestionamientos serios y profundos. Pues los pocos que vienen planteando algunas soluciones son dejados de lado o se les pone mil y un obstáculos en su aplicación. No entendemos aún, por ejemplo, que la educación en el Perú sea uno de los campos más atrasados siendo uno de los más importantes y fundamentales en todo proyecto de desarrollo serio. Son miles de niños que están ahí sufriendo y viendo como sus pobres textos -cuando los tienen- no responden a su medio, no les sirven en él, por el contrario, les causan serios problemas de desenvolvimiento y les crean expectativas en un mundo que no les es propio sino ajeno.

¿Y los abogados? No escapan a ello. Recorremos aquel viejito que tocó las puertas del cielo. Recordemos su forma de actuar y tratemos de averiguar cuál es la impresión que tiene el hombre común de los abogados.

"Los abogados - señala Uslar Pietri- son hoy proliferantes herederos de las exquisitesces varias de las escolástica, de aquellos doctores medievales que se extenuaban en debates sin término, arguyendo y re-darguyendo, poniendo distingos y premisas hasta hacer del camino a la justicia, que debía ser franco y recto, una aventura inacabable de viaje por un laberinto que crece y se multiplica todo el tiempo".

Nos hemos olvidado de las relaciones del Derecho con la moral, con la filosofía y con el bien social, para asumir una actitud que pretende poner al hombre en un segundo plano, a pesar que ese hombre que siente, que piensa y que ama debe ser su sostén, su objetivo fundamental, su razón de ser. La persona humana está de lado o es vista en algunos casos como una simple mercancía. Debemos recuperarla, debemos entender que antes que cualquier categorización somos hombres, y como hombres debemos hacer posible una convivencia justa y pacífica. Pero ello implica, necesariamente, que nos entendamos y que asumamos que el "otro" es igual a "uno", con los mismos derechos, obligaciones y con los mismos sentimientos. Hay, pues, mucho que rescatar de esa galería de recuerdos y deseos que día a día crece, convirtiéndonos a todos en meros espectadores y no en actores como debería ser.

En el Perú sufrimos una mayúscula pérdida de valores. La justicia, la honradez, la verdad, la vida son parte ya de esa galería que les acabo de mencionar.

El ejercicio del Derecho anda por igual camino. Vemos como se aparta éste de la ética y de la moral, de la responsabilidad por la justicia. Vemos cómo crece el número de abogados que se sirven del Derecho para fines estrictamente personales, y vemos también, cómo los clientes han asumido ello de tal

forma que no tienen ningún reparo en sugerirle al abogado que falte a su ética, total aquí no pasa nada. Nadie es responsable y nadie intentará siquiera aplicarle alguna sanción; pero, ¿y el Estado? Mucho menos aún.

Sin embargo, en este panorama de descomposición, una figura como la de Carlos Montoya, un señor, un amigo, honesto, sincero y con un compromiso por la justicia y por el país constituye un aliento de esperanza para todos nosotros que reconocemos y admiramos.

Bueno, ¿y nosotros? Nosotros ... hace siete años la mayoría terminaba el colegio, pasando días y semanas completas pensando en la academia y en el angustiante y antipático examen de ingreso que teníamos que enfrentar. Nos sentíamos felices de tener cerca el salto a la madurez, el dejar la adolescencia durmiendo para despertar como hombres, como adultos. Resulta gracioso recordar esto ahora, pero así era y así es para todos aquéllos que recién pasan por esta etapa.

La imagen del universitario responsable, dedicado íntegramente a sus estudios, discutiendo asuntos legales, resolviendo "casos" como en las series de TV, tenía una hermosa envoltura romántica que nos hacía sentirnos bien.

Hemos pasado dos años de Letras y cuatro años y medio en la Facultad y vemos hoy que este tiempo empieza a terminar con nostalgia y con muchas cosas pendientes, con nuevas ideas y con nuevos compromisos.

Recuerdo las primeras clases en la Facultad llenas de ilusión y seguridad. Realmente nos sentíamos abogados. Jugabamos como niños sin darnos cuenta. Creíamos que la verdad había sido descubierta y era nuestra, sólo nuestra. Los Códigos, la ley, el mundo tomaban características especialmente cariñosas. Pero el tiempo nos fue aclarando nuestros errores, que a veces nos costaba aceptar como tales. Hemos compartido muchos espacios: Olimpiadas, desfiles, fiestas, discusiones, problemas, reclamos, proyectos, canciones alrededor de la luz de una vela en alguna fiesta en día de apagón... en fin, una cantidad de cosas que nos fueron uniendo poco a poco, lentamente. Ya aquella fiesta en que todos anduvimos con nuestros nombres en el pecho, es un lindo recuerdo. Un recuerdo que al recogerlo de la memoria nos muestra una vez más el tiempo que vivimos juntos y que desde hoy estará celosamente guardado en nuestros corazones.

Aprendimos a convivir, escuchándonos y entendiendo que no todos pensamos igual pero que éramos amigos. Soñamos mucho en esta casa y debemos seguir haciéndolo porque es bueno y necesario, porque al soñar nos fuimos conociendo y fuimos com-

prendiéndonos. A quién no le ha ocurrido, por lo menos alguna vez, que al compartir un sueño nuestro fuera de la Universidad, nos dijeran que somos sólo un grupo de jóvenes rebeldes y que con el tiempo nos daríamos cuenta de cómo son las cosas. Como nos dolía y como nos hería estas opiniones pero cuánto nos sirvieron para empezar a avanzar.

Recuerdo en este momento un cuento de Alfredo Bryce en el que le escribe a un viejo compañero de estudios diciéndole más o menos lo siguiente: "Te quiero cholo, te quiero, tú sabes bien que te quiero, que estoy inevitablemente unido a tí por algo que viene de muy lejos, pero tú tienes que respetarme ¿Haz oído? respetarme. Si no, no puede ser, cómo va a poder ser si cada vez me miras con ironía, hay algo irónico en tu cara cuando estás conmigo, y además, cada vez estás menos conmigo nos estamos distanciando, ¿no es cierto? ¿o sea que la vida también puede en este sentido conmigo? ¿nos distancia? ¿nos separa?."

No me sentía bien, cholo, esos eran días difíciles para mí, acababa de suceder lo del estudio, me habían herido botándome del estudio, pero cómo decirlo, cómo explicarte lo que entonces sentía (...) ese día me demostraron, me probaron que ya mi nombre no importaba (...) me estaba yendo al diablo ¿no es cierto cholo? ¿Y por qué no podía trabajar como tú en el estudio de algún famoso abogado? ¿hacer carrera como tú? ¿qué me impedía desde tan joven ser un abogado eficiente? los dos estudiábamos, los dos teníamos buenas notas, los dos éramos inteligentes. Y sin embargo no pude ser como tú. Según mi jefe era un cobarde, eso me dijo, un cobarde, un hombre sin coraje, un timorato incapaz de hacer cumplir la ley (...) Ya hacía tiempo que yo no andaba funcionando muy bien en el estudio, todo me hería, cholito, todo. Tú entrabas y salías de tu estudio, ibas y venías de donde el abogado al Palacio de Justicia, a donde los escribanos, te aprendiste su lenguaje, a deslizarles billetes entre los expedientes. Yo en cambio, no pude, no di en las palabras necesarias, con la picardía usual. (...) Qué va hacer, dijiste el día que llegué al café contándote que habían botado del estudio, parece que de a verdad no te gustan. (...) Para ti era un rebelde (...) un tipo que prefería darse la gran vida y no trabajar, no luchar por labrarse un porvenir ¿Qué porvenir me iba a labrar yo, cholo, si los sentimientos no me acompañan?."

Seguramente la próxima vez que estemos juntos notaremos también un cambio en nosotros, en nuestra persona, en nuestras vidas. Pues "si cambia todo en este mundo y así como todo cambia" que nosotros cambiemos no será extraño. Pero el recuerdo, la memoria de estos momentos no lo hará. Debemos conservarlos así, con el calor y el cariño con el que los vivimos. En ellos queda parte de nosotros por el resto de nuestros días. Además, debemos lograr que todo lo avanzado hasta hoy no se pierda y sea un

terreno por cultivar mejores frutos y que si es posible - como espero que ocurra- parta por mantener viva nuestra promoción y la amistad que empezamos a cosechar en los últimos años.

Tenemos la obligación de hacer todo lo posible por contribuir con nuestro país, con el Perú y con esa gente anónima que espera alguna respuesta de noso-

tros. Es una obligación nuestra embarcarnos en esta aventura apoyando y luchando por lograr una sociedad mejor, más justa, más humana. Y ello parte por recuperar esa esperanza en el futuro que tantos han perdido hoy y que tanta falta hace cuando se piensa en un posible mañana. De lo contrario todas estas líneas no serán más que un nuevo cuento lleno de personajes irreales y soñadores. Evitémoslo.

Muchas Gracias.



CUSA COMERCIAL S. C. R. L.

LAS CAMELIAS 780 SAN ISIDRO

TLF. 40-2120 FAX: 402331

**PROVEEDORES DE PRODUCTOS QUIMICOS,
MATERIAS PRIMAS PARA LA INDUSTRIA
DE CAUCHO, PLASTICOS, GRASAS
Y ACEITES, PINTURAS, TINTAS,
CERAS, FARMACIA,
E INDUSTRIA QUIMICA EN GENERAL.**

Entrevista Gilbert Guillaume

Con motivo de la visita que el Juez de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, Dr. Gilbert Guillaume, hiciera a nuestra casa de estudios, THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de entrevistarlo para abordar temas relacionados con el funcionamiento del sistema jurisdiccional en el orden internacional.

El Dr. Guillaume ha sido miembro y consejero de Estado en Francia consejero jurídico de la Secretaría General de Aviación Civil de su país y representante del gobierno francés ante la OACI. Fue además delegado de Francia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas entre otros cargos.

La entrevista fue realizada por Javier Chocano Portillo, Mario Pasco Lizárraga y Fernando Pardo Segovia, contando con la valiosa colaboración de la Dra. Beatriz Ramacciotti de Cubas, y la participación de la Srta. María Teresa Delorme en calidad de intérprete.

THEMIS: Doctor Guillaume; aceptando el hecho que los Estados partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden hacer uso de la cláusula de jurisdicción obligatoria en forma facultativa, tal como lo prescribe el numeral segundo del artículo treintiseis del Estatuto; ¿qué beneficios considera usted que brindaría la adopción expresa por parte de todos los Estados de la cláusula en mención, para todos los conflictos que pudieran surgir entre ellos? ¿Cree usted que un acuerdo de ese tipo sería viable en el contexto mundial actual? ¿Cómo lograr que los Estados confíen en la efectividad de la Corte y recurran a ella para la solución pacífica de sus diferencias?

GUILLAUME: Hay cincuenta Estados que han aceptado la cláusula de jurisdicción obligatoria. La mayoría han salido de las reservas, que a veces son de mucha importancia. Por ejemplo, la reserva de la India es tal, que todos los problemas importantes que se traten de la India pueden llegar a la Corte.

¿Cuál es el futuro de la cláusula de jurisdicción obligatoria? Yo no creo que en un futuro cercano sea la fórmula que tenga más éxito. Pienso que los Estados que deseen acudir a la Corte, lo harán teniendo en cuenta cláusulas de competencia en los tratados, o sea aceptando en un litigio determinado la competencia de la Corte. Los Estados no aceptan fácilmente que un litigio determinado tenga que ir a la Corte; es más fácil aceptar cuando se conoce la naturaleza del litigio o al menos el campo. Dos ejemplos famosos en los últimos veinte años son Francia y los EE.UU., porque los problemas que fueron sometidos a juicio tenían tantos aspectos políticos como jurídicos. Los aspectos políticos eran tan importantes que los Estados tenían problemas para aceptar.

No es que sea pesimista en cuanto al futuro de la

Corte. Al contrario, hablaré más adelante sobre ello, pero no a propósito de la cláusula de jurisdicción obligatoria.

THEMIS: Entendemos que la Corte Internacional de Justicia resuelve controversias versadas sobre aspectos de orden jurídico. Sin embargo, el numeral segundo del artículo treintiocho de su estatuto la faculta para resolver litigios "ex aequo et bono", sobre asuntos de hecho, si las partes así lo convinieren. Estableciendo entonces, la diferencia entre asuntos de orden jurídico y asuntos de hecho o de interés, ¿podría usted referirnos qué tipos de casos le son sometidos a la Corte dentro de cada uno de estos rubros? ¿Qué proporción aproximada existe entre ellos, tanto cualitativa como cuantitativamente?

GUILLAUME: La Corte jamás ha decidido ex aequo et bono.

THEMIS: ¿Nunca ha decidido ex aequo et bono?

GUILLAUME: En ningún caso. En lo que se refiere a los litigios de orden jurídico y las diferencias de orden político, a mi entender se trata de una distinción de orden intelectual más que de orden práctico, porque prácticamente en todos los litigios hay aspectos de derecho y aspectos de hecho y de política. Entonces la Corte sólo se pronuncia en Derecho, pero las decisiones que toma en Derecho necesariamente tienen consecuencias en otros órdenes. Por ejemplo, en el problema de los rehenes americanos en Teherán se trató de un problema de derecho - la aplicación de la Convención de Viena sobre el status de los diplomáticos- y había también un aspecto político entre las relaciones de los EE.UU. e Irán; pero es una distinción que no tiene interés práctico a mi parecer.

THEMIS: ¿Existiría según su opinión algún rubro de casos que la Corte haya resuelto en forma más satisfactoria? De ser ése el caso, ¿cuál cree usted que sea la razón por la que la Corte resuelve en mejor forma un determinado grupo de asuntos en desmedro de otros?

GUILLAUME: Bien, los casos en los que la intervención de la Corte resulta más útil son aquellos en que los Estados estuvieron de acuerdo en acudir ante ella, porque si no hubiesen estado de acuerdo, se presentarían grandes discusiones sobre la competencia, sobre la seguridad o las dificultades de ejecución. Los mejores casos son los que presentan problemas de derecho a título principal pero que al mismo tiempo no pueden ser resueltos fácilmente por una negociación. Ejemplo, los problemas fronterizos; en particular, los problemas marítimos son problemas que los Estados tienen dificultad de negociar porque está de por medio el prestigio del país, la imagen, la opinión pública interna, etc, y al mismo tiempo hay casos en los que los gobiernos están perfectamente conscientes de que es necesario resolver el problema. Entonces, confían el caso a un juez. Para el gobierno tiene la ventaja de confiar la decisión a una autoridad externa, y de transferir la responsabilidad de ésta. Son procesos que han sido numerosos en la Corte en los últimos veinte años y donde ésta, en mi opinión, ha jugado un papel muy importante.

THEMIS: Doctor Guillaume, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es bastante explícito al referir que sólo los Estados podrán ser partes en casos sometidos a su jurisdicción. Dicha disposición prohibiría de plano que las controversias entre dos organizaciones internacionales o entre un Estado y una organización internacional se ventilen ante la Corte. ¿No evidencia este hecho un estancamiento en el antiguo criterio de considerar tan sólo a los Estados como sujetos del Derecho Internacional, al continuar vigente un estatuto creado cuando prevalecía tal razonamiento? ¿Cómo se solucionan entonces los conflictos que pueden surgir entre las organizaciones internacionales, o entre éstas y los Estados?

GUILLAUME: Bien, es verdad que las organizaciones internacionales no pueden someterse a litigios en las cortes. Sin embargo, se encontró una solución en determinados casos, que consistió en pedir una opinión consultiva a la Corte. De antemano se convino que tendría carácter obligatorio para la organización y para los Estados interesados. Por ejemplo, en los acuerdos de Siéyes de las organizaciones de la familia de las Naciones Unidas, hay una disposición de este tipo. También hay una en el Convenio de Viena, sobre los tratados que realizan las organizaciones internacionales en lo que concierne a los litigios relativos al *ius cogens*. Es una solución que sólo puede ser para las organizaciones internacionales de la familia de las Naciones Unidas. En cuanto a las otras, la Corte no es accesible y en consecuencia los

litigios generalmente se resuelven por medio del arbitraje. Pero es un punto sobre el cual sería deseable mejorar el Estatuto; como ustedes saben, éste sólo se puede revisar en algunas condiciones en que la Carta de las Naciones Unidas se pronuncia, lo cual es muy difícil.

THEMIS: ¿Hay algún proyecto próximo de modificación del Estatuto, en cuánto a alguno o algunos de sus artículos?

GUILLAUME: No, pienso que no lo hay. Si lo hay es muy remoto.

THEMIS: ¿Y para el futuro?

GUILLAUME: No, tampoco lo hay. Es muy difícil. Es abrir la caja de Pandora.

THEMIS: ¿Podría explicarnos brevemente el sistema por el cual la Corte constituye una o más salas para el conocimiento de determinadas categorías de negocios jurídicos, en aplicación del artículo veintiseis de su Estatuto?

GUILLAUME: En lo que concierne a las Salas; los Estados que deseen la constitución de una sala se dirigen a la Corte diciendo que estarían listos a someterle un desacuerdo, y que desearían que quede constituida una sala, teniendo el derecho a pedir el número de jueces, tres o cinco, generalmente son cinco. Y sobre este punto, de acuerdo al reglamento del procedimiento, la Corte está obligada a respetar el punto de vista de ambas partes sobre el número de jueces.

En lo que concierne a la elección, los jueces de una sala son elegidos por la Corte en escrutinio secreto, después de haber consultado a las partes. Se trata de una simple consulta, no hay obligación de seguir la opinión de las partes. En la práctica, el presidente consulta a las partes, luego informa a la Corte y se trata de encontrar una solución que satisfaga a todos.

THEMIS: ¿Cuál es, a grandes rasgos, el procedimiento que se sigue para resolver litigios ante la Corte? ¿Existe alguna distinción en cuanto al trámite a seguirse, por ejemplo, entre procedimientos sumarios y ordinarios?

GUILLAUME: Hay un procedimiento que se llama "Procedimiento de indicación de medidas previas". Es una de las partes la que solicita un recurso de urgencia y la Corte se reúne rápidamente. Se da una audiencia oral, y ella toma una decisión, una ordenanza, que ordena o no medidas provisionarias. Puede ser muy rápido; por ejemplo, en el problema de los rehenes americanos se dio una ordenanza de medidas provisionarias al cabo de doce días. También se puede rechazar la petición como en el caso entre Senegal y Guinea.

En principio la decisión de medidas provisionarias no tiene el mismo carácter obligatorio que el dictamen o el fallo que se da.

En seguida - en la segunda etapa- se llega a la decisión definitiva, pero que puede ser tomada de acuerdo a un procedimiento más rápido; si el desacuerdo es urgente, entonces la Corte se pronuncia rápidamente. Se reduce el número de observaciones escritas, a veces se pueden suprimir. En ciertos casos se hace una audiencia oral y se aceleran las deliberaciones. En el caso de los estatutos de la oficina de la OLP en Nueva York hace dos años, la Corte entregó una decisión definitiva en siete semanas. Si por el contrario no hay urgencia, el litigio puede durar dos o tres años, sobre todo en los casos en los que éste no precisa de mucho apuro porque al mismo tiempo las partes están negociando.

THEMIS: Considerando que en un litigio ante la Corte se espera que las partes en su calidad de Estados, se comporten de manera más veraz que dos individuos en un proceso de derecho interno, ¿cuál es la importancia de las discrepancias sobre hechos, dentro de un procedimiento ante la Corte? ¿Podría referirnos qué tipo de pruebas son admitidas por la Corte y si existe alguna jerarquía entre ellas?

GUILLAUME: Los Estados en la Corte no presentan un comportamiento muy diferente de aquel que puede tomar un individuo particular en un proceso de derecho interno. Las discusiones se realizan ya sea sobre el derecho y el hecho, pero eso depende de los casos. Hay casos en que el problema es exclusivamente jurídico o mas bien esencialmente jurídico. Hay casos en los cuales los problemas de hecho son más importantes. Los Estados pueden presentar todas las pruebas que deseen: pruebas escritas, testigos, expertos, etc. La Corte puede nombrar expertos, aunque no lo ha hecho muy a menudo; a lo sumo tres o cuatro veces. No hay jerarquía en las pruebas.

THEMIS: Doctor Guillaume, resultan obvias las diferencias económicas entre los diferentes Estados que puedan acudir ante la Corte. Ahora bien, ¿son los costos de un procedimiento ante ésta tan elevados como para constituir elemento de juicio que pudiera disuadir a un Estado pobre de someter un litigio a su jurisdicción? ¿Cuál es el mecanismo utilizado para sufragar los costos de procedimiento y los de funcionamiento de la Corte?

GUILLAUME: No hay costo de procedimiento para la Corte misma. Los jueces son pagados por las Naciones Unidas, por lo que cuesta mucho menos que un arbitraje, donde hay que pagar a los jueces. El único costo que queda a cargo de las partes es el de los consejos y del material impreso, así como del desplazamiento que se da. Puede haber un problema para los países en vía de desarrollo, y recientemente

se decidió constituir un fondo para ayudarlos a costear los gastos del procedimiento. Estos fondos están financiados por contribuciones voluntarias en el marco de las Naciones Unidas por ciertos Estados. Francia, por ejemplo, ha entregado una suma para estos fondos.

THEMIS: El artículo cuarentidós del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su numeral tercero, señala los privilegios e inmunidades de que gozan los agentes, consejeros y abogados de las partes para un eficaz desempeño de sus funciones ante aquélla; sin embargo, dicho estatuto no menciona si los testigos y peritos gozan de idénticas o similares prerrogativas. ¿Podría usted aclararnos esta situación?

GUILLAUME: No han habido problemas prácticos. De manera general, el gobierno de los Países Bajos es muy liberal.

THEMIS: Hacemos esta pregunta porque somos de la opinión, que los testigos y peritos deben tener inmunidades o privilegios, pues ello les permitiría realizar más eficientemente sus funciones, en aras de cumplir con las finalidades de un proceso.

GUILLAUME: Sí, pienso que en la práctica las tienen, pero nunca ha habido un problema.

THEMIS: ¿En qué supuestos admite la corte la intervención de terceros Estados en los asuntos que le son sometidos?

GUILLAUME: La intervención de los Estados se permite en caso que éstos tengan interés jurídico, existe abundante jurisprudencia sobre esto. Hay dos técnicas: la primera es de permitir liberalmente la intervención; la segunda consiste en delimitar el fallo de tal manera que no se inmiscuya en los intereses de los Estados que inicialmente no formaban parte. Por ejemplo, en el desacuerdo entre Libia y Malta sobre la fijación de la frontera marítima, Italia intervino porque podía haber para ella un interés en algún lugar. La Corte rechazó la intervención italiana pero delimitó la frontera solamente en la parte que no comprometía a Italia.

En otros casos donde la intervención ha sido aceptada, por el contrario, el litigio ha sido interpretado de manera más amplia.

THEMIS: Pasando a otro punto, quisiéramos que nos explicara qué influencia tiene el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre el desempeño de la Corte Internacional de Justicia.

GUILLAUME: El Consejo de Seguridad no tiene influencia sobre el funcionamiento de la Corte.

THEMIS: Con respecto a la ejecución de los

fallos de la Corte Internacional de Justicia, cuáles son los medios de coerción más eficaces, y cuáles los más utilizados? ¿Qué tan importante puede ser el aislamiento económico? ¿Podría adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas medidas para hacer cumplir una resolución de la Corte?

GUILLAUME: Generalmente las decisiones de la Corte son llevadas a cabo; no siempre de inmediato, pero finalmente se ejecutan. Es ahí donde el Consejo de Seguridad puede tener un papel, el previsto por la Carta en el artículo noventa y cuatro segundo párrafo: "Si una de las partes en litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo."

THEMIS: Doctor Guillaume, ¿podría explicarnos algo sobre la actividad de la Corte Internacional de Justicia como cuerpo u órgano consultivo? ¿Sería factible, por ejemplo, que la Comunidad Internacional solicitara a la Corte la absolución de una consulta sobre un caso como el de Lituania para, de ser el caso, utilizarla como medio de presión hacia la Unión Soviética?

GUILLAUME: Bien. En cuanto a ser un órgano consultivo, la Corte tiene un papel importante. En total, la Corte desde 1946 a 1990, ha entregado cuarenta y cuatro dictámenes, y dado dieciocho dictámenes consultivos en desacuerdos importantes como en Namibia y el Sahara Occidental, y muy recientemente en el problema de la oficina de la OLP en Nueva York. Estos dictámenes consultivos pueden provenir de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que sucede muy a menudo; del Consejo de Seguridad, que ha sucedido una sola vez, y de otras instituciones de las Naciones Unidas: UNESCO, OIT, etc.

Esta petición de dictamen consultivo solamente se lleva sobre un punto que trate sobre la competencia del órgano en cada cuestión.

No voy a decir nada sobre el problema de Lituania. Solamente de manera general diré que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo, no

puede plantear problemas sino dentro de los límites de lo que ha sido previsto en la Carta.

THEMIS: Finalmente; la situación internacional ha variado sustancialmente en los últimos tiempos. ¿Considera usted que sucesos como los de reformas en Europa Oriental, que probablemente atenuarán el conflicto este-oeste mas no el conflicto norte-sur, conllevarán cambios en la actuación e importancia de la Corte? ¿Cuál cree usted que será el futuro de la Corte para los próximos años?

GUILLAUME: Yo creo que el mejoramiento de la situación en las relaciones este-oeste, ha dado una oportunidad más grande al sistema de las Naciones Unidas para resolver sobre todo conflictos regionales. Ejemplo: Namibia; y que en consecuencia le dan una oportunidad más grande a la Corte.

Hay conflictos que en otras situaciones se hubieran agravado, y que se tratan de resolver por medio de la negociación o recurrir a la justicia. Actualmente la Corte tiene siete desacuerdos en su rol, lo que es el récord en su existencia.

En segundo lugar, cuando se observan los desacuerdos sometidos a la Corte, uno se da cuenta que la mayoría de ellos no son litigios entre el este y el oeste, o entre el norte y el sur. Mas bien son litigios locales o regionales. En consecuencia yo no pienso que haya dificultades entre el norte y el sur, que tengan consecuencias inmediatas sobre la actividad de la Corte.

Cuando uno mira los siete desacuerdos que tiene actualmente la Corte, uno se da cuenta que un buen número de ellos oponen a países de una misma región; por ejemplo: Senegal-Guinea; Dinamarca-Noruega; Honduras-Nicaragua. Es este tipo de desacuerdos que se presenta con más facilidad en la Corte, y cuya resolución puede traer buenos resultados. La Corte no ha sido hecha para resolver grandes problemas políticos, sino para resolver desacuerdos importantes pero no fundamentales, y es desde este punto de vista que puede cumplir un papel importante. Entonces, pienso que el futuro de la Corte en los años venideros es bueno, optimista. Espero que no hayan demasiados desacuerdos.

El Derecho Internacional en la frontera del siglo XXI: Hacia una protección global del medio ambiente

Beatriz Ramacciotti de Cubas

Abogada , M.A. Fletcher School of Law & Diplomacy,
Profesora Asociada de la PUC.

INTRODUCCION

El título del presente artículo puede parecer un tanto ambicioso, y quizás lo es, en la medida que pretende dibujar en unos cuantos trazos, una reflexión sobre el nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. Por cierto no se perfilarán respuestas específicas, sino tan sólo un esbozo del alcance de la disciplina y los variados tópicos que se proyectan en el tema de la protección global de las especies y la naturaleza.

Esta presentación de ideas está especialmente dirigida al auditorio de jóvenes estudiosos del Derecho Internacional, que son quienes tendrán en sus manos el manejo y la responsabilidad de recrear lo jurídico en concordancia con los profundos cambios que están operando en la realidad mundial.

1. MEDIO AMBIENTE: VIEJA PREOCUPACION, NUEVA REGULACION

La preocupación de los últimos años por la ecología no es sino una manifestación actual de un tema de todos los tiempos: la relación del hombre con su medio ambiente; dicha relación, sin embargo, aparece hoy teñida de una gran complejidad, debido al impacto generado sobre la naturaleza por el progreso científico y tecnológico, el crecimiento demográfico y la

utilización intensiva de los recursos naturales, aspectos que, además de crear una nueva gama de problemas globales, amenazan no sólo la supervivencia de la especie humana sino también toda la vida terrestre.

Los equilibrios naturales existentes entre los seres vivos y determinados elementos como el aire, el agua o el suelo, deben preservarse, pues de ello depende el normal desarrollo de los ciclos de alimentación y de transformación de energía que tienen lugar en la biósfera¹ y en, consecuencia, en la reproducción de las formas de vida en general.

Puede afirmarse que los Estados y los individuos han ido tomando conciencia de que la protección del medio humano, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, es una cuestión impostergable que está en relación directa con el bienestar de los pueblos².

Por su parte, el Derecho Internacional clásico, fundamentalmente individualista y liberal³, con base en la idea de una soberanía estatal "exclusiva" y "excluyente", ha tenido que responder ante el desafío de las nuevas realidades, especialmente las derivadas de la utilización de los recursos animales, vegetales, minerales, químicos y energéticos que integran parte del ambiente en que transcurre la existencia de los hombres.

1. El concepto de biósfera comprende parte de la atmósfera, la hidrósfera, y la litósfera, es decir todo el espacio habitado por organismos vivos. (Ver definición de John R. Vallentyne, en la Enciclopedia de Ciencias Ambientales, 1964, p.64, citada por GRAF, Silvia, "Prospectus of a Course on Peruvian Environmental Law", Universidad de Wisconsin, 1987, p.7. (inédito) El Concepto anotado que denota la unidad biofísica de la tierra, ha sido utilizado en el marco del Derecho Internacional del Medio Ambiente, a partir de la "Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre Base Científica y Uso Racional de la Biósfera", realizada en París en 1968. Ver documento de la UNESCO, "El Hombre y la Biósfera" Sc69/XII.16/A (1969).
2. Ver CADWELL, Lynton K. "Concepts in Development of International Environmental policies", p.19-20, en TECLAFF, L.A. & UTTON, A.E. *Internacional Environmental Law*, New York: Praeger, 1974.
3. Ver TRUYOL Y SIERRA, Antonio. *La Sociedad Internacional*, Madrid, 1983, p.97, quien señala que la concepción tradicional de soberanía estatal permitía la vigencia de un Derecho Internacional de bajo perfil (minimal standard), de coexistencia, tolerante y muchas veces, tan solo declarativo.

Hoy podemos hablar de una evolución progresiva hacia un ordenamiento jurídico de las relaciones internacionales presidido por consideraciones más cercanas a la cooperación que a la mera coexistencia y que contempla, en mayor medida, que en épocas anteriores, principios humanistas, sociales y democráticos⁴.

Como el Derecho tiene la función básica de establecer la Justicia a través de la regulación de la conducta humana, la idea de soberanía absoluta, sin otros parámetros que el poder -económico, político y militar- y la defensa de los intereses nacionales, resulta devastadora pues atenta directamente contra la cooperación y la armonización de políticas entre las naciones. Esa visión pudo mantenerse mientras las relaciones internacionales estaban vinculadas a unos cuantos temas manejados en una dimensión básicamente inter-estatal. Por contraste, la realidad actual transnacionalizada por excelencia y compuesta por multitud de sujetos, ha "erosionado" el concepto tradicional de soberanía.

Es justamente, en el tema del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales, donde mejor puede apreciarse este fenómeno: la ecología, por la naturaleza de las cosas, no conoce de fronteras; por otro lado, también resulta evidente la incapacidad de los Estados para hacer frente en forma unilateral a los problemas globales.

El efecto de esta situación en el Derecho Internacional, ha sido la promoción de nuevas normas para la protección de cada uno de los elementos del medio ambiente, con énfasis en el control de la contaminación y la responsabilidad estatal. Poco a poco, se han ido generando principios, instituciones, normas y standards específicos, creándose lo que hoy se denomina **Derecho Internacional del Medio Ambiente**.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Una primera definición.

¿En qué consiste el Derecho Internacional del Medio Ambiente? ¿Cuál es su objeto de estudio? ¿Cuál es su contenido y alcances? Podríamos decir que es el conjunto de principios y normas destinadas

a proteger, prevenir, establecer límites a las actividades del hombre en su medio natural e imponer sanciones frente al deterioro ambiental, es decir, establece los derechos y obligaciones de los Estados, Organizaciones Internacionales e individuos en esta área⁵.

Sin duda este Derecho, como intentaremos reseñar más adelante, se encuentra en una etapa de formación, pues en gran medida, es el Derecho Internacional General el que todavía cumple el papel de proveer normas concretas aplicables a los Estados en los aspectos vinculados a la protección ecológica.

Antecedentes

Como decíamos al iniciar estas líneas, la atención y estudio por el medio ambiente en el que desarrolla la vida humana no es nueva, y por lo tanto pueden encontrarse algunos antecedentes, en normas y jurisprudencia internacionales, sobre conceptos tales como "contaminación", "protección ambiental", "uso racional de los recursos naturales", entre otros, para regular las actividades en el océano, en los ríos y lagos, los suelos, el aire y la atmósfera. Todos estos elementos han sido y son objeto de estudio legal, básicamente enfocados desde el punto de vista de las controversias inter-estatales. Es así como se generaron los dos principios primigenios sobre protección ambiental; uno de ellos es el siguiente:

"Es una regla del Derecho Internacional que a ningún Estado le está permitido alterar, no obstante su soberanía, las condiciones naturales de su territorio o realizar actividades que puedan afectar las condiciones naturales de otros Estados".

El corolario de este principio que da cuenta de lo que hoy se denomina "contaminación transfronteriza"⁶, es que los Estados deben asumir la responsabilidad internacional por los daños ocasionados a otros territorios, aunque las actividades se hayan realizado "lícitamente" bajo su jurisdicción.

Sobre el tema de la contaminación transfronteriza, existen varios casos jurisprudenciales demostrativos, que han ido coadyuvando a la formación de una costumbre internacional; así cabe la pena mencionar los casos de la Fundición de Trail y el del Canal de Corfu.

4. Ver CASSESE, Antonio. **Internacional Law in divided World**, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.399-407.

5. Ver TECLAFF, A. "The impact of environmental concerns on the development of International Law" p.261-262, en TECLAFF & UTTON. **International Environmental Law**, New York: Praeger Publishers, 1974.

6. Recientemente se ha comenzado a usar un término más omnicompreensivo: "interferencias ambientales transnacionales" (Transboundary environmental interferences) para indicar la propagación de la contaminación no sólo fronteriza (polución que afecta a uno o varios Estados vecinos), sino también aquélla que puede afectar a los espacios comunes (Antártida, Fondos Marinos, etc.). Por otro lado, la nueva denominación no solo se refiere a las formas más comunes de polución causada por la industrialización, los desechos o la deforestación, sino que también comprende otras manifestaciones peligrosas para el ambiente natural, como por ejemplo, las radiaciones o los cambios artificiales del clima. Ver LAMMERS, Johan (Rapporteur) & MUNRO, R.R. (Chairman) **Environmental Protection and sustainable development**, London: Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1986, p.8.

El **asunto de la Fundición de Trail** (Trail Smelter Arbitration, Canada vs. Estados Unidos, 1938), es un caso que constituye un precedente importante sobre el problema de la polución ambiental. El caso versó sobre la instalación, en 1896, de una fundición de zinc y plomo en Canadá, aguas arriba del río Columbia, cerca de la localidad de Trail, a siete millas de la frontera con los Estados Unidos. El proceso de producción generaba grandes cantidades de humo de dióxido sulfúrico; dichas emanaciones, arrastradas por las corrientes de aire, llegaban más allá de las fronteras, causando daños en la vegetación de la región limítrofe estadounidense. El gobierno de Estados Unidos reclamó oficialmente al gobierno de Canadá una indemnización y el pedido de que en lo sucesivo se cesara de generar daños al Estado de Washington. Firmado un Convenio de arbitraje entre los dos países, se sometió el asunto a un Tribunal Arbitral, que pronunció dos fallos, el primero en 1938, determinando que sí se habían causado daños en los humos de la Fundición de Trail, estableciendo el pago de una indemnización cuantiosa. Luego, en 1941, determinó que la Fundición de Trail debía abstenerse de causar daños en el Estado de Washington hasta que se llegara a un arreglo final⁷.

En el **asunto del Estrecho de Corfú** (Corfú Channel Case, CIJ, United Kingdom vs. Albania, 1949), que fue el primer caso ante la Corte Internacional de Justicia, se trató sobre la obligación que tenía Albania de dar aviso a otros Estados, respecto de la colocación de minas en sus aguas territoriales, es decir, el deber de prevenir sobre el peligro existente. La Corte estableció en su sentencia que existían principios reconocidos por el Derecho Internacional que establecían la obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios al derecho de los demás Estados⁸.

En los casos citados se reconoce, de una u otra forma, que ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio para la realización de actos contrarios al derecho de los demás Estados, incluyéndose los daños en general ocasionados a personas naturales, jurídicas, propiedades o especies naturales.

También existen numerosos casos ventilados en Tribunales internos donde se reconocen responsabilidades de nacionales vinculadas a interferencias y daños más allá de los límites estatales⁹.

Un segundo principio más político que legal, es aquél que establece lo siguiente:

"Los Estados tienen la obligación de cooperar entre sí, en función de intereses ambientales comunes"¹⁰.

Para graficar este principio, puede citarse el **caso del Lago Lanós** (Lanoux Lake Arbitration, España vs. Francia, 1957), asunto relativo a la desviación de las aguas del Lago Lanós hacia el río Ariege y el aprovechamiento de las mismas. El Tribunal Arbitral dejó en claro que el Estado de "aguas arriba" tenía la obligación de tener en cuenta el efecto en el Estado ubicado "aguas abajo". Es decir, si bien se reconoció que Francia tenía el derecho de realizar las obras y la utilización de las aguas que considerara necesarias en virtud de su soberanía, no podía dejar de tener en cuenta los derechos de España, que en este caso resultaba afectada. Se refleja así el deber de cooperación entre los Estados en la utilización y manejo de recursos naturales compartidos, como el de un sistema hidrográfico¹¹.

Además de los casos jurisprudenciales, algunas prácticas y acuerdos interestatales, el primer esfuerzo para establecer una obligación general de cooperación en función de intereses ambientales comunes, estuvo relacionado con la protección de los océanos; fue en la Conferencia sobre el Derecho del Mar convocada por Naciones Unidas en Ginebra (1958), donde se negociaron y adoptaron normas específicas sobre la protección de especies marinas¹².

Cabe mencionar también la obligación consignada en el Tratado Antártico (1959), que prohíbe las explosiones nucleares y el depósito de desechos radioactivos, así como una provisión general de resguardo de las aguas y hielos, en todo el espacio al sur de los 60 grados de Latitud Sur¹³.

7. Con relación a este caso puede verse, en otros a : READ, J.E. "The Trail Smelter dispute", *Annuaire Canadien de Droit International*, Vol. I, 1963, p.213-229 y PONTE IGLESIAS, Teresa. **La Contaminación Fluvial: Cuestiones de Responsabilidad Internacional de los Estados**, Santiago de Compostela: Minerva, 1989, P.158-159.

8. Ver, Mervin Jones, J. "The Corfu Channel case", en *British Year Book of International Law*, 1964, p.447-453.

9. Ver diferentes casos nacionales sobre el principio citado en LAMMERS, Johan, **Pollution of International Watercourses**, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 31-50.

10. Ver PONTE IGLESIAS, op. cit. p. 189-91

11. Sobre el Caso del Lago Lanós puede consultarse el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1974, p.206-211.

12. Convención sobre Pesca y conservación de los recursos vivos del Alta Mar, 1958, vigente desde el 20/3/1966. Ver, Goldie, J. "The oceans resources and International Law", en *Columbia Journal of Transnational Law*, V.I., 1969, p.8.

13. Tratado Antártico (1959), vigente desde el 26/6/1961, Art.9.

Todos los elementos mencionados, han venido ejerciendo una notable influencia en la práctica y la opinio iuris de los Estados, generalizándose la inclusión de consideraciones de tipo ecológico, en tratados multilaterales y bilaterales, en declaraciones y actos estatales. Es decir, lo jurídico se ha ido ajustando a lo real y sustantivo.

Desarrollo de la Disciplina

Se considera que el Derecho Internacional del Medio Ambiente existe como tal desde la segunda mitad de la década de los sesenta, con las **Reglas de Helsinki** sobre uso de las aguas de Ríos Internacionales elaboradas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966¹⁴ y las primeras declaraciones de principios generales relativos a la **conservación del agua y la prevención de la contaminación del aire**, establecidos por el Consejo de Europa en 1968¹⁵. También debe mencionarse la Decisión adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de convocar a una conferencia mundial sobre el medio ambiente, como resultado de la cual, en Junio de 1972, se realizó en Estocolmo, un evento mundial que dio por resultado la **Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano**¹⁶.

Con dicha Declaración se dió un impulso fundamental al tratamiento ambiental desde una perspectiva global.

Entre los veintiseis principios acordados, resalta el que establece como **derecho humano** fundamental el de vivir en un medio ambiente sano¹⁷; se enfatizó también la obligación de proteger los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras¹⁸; y se recogieron los principios de responsabilidad internacional de los Estados por contaminación transfronteriza y de cooperación¹⁹. Esta exigencia también se pone de manifiesto luego en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974²⁰.

Otro avance importante, desde el punto de vista institucional, fue la creación del **Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente** (PNUMA)²¹ con sede en Nairobi, para coordinar las acciones de protección ecológica entre los miembros de la Organización. En el marco del PNUMA, se organizó la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo²², encargada de preparar proyectos incorporando los nuevos conceptos, como el de "recursos naturales compartidos" (shared natural resources), que designa a los elementos naturales usados por el hombre que conforman una unidad biofísica, aunque estén localizados en el territorio de dos o más países²³, y el de "recursos comunes" (commons), que se refiere a los recursos existentes en la Antártida, en Alta Mar, Fondos Marinos, Espacio Ultraterrestre, Capa de Ozono, Orbita Geoestacionaria, entre otros²⁴.

14. Sobre las Reglas de Helsinki (1966-ILA Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers), puede verse el Informe publicado por la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association), Londres, 1967, p.484-532.
15. Ver "Carta sobre el Agua" (Water Charter) y la "Declaración de Principios sobre el control de la polución en el Aire", adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en 1968. Puede consultarse, KISS, Alexandre, "The International Protection of Environment", en MACDONALD, R. & JOHNSTON, D. **The structure and Process of International Law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p.1070.
16. La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, se emitió como resultado de la Conferencia realizada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de Junio de 1972. Ver, UN Doc. A/ CONF. 48/14.
17. Doc. cit. Principio 1; este principio ha sido fuente de otros similares contenidos en Constituciones nacionales, como en la del Perú de 1979, Art. 123; Ver GRAF, Silvia, doc. cit. p.52-54.
18. Doc. cit. Principio 2; resulta interesante la incorporación de derechos en favor de las generaciones futuras: Ver op. cit. LAMMERS & MUNRO, p.42-45.
19. Doc. cit. Principios 6, 21 y 22; la preservación del medio ambiente sólo puede llevarse a cabo si los Estados asumen la responsabilidad por los posibles daños ecológicos que puedan ocasionar y de acuerdo a un conjunto de políticas que deben darse en el marco de la cooperación internacional.
20. Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 12 de Diciembre de 1974.
21. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente fue establecido en 1972. Cuenta con un Consejo de Gobierno de 58 Estados Miembros, y una Secretaría ubicada en Nairobi, otra oficina en Ginebra y un Fondo especial para desarrollar sus actividades. Ver el Informe de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, UN Doc. A/42/427, del 4 de Agosto de 1987, p. 324.
22. Ver Doc. cit., p.1.
23. Ver BARBERIS, Julio, **Los recursos naturales compartidos entre los Estados y el Derecho Internacional**. Madrid: Tecnos, 1979.
24. Ver SOOROS, Marvin S., "Conflict in the Use and Management of International Commons", p. 1-3, Documento presentado en el Seminario sobre el Tema realizado por el Tampere Peace Research Institute, Finlandia, 1989.

Otros desarrollos se fueron dando, aunque con un enfoque básicamente sectorial (protección del medio marino, de los cursos de aguas, de las especies en peligro de extinción, la radiación nuclear y la atmósfera) tanto en el nivel bilateral como regional²⁵.

En suma, puede decirse que la Declaración de Estocolmo, cumplió un rol legal importante en la medida que permitió afianzar un reconocimiento internacional de los problemas ambientales, preparando el camino para nuevos avances y acuerdos concretos.

Otro paso importante, se dio en 1982 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una Resolución conteniendo la "**Carta Mundial de la Naturaleza**", donde se verifica una mayor toma de conciencia sobre la unidad y fragilidad ecológica y la necesidad de coordinar medidas a nivel planetario para prevenir su degradación y asegurar un desarrollo equilibrado y sostenido de los escasos recursos naturales²⁶.

Finalmente, debe mencionarse el Proyecto de una Convención Mundial sobre "Protección Ambiental y Desarrollo Sostenido", preparada por un Grupo de Expertos en Derecho Ambiental convocado por la Comisión Mundial, que contiene veintidós artículos, donde se estructuran con mayor precisión que en otros instrumentos jurídicos internacionales, los derechos y obligaciones de los Estados en material ambiental²⁷.

La idea es que este proyecto sirva como base de las discusiones que se llevarán adelante, en la gran **Conferencia sobre Medio Ambiente** que se realizará en Brasil en 1992, para revisar los Principios de la Declaración de Estocolmo después de dos décadas.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

- El hombre ha tomado conciencia de que todos los componentes del Medio Ambiente están interrelacionados; desde este punto de vista, ni los océanos, el aire, ríos o vida silvestre pueden ser divididos en compartimentos de acuerdo a las fronteras estatales;

una prueba de ello es que la contaminación se propaga indiscriminadamente. Así puede afirmarse que los **problemas ambientales son necesariamente internacionales**.

- La calidad ambiental y la necesidad de preservar el habitat humano en su conjunto ha adquirido un status por lo menos igual-dentro de las preocupaciones tradicionales en el campo de las relaciones internacionales- al que tienen otros temas como el Desarrollo, el Comercio Internacional y el Desarrollo.

- En gran medida el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente está contribuyendo a un rápido reordenamiento de las políticas concretas de los Estados a nivel mundial, regional y nacional. Así por ejemplo, cada día se consideran con mayor amplitud los temas ecológicos al tomar las decisiones políticas y económicas.

- A pesar de la fragmentación del poder político en gobiernos estatales, puede afirmarse que se reconoce el imperativo de adoptar decisiones conjuntas a nivel global, para poder responder adecuadamente a los problemas de la explotación de los recursos y la protección del entorno planetario.

Es tarea de todos, entonces, que aquéllo que hoy vemos como un ideal en el horizonte, es decir, una comunidad internacional solidaria donde esté asegurado el derecho a la existencia de todas las especies, sea una realidad.

En lo que al Derecho Internacional concierne, uno de los caminos ya iniciados con cierto éxito, es lograr que la atención se dirija nuevamente al tema de la explotación racional y distribución equitativa de los recursos, en forma tal, que el imperativo de protección ambiental, el costo y administración adecuada, sean asumidos teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada Estado, para no tornar aún más injusto el orden existente. En otras palabras el reto será hacer compatible el desarrollo socio-económico de nuestros países con la preservación ecológica, conjunción denominada "desarrollo sostenible".

25. Ver, op. cit. LAMMERS & MUNRO, p. 133-43, lista de tratados sobre el medio ambiente.

26. Ver UN Res. N-37/7, 28/10/1982.

27. op. cit. LAMMERS & MUNRO, p. 4-8.

CONTRA TODA LEY HUMANA:

El Caso del Terrorismo ante el Derecho Internacional (Un Análisis en Prospectiva)

Narghis M. Torres Pérez

Alumno del 6º Año de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

En una Democracia constitucional, la esencia de un gobierno es la protección del ciudadano, sus derechos y su propiedad, sea por el gobierno, por sus conciudadanos o por extranjeros enviados al país con ese propósito. Que el ciudadano ejerza su libertad es más importante que la preservación de un orden perfecto dentro de la comunidad. De hecho el mejor orden posible es el que hacen cumplir los ciudadanos mismos quienes, celosos de sus propios derechos, encuentran motivos para proteger los derechos de otros.

(...)

La intención del terrorista es romper el orden, demostrar que los derechos del ciudadano y la defensa de la ley no cuentan cuando se confrontan con lo que él se propone lograr. Típicamente, el terrorista cometerá alguna atrocidad para mostrar su desprecio por la humanidad y su deseo de ser brutal; después exigirá que el gobierno haga algo que quizá no pueda legalmente hacer, o que se encuentre impotente para ejecutar.

(...)

Al terrorista no le interesa el resultado, porque de cualquier modo el gobierno queda en descrédito; el orden se destruye y el temor, no la razón, impone su dominio. (Harold W. Rood)

Un amplio, variado e incontenible proceso de transformaciones se viene produciendo en el sistema internacional desde inicios de la década de los ochenta¹. Este proceso no sólo tiende hacia la globalización de las relaciones internacionales sino que está determinando que sea necesario repensar el mundo, el rol del Estado y el Derecho-entendido éste como un mecanismo para conocer y transformar la

sociedad- tanto en su dimensión nacional como internacional.

Estos hechos adquieren mayor importancia cuando nos percatamos de que la explicación de este proceso se halla en un interés -que a su vez es reflejo de una necesidad- por un cambio de mentalidad que tienda a revalorar al hombre no sólo como medio sino como fin en sí mismo en la búsqueda de la paz y el desarrollo de las naciones.

Este cambio en los sujetos y estructuras del sistema internacional nos obligan a hacer un alto en el camino y asumir el reto de repensar el Derecho Internacional -principios, normas e instituciones- tanto a nivel conceptual como operativo, con el propósito de facilitar y optimizar la convivencia entre las naciones políticamente organizadas en Estados y los otros actores no-estatales del sistema internacional.

En este orden de ideas, es importante revisar uno de los temas que mereció -y aún lo hace- la atención tanto de los Estados en particular como de la Comunidad Internacional en su conjunto, y que suscita las más variadas reacciones y consideraciones políticas, morales y jurídicas: el recurso a la violencia en forma sistemática como instrumento de acción política, léase terrorismo internacional.

I Consideraciones Preliminares

Desde fines de la década de los sesenta², las acciones terroristas han venido trascendiendo las fronteras y soberanías nacionales, dejando de ser actos de características locales -tales como asesinatos de autoridades u otros atentados de diversa índole en un determinado país por nacionales del mismo,

1. Vid. Herald Muñoz, El Escenario Mundial hacia el año 2000, en Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Año XXI, No. 81, Enero-Marzo 1988, pp. 3-14.

2. Cf. J. Bowyer Bell, Transnational Terror, The Hoover Institution, Washington, 1976, p. 67.

para pasar a convertirse en estrategias para la acción política por parte de grupos o individuos de diversos signos ideológicos e intereses que recurren a las más variadas formas de violencia con el propósito de alcanzar sus objetivos ³.

La internacionalización de esta "técnica explícitamente política para la acción social" como la definió Parsons⁴, ha llegado a convertirse en un "vínculo conflictivo entre las dimensiones nacionales y transnacionales del sistema internacional de los últimos años"⁵. De esta manera, así como muchas expresiones políticas actuales tienden a transnacionalizarse el terrorismo lo hace también, favorecido por la mayor interrelación entre los Estados y por el avance científico y tecnológico que ha reforzado más que nunca el poder de acción y difusión de actos de esta naturaleza.

El impacto del desarrollo de la ciencia y la tecnología en el terrorismo internacional se pone de manifiesto no sólo en lo sofisticado de las armas y equipo, sino también en la posibilidad real de que estos puedan tener acceso a importantes fuentes de energía.

Este hecho ha sido puesto de manifiesto por dos importantes instituciones -la Rand Corporation y Risks International ⁶, al evaluar el riesgo de ataques a instalaciones energéticas y de servicios básicos vitales para nuestra subsistencia.

En cuanto al impacto de las comunicaciones, éstas ayudan a explicar y entender la dimensión y el alcance del terrorismo internacional contemporáneo. Las comunicaciones globales han hecho posible que los terroristas pretendan "globalizar los teatros de operaciones" así como algunos de sus objetivos; produciéndose de esta manera una "simbiosis de mutua

explotación entre los medios de comunicación y el terrorismo"⁷.

Asimismo, en las últimas décadas hemos sido testigos del incremento de los actos terroristas patrocinados por Estados con el propósito de desestabilizar a otros; convirtiéndose esta práctica en componente integral de la política exterior de muchos de ellos ⁸, incrementándose por ello el número de ataques como de las víctimas ⁹.

De esta manera, el mecanismo tradicional de violencia interestatal que era la guerra, empezó a ser sustituido por otras formas que podríamos denominar "no-tradicionales"¹⁰.

Otro nuevo y peligroso factor de internacionalización del terrorismo es la creciente y estrecha alianza que con fines de aprovisionamiento y protección realizan algunos grupos terroristas con traficantes de armas y de estupefacientes y cuyas consecuencias podemos advertir en América Latina y en particular en nuestro país ¹¹.

Todos estos hechos nos permiten apreciar cómo estos grupos e individuos se sirven de las bases filosóficas de las sociedades democráticas, constituidas por una serie de valores éticos y jurídicos que reflejan el reconocimiento de derechos individuales y garantías constitucionales, y que son utilizados abusivamente por aquéllos; quienes por lo general, obedecen a ideologías incompatibles con la Democracia y que buscan paradójicamente destruir estas bases que los acogen y que -por trágica ironía- muchas veces los protegen.

Y si junto con estos hechos, consideramos en menor o mayor grado como parte de estas socieda-

3. Cf. Walter Laqueur, *Terrorismo*, Editorial Bucaramanga, Bogotá, 1982, p. 310.

4. Vid. Talcott Parsons, *Some Reflections in the Place of Force in the Social Process*, en H. Eckstein (ed.), *Internal War: Problems and Approachs*, The Free Press, New York, 1964, p. 34.

5. Cf. Mansbach, Lampert and Ferguson, *The Web of World Politics: Non-State Actors in the Global System*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1976, pp. 2-45, 273-279.

6. Vid. Yonah Alexander and Charles K. Ebinger, *Political Terrorism and Energy*, Praeger Publishers, New York, 1982, pp.38, 209.

7. Jeffrey Scheuer, *Moral Dimensions of Terrorism*, en *The Fletcher Forum*, The Fletcher School of Law and Diplomacy, Winter, 1990, p.157.

8. Cf. David Fromkin, *The Strategy of Terrorism*, *Foreign Affairs*, Vol 53, No. 4, July, 1975, pp. 683-686.

9. Sólo en los años 1980-89 se produjeron 5,000 muertos y 11,500 heridos debido a actos de terrorismo internacional ocurridos en el mundo según el Departamento de Estado de los Estados Unidos, Vid. "Gist" State Department Article (730) *International Terrorism*, USIS, March, 1990.

10. Vid. John F. Murphy, *The United Nations and the Control of International Violence: A Legal and Political Analysis*, Allanheld, Osmun & Co., New Jersey, 1982, p. 173.

11. Cf. Richard B. Craig, *Illicit Drug Traffic: Implications for South American Source Countries*, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 29, No. 2, Summer 1987, p.11 y ss.

des determinados factores que favorecen estas manifestaciones como son la inestabilidad social, económica y política tanto de los Estados como de los individuos así como también los intentos de justificación de un ambiente de legitimación histórica y cultural de la violencia¹², ya sea en eventos o coyunturas nacionales como internacionales, existe un peligro real que en esta sociedad internacional interdependiente se generen actitudes que amenacen no sólo la integridad física de las personas y sus propiedades sino a que también lleguen a constituir una amenaza a la estabilidad de los Estados y otros actores no-estatales que la conforman.

Por ello cabe preguntarse si el papel que desempeña el Derecho Internacional como regulador de la convivencia internacional constituye un medio racional y efectivo para enfrentar al terrorismo; lo que a su vez nos permitirá comprobar si la sociedad se halla comprometida nacional e internacionalmente a usarlo en la prevención y castigo de esta conducta criminal.

II Principales Iniciativas Internacionales

Desde una perspectiva histórica, la primera iniciativa internacional¹³ la encontramos en la 1ª Conferencia para la Unificación del Derecho Penal celebrada en Varsovia en 1927 que califica al terrorismo como "un delito de trascendencia cosmopolita" agregando que "atenta contra el Derecho de Gentes el uso de medios capaces de producir un peligro común"¹⁴.

Más adelante, en la 4ª Conferencia Internacional celebrada en París en 1931 se vuelve a calificar al terrorismo como "un delito que crea un peligro común" y se destaca la "necesidad de concluir un convenio para lograr la prevención y represión internacional de éste"¹⁵.

Ambos textos reconocen la naturaleza internacio-

nal del terrorismo, llegándolo a calificar de delito pero sin definirlo, poniendo de manifiesto las dificultades que desde el inicio tuvieron muchos países en señalar en los foros internacionales los elementos constitutivos del mismo y más aún para reglamentar los crímenes políticamente motivados.

Este hecho también se puso de manifiesto en la lucha de los Estados contra la Piratería Aérea a través de la Convención sobre Infracciones y ciertos Actos cometidos a bordo de Aeronaves suscrita en Tokio en 1963 y en el Convenio sobre Apoderamiento ilícito de Aeronaves adoptado en La Haya el 16 de Febrero de 1970 por los miembros de la Organización de Aeronáutica Civil Internacional -de la cual el Perú es parte- y que fue complementada por la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil celebrada en Montreal el 23 de Setiembre de 1971¹⁶.

A nivel regional, es a través de la OEA en donde se van a formular las más comprehensivas y decididas declaraciones para combatir el terrorismo internacional tal como lo evidencia la Resolución Nº 4 del 4 de Junio de 1970 que "condena enérgicamente los actos de terrorismo y en especial el secuestro de personas y la extorsión conexa con éste", a los que calificó como "graves delitos comunes"¹⁷.

Es en este contexto que a nivel multilateral se firma en la ciudad de Washington la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados contra las personas y la extorsión conexa cuando estos delitos tengan trascendencia internacional.

En esta Convención se llegó a calificar las conductas terroristas como "delitos comunes que atentan contra la libertad, seguridad, y la vida y que en ese sentido debían ser perseguidos, mediante el esfuerzo y colaboración de la Internacional en su conjunto"¹⁸.

12. Cf. sobre este tema la sugestiva obra de Raymond Aron, *The Opium of the Intellectuals*, The Norton & Co. Inc., New York, 1962, p. 324.

13. La primera iniciativa en orden cronológico sobre la que tenemos referencias es el Tratado Interamericano para la Extradición de Criminales y para la Protección contra el Anarquismo del año 1902, pero ésta no tuvo mayor trascendencia a nivel internacional, por lo que preferimos citar la 1ª Conferencia sobre la Unificación del D. Penal, véase el texto y comentarios sobre el mismo en Richard B. Lillich (Ed.), *Transnational Terrorism: Conventions and Commentaries*, The Michie Co., Charlottesville, 1982, p. 181.

14. Vid. José Bórquez Yunge, *Análisis de las Iniciativas Multilaterales para la Prevención y Castigo de las Actividades Terroristas*, en *Diplomacia*, Academia Diplomática de Chile, pp.47-53.

15. Bórquez, Op. Cit., p. 48.

16. La Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley Nº 22091 el 21 de Febrero de 1978. Se depositó el instrumento de adhesión el mismo año, entrando ésta en vigor el 7 de Setiembre de 1978.

17. Vid. Organización de Estados Americanos, Resolución Nº 4 del 4 de Junio de 1970, Doc. Ser. OEA.

18. Bórquez, Op. Cit., p. 49.

Es importante señalar que la caracterización de las actividades terroristas como delitos comunes que se realizan en estas Convenciones Internacionales es muy importante ya que significa quitarle la justificación que implícitamente se les otorga cuando se señala que se actúa por móviles políticos; lo que influye de alguna manera en la valoración del problema¹⁹.

En esta misma línea de acción, y en el marco de las Naciones Unidas, se abrió a la firma la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas. Esta Convención establece que están protegidos tanto los Jefes de Estado como los Ministros de Relaciones Exteriores así como cualquier representante oficial del mismo o de un organismo internacional así como sus familiares.

Comprende dentro de los delitos sancionados por ella al homicidio y secuestro así como a la amenaza, tentativa y complicidad en cualquier atentado contra la integridad física o la libertad de dichas personas o de cualquier ataque a sus locales oficiales y residencias particulares²⁰.

La Convención también contiene normas en relación a la extradición de los responsables de actos terroristas con el propósito de asegurar y fomentar la participación de la comunidad internacional en la represión de estos delitos; disponiendo la incorporación de sus causales en los tratados de extradición vigentes entre las Partes del Convenio, debiéndose considerar adicionalmente a este acuerdo como base jurídica necesaria para toda extradición entre los Estados partes de la misma²¹.

Finalmente, y con el mismo propósito de continuar con esta política de cooperación para la prevención y castigo de las actividades terroristas, se abrió a la firma en el año de 1979 la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

En esta Convención se establecen dos principios de singular importancia: que toda persona que tome rehenes deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición y que se califiquen éstos como actos terroristas; revelando por primera vez y de manera clara la intención de la Comunidad Internacional de dar al terrorismo un tratamiento de conducta delictiva objetiva, independientemente de su motivación.

Todo ello fue reafirmado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 8 de Diciembre de 1985 mediante la Resolución 579 que condena la Toma de Rehenes y Secuestros en el plano mundial²².

III Hacia un Replanteamiento del Problema

A pesar de todos los esfuerzos anteriormente reseñados, una de las primeras comprobaciones que se hace luego de examinar las normas y declaraciones elaboradas con la intención de identificar, prevenir y castigar las acciones terroristas es que no debemos esperar que tal como se encuentran formuladas actualmente prevengan y repriman de manera efectiva el terrorismo internacional. Tal es así que no sólo ponen de manifiesto la ausencia de un acuerdo en cuanto a una conceptualización del término²³, sino que además demuestran que sobre este punto el Derecho Internacional ha sido sistemática e intencionalmente formulado para no reglamentar o en el mejor de los casos mantener una posición ambivalente frente a dos de sus principales características: el carácter internacional del mismo y sus motivaciones políticas.

En lo relativo a las manifestaciones internacionales del terrorismo, se consideraba que debido a que el Derecho Internacional carecía de un sistema judicial internacional o de una policía internacional²⁴ no se debía reglamentar este punto dejando dentro del dominio reservado de cada Estado el desalentar y castigar tales manifestaciones.

19. Cf. Thomas Franck and Bert Lockwood, Preliminary Thoughts Towards an International Convention on Terrorism, en *American Journal of International Law*, Vol.68, N° 1, January, 1974, pp. 69-90.

20. Art. 1 de la Convención.

21. Arts. 6, 7 y 8 de la Convención.

22. Otras Declaraciones en el mismo tenor fueron las realizadas por el Presidente del Consejo de Seguridad el 9 de Octubre de 1985 condenando todos los actos de terrorismo, incluida la toma de rehenes y la Resolución N° 40/61 de la Asamblea General del 9 de Diciembre del mismo año.

23. Cf. Cristopher Pyle, *Defining Terrorism*, Foreign Policy, N° 64, Fall 1986, pp. 71-72.

24. No podemos menos que rechazar esta interpretación. Creemos que el Derecho Internacional debe ser visto como derecho consuetudinario, codificado y ampliado por tratados y otras formas de acuerdos internacionales. El Derecho Internacional está orientado por principios y por el producto de siglos de codificación, refinamiento, y adaptación por juristas y académicos tanto como de la legislación nacional y de las decisiones de los jueces locales. Por ello es absolutamente dependiente del acuerdo, de la interpretación consensual y la voluntad conjunta de los Estados para su efectiva aplicación a casos particulares. Su fragilidad inherente hace imperativo que los gobiernos no traten de usarlo para servir sus intereses particulares.

Vid. algunas reflexiones sobre esta idea en Fernando de Trazegnies, *Nuevas Aproximaciones del Derecho a los Problemas Internacionales*, Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), Documento de Trabajo N° 6, 1986, p. 25.

Sin embargo, esta visión empequeñecedora y empobrecedora del problema demostró sus limitaciones y empezó a ser dejada de lado debido al incremento cuantitativo y cualitativo de las acciones terroristas pero sobretudo porque aquel que debía regularlo -el Estado- empezó a ser el nuevo protagonista del mismo.

Algunos internacionalistas han impugnado la premisa de que dar asilo y apoyo a terroristas que atacan a un Estado sea una forma de agresión. Otros sugieren que no se emplee la fuerza contra un gobierno que patrocina actos terroristas²⁵.

No debemos seguir aceptando una interpretación tan restrictiva del derecho que le asiste a todo Estado a actuar en defensa propia. Recordemos que los patrocinadores del terrorismo mundial basan su estrategia en una suposición que no tiene por qué ser cierta: que no se tomarán medidas contra ellos²⁶. Al respecto muchos especialistas han señalado que la falta de reacción suele interpretarse como debilidad, y en cuyo caso los ataques se volverán más frecuentes y significativos²⁷.

Debemos recordar que frente a estos actos la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho a emplear la fuerza en defensa propia, en forma individual o colectiva en caso de ataques armados. Así lo establece el Artículo 51 que acepta y regula la Auto-defensa -llamada también Defensa Preventiva o Previsoria- como un principio del Derecho Internacional. De esta manera se faculta a los Estados a dar una respuesta económica, diplomática e incluso militar siempre y cuando se pueda establecer la responsabilidad del agresor en tal hecho²⁸.

Adicionalmente, la ejecución de actos de terrorismo internacional así como su organización, financiamiento, entrenamiento y protección auspiciado por cualquier Estado puede ser considerado como una agresión en marcha y contraria al Principio de No Intervención.

Apoyan esta posición numerosas declaraciones

internacionales incluidas la Declaración sobre la No Intervención en los Asuntos Internos del año 1965 que establece la expresa prohibición de intervenir en ellos; la Declaración sobre las Relaciones Amistosas de 1970 que contiene los principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones entre Estados, y la definición de Agresión de la misma Organización de las Naciones Unidas así como el artículo 18 de la Organización de Estados Americanos; los que conforman una base legal amplia para que los Estados combatan al terrorismo sin renunciar a los valores y principios que sustentan el sistema democrático y el Derecho Internacional.

En cuanto al punto de la legitimidad de la llamada "violencia política", debemos reconocer que ésta es una idea que ha llegado a ser aceptada por muchos Estados como eximente de responsabilidad y que parcialmente ha sido reconocida por el Derecho Internacional²⁹.

La amplia aceptación de la premisa que los actos terroristas puedan ser legales si se cometen en pos de objetivos adecuados³⁰ ha llevado a muchos Estados entre otras cosas a rechazar solicitudes de extradición so pretexto que los hechos que las motivaban tenían el carácter de "ofensa política"³¹.

Ante esto debemos sostener que si al terrorismo se le definiera internacionalmente por sus manifestaciones y no por la naturaleza de la causa o la identidad de los que lo perpetran se lograría mayor efectividad en su tratamiento.

Además no debemos olvidar que los actos terroristas son crímenes y que incluso constituirían violaciones a las reglas de la guerra en el supuesto que nos encontráramos en ella, y que los asesinatos "políticamente motivados" y otras acciones calificadas de la misma manera no tienen sustento en una democracia ya que ésta ofrece los mecanismos para reformarla y perfeccionarla sin recurrir a la violencia.

Por ello se debe descartar que la llamada violencia política sea básicamente revolucionaria o una re-

25. Vid. sobre este tema Abraham B. Sofaer, *Terrorismo y Derecho Internacional*, en *Facetas*, N° 76, 2/1987, p.7.

26. Laqueur, *Op. Cit.*, p. 318.

27. Laqueur, *Op. Cit.*, p. 31.

28. Un ejemplo de ello es el ataque de los Estados Unidos al Cuartel General del Coronel Muammar el -Qaddafi en Libia en Abril de 1986. Vid. un interesante análisis de este hecho y otros relacionados con el uso de la fuerza en la sociedad internacional contemporánea en Tom J. Farer, *International Law: The Critics are Wrong*, en *Foreign Policy*, N° 71, Summer 1988, pp. 22-45.

29. Vid. Sofaer, *Op. Cit.*, p.4.

30. Cf. Scheuer, *Op. Cit.*, p. 148.

31. Cf. Sofaer, *Op. Cit.*, pp. 4-5.

acción contra la injusticia social y por lo tanto digna de apoyo o por lo menos de comprensión. El Derecho Internacional debe orientarse hacia la restricción y posterior eliminación de la excepción de la violencia política en la regulación del terrorismo internacional.

El Derecho no sólo debe formar parte de todo conjunto de medidas relativas al terrorismo internacional sino que debe presidirlas y reglamentarlas; de otro modo el Estado de Derecho se vería sustituido por un estado de miedo e incertidumbre en el cual la única ley que se aplicaría sería la del más fuerte, haciendo imposible que la humanidad pueda aprovechar los cambios que están ocurriendo en el sistema internacional.

Así lo han entendido los países de la Comunidad Económica Europea al suscribir entre otros acuerdos multilaterales la Convención Europea para la Represión del Terrorismo Internacional en el año 1977, el Acuerdo sobre Principios para Aumentar la Cooperación en la lucha contra el Terrorismo, la Resolución Antiterrorista adoptada por el Parlamento Europeo el 16 de Enero de 1988 y la Declaración de los Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad reunidos en Bruselas el 27 de enero del mismo año sobre la lucha contra el Terrorismo Internacional.

Estos Acuerdos establecen una serie de medidas que podrían ser adoptadas contra cualquier Estado que desee aprovechar toda oportunidad y/o cualquier medio para que se perpetren actos terroristas y para identificar y disuadir a aquellos que los protagonizan; aplicándose dentro del estricto marco del Derecho

Internacional a todo Estado implicado en la promoción o apoyo a grupos terroristas.

Entre otras medidas podemos señalar las siguientes:

- Negativa a exportar armas a dichos Estados, controlando de esta manera sus fuentes de aprovisionamiento.
- Límites estrictos en el número y tamaño de sus representaciones diplomáticas y consulares, o el cierre de ellas cuando corresponda.
- Prohibición de entrada y circulación en los países contratantes de toda persona expulsada de otro. De esta manera se restringe los movimientos de los terroristas mediante un estricto control fronterizo.
- Perfeccionamiento de los procedimientos de extradición dentro del debido proceso nacional de cada país para enjuiciar a los perpetradores de actos terroristas.
- Cooperación bilateral o multilateral lo más estrecha posible entre las fuerzas policiales y otras organizaciones de seguridad en la lucha contra el Terrorismo.

Abordando el problema de este modo y recurriendo a sanciones de carácter político, económico y diplomático, surgen renovadas esperanzas para las naciones de recuperar su capacidad para trabajar y actuar unidas a través del Derecho Internacional no sólo mediante la formulación de leyes y políticas conjuntas sino en la reorientación de la política y de la ley misma.

La celebración del Contrato por Medio de Subasta

Hugo Forno Flórez

Abogado, Profesor auxiliar de la PUC

Un interesante y discutido procedimiento de formación del contrato es el que tiene lugar a través del mecanismo de la subasta o remate. Este procedimiento guarda estrecha relación con la oferta al público respecto de la cual nuestro código ha adoptado una posición muy conservadora, y acaso esa misma posición ha ejercido evidente influencia en la configuración de la estructura de la subasta en el Código Civil, según tendremos ocasión de explicar más adelante.

Normalmente en la subasta el subastador propone públicamente la celebración de determinado contrato de acuerdo a un pliego de condiciones (que suele denominarse convocatoria, edicto o proclama) entre las cuales se establece un precio mínimo por debajo del cual no se aceptan posturas, así como la indicación que el contrato se formará con el autor de la postura más favorable¹. Es evidente que si mediante la subasta no se intenta vender sino comprar, el precio base establece el límite por sobre el cual no se admiten posturas.

La convocatoria puede dirigirse a personas determinadas, en cuyo caso se trata de una declaración recepticia; pero siempre serán varios los destinatarios porque se pretende provocar entre múltiples interesados una competencia que permita celebrar el contrato en las mejores condiciones posibles. Por ello es mucho más frecuente que la convocatoria se haga al público en general en cuyo caso la declaración es no recepticia.

Es particularmente importante adelantar que las subastas o remates judiciales (y también las administrativas), en la medida en que tengan carácter forzoso no son contratos, aún cuando la apariencia exterior

de las mismas sea idéntica o similar a la subasta voluntaria.

El carácter forzoso de los remates judiciales o administrativos suprime la libertad de contratar que es pilar de la contratación privada y determina la inexistencia de un verdadero contrato. Se trata entonces de un acto cuya estructura externa es similar a la de un contrato y acaso produce también similares efectos pero no es un contrato². Esta conclusión que permite distinguir dos fuentes distintas de la relación jurídica, una contractual y otra heterónoma, no es extraña al código. El Art. 1366 CC. distingue al contrato de la subasta pública entendiendo por tal, lógicamente, a la subasta forzosa.

El mayor problema que plantea a la doctrina el tema de la subasta es el relativo a la configuración de su estructura, debido a que el proceso formativo de la subasta implica la emisión de, por lo menos, tres tipos de declaraciones de voluntad, a saber: a) La convocatoria o anuncio de la subasta que es una declaración que por lo general se hace al público y en la que, como se ha dicho líneas arriba, se establece el llamado precio base y demás condiciones que regirán la subasta; b) La o las posturas que son las declaraciones que formulan los interesados que concurren a la subasta; y c) La adjudicación de la buena pro al autor de la postura más favorable.

La dificultad consiste en tratar de encuadrar la estructura de la subasta dentro de los esquemas tradicionales de la formación del contrato, es decir, de la oferta y de la aceptación. Esto ha llevado a algún autor a sostener la imposibilidad de asimilar ambos procedimientos y a concluir que el mecanismo de la subasta constituye un medio autónomo de contratación³.

1. De la Puente, Manuel. **Estudios sobre el Contrato Privado**. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1983

2. De la Puente, Manuel. Op. cit., T. I. Pág. 66 y sgts.

3. Díez-Picazo, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Editorial Tecnos, Madrid, T. I. Pág. 204. Sin embargo, por la forma en que este autor explica la subasta podría encuadrarse dentro de una de las corrientes que asimilan la estructura de la subasta al esquema tradicional de formación del contrato constitucional por la oferta y la aceptación.

Quienes admiten la asimilación de la subasta al esquema de oferta y aceptación (en este sentido se pronuncia casi unánimemente la doctrina) han elaborado fórmulas que puedan clasificarse en tres corrientes de opinión. La primera fue admitida por el código de Alemania Federal (BGB) en su parágrafo 156⁴ y ha sido patrocinada entre nosotros por Manuel de la Puente⁵ con argumentos tan sólidos que han servido de sustento para incorporarla como solución legislativa en nuestro código (art. 1389). Según esta corriente la publicación de la subasta tiene naturaleza de una invitación a ofrecer, de manera que las posturas de quienes acceden a la invitación son las ofertas y la adjudicación que se otorga al autor de la postura más favorable constituye la aceptación que cierra el ciclo de formación del contrato.

La segunda corriente de opinión se presenta como netamente contrapuesta a la que se acaba de exponer. Fue defendida por algunos juristas clásicos⁶ pero más recientemente ha sido revitalizada por modernos y autorizados autores⁷. Según esta tesis el anuncio de la subasta (convocatoria) es una verdadera y propia oferta (al público); la postura de cada interesado constituye la aceptación capaz de formar el contrato en la medida en que no sobrevenga oportunamente una postura (aceptación) más favorable para el proponente (subastador).

Finalmente la tercera corriente que pertenece a Messineo⁸ puede calificarse como una posición híbrida que se amolda a veces a la primera corriente y a veces a la segunda. Según esta tesis la publicación de la subasta es una verdadera oferta (al público) siempre que exista un solo postor (aceptante) cuya postura no varíe los términos de la propuesta de modo que se adjudique la buena pro por el precio base. En esta hipótesis la postura constituye la aceptación, con lo cual se adopta la segunda corriente. Pero si se producen sucesivas posturas que superan el precio base, entonces la publicación de la subasta se transforma en una invitación a ofrecer, las posturas

en ofertas y la adjudicación en aceptación. Se adopta en este segundo supuesto la tesis perteneciente a la primera corriente.

Haciendo un análisis de las tesis expuestas, en primer término pensamos que debe descartarse la tercera corriente. Según se ha tenido la ocasión de exponer, dicha tesis acepta en principio la segunda corriente con lo cual admite que la publicación de la subasta es una oferta y la postura la aceptación toda vez que se trate de un sólo postor cuya postura se haga por el precio base establecido en la convocatoria.

Se afirma que el aspecto peculiar y más significativo de la figura consiste en que la subasta está orientada a provocar entre los interesados una competencia (puja) cuyo vencedor se determinará en función de quien haga la mejor postura y por ello los elementos del contrato, que están fijados en la convocatoria, son susceptibles de modificarse. Si esto ocurre y se suceden varias posturas, éstas vienen a ser contraofertas porque modifican los términos de la oferta original (convocatoria) y luego la adjudicación de la buena pro al mejor postor viene a ser la aceptación. Según Messineo, estas sucesivas posturas determinan además que la convocatoria deje de tener su original naturaleza de oferta para convertirse en una invitación a ofrecer⁹.

En primer lugar puede replicarse que una oferta no queda transformada en una invitación a ofrecer por el hecho de que su destinatario emita una contraoferta; o sea una nueva oferta, ya que esto es un aspecto extrínseco a la oferta original que en nada altera su sustancia. La calificación de una declaración como oferta depende de si cuenta con los requisitos necesarios para adquirir esa naturaleza¹⁰.

Sin embargo, el aspecto más criticable de esta teoría, que es el que nos obliga a desecharla, consiste en considerar erróneamente que las posturas son contraofertas cuando superan el precio base.

4. El parágrafo 156 del BGB establece que "En una subasta el contrato sólo se perfecciona por la adjudicación".
5. Op. cit., pág. 211. Esta tesis también la suscribe Barassi, Ludovico. **La teoría Generale Delle Obligationi**. Giuffré. Milano, 1964, Vol. II, pág. 73.
6. Entre ellos sólo hemos leído directamente a Giorgi, Jorge. **Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno**. 1910, Vol. II, pág. 205, quien sin embargo manifiesta ciertas dudas.
7. Ver: Mirabelli, Giuseppe, en **Commentario del Codice Civile, Dei Contratti in Generale**. UTET. Torino, 1980, pág. 108, nota 11, Osti, Giuseppe. **Scritti Giuridici**. Giuffré. Milano, 1983. T. II, pág. 841. Barbero, **Sistema del Derecho Privado**. EJE. Buenos Aires, 1967, T. I, pág. 473. Bianca, Massimo. **Diritto Civile**. Giuffré. Milano, 1984. T. III, II Contratto, pág. 254 y sgts. Scognamiglio, Renato, en **Commentario del Codice Civile**, a cura de Scialoja y Branca, **Del Contratti in Generale**. Zanichelli, Bologna, 1970, pág. 198-199. Albaladejo, Manuel. **Derecho Civil**. Bosch. Barcelona T. II, Vol. I, pág. 393, nota 2.
8. Originalmente Messineo era partidario de la primera corriente que se ha expuesto, así se observa en **Doctrina General del Contrato**. EJE. Buenos Aires, 1952. T.I., pág. 320-321. Esta es una obra traducida de la obra "**Doctrina Generale del Contratto**", que fue escrita por el autor en 1947 y reeditada posteriormente. Mucho tiempo después, el autor reformula su posición y la plasma en otras obras como en la **Enciclopedia del Diritto**; Ver esta posición especialmente en el **Tratatto di Diritto Civile e Commerciale**, diretto de Cicu e Messineo. Giuffré, 1973. Vol. XXI, T. I., pág. 324.
9. Messineo, F. **Il Contrato** ... cit., T. I., pág. 324.
10. Scognamiglio, R. Op. cit. pág. 198.

Si la razón de considerar contraofertas a las sucesivas posturas es que éstas modifican el contenido original de la oferta constituida por la convocatoria y por ello ésta se convierte en invitación a ofrecer, el argumento pierde toda su fuerza si puede demostrarse que la oferta original no es modificada por las sucesivas posturas. A este respecto se ha explicado, que contrariamente a cuanto sostiene esta corriente, tal modificación en realidad no se produce pues la convocatoria -y la propia razón de ser de la subasta- determina que el contrato ha de celebrarse con el autor de la mejor postura. De ello se sigue que el precio indicado en la convocatoria es sólo una referencia, un precio límite por debajo (o sobre) del cual no se aceptan posturas (que por otro lado son las que dan sentido a la subasta); aquellas que superan el precio base no implican ciertamente una modificación en la oferta¹¹ sino que están plenamente conformes con ella. Poner un precio base en la convocatoria significa declarar, querer por lo menos ese precio o uno mejor.

La primera corriente también puede someterse a serias críticas. El principal argumento en que ella reposa consiste en que la adjudicación es una manifestación de voluntad, pues mediante ella el subastador pone en conocimiento de los postores que la última postura es la que vale, de tal manera que la postura del postor no puede constituir la aceptación del contrato desde que requiere un nuevo pronunciamiento del subastador (ja adjudicación), o sea del hipotéticamente negado oferente. La adjudicación consiste en la aceptación de la postura más favorable¹². En el fondo lo que se sostiene es que como en la subasta la adjudicación es la última declaración que se emite y la aceptación es igualmente la última declaración en la formación del contrato, la adjudicación tiene que ser la aceptación.

El argumento posee -no puede negarse- una lógica evidente. Nosotros admitimos que la adjudicación es siempre una manifestación de voluntad y que mediante ella se pone en conocimiento de los postores que la última postura es la que vale. Pero de aquí no puede concluirse que por ello la adjudicación es la aceptación. El proponente realiza en efecto una nueva manifestación de voluntad pero no formula una aceptación sino que se limita a comprobar cual ha sido la postura más favorable, o sea, declara que no se ha producido otra en mejores condiciones, y que por consiguiente el contrato se ha perfeccionado con el autor de tal aceptación¹³.

Nada impide que en cualquier proceso de contratación normal, quien asumió el rol de proponente emi-

ta una declaración después que la aceptación haya dado origen al contrato. Así, por ejemplo, el vendedor que acaba de conocer la aceptación del destinatario de su oferta (el comprador) le remite una comunicación informándole que ha tomado conocimiento de la aceptación y que, por lo tanto, el contrato se ha perfeccionado. Nadie podría sostener que esta ulterior declaración de quien fue proponente ha transformado las declaraciones previas de modo que la aceptación se convierte en propuesta y aquella última declaración del proponente en aceptación.

Lo cierto es que la sucesiva declaración de quien fue proponente no modifica la estructura del contrato, que quedó formado tan pronto como el oferente tomó conocimiento de la aceptación del destinatario. Podría sostenerse ciertamente, que la última declaración de quien fue oferente en el ejemplo propuesto es una declaración que no tiene relevancia jurídica y que podría haberse omitido sin alterar la formación del contrato, cosa que no ocurre con la declaración de adjudicación en la subasta. Pero si bien es cierto que la declaración de adjudicación tiene indudable relevancia jurídica (como la tendría en nuestro ejemplo la última declaración del oferente si hubiese sido pactada en un contrato preliminar), no puede de ello deducirse que tiene naturaleza de aceptación. Un segundo ejemplo lo suministra nuestro propio código en el segundo párrafo del art. 1376. En este caso, cuando un oferente recibe una aceptación tardía (o no conforme a la oferta) puede no obstante considerarla como aceptación eficaz con tal que avise sin demora al aceptante. Este aviso a cargo del oferente es también una declaración contractual, y es además absolutamente relevante y necesario para la formación del contrato, pero no es una aceptación. Las declaraciones contractuales deben juzgarse por su estructura y función y aunque debe admitirse que el supuesto del segundo párrafo del art. 1376 es excepcional no puede dejar de reconocerse que nos permite apreciar una hipótesis en la cual el oferente tiene que emitir una nueva declaración para que pueda formarse el contrato sin que por ello el declarante deje de ser oferente y sin que esa declaración sea una aceptación. Igual ocurre con la declaración de adjudicación, que a pesar de ser la última declaración en el esquema de la subasta, no es sin embargo la aceptación ya que tiene un contenido y cumple una función diferente, pero es siempre necesaria dentro del sistema de la subasta.

Puede finalmente agregarse otra objeción que es, en nuestra opinión definitiva. La aceptación de un contrato implica el ejercicio de la autonomía privada, o sea, de un poder atribuido a un sujeto, y como tal,

11. Scognamiglio, Renato. Op. cit. pág. 198. Mirabelli, Guiseppe. Op. cit. pág. 108 nota 11.

12. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 211.

13. Scognamiglio, Renato. *Commentario ... cit.*, pág. 198. Cossio, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Universidad Textos. Madrid, 1977. T.I., pág. 259.

ese poder tiene siempre una doble manifestación; una manifestación positiva que se ejerce precisamente aceptando la oferta y una segunda manifestación, también directamente derivada de ese poder, que es una manifestación negativa, o sea, la otra cara de la misma medalla y que se ejerce a través del rechazo de la oferta, esto es, la renuncia al poder de aceptación¹⁴. Siendo dos caras de la misma medalla se aprecia que cuando no es posible la aceptación es absurdo pensar en una declaración de rechazo, de la misma manera en que es un acto inútil la aceptación cuando no es posible el rechazo¹⁵. El reconocimiento legislativo de la manifestación negativa de este poder de aceptación (a través del rechazo) se tiene en los arts. 1381 y 1758 CC. Pero el subastador no tiene la posibilidad de rechazar las posturas válidas, pues debe imperativamente adjudicar la buena pro al autor de la mejor postura válida, lo cual determina que la adjudicación no sea realmente la aceptación. Por estas razones nosotros nos inclinamos a pensar que la adjudicación no constituye la aceptación.

Resta por analizar tan sólo la segunda corriente según la cual la convocatoria a la subasta sería una oferta al público, la postura más favorable la aceptación que forma el contrato y que se verifica mediante la adjudicación de la buena pro, que sirve además para determinar el límite después de cualquier otra aceptación es extemporánea.

En primer lugar debe aclararse que la convocatoria es una oferta (al público) siempre que reúna los requisitos propios de toda oferta, o sea, que sea autosuficiente en el sentido que exprese todos los elementos del contrato que se propone, o al menos, la forma de determinarlos; y que se emita con una seria intención de contratar por parte del subastador.

Es cierto que como indica Messineo, la convocatoria sólo contiene un precio base y tiende a suscitar posturas que mejores ese precio base e incluso, a veces, algunos otros aspectos del contrato. Pero eso no significa que la oferta no sea autosuficiente o que al mejorar el precio base esté modificando la oferta. La autosuficiencia no exige que en la oferta deban agotarse todos los puntos sobre los que recaerá el consentimiento de las partes sino que la oferta debe ser suficiente para que integrada con la aceptación y sin necesidad de un nuevo pronunciamiento del oferente, haya acuerdo en todos los aspectos del contrato.

Por eso no existe ningún inconveniente para que el oferente remita a la determinación del destinatario

(aceptante) ciertos aspectos del programa contractual. Ahora bien, si se trata de elementos esenciales debe indicarse dentro de qué límites puede desenvolverse la determinación del destinatario de manera que el oferente está aceptando por anticipado la determinación que haga el destinatario dentro de los parámetros fijados.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso de la subasta, en la que el oferente (subastador) fija en la convocatoria un precio base que es el precio mínimo e indica a los destinatarios que ellos fijen el precio a partir de esa base de modo que el licitador admite de antemano el precio que se fije sobre la base indicada. Es por eso que si se mejora el precio base no puede en ningún caso considerarse que se modifica la oferta y como en la medida en que la postura no sea inferior al precio base (límite impuesto por el subastador), no se requiere una aceptación porque ya fue otorgada en la convocatoria, tampoco puede en este caso afirmarse que la convocatoria (oferta) no es autosuficiente.

Es evidente que si el subastador se reserva en la convocatoria el derecho a elegir entre los postores o a rechazar cualquier postura, entonces deberá entenderse que no está haciendo una oferta, pero este no es el caso usual.

Ahora bien, ¿cómo puede explicarse que se sucedan en el tiempo varias aceptaciones y qué suerte van corriendo las anteriores respecto a las sucesivas? La respuesta menos satisfactoria es la que cree ver en cada aceptación la formación de un contrato suspensivo o resolutoriamen¹⁶ condicionado al advenimiento de una declaración de aceptación más favorable. Esta explicación no ha merecido mayor acogida en la doctrina¹⁷.

Los más conspicuos partidarios de la corriente que ahora analizamos enseñan que en la subasta, la oferta (convocatoria) establece que el contrato quedará concluido con quien realice la postura más favorable y en consecuencia la eficacia de cada aceptación (postura) sólo se produce si dentro del plazo de la subasta no es mejorada por otra¹⁸.

Como ya se ha anticipado, la declaración de adjudicación cumple en la subasta dos funciones de relevancia que, sin embargo, no la convierten en aceptación. Tiene por objeto fijar el término después del cual ya no se admiten aceptaciones de modo que las que se realicen luego de la adjudicación son extemporáneas. O sea que la adjudicación marca el

14. Ferri, Luigi. *Lezioni sul Contratto*. Zanichelli, Bologna, 1987, pág. 94.

15. Ferri, Luigi. Op. cit. pág. 96.

16. Pacchioni, Giovanni. *Diritto Civile Italiano*. CEDAM. Padova, 1939. Parte Seconda, Vol II, pág. 119.

17. Scognamiglio, Renato. *Commentario ... cit.* pág. 199.

18. Mirabelli, Giuseppe. Op. cit. nota 11, pág. 108. Scognamiglio, Renato. *Commentario ... cit.*, pág. 198.

límite de tiempo para poder formular las posturas (aceptaciones). La segunda consiste en comprobar cual ha sido hasta ese momento la mejor postura declarando que el contrato se ha formado con el autor de la misma.

No podemos compartir entonces la solución adoptada por el código en relación a la subasta que como se ha dejado establecido líneas arriba, admite la tesis de la primera corriente de opinión incorporándola en el art. 1389.

Sin embargo, es curioso que en la exposición de motivos elaborada por el autor del artículo¹⁹ se indique como concordancia de aquel precepto el art. 689 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles que regula precisamente la subasta o remate judicial. Dejando a salvo que, como hemos dicho, el remate judicial no es un contrato, es interesante anotar que el remate judicial adopta en la ley procesal la estructura sustentada por la segunda corriente que nosotros hemos compartido y no la que ha sido acogida por el código. Esto es indiscutible por lo menos en el caso de remate de inmuebles, naves, alhajas y valores al portador porque el inciso 4 del art. 702 de ese código indica con claridad que "En el día y hora designados para la venta, se comienza por la lectura de la relación de bienes y condiciones de la subasta; se publican las posturas que sucesivamente se hagan; y terminará el acto por lo menos una hora después de abierto, cuando agotada la competencia en las pujas quede de manifiesto la mejor postura". Como puede apreciarse, el procedimiento de subasta concluye en este caso cuando se produce la postura más favorable y no con la adjudicación.

Es discutible más bien el caso del remate al martillo del que se ocupa el art. 706 del mismo código, cuyo inciso 5º hace referencia a las "ofertas admisibles" y agrega que se "adjudicará la cosa al mejor postor". Sin embargo, creemos que el término oferta no está usado aquí en su sentido técnico de propuesta de contrato y la adjudicación cumple el rol que hemos explicado al exponer la segunda corriente en torno a la estructura de la subasta.

Pero aún asumiendo como hipótesis (negada) que la tesis recogida en nuestro código civil fuera la más apropiada, tampoco podríamos avalar el tenor con que se ha redactado el artículo 1389. Según él, la convocatoria es una invitación a ofrecer, las posturas son las ofertas y la adjudicación es la aceptación. Existe un error que se encuentra en el segundo párrafo según el cual "La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor". Como es sabido, la obligatoriedad de una oferta (que viene a

ser la postura en la tesis adoptada por el código) sólo significa que ésta es irrevocable, es decir, que su autor no puede dejarla sin efecto. Sin embargo, cuando una oferta obligatoria deja de serlo, esto no quiere decir que sólo por ello deje de ser oferta o pierda su eficacia, de manera que una oferta que deja de ser obligatoria puede, no obstante, ser aceptada, salvo que caduque o sea revocada, casos éstos en los cuales la oferta no puede ya ser aceptada pero no porque no sea obligatoria sino porque ha caducado o ha sido revocada.

Tal como está redactado el art. 1389, las posturas sucesivas tienen por efecto eliminar la obligatoriedad de las posturas precedentes pero no su eficacia, es decir, que según el texto se mantendrían como ofertas no obligatorias (revocables), de lo que resulta que los postores, cuando se produce una postura mejor, podrían revocar sus posturas (o no hacerlo) pero si no lo hacen, sus ofertas subsisten, lo cual significa que cualquiera de ellas puede ser aceptada por el destinatario, aún cuando ya existan posturas mejores. Pero todos sabemos que en la subasta el contrato se forma con el autor de la mejor postura válida lo cual impide que el subastador pueda adjudicar una postura inferior; y esto no sólo es el objeto de la subasta sino que, además, resulta siempre de los términos de la convocatoria.

La razón de ser de toda oferta es la de poder dar lugar a la formación del contrato si la aceptación del destinatario se produce. Es por eso que toda oferta tiene virtualidad de poder ser aceptada por el destinatario y no es concebible una declaración que tenga naturaleza jurídica de oferta contractual pero que no pueda ser, en absoluto, aceptada. Y esto es lo que ocurriría si se considera que la postura (oferta) sigue siendo una oferta eficaz pues sólo pierde su obligatoriedad.

A decir verdad, cuando se produce una postura mejor, la postura precedente caduca²⁰, se extingue o pierde eficacia y poco importa señalar que pasa con su fuerza vinculante toda vez que si no existe oferta no puede haber obligatoriedad. El código debió señalar entonces y así debe interpretarse este párrafo, que la postura caduca cuando se formula otra mejor, lo cual deberá tenerse en cuenta para futuras reformas.

Otra cuestión que suscita el interés de la doctrina y que tiene indudablemente importancia práctica es la relativa a la validez de las posturas. ¿Qué pasa, -se pregunta De la Puente- si la postura más favorable fuera anulada? ¿Recobraría vigencia o eficacia la postura anterior? El acto anulable produce sus efectos en tanto no se le declare nulo por sentencia judicial. Esto lleva a concluir a De la Puente²¹ que como

19. Arias-Schreiber, Max. Código Civil, **Exposición de Motivos y Comentarios**, Compiladora; Delia Revoredo, Tomo II pág. 50-51.

20. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212.

21. De la Puente Manuel. Op. cit. T. I. pág. 212.

la postura anulable surge para los efectos del Derecho, este sólo hecho determina que la postura anterior quede extinguida, por lo cual la anulación posterior de la postura mejor no puede reactualizar algo que ya dejó de existir. La conclusión de De la Puente es válida dentro del contexto en que la formula. El maestro De la Puente escribió la obra que citamos bajo el imperio del Código Civil de 1936 cuyo artículo 1126 sancionaba que los actos anulables "...sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide..." Sin embargo, actualmente el código ha dado un giro en torno al efecto que produce la sentencia que invalida los actos anulables, sancionando la retroactividad de la misma. En tal sentido, a partir de la vigencia del código de 1984, el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declara (art. 222, 1er párrafo). Consecuentemente la postura que es anulada pierde efectos *ex tunc*, como si nunca se hubiera formulado, lo cual debe determinar necesariamente que la anterior postura cuya extinción se produjo por efecto de la postura anulada recobre plena vigencia. Con mayor razón el mismo comentario sirva para las posturas nulas (nulidad absoluta).

No creemos sin embargo, que desde el punto de vista práctico sea conveniente admitir que la postura anterior a una postura anulada (o declarada nula) es válida y su autor puede recibir la adjudicación. Consideramos que la invalidez de una postura adjudicada produce la invalidez del contrato en su conjunto y que para proceder a una nueva adjudicación debe procederse a realizar una nueva subasta. Piénsese en lo absurdo que sería si después de tres o cuatro años el subastador le adjudica la buena pro a un postor que participó en una subasta en esa época, alegando que la postura siguiente fue declarada nula judicialmente y que por ello la suya es la que vale. En realidad, las posturas, que serían ofertas dentro de la tesis del código, tienen un plazo de vigencia que está en función de la duración de la subasta y por ello caducan una vez que se produce la adjudicación.

Otro aspecto controvertido en el ámbito de la subasta es el que gira en torno a las posturas ficticias. ¿Qué ocurre cuando el propietario de un bien que se va a vender a través de una subasta realiza posturas ficticias por intermedio de un testafarro con el propósito de elevar el precio de la venta? Para responder a la cuestión se ha hecho un distinguo: si el testafarro actuó en nombre propio y los otros postores, así como el subastador suponían que lo hacía así, la adjudicación debe hacerse al testafarro. Si se sabe o existe motivo legítimo para presumir que el testafarro actuaba como tal, como nadie puede comprar lo propio, la

oferta tendría objeto jurídicamente imposible y sería, por lo tanto, nula²².

En primer término debemos aclarar que el testafarro siempre actúa en su propio nombre, aunque en interés o por cuenta ajena. Si actúa en nombre e interés propios, no hay testafarro. Lo que sí puede ocurrir es que sea o no evidente o conocible para los demás participantes de la subasta que el testafarro tenga y esté actuando en la subasta con esa calidad. Esta circunstancia, sin embargo, no cambia la realidad de los hechos, y no vemos por lo tanto como puede modificar los efectos de la postura del testafarro. Es indiscutible que nadie pueda comprar lo propio, principio que también se aplica a la subasta y que determina que una postura que tenga tal objeto es nula por obtener un objeto jurídicamente imposible.

Sin embargo, en el caso del testafarro, no existe compra de lo propio porque en realidad el testafarro está realizando una operación ficticia, que no existe en la realidad sino sólo en apariencia. Debe observarse que si se produce la adjudicación respecto al testafarro estamos en presencia de una simulación absoluta que resulta nula de pleno derecho (art. 219, inc. 5º CC.). En este orden de ideas, la adjudicación debe producirse respecto de la postura más favorable que se haya realizado con anterioridad a la del testafarro. Pero si la adjudicación ya se produjo respecto de las posturas del testafarro creemos que sólo puede volverse a adjudicar en un nuevo procedimiento de subasta.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación, es conveniente recalcar, que como ya se ha enseñado entre nosotros,²³ la subasta es un mecanismo de formación del contrato que puede ser aplicado casi a todos los tipos contractuales en la medida que no sean *intuitu personae*. La subasta se ha utilizado con mayor reiteración en la compraventa de bienes en donde el subastador asume usualmente el rol del vendedor; pero nada impide que el subastador participe como comprador o que se emplee el mecanismo de la subasta para el arrendamiento, el contrato de obra, la permuta, etc.²⁴

Antes de concluir esta exposición, no podemos dejar de manifestar nuestra preocupación por el excesivo laconismo del código en la regulación de una institución como la subasta. Según el propio ponente de esta parte del código, exprofésamente no se incorporaron a la ley otras normas concernientes a la subasta, pues esta figura admite muchas variantes y modalidades que son propias del derecho procesal y de la legislación administrativa²⁵. Precisamente la

22. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 213.

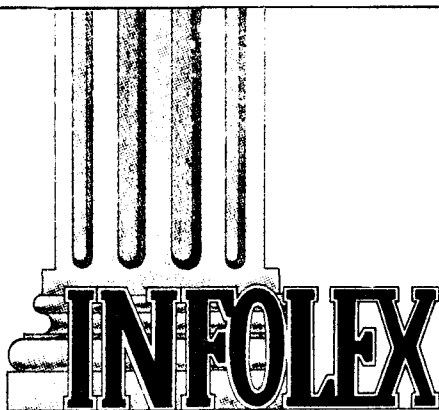
23. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212

24. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212

25. Arias-Schreiber, Max. En Código Civil, Parte III, Tomo VI, *Exposición de Motivos y Comentarios*, pág. 51. También en *Exégesis* ... cit., pág. 142.

subasta procesal y la administrativa en su inmensa mayoría no son contratos según se ha tenido ocasión de explicar; éstas normas están inspiradas en principios de derecho público, procesal o administrativo y

aún cuando alguna de sus normas podrían eventualmente aplicarse por analogía, hubiera sido deseable que el código regulara con normas sustantivas la institución de la subasta.



Finalmente, la informática está con la ley.

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

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

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



En asociación con
REY & DE LOS RÍOS

Av. Nicolás Arriola 500, Lima 13
Teléfono: 706000 Anexos: 380, 377
Télex 25594 PE FAX: 726352
Casilla 4186, Lima 100 - Perú.

La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental (Civil Law)

Alfredo Calderale

Catedrático de la Universidad de Bari

1. El 24 de julio de 1984, por el **Decreto Legislativo** Nº 295 ha entrado en vigor el nuevo **Código Civil**, compuesto de diez libros, con un total de 2122 artículos, que ha sustituido el viejo Código de 1936.

En muchas instituciones, el **Código Civil**, inspirándose en el Código Civil Italiano de 1942 y en el Código Portugués de 1966, ha introducido principios modernos que han innovado fundamentalmente la disciplina vigente hasta entonces. En el campo específico de las garantías personales, sin embargo, no se han introducido innovaciones relevantes.

En efecto, el Código trata únicamente la **fianza** accesoria, no habiendo ni siquiera considerado la eventualidad de regular las nuevas formas de garantía autónoma usadas en la práctica del comercio internacional, aunque éstas - en general- sean poco utilizadas en América Latina ¹.

Además, la disciplina con la cual ha sido regulada la fianza es de tipo absolutamente tradicional, en tanto se basa en la protección del fiador, al cual, por ley, se le reconocen los beneficios de la previa excusión del deudor y de la división, cuyo origen se remonta al Derecho Romano y cuya presencia puede detectarse, de distinto modo, aún en los Códigos Civiles europeos ².

En consecuencia, aún cuando los redactores del Código Civil peruano se han inspirado en el Código Civil italiano, no han incorporado el elemento más característico de modernidad que distingue a este último en este campo, de los Códigos Civiles europeos más antiguos: la idea que la fianza, en la econo-

mía contemporánea, se ha transformado de un mero instrumento de garantía contra el incumplimiento ajeno, en un elemento complementario del otorgamiento de crédito, como está claramente indicado en el art. 1956 ³.

Esta circunstancia explica, en particular, el hecho que la propuesta de incorporar en el **Código Civil** una norma que estableciera la solidaridad de la **fianza** como elemento natural del contrato, formulada por la **Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936** no fuera aceptada por la **Comisión Revisora del Código Civil**.

Probablemente, por la misma razón la fianza "**general**" no ha sido expresamente reconocida como válida: en este sentido podría haber influenciado el hecho que los redactores del Código no han tenido en cuenta la experiencia extranjera, la cual, a nivel de práctica contractual, de leyes especiales o de jurisprudencia, ha atribuido al fiador "**general**" derechos de información sobre la situación económica del deudor, de modo tal de permitir una consciente y calculada asunción del riesgo asumido, sin límite de tiempo ni de importe, sobre todas las obligaciones pactadas por el deudor.

Las lagunas normativas indicadas, pueden producir incertidumbre en el sector de las relaciones comerciales, donde estas nuevas formas de garantía personal, forjadas en la práctica se han difundido notablemente, en especial porque el art. 2122 del **Código Civil** dice que aún el contrato de **fianza mercantil** se regirá por las disposiciones del Código Civil, derogando, en consecuencia, los arts. 430-433 del **Código de Comercio**.

1. WALD, *Algunos aspectos da garantia a primeira demanda no direito comparato*, en *Revista forense*, Vol. 303, 1988, 7.
2. JONES, *Roman Law Bases of Suretyships in Some Moderns Civil Codes*, 52 *Tulane Law Review*, 129-55 (1977-78).
3. RESCIGNO, *Il problema della va'lidità della fideiussione c.d. "omnibus"*, en *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Vol. II, Milano, 1973, 1166.

2. En los países regidos por el “civil law”, el contrato de fianza “**omnibus**” es aquél por el cual el fiador garantiza, usualmente sin limitación de tiempo y monto, el cumplimiento de cualquier obligación asumida por el deudor frente a terceros y /o frente al banco y sin importar si dichas obligaciones fueron asumidas por el deudor con anterioridad al contrato o con posterioridad a él. Este mismo contrato es conocido en aquellos países regidos por el derecho común (**common law**) como la “**continuing guaranty**”. El nuevo Código peruano no disciplina expresamente esta clase de contrato. En otras palabras, los redactores del Código no han elegido el camino que en cambio han tomado los miembros del “**Office de revision du Code Civil du Quebec**”, los cuales, para evitar incertidumbres sobre la validez de este contrato, legitimaron plenamente la “**cautionnement**” que tuviera por objeto “**une o plusieurs obligations, meme futures ou indeterminees**”, precisando que, si es necesario, la obligación del fiador será determinada con relación a las obligaciones del deudor principal respecto del acreedor⁴, según un mecanismo- juzgado inidóneo en el derecho italiano- que permite convertir por lo menos en “determinable” el objeto del contrato⁵. A pesar de ello, el art. 872 del Código Civil al mencionar entre las obligaciones que pueden ser garantizadas con la fianza, aún aquellas “determinables” aunque sean desconocidas al momento del otorgamiento de la fianza, aporta argumentos de peso para sostener la teoría de que la “**fianza general**” no es un acto nulo por indeterminabilidad del objeto según el art. 219 inc. 1 n.3 del Código Civil. Además, merece destacarse el hecho que en la “**exposición de motivos**” del citado artículo se hace referencia justamente al caso de la fianza prestada en garantía del saldo de cuenta corriente bancaria, que constituye tradicionalmente una operación garantizada mediante el otorgamiento de una “**fianza general**”.

3. Mencionar la cuestión de la validez de la fianza “**omnibus**” desde ese punto de vista es, en realidad, un modo de tratar el problema de la asunción del riesgo contractual por parte del garante.

Quien sostiene la nulidad de este tipo de garantía piensa que para el fiador no resulta económicamente racional asumir una obligación de tan amplio contenido y que, si lo hace, se verá sometido al poder contractual que el acreedor tiene sobre el deudor-fiado. Este último, según esta posición, se beneficiaría de la situación sin tener que soportar costo alguno, en cuanto puede obtener todo el crédito que necesita del

financiador garantizado⁶. La tesis, evidentemente, está basada en la idea que el fiador sea un sujeto desinteresado de los negocios del deudor y que su amigable intervención merezca, por lo tanto, de una eficaz protección.

Tal razonamiento, sin embargo, no tiene en cuenta el hecho que, actualmente, quienes otorgan fianzas “**omnibus**” son, generalmente, los administradores o los mayores accionistas de las sociedades, sujetos interesados en el desarrollo de la actividad del deudor. En este contexto, la decisión de prestar la garantía mencionada, que tiene como consecuencia práctica directa la eliminación del privilegio de la responsabilidad limitada de la empresa, es el fruto de un consciente cálculo económico.

En verdad, la fianza “**omnibus**” constituye un conveniente instrumento de selección de los acreedores de la sociedad: concediéndola a fin de obtener crédito, los garantes convierten en menos costosa la elección, tanto desde el punto de vista de los costos como del área de los riesgos cubiertos. Si, en cambio, se ofreciera alternativamente, por ejemplo, garantías reales, se privaría a la empresa de la posibilidad de utilizar esos bienes en el futuro para obtener otros créditos. Si se aumentara el capital social, eso significaría una garantía extendida a todos los acreedores de la sociedad, aun a aquellos ocasionales, como por ejemplo, las víctimas de eventuales daños producidos por actos ilícitos de naturaleza civil, para cuyo resarcimiento no se habría hecho la operación indicada⁷.

Además, la fianza “**omnibus**”, como ya se ha indicado, permite que un Banco satisfaga las más diversas e imprevistas exigencias de la empresa deudora: por ejemplo, pagar a los proveedores o prestar rápidamente cauciones para la realización de una ventajosa operación comercial, aún superando el “**plafond**” de crédito concedido a la misma. Este es el resultado de la evolución de la técnica comercial y financiera, que se fundamenta en la superación de la lógica tradicional de los préstamos aislados⁸.

4. Dada la amplitud de la obligación asumida por el fiador “**omnibus**”, en los ordenamientos se ha planteado el problema de su tutela, sobre todo contra el riesgo que el acreedor, en connivencia con el deudor, haga uso del crédito en manera desprejuiciada, contando exclusivamente con la garantía como soporte. Para arribar a este resultado, la jurisprudencia france-

4. OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, **Rapport sur le Code Civil du Québec, I, Project de Code Civil**, Editeur officiel Québec, **sub**, art. 848.

5. App. Milano, 27 de mayo de 1988, en **Giustizia civile**, 1988, I, 2977.

6. SIMONETTO, **La fideiussione prestata dai privati**, Padova, 1985, 8 e Ss.

7. CALDERALE, **Fideiussione e contrato autonomo di garanzia**, Bari, 1989, 8 e ss.

8. TUCCI, **Tutela del credito e validità della fideiussione “omnibus”** en Foro Italiano, 1988, I, 118.

sa exige que el fiador, en el momento de estipular el contrato, asiente de su puño y letra, bajo pena de nulidad, una declaración que exprese de manera explícita y clara el pleno conocimiento de la naturaleza y alcances de su obligación. El requisito no se cumple si se trata de una expresión genérica del tipo **"bon pour"**. Los tribunales recurren a los artículos 2015 y 1326 del Código Civil (este último reformado por la Ley N° 80-525 del 12 de julio de 1980), transformando, como subraya la doctrina, la forma **"ad probationem"** prevista por las normas citadas, en forma **"ad substantiam"**⁹.

En Alemania, una parte de la jurisprudencia exige que el contrato indique el límite máximo de la responsabilidad del **"Burge"**. Si el requisito falta, declara inválido el contrato por violación al #3 del **"Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz"** que prohíbe la incorporación de cláusulas contrarias a la buena fe¹⁰. Esta posición, abrazada también por algunos autores¹¹, ha sido recogida en los trabajos de reforma de la **"Bürgschaft"** y de la **"Garantie"** que lleva adelante el Ministerio de Justicia. En ellos se propone, refiriéndose expresamente a los arts. 493 y 499 del **"Code des Obligations"** suizo, la emanación de una norma según la cual la validez del contrato quedaría subordinada a la fijación de un importe máximo que individualizará el límite insuperable de la responsabilidad del fiador¹².

En la misma posición se encuentran la **"Association Française des Banques"** y más recientemente la ABI (**"Associazione Bancaria Italiana"**). La primera, mediante la circular del 21 de abril de 1982 ha recomendado a los institutos de crédito a poner, en cuanto sea posible, un límite al monto de la garantía solicitada. La segunda, mediante la circular del 17 de junio de 1987, ha introducido, como es sabido, dos nuevos modelos de fianza **"ómnibus"**, uno de los cuales contiene la explícita determinación del importe máximo garantizado.

Indudablemente, tanto la posición de la jurisprudencia francesa como la exigencia de un **"plafond"**, sirven para garantizar la validez del contrato desde el punto de vista del respeto de determinadas formas sustanciales -en Francia-, de la determinabilidad del objeto -en Italia- o del respeto de las normas de la

"Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz" - en Alemania-, pero no pueden ser consideradas como una tutela eficaz para el fiador. En realidad, constituyen una versión moderna del principio según el cual el uso de determinadas expresiones en el contrato sirve para llamar la atención de quien se obliga respecto de la naturaleza o extensión de sus obligaciones, y por ello son consideradas aún por la jurisprudencia como formas de protección del deudor. Pero en verdad no sirven para tutelar al fiador en el caso que el Banco, estableciera un límite muy alto para no dejar dudas respecto de la validez de la garantía, y entre en connivencia con el deudor en perjuicio del garante¹³.

En situaciones como ésta es necesario sancionar los abusos cometidos por quien financia, negándole **"ex post"** la cobertura de la garantía por cada fraudulenta concesión de crédito, como ha sido recientemente dispuesto en Italia por la Corte de Casación¹⁴.

Para justificar este poder desde un punto de vista formal, la Corte Suprema Italiana recurrió al principio de la buena fe contractual, afirmando que "ella se articula en dos principios de conducta, relacionados respectivamente con la fase de formación e interpretación (arts. 1137 y 1366 Cod. Civ.) y con la fase de ejecución del contrato (art. 1375 Cod. Civ.), cuya última "se materializa en la llamada obligación de salvaguardia", lo cual se traduce, prácticamente, en el deber de no incrementar arbitrariamente el riesgo del fiador, concediendo crédito al deudor si éste es absolutamente incapaz de cancelarlo.

5. El derecho de receso del contrato, tanto en los ordenamientos de Derecho Continental ("Civil Law") como en aquellos de Derecho Común ("Common Law"), constituye el instrumento tradicional de protección del garante. Para que el fiador pueda ejercer tal derecho, con toda razón, debe estar al corriente de la situación económica del deudor.

Es por ello que en Francia, la Ley N° 84-148 del 1 de marzo de 1984 impone a los Bancos la obligación de comunicar, dentro del 31 de diciembre de cada año, el importe de las deudas del fiado en concepto de intereses, capital y gastos. El incumplimiento de esta obligación por parte del Banco está sancio-

9. Cass. Civ. 19 de abril de 1989, en *Dalloz*, 1989 (*Inf. rap.*), 137; Cass. Civ. 4 de febrero y 4 de marzo de 1986, en *Dalloz*, 1987 (*jurisprudence*), 343.

10. OLGDusendorf. 10 de noviembre de 1983, en *ZIP*, 1984, 42.

11. HORN, *Bürgschaft*, in STAUDINGER- HORN, *BGB*, 12 Aufl., 1982, sub #787, Rz.10.

12. HADDING, HÄUSER, WELTER, *Bürgschaft Und Garantie*, in BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band. III, Köln, 1983, 624.

13. En Francia, Cass. Civ. 30 de junio de 1987, en *Dalloz*, 1987 (*Sommaires commentes*), 442.

14. Cass. 20 de julio de 1989, n.3385 y n. 3386, en *Foro Italiano*, 1989, I, 3100; y Cass. 18 de julio de 1989 n. 3362, en *Foro Italiano*, 1989, I, 2750.

nado con la pérdida de los intereses generados entre el día de la última comunicación y el día de la nueva. Recientemente se ha propuesto, incluso, tanto el refuerzo de este derecho como el agravamiento de las sanciones previstas en caso de violación. Respecto del primero, el Banco debería comunicar **"tout incident de paiement"** en el cual se encontrara comprendido el deudor. Respecto del segundo, el incumplimiento por parte del Banco debería ser sancionado con la pérdida total de su crédito contra el fiador ¹⁵. Aun en

Alemania se sugirió, tomando como base el modelo del art. 505 inc. 1 del **Code des Obligations** suizo, que el acreedor, requerido explícitamente por el fiador, debiera informarlo sobre el importe de la deuda¹⁶. En Italia, finalmente, el fiador puede solicitar al Banco información respecto de la deuda garantizada por él, y previa autorización del deudor, tener acceso a toda otra relación mantenida entre el Banco y el deudor (art.5, circular A.B.I. del 17 de junio de 1987).

15. FOUNTBRESSIN et MOORE, *Congres national de la conference generale des Tribunaux de Commerce de France*, en *Gazette du palais*, 12 de enero de 1988, 2.

16. HADDING, HÄUSER, WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, cit. 672.

¿ Ha optado el Código Civil Peruano por el voluntarismo en materia contractual ?

Lizardo Taboada Córdova

Profesor auxiliar de la PUC

I. ANTECEDENTES

Uno de los temas más importantes en la Doctrina del Negocio Jurídico, es sin lugar a dudas el referido a la problemática sobre la Discrepancia o Divergencia entre la Voluntad Interna y la Voluntad Declarada en el Negocio Jurídico; tópico sobre el cual se han emitido múltiples opiniones y puntos de vista, habiéndose elaborado principalmente cuatro grandes teorías: La Teoría de la Voluntad, llamada también Teoría Voluntarista; la Teoría de la Declaración, denominada también Teoría Declaracionista; la Teoría de la Responsabilidad y la Teoría de la Confianza; todas ellas ampliamente estudiadas por la Doctrina, razón por la cual nos referimos muy brevemente a cada una de ellas, salvo el caso de la Teoría Voluntarista, que será objeto de algunas precisiones por nuestra parte.

Como es sabido, dichas teorías buscan resolver la situación que se presenta, en un determinado Negocio Jurídico, cuando la declaración de Voluntad del Declarante, si el Negocio Jurídico es unilateral, o de una de las partes, si el Negocio es Bilateral o Plurilateral discrepa de su Voluntad Interna, es decir, cuando en un Negocio Jurídico la Voluntad Declarada o Exteriorizada es distinta de la Voluntad Interna, entendiéndose por Voluntad Interna lo realmente querido por el sujeto. Dicho de otro modo, estamos frente a un supuesto de discrepancia entre Declaración y Voluntad, o entre Voluntad Declarada y Voluntad Interna, cuando el sujeto ha declarado algo distinto a lo realmente querido. No debe entenderse por Voluntad Interna únicamente la real o verdadera voluntad del sujeto que permanece oculta dentro de su fuero interno, sino la Voluntad Real que es externa al Negocio Jurídico de que se trate. Evidentemente, si la Voluntad Declarada coincide con la Voluntad Interna no habrá ningún problema sobre Discrepancia o Discordancia. De acuerdo a la mayoría de los autores existen dos tipos de discrepancia entre ambas Voluntades: La realizada o querida conscientemente por el Declarante, llamada por ello mismo Divergencia Consciente, y la realizada involuntariamente, llamada

también Divergencia Inconsciente. En el primer caso, el sector mayoritario de la Doctrina reconoce y plantea tres supuestos de Divergencia consciente: El de la Simulación, el de la Reserva Mental y el de la Declaración Hecha en Broma, mientras que del segundo caso, se admite únicamente el Supuesto del Error Obstativo, llamado también Error en la Declaración, Error In Propio, Error en la Transmisión de la Declaración, etc.

Queda claro, en consecuencia, que las cuatro teorías antes mencionadas han sido elaboradas por la Doctrina para solucionar los supuestos de Discrepancia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada antes señalados. Sin embargo, y a pesar que dichas teorías son utilizadas preferentemente para resolver dichos supuestos, por extensión se han venido y se vienen utilizando las mismas para resolver otros problemas dentro de la concepción general del Negocio Jurídico, principalmente, la Doctrina sobre la interpretación del Negocio y la Teoría General del Error como Vicio de la Voluntad; a tal punto, que algunos autores prefieren hablar sobre teorías respecto al valor de la Voluntad y la Declaración en la estructura del Negocio Jurídico, en vez de teorías sobre la Discrepancia o la Discordancia entre Voluntad y Declaración.

Desde nuestro punto de vista, es más perfecto señalar que dichas teorías están referidas al valor de la Voluntad y la Declaración dentro de la concepción general del Negocio Jurídico, en la medida que ellas permiten explicar adecuadamente diversidad de aspectos que conforman la teoría general del Negocio Jurídico. No obstante lo cual, somos también conscientes que el campo de aplicación más importante de las mismas es el relativo a la discordancia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada, por cuanto en los supuestos de Divergencia antes indicados se hace más evidente el valor que se le debe dar a la voluntad o a la Declaración en cada uno de esos casos.

En materia contractual son utilizadas también dichas teorías, específicamente la Teoría Voluntarista y

la Declaracionista, para determinar el concepto mismo del Consentimiento, esto es, para saber si la formación del Consentimiento, que es el elemento fundamental del Contrato, requiere únicamente de la coincidencia de Voluntades Declaradas de las partes contratantes, o también en forma adicional de la coincidencia de sus Voluntades Internas. En tal sentido, encontramos en la Doctrina Contractualista dos puntos de vista nítidamente definidos. El primero de ellos, denominado Voluntarista, elaborado y definido arduosamente por la Doctrina Francesa y todos sus seguidores, que podríamos calificar de mayoritaria, y que señala en forma enfática que para la formación del Consentimiento es necesaria, además de la coincidencia de Voluntades Declaradas, la coincidencia de Voluntades Internas de las partes contratantes; mientras que el segundo punto de vista, calificado de Declaracionista, producto de la Doctrina Alemana y de la moderna Doctrina Italiana, propugna la idea que para la formación del Consentimiento basta únicamente la coincidencia de las Voluntades Declaradas de las mismas partes contratantes.

Como se podrá observar, se trata de dos puntos de vista contrapuestos de importancia no sólo teórica, sino fundamentalmente de orden legal y práctico, pues el seguir el uno o el otro, definirá la posición doctrinaria y legal que se deba tener sobre el Disenso. Efectivamente, si se piensa que el Consentimiento y por ende el Contrato, requiere para su formación de la coincidencia de las Voluntades Declaradas y de las Voluntades Internas, no será posible distinguir el Error Obstativo del Disenso; lo cual en nuestro Código Civil sería desastroso, por cuanto nos veríamos obligados a sancionar el Disenso con la Anulabilidad, que es la sanción legal aplicable al Error Obstativo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 201 y 208 del Código Civil. Por el contrario, si optamos por el Sistema Declaracionista, podremos distinguir nítidamente ambas figuras, sancionando el Disenso con la Nulidad del Contrato y el Error Obstativo con la Anulabilidad.

Lo anteriormente expuesto, nos revela la gran importancia de optar por una posición teórica o por la otra, y principalmente el conocer y el determinar si el Código Civil Peruano en materia contractual es Voluntarista o Declaracionista, y es por ello mismo que el objeto del presente artículo es el analizar la posición del Código Civil sobre el particular.

II. EL DOGMA DE LA VOLUNTAD EN EL NEGOCIO JURIDICO

Antes de entrar a examinar la posición de nuestro Código Civil sobre el concepto mismo del Consentimiento, debemos formular unas breves precisiones sobre la Teoría Voluntarista, que en nuestro medio todavía no ha sido correctamente entendida por un sector. Esta teoría no sostiene de ningún modo que lo que produzca efectos jurídicos en el ámbito del Negocio Jurídico sea la Voluntad Interna del Decla-

rante o de las partes, pues al igual que las otras teorías, parte de la premisa aceptada unánimemente en la Doctrina, incluso por los autores franceses, de que la Voluntad Declarada es siempre la productora de efectos jurídicos, en el sentido que la misma es el elemento fundamental del supuesto de hecho del Negocio Jurídico, previsto en abstracto por la norma jurídica. Esta teoría sostiene sin embargo, que a pesar de ser la Voluntad Declarada o Manifestada la única capaz de producir efectos jurídicos, en la Declaración de Voluntad se debe dar mayor valor a la Voluntad que a la Declaración, en la medida en que el Derecho busca que los efectos jurídicos nazcan cuando han sido voluntariamente queridos, y en la medida en que la Declaración es únicamente el vehículo a través del cual el sujeto declara su verdadera voluntad. En tal sentido, lo que señala esta posición teórica es que en los casos de Discrepancia entre la Voluntad Interna y la Voluntad Declarada, debe prevalecer siempre la Voluntad Interna, invalidándose la Voluntad Declarada y produciéndose como consecuencia la nulidad del Negocio Jurídico afectado, ya que de ambos elementos el más importante es la voluntad. Esto significa que la teoría Voluntarista en ningún momento señala que la Voluntad Interna deba prevalecer sobre la Voluntad Declarada, de modo tal que el Negocio Jurídico, en el que exista discrepancia, deba considerarse celebrado sobre la base de la Voluntad Interna, sino que se le atribuye únicamente a la Voluntad Interna discrepante el rol de destruir lo declarado en toda hipótesis de discordancia entre ambas voluntades.

Una segunda precisión que debemos formular, es que la Teoría Voluntarista constituye lo conceptualmente opuesto a la Teoría Declaracionista, pues esta última preceptúa, que en los casos de discrepancia entre ambas voluntades, debe prevalecer siempre la Voluntad Declarada, no atribuyéndosele a la Voluntad Interna ningún rol en materia de invalidez del Negocio Jurídico. Siendo esto así, no se puede afirmar, como nadie lo hace en Doctrina, que un Código Civil en principio sea Declaracionista y Voluntarista por excepción; o lo que es lo mismo, que el Código sea Declaracionista por señalar que en materia contractual lo que produce obligaciones es lo expresado por las partes y que sea Voluntarista cuando se permita a una de las partes probar que su Voluntad Interna no correspondía a su Voluntad Declarada. Sostener algo así, es realmente incoherente, ya que en materia contractual un Código puede ser Voluntarista o Declaracionista, o en todo caso optar por cualquiera de estas dos posiciones, debidamente concordadas con la Teoría de la Confianza o con la Teoría de la Responsabilidad, o con estas dos últimas a la vez, pero nunca, salvo el caso de un Código mal elaborado y concebido, podrá ser Voluntarista y Declaracionista a la vez.

En consecuencia, la concepción del Contrato basada en la Teoría de la Voluntad, tiene que ser una

que señale en forma enfática, que para la formación del Consentimiento es necesaria, además de la coincidencia de Voluntades Declaradas, la de las Voluntades Internas de las partes contratantes.

Finalmente, debemos realizar una breve reflexión sobre las teorías antes indicadas sobre el valor de la Voluntad y la Declaración y en general sobre la problemática de la Divergencia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada. En la actualidad, no se puede afirmar con seriedad que una sola de estas teorías pueda resolver los cuatro casos de Divergencia entre ambas Voluntades, no pudiéndose tampoco señalar que un Código haya optado únicamente por una sola de dichas teorías para resolver todos los problemas vinculados con las mismas, pues prevalece la opinión, según la cual cada uno de los supuestos de discordancia entre ambas Voluntades, así como los problemas vinculados con dichas teorías, deben ser resueltos sobre la base de la teoría o teorías que más se adapten a los intereses en conflicto, así por ejemplo, existe casi uniformidad de pareceres en que la Reserva Mental es irrelevante jurídicamente, debiendo aplicarse siempre para dicho supuesto la Teoría de la Declaración. Del mismo modo, entre los autores que consideran que la Declaración Hecha en Broma es un supuesto de Discordancia entre Voluntad y Declaración, existe también la opinión generalizada de que la misma debe ser resuelta por la Teoría Voluntarista, salvo algunos autores que utilizan también la Teoría de la Confianza, o esta Teoría unida a la de la Responsabilidad. Lo mismo acontece con la Simulación, por quienes aceptan que es un supuesto de discrepancia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada, los cuales utilizan preferentemente la Teoría Voluntarista, y algunos otros también la Teoría de la Confianza. Respecto del Error Obstativo, se utilizan indistintamente la Teoría de la Voluntad, la Teoría de la Confianza y la Teoría de la Responsabilidad; nuestro Código Civil, siguiendo al Código Civil Italiano, utiliza la Teoría de la Confianza al exigir como requisito para la configuración del Error, como causal de Anulabilidad, el que sea conocible por la otra parte.

En tal sentido, no puede señalarse que el Código Civil Peruano haya optado únicamente por una de las cuatro grandes teorías mencionadas, razón por la cual no habrá ningún problema en admitir una teoría en materia de Reserva Mental, otra para la Declaración hecha en Broma, la Simulación y el Error Obstativo, y otra completamente distinta en materia de interpretación, teoría general del Error y en materia del Consentimiento en Contratos.

Esta tercera reflexión es de vital importancia, en la medida en que existe la falsa creencia bastante generalizada, de que es o debe ser una sola teoría la llamada a resolver todos los problemas sobre Divergencia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada, y en general todos los problemas vinculados con las mismas teorías.

III. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL CODIGO CIVIL PERUANO

Como ya lo hemos señalado, el objeto del presente artículo no es el estudiar el proceso de formación del Consentimiento, es decir, toda la problemática relativa a la Oferta y la Aceptación y sus diversas modalidades, ya que es una materia típicamente Contractual, que pertenece a la Doctrina General del Contrato, sino el determinar si el Código Civil ha optado por el Voluntarismo o por el Declaracionismo, tema que aún cuando es aplicable al Contrato, es fundamentalmente uno correspondiente a la Teoría General del Negocio Jurídico.

El primer artículo que debemos examinar es el 1351, que dispone que el Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Evidentemente, esta norma no nos dice en modo alguno si el acuerdo de las partes implica coincidencia de Voluntades Internas, o, únicamente coincidencia de Voluntades Declaradas; al igual que sucede con el artículo 1352 del mismo Código Civil, que se limita a indicar que en materia contractual rige el Principio del Consensualismo por regla general, es decir, que en la mayor parte de los Contratos basta el simple acuerdo de voluntades para la formación de los mismos, salvo el caso de los Contratos formales o solemnes, llamados también con forma debida, en los cuales el Consentimiento debe prestarse en la forma señalada por la Ley bajo sanción de nulidad.

Sin embargo, tenemos el artículo 1359, el cual a nuestro modo de ver es de capital importancia para los efectos de nuestro análisis, en la medida en que establece con toda claridad que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones aunque la Discrepancia sea secundaria, como se podrá apreciar, esta norma nos está señalando en forma muy clara, que para la formación del contrato es necesaria una total y perfecta coincidencia de Voluntades Declaradas, sin exigir en modo alguno la coincidencia de Voluntades Internas, o sin referirse sobre dicho aspecto, ya que el artículo utiliza el término "estipulaciones", que está referido exclusivamente a las Cláusulas que conforman el contenido del Contrato, que es producto o consecuencia de las Voluntades Declaradas. Esto nos lleva a pensar que el Código Civil en materia contractual habría optado por el Declaracionismo. Este criterio, sin embargo, tendrá que ser confirmado por otras normas del mismo Código Civil.

La confirmación de este punto de vista, lo encontramos en el artículo 1373, que en forma rotunda dispone que el Contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el Oferente, es decir, en el momento y lugar en que opera la coincidencia total y perfecta entre Voluntades Declaradas.

Finalmente, y a manera de corolario perfecto sobre el artículo 1359 y el 1373, respecto del Declaracionismo en materia de Consentimiento dentro de nuestro Código Civil, encontramos la regla establecida en la primera parte del artículo 1361, que señala, como no podía ser de otra manera, que los Contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; lo que significa que lo que producen efectos jurídicos son las Declaraciones de Voluntad de las partes contratantes y no así sus Voluntades Internas. Regla legal que guarda perfecta concordancia con el principio que en materia de Negocio Jurídico es únicamente la Voluntad Declarada la productora de efectos jurídicos. De esta manera, desde nuestro punto de vista, queda claramente establecido que el Código Civil Peruano en materia de Consentimiento es Declaracionista, requiriéndose en consecuencia, para la formación del mismo, y por ende, para la validez del Contrato únicamente la coincidencia de Voluntades Declaradas.

Sin embargo, el Declaracionismo en nuestro Código Civil, en materia de Consentimiento, se encuentra oscurecido y aparentemente contradicho, decimos únicamente aparentemente por el artículo 1362 y fundamentalmente por la segunda parte del artículo 1361, que ha dado lugar en nuestro medio a que se sostenga que el Código Civil es Voluntarista en materia de Contratos. Siendo esto así, debemos analizar ambas normas del Código Civil, a fin de culminar nuestro análisis.

El artículo 1362, dispone que los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. En la medida que esta norma hace referencia a la común intención de las partes, específicamente en el sentido que los Contratos deben celebrarse según dicha común intención, podría pensarse que el Código Civil habría optado por el Voluntarismo, exigiendo además de la coincidencia de las Voluntades Declaradas una coincidencia de Voluntades Internas, pues el término "Común Intención" podría entenderse como referido a las Voluntades Internas de las partes contratantes. Desde nuestro punto de vista, ello no es así, ya que esta norma, en primer lugar, no está referida en sentido estricto a la formación del consentimiento, aspecto que está regulado por el artículo 1373, antes indicado, que se encuentra ubicado en el Título Segundo sobre "El Consentimiento", de la Sección Primera del Libro Setimo del Código Civil, sobre los Contratos en General, título referido al elemento fundamental del Contrato, consistente en las Declaraciones de Voluntad coincidentes de las partes contratantes. Y como ya lo hemos visto, el artículo 1373 hace únicamente referencia a la coincidencia de Voluntades Declaradas y no así a la de las Voluntades Internas. Siendo esto así, resulta claro que el artículo 1362, no regula lo relativo a la formación del Consentimiento, no estableciendo nada sobre el particular.

Además de ello, la norma en comentario constituye una Declaración de carácter genérico referida no sólo a la celebración, sino también a la Negociación y ejecución de los Contratos, de modo tal que el objeto de la misma no es el indicar que sea necesaria la coincidencia de Voluntades Internas para la formación del Consentimiento, sino únicamente preceptuar que en materia contractual se debe estar a lo dispuesto por las reglas de la buena fe y lo acordado por las partes. En nuestro concepto, al referirse a la Común Intención de las partes, el artículo 1362 está aludiendo a lo dispuesto por el artículo 1351, antes examinado, que define el Contrato fundamentalmente como el acuerdo de dos o más partes dirigido a la consecución de una finalidad jurídica. En otras palabras, la regla del 1362, no es sino una confirmación del artículo 1351, en el sentido que el Contrato es por esencia un acuerdo. Sin embargo, como lo vimos anteriormente, del 1351, al igual que del 1352, no se puede determinar si la Común Intención o el Acuerdo está referido a la coincidencia de Voluntades Declaradas, o también a la coincidencia de Voluntades Internas.

Adicionalmente, debe señalarse que el término Común Intención de las Partes debe entenderse sin ningún problema de orden conceptual, como referido a la Común Intención Declarada o Exteriorizada de las Partes Contratantes, en la medida en que para que una Intención o una Voluntad sea Común, tendrá que haber sido exteriorizada por lo menos a una segunda persona que esté de acuerdo con su Declaración de Voluntad. Esto significa, que el término Común Intención, sólo podrá estar referido a las Voluntades Internas en la medida que del conjunto de normas dedicadas por el Código Civil al Contrato, se establezca que el mismo requiere para su formación de las Voluntades Internas Coincidentes. Por el contrario, si del conjunto de las mismas se desprende que el Código es Declaracionista, el término "Común Intención" del artículo 1362, al igual que el término "Acuerdo" del artículo 1351, estarán referidos a las Voluntades Declaradas Coincidentes. Imponiéndose esta solución dentro de nuestro Código Civil sobre la base de lo establecido en los artículos 1359, 1373 y primera parte del 1361.

Finalmente, debe indicarse que el artículo 1362 al estar referido a la ejecución del contrato, es una norma que tiene también un carácter interpretativo, en la medida en que la interpretación de un Acto Jurídico y por ende de un Contrato, es una labor que se impone cuando las partes no están de acuerdo sobre el significado de sus Declaraciones de Voluntad al ejecutar el Contrato. En este sentido, y teniendo en cuenta que las normas sobre interpretación del Acto Jurídico contenidas en el Código Civil, específicamente el artículo 168, que son también aplicables al Contrato, que es el Acto Jurídico por excelencia, han optado por el Sistema Declaracionista en materia de interpretación, al disponer el mismo artículo 168 que el Acto Jurídico debe ser interpretado de acuerdo con

lo que se haya expresado en él; resulta evidente que la norma del artículo 1362, que es también una de interpretación, al estar referida a la Común Intención de las Partes, debe entenderse como la Común Intención Evidenciada o Declarada, es decir, consecuencia de la coincidencia de Voluntades Declaradas de las Partes Contrantes. Caso contrario, habría una contradicción dentro del Código Civil en lo relativo a las normas sobre interpretación de los Actos Negociales.

En conclusión, en nuestro concepto la norma del artículo 1362, no contradice en modo alguno el Declaracionismo en materia contractual del Código Civil Peruano, por cuanto la misma no está referida a la formación del Consentimiento, entendiéndose la Común Intención de las Partes como la Común Intención Declarada o Exteriorizada.

Resta ahora analizar lo establecido en la segunda parte del artículo 1361, de fundamental importancia, ya que ha dado lugar a que se sostenga que el Código Civil Peruano es Voluntarista en materia de Consentimiento.

La formulación de esta segunda parte señala textualmente, que se presume que la Declaración expresada en el contrato responde a la Voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

En primer lugar, esta norma confunde dos planos conceptuales, el de la coincidencia de la Voluntad Interna y Declarada, y el de la necesidad de una coincidencia de Voluntades Internas en el Contrato según la concepción Francesa Voluntarista. El aspecto de la coincidencia entre la Voluntad Interna y la Voluntad Declarada, que es tópico de la Doctrina de la discrepancia entre ambas Voluntades, está referido en materia negocial y también en materia contractual a que la Declaración de Voluntad de cada parte deba coincidir en principio con su Voluntad Interna. Esto significa que dicha problemática está referida a una sola Declaración de Voluntad, o lo que es lo mismo a la Declaración de Voluntad de cada parte en un contrato; mientras que el Voluntarismo en materia de formación del Consentimiento está referido únicamente a coincidencia de Voluntades Internas para la formación del Contrato. Siendo esto así, si la norma en cuestión ha querido incorporar el Voluntarismo, no ha debido hacerlo utilizando conceptos aplicables a la Teoría de la Discrepancia, es decir, no se ha debido señalar una presunción de que la Declaración expresada en el Contrato responde a la Voluntad Común entre las Partes, sino que se ha debido señalar en todo caso que es necesaria la coincidencia de Voluntades Internas además de la coincidencia de Voluntades Declaradas.

No obstante lo cual, y aun cuando la norma no utiliza la terminología adecuada, es claro sin embargo, que el propósito de la misma es incorporar el

Voluntarismo dentro del Código Civil Peruano. Veremos a continuación si ese propósito se ha logrado o no. Para ello, es necesario, referirnos a las consecuencias, que según esta misma norma, se derivarían en caso de comprobarse la no coincidencia de Voluntades Internas, a pesar de la coincidencia de Voluntades Declaradas.

Lo primero que debe señalarse sobre este punto específico, es que la norma no señala cuál es la sanción en caso se pruebe la no coincidencia de Voluntades Internas, limitándose a preceptuar que en caso esa coincidencia no exista, deberá ser probada por quien la alegue. Como es evidente, el Voluntarismo no sólo se ha intentado plantear frustradamente utilizando la terminología inadecuada, sino que además de ello, en forma incompleta, por cuanto no se señala que la sanción en caso se pruebe la no coincidencia sea la nulidad del contrato; lo cual tendría que haberse señalado de haberse planteado un Voluntarismo correctamente, por cuanto, como ya lo hemos indicado, el Voluntarismo establece que en los casos de discrepancia, la Voluntad Interna destruye lo declarado, invalidándose el Negocio Jurídico con la causal de nulidad. Y esta norma en ningún momento señala ni afirma que en los casos en que se pruebe la no coincidencia de Voluntades Internas, la sanción tendrá que ser la nulidad del Contrato.

Más aun, la norma es irrelevante jurídicamente, ya que los casos de discrepancia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada, que son únicamente cuatro, ya están sancionados en las normas del Acto Jurídico del mismo Código Civil. Así, en los casos de Simulación Absoluta o Relativa la sanción es siempre la nulidad del Acto Jurídico Simulado, siendo el Acto Jurídico disimulado en la simulación relativa, válido en la medida que concurren sus requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de terceros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 191, 193, inciso quinto del artículo 219 e inciso tercero del artículo 221. Esto significa que en los casos de Simulación, en los cuales existe discrepancia entre Voluntad Interna y Voluntad Declarada, de común acuerdo entre las partes, no es necesaria la segunda parte del 1361 del Código Civil.

En los casos de Reserva Mental, tampoco es necesaria dicha norma, por cuanto, aun cuando se llegara a probar la misma, la sanción sería siempre la validez del Negocio Jurídico, en aplicación del criterio uniforme en Doctrina sobre la irrelevancia jurídica de la Reserva Mental.

En lo concerniente a la Declaración Hecha en Broma, la sanción siempre es la Nulidad, a tenor de lo dispuesto en el Inciso Primero del artículo 219 del Código Civil, ya que se entiende unánimemente que en dichos supuestos no hay una verdadera manifestación de Voluntad del Agente, en la medida en que se trata de una divergencia consciente entre Voluntad

Interna y Voluntad Declarada realizada con fines didácticos, teatrales, de jactancia, cortesía, o en Broma propiamente hablando, o en la medida en que no se trata de una verdadera Declaración de Voluntad por carecer el Declarante de propósito negocial.

Finalmente, en los casos de Error Obstativo o Error en la Declaración, en los cuales se presenta obviamente como consecuencia de la discrepancia entre la Voluntad Interna y la Voluntad Declarada de una de las partes, una no coincidencia de Voluntades Internas entre las mismas, la norma tampoco es aplicable, por cuanto en esos supuestos la sanción es la anulabilidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 201, 208 e inciso segundo del artículo 221 del Código Civil.

Todo esto significa que la segunda parte del artículo 1361 no es relevante jurídicamente para sancionar los casos de discrepancia entre Voluntad Interna

y Voluntad Declarada, que al producirse respecto de una sola Declaración de Voluntad, en el campo del Acto Jurídico Bilateral o Plurilateral y por ende en el campo del contrato, derivan en una falta de coincidencia entre Voluntades Internas de las partes contratantes, ya que todos estos supuestos están debidamente resueltos por las normas contenidas en el Libro del Acto Jurídico del Código Civil, estando por su parte el Disenso resuelto desde nuestro punto de vista en el artículo 1359 del Código Civil con la nulidad del Contrato.

IV. CONCLUSION

Podemos concluir señalando que el Código Civil Peruano en materia de Consentimiento es Declaracionista, siendo la segunda parte del artículo 1361 un intento frustrado de incorporar el Voluntarismo. Claro está, desde nuestro muy personal punto de vista.

INFORMATIVO LEGAL

RODRIGO

DE LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
INFORMATIVO MENSUAL
25 Años de Experiencia

SU "ASESOR PERSONAL"
AGIL, PRACTICO
Y ECONOMICO:

- Publica las disposiciones legales del mes
 - . Sumilladas y ordenadas
 - . Con claros índices cronológicos y temáticos mensuales y semestrales.
 - . Concordancias
- Le ofrece secciones de actualidad jurídica
 - . Informes
 - . Notas
 - . Jurisprudencia comentada
 - . Tipo de Cambio y otros patrones.

Además publicamos el Boletín del Informativo Legal Rodrigo que contiene las Resoluciones que expide el Tribunal Fiscal en materia Tributaria.

INFORMES Y SUSCRIPCIONES

Jr. Pachacútec No. 1133 - Jesús María - Teléfono: 240665

Los abogados y el teatro

Ricardo Blume

Actor y Director de Teatro

Hasta donde recuerdo, el teatro ha tratado más frecuentemente y peor al doctor en medicina que al doctor en derecho. Me imagino que por miedo de los autores a ser demandados por algún picapleitos. Pero en general, la farsa se ha ocupado de los far-santes en uno y otro campo; no de esas personas respetables y sabias que uno llama para que lo curen o lo defiendan. Y, naturalmente, también se ha en-sañado con los pedantes, que, éstos sí, abundan en una y otra profesión.

El abogado teatral más antiguo que recuerdo pertenece a la *Commedia dell'arte* italiana. Es *il Dottore*, un jurisconsulto que usa la toga negra del Estudio de Bolonia, de donde procede y cuyo dialecto habla. Los personajes de la *Commedia dell'arte* eran tipos o máscaras, procedentes de diversos lugares y se expresaban en su dialecto. Arlequín, por ejemplo, hablaba en bergamasco.

El Doctor se llama Graziano Balanzón. Unos dicen que por la balanza, emblema de la justicia; otros, más irreverentes, que por *balle* (líos) que, con sus mentiras, causa a cada instante. Como buen pedante, usa y abusa de latines y latinajos. Es pomposo, florido y habla hasta por los codos. (Cualquier semejanza con algún personaje de la política nacional es pura coincidencia).

Otro abogado, pero éste sí nada académico, es el protagonista de *La farsa de maese Pathelin*, obra anónima francesa del siglo XV, también conocida como *El abogado Patelin*. Este procede de la universidad picaresca de la vida y es un maestro de la astucia, socarrón e hipócrita, trapacero y pillito. Dicen los que saben que es el primer personaje típicamente burgués de la historia del arte dramático. Vaya uno a saber. El sentido de burgués cambia según los tiempos y las ideologías. Pero siempre le cae duro. Recuérdese *El burgués gentilhomme*; aquél que descubrió asombrado que hablaba en prosa.

Lo cierto es que Patelin (Patelán decimos los que no hablamos francés pero conocemos la obra) tropieza en sus propias trampas, cae en sus propias redes y es pagado con su misma moneda. Aclaremos, para entendernos y no echar más sombras sobre la profesión, que el tal maese es una especie de *abogado informal*. ¿Me entienden? Nada de academia y mucho de acá deme.

Shakespeare, en el cuarto acto de *El mercader de Venecia*, disfraza a la enamorada Porcia de *joven doctor en leyes* para salvar al buen Antonio. Y en una mezcla magnífica de inteligencia y piedad, abogadil y femenina, mete en vereda al inhumano Shylock. "Cobra tu libra de carne, pero ¡ay de ti si derramas una gota de sangre! Que eso no está estipulado en el contrato" - es más o menos lo que dice Porcia. Naturalmente, en el lenguaje de Shakespeare y no así, a la bruta; pero no voy a echarme a buscar la parrafada en el tomo de obras completas.

Repasando, así, mentalmente, me parece que, en general, el teatro moderno y contemporáneo trata muy bien al abogado. Lo presenta casi siempre como el defensor de la justicia. Como en esas series de televisión que parecen auspiciadas por la barra de abogados para mejorar la imagen. Un caso notable que recuerdo es el juicio que se realiza en la obra norteamericana *Heredarás el viento*. Un verdadero duelo al sol entre dos viejos y duchos abogados. Dos pesos pesados.

En general, en las obras de teatro aparece el abogado, no tanto como consejero legal sino como abogado defensor en el foro. Y es en este campo donde actores y abogados tenemos muchas coincidencias. Desde el propio nombre de *causarum actor* hasta el mutis por el foro. Ambos tenemos que representar y convencer. Unos en la ficción, otros en la realidad. Y para ello usamos los mismos recursos, basados en la ley o el libreto: la teatralidad y el histrionismo, la actitud, el ademán, el gesto, la voz,

las pausas, los silencios cargados de suspenso y hasta los desplantes, que en el teatro llamamos *iati-guillos*. Una manera rotunda y altisonante de rematar un parlamento, con aplauso seguro.

"Había adquirido fama por lo sonoro de su voz, lo eficaz de los gestos, la inmensa corriente de las palabras con que anegaba a los otros abogados" - dice Quevedo en *La hora de todos y la fortuna con seso*. Y esto es aplicable prácticamente en todo y por igual a actores y abogados. Nos parecemos, pues.

El abogado, como el actor, es un palabreador. Importan, pues, el timbre y los tonos de su voz, su sonoridad, las inflexiones o matices, el aliento o *fiato* y hasta los *tempos* musicales. Ambos usan recursos y efectos para convencer. Linda palabra. Con-vencer. Vencer ambos. O ser ambos vencidos por la razón.

Hay recursos legítimos y vedados para unos y otros. Trescientos setenta años antes de Cristo (y estoy cayendo en una pedante erudición de Pequeño Larousse Ilustrado) Hipérides usó uno de estos recursos, no sé si vedado pero estupendo y convincente para defender a Friné, la hetaira que inspiró a Apeles y Praxíteles, acusada de profanar los Misterios de Eleusis. En un gesto tremendamente teatral - que ha hecho escuela - despojó de su peplo a la bella Friné en pleno foro, dejando al desnudo su incomparable belleza. Prefiguración del *strip-tease*. La absolvieron, naturalmente. Los jueces también tienen su corazóncito. Al menos los griegos.

No estoy abogando por el uso y abuso del desnudo en los foros, que conste. Más bien estoy haciendo de abogado del diablo. Al diablo con el abogado. Por si alguien no me creyera, me encomiendo a la Virgen María, Señora y Abogada nuestra. ¿Estamos?

Ya que hemos recordado, a grandes rasgos, cómo el teatro ha caricaturizado a cierto tipo de abogados y los puntos de contacto entre éstos y los actores, veamos cómo el teatro, o más bien, el ejercicio de la actuación teatral puede ser útil a los jurisperitos (me suena a peritas en dulce, con jugo). Lo sé de primera mano porque tuve en el Teatro de la Universidad Católica a algunos estudiantes de Derecho (hoy abogados hechos y derechos) y sus catedráticos de entonces, al comprobar lo bien que se desenvolvían en las clases, celebraban y recomendaban los cursos de actuación, no sólo para el ejercicio profesional sino, también, para un eventual dictado de cátedra.

Algunos elementos básicos de la actuación son el relajamiento, la soltura, el aplomo y la concentración. Todos muy útiles para desenvolverse como abogado o catedrático. La actuación da seguridad en sí mismo y en los medios expresivos de que disponemos: cuerpo, voz, gesto y ademanes. La actitud

corporal no sólo predispone al bien decir y bien desenvolverse, sino que, además, es expresiva por sí misma. Y, por lo general, uno cree más en lo que ve que en lo que oye (y no estoy hablando de política nacional). Por eso teatro, en griego, quiere decir mirador. No es un Odeón, que es un lugar donde se va a oír. Es un mirador. El teatro entra por los ojos. De ahí que al concurrente se le llame espectador. Pero...no nos vayamos por las ramas, que es cosa de monos.

No hace falta mencionar la importancia del gesto. O sea la expresión del rostro. Reparemos simplemente en que uno mira a los ojos de quien le habla. Los ojos son espejos del alma - diría el poeta. Se nos ve todo. Y alguien que no nos mira a los ojos cuando nos habla resulta siempre sospechoso, equivoco. La gesticulación es, pues, fundamental. Y el ademán (a de manos) completa, subraya, enfatiza aquello que decimos. Y hasta lo que no decimos. Recuérdese cualquier ademán de un italiano. Las palabras sobran.

Es un decir, porque indudablemente es por medio de la palabra como mejor nos comunicamos las personas. Y más cuando se trata de expresar ideas y argumentar, que es oficio propio de abogados. La expresión de esas palabras, ese orar o hablar en público - diría Pero Grullo - se realiza por medio de la voz.

Como sabe cualquier actor o cualquier maestro, y debiera saber cualquier abogado, no hace el mismo trabajo nuestra voz en el ejercicio de nuestra profesión que en el hablar cotidiano o de entrecasa. Hay que proyectar la voz, para que se nos oiga y se nos oiga bien. Para eso hay que saber respirar profundamente y dosificar el aire para poder decir una tirada larga sin tener que entrecortarla ni perder el aliento, que es vida.

Ese aire que expulsamos de los pulmones mediante el diafragma (el músculo más importante para un actor o un orador) produce un sonido al cruzar por las cuerdas vocales. A ese sonido primario hay que darle calidad colocándolo en el mejor punto de resonancia (lo que llamamos impostación de la voz) y después articularlo para formar las palabras y las frases. Eso es lo que llamamos dicción; que lo mismo quiere decir palabra (de allí diccionario, o sea *palabrarío*) que manera de decir. Porque de nada serviría que nos oyeran si no se nos entendiese. Para tener buena dicción, es decir, clara y precisa, hay que articular bien las sílabas que forman las palabras. Darles a todas la misma nitidez e intensidad. No *comernos* sílabas ni letras, ni dejar que los finales de las frases se apresuren o desmayen.

La sobriedad y el buen gusto nos impedirán volvernos redichos y pluscuamperfectos, manteniendo una dicción correcta y adecuada al medio, sin pecar

de perfeccionismo empalagoso. Como diría Hamlet: "En esto tu propia discreción debe guiarte".

Todas estas parrafadas, que más parecen una especie de disertación sobre la voz, son para hacer notar cuánto nos parecemos en este aspecto actores y abogados. Y cómo dependemos de los mismos medios de expresión en el particular ejercicio profesional. He observado, además, que los abogados también tienen que actuar. No sólo en el sentido de *proceder judicialmente*, sino que adoptan actitudes, posturas y maneras diferentes según con quién tengan que vérselas. Bueno, eso lo hacemos todos en el Gran Teatro del Mundo. Pero actores y abogados lo hacemos *de oficio*. Ambos tenemos que representar y convencer. Por lo tanto, creo que sería muy útil para los cachorros de abogado seguir algún cursillo de actuación. Espero que por esto no piensen que he perdido el juicio. ¡No hay Jus! Digo, no hay derecho.

Todo esto es aplicable, repito, al abogado como defensor, no tanto al abogado en funciones de consejero legal. A éste, con un buen conocimiento del *libreto legal* y una buena dosis de inteligencia le basta para convencer a su cliente y guiarlo por el camino Derecho. Aquél, en cambio, tiene que orar, alegar y apelar para convencer. Y así como a la parte que demanda se le llama actor o actora (horror de los

horrores) el abogado defensor tiene que demandar la atención sobre sí y sus argumentos.

A él le vienen como birrete a la toga estos consejos que Shakespeare, por boca de Hamlet, dio a los actores a principios del siglo XVII, y que aquí presento resumidos: "Te ruego que recites el pasaje con soltura y naturalidad, pues si lo haces a voz en cuello, valdría más que diera mis versos a que los voceara el pregonero. Guárdate también de aserrar demasiado el aire, así, con la mano. Moderación en todo, pues hasta en medio del mismo torrente, tempestad y aun podría decir torbellino de tu pasión, debes tener y mostrar aquella templanza que hace suave y elegante la expresión. No seas tampoco demasiado tímido; en esto tu propia discreción debe guiarte. Que la acción responda a la palabra y la palabra a la acción, poniendo especial cuidado en no traspasar los límites de la sencillez de la naturaleza".

¿Se puede decir mejor? No lo creo. Resumamos lo que nos aconseja: soltura y naturalidad, no gritar, no abusar de los ademanes cortantes (ni de los otros), moderación en todo (pero sin *chuparse*) y que haya una correspondencia, una proporción entre lo que se dice y cómo se dice. Y - regla de oro - "No traspasar los límites de la sencillez de la naturaleza". Huachafos, go home!

Los Decretos Supremos de Urgencia y la Corte Suprema: El Caso de la Normatividad Especial sobre arrendamientos

Alejandro Falla Jara

Egresado PUC. Jefe de práctica del curso de Derechos Reales

No nos cabe la menor duda al afirmar que, en los últimos años, el artículo 211 inc. 20 de la Constitución se ha convertido en la "vedette" del escenario jurídico, amenazando con prorrogar su reinado por muchos más. En las últimas semanas nos ha vuelto a deslumbrar con sus encantos: a sus habituales admiradores -abogados, juristas, periodistas del diario oficial El Peruano- se han sumado un "coro de políticos y parlamentarios", periodistas de radio, televisión y de diarios no oficiales. Nos referimos concretamente al problema suscitado en el Congreso por las expresiones vertidas por el actual Ministro de Trabajo sobre los DS "de necesidad y urgencia", declaración que motivó la airada protesta de muchos parlamentarios (dizque en defensa de la "majestad del parlamento") y que también podría ocasionar la interpelación del citado Ministro. El problema de los DS 211 inc. 20 o "de emergencia" no es nuevo como parecen creer nuestros desentendidos parlamentarios. Lo nuevo es la existencia de un Ejecutivo que no tiene mayoría parlamentaria (cosa que no ocurrió ni durante el gobierno de Belaúnde ni durante el de Alan García), circunstancia que hace factible una mayor fiscalización de los actos del primero por este último.

Mucho es lo que se ha dicho alrededor del mencionado artículo constitucional: ha sido materia de

arduos y acalorados debates, de tesis académicas, de artículos de revistas, de libros, de un reciente pronunciamiento del Colegio de Abogados² y hasta ha sido materia de preocupación de algunos de nuestros incansables legisladores³. Todo ello no es asombroso si tomamos en cuenta la gran cantidad de normas que invocan el artículo 211 inc. 20. No existe semana en que El Peruano no publique un DS amparado en tal artículo; pero no está sólo en el número de normas lo resaltante, sino en la materia abordada por tales normas: si bien tocan materias de la más diversa índole tienden a invadir ámbitos tradicionalmente reservados a la ley. Esos DS han copado el escenario normativo, en perjuicio de otras normas y del parlamento. Si bien era usual que la producción normativa fuera proporcionalmente mayor en el Poder Ejecutivo respecto al Legislativo, el uso frecuente de estos DS amenaza no sólo con aumentar este porcentaje, sino además arrinconar a la Ley (en sentido formal) a ámbitos materiales aún más restringidos⁴.

La discusión en torno al artículo 211 inc. 20 aún no ha concluido, pero han quedado esbozados los parámetros de ésta. Existe básicamente dos posiciones frente a las normas que se amparan en este artículo: a) la que afirma que tienen rango de ley y que, por tanto, pueden realizar todo lo que ésta puede

1. El Ministro Carlos Torres y Torres Lara dijo en su intervención en el Parlamento del 30 de agosto de 1990: "los D.S. (de urgencia) tienen similar validez que las leyes y, por tanto, tienen que ser derogados por otra ley...". El Comercio, 31 de agosto de 1990.
2. El Comercio, 4 de setiembre de 1990.
3. Proyectos de regulación legislativa 211 inc. 20 presentados por: el senador Enrique Bernaldes (Abril, 1986), por los diputados Enrique Elías, Celso Sotomayor y Alberto Borea (Abril, 1987), y por el diputado Joffré Fernández Valdiviezo (Setiembre, 1988).
4. Para el período 1980-1989 (hasta el 26 de junio) el número de normas con rango de ley emitidas por el Ejecutivo asciende a 2,114 (513 Decretos Legislativos y 1,601 Decretos Presidenciales de Urgencia); siendo que para el mismo período las emitidas por el Poder Legislativo ascienden a 1,851 (entre leyes y Resoluciones Legislativas). Los datos han sido tomados de: "La primera década de la Constitución. Un balance sobre los 10 primeros años de la Carta Magna", en: Debate No. 56, Julio-Agosto 1989.

("menos cambiar el sexo de un hombre..."), siempre y cuando se cumpla con lo perceptuado en el artículo constitucional, aplicándoseles los mecanismos impugnatorios comunes a cualquier norma con rango de ley; b) la que sostiene que se trata de normas con rango inferior al de una ley -rango de reglamento, de DS cualquiera-, esto con todo lo que ello acarrea respecto a su jerarquía y subordinación frente a otras normas, y a los mecanismos impugnatorios.

En esta discusión le toca jugar un rol fundamental al Poder Judicial, ya que es éste quien finalmente va a determinar, en la práctica, cuál de las dos versiones es la "correcta"; erigiéndose por tanto en el árbitro que va a poner fin a lo que es un conflicto entre el Parlamento y el Ejecutivo, cosa que ha quedado claramente graficada por los hechos de las últimas semanas. La posición que tome el Poder Judicial frente a estas normas tiene una relevancia práctica fundamental: obstaculizará o facilitará el accionar del Poder Ejecutivo, lo que resulta sumamente trascendente tomando en cuenta que, por un lado, se trata de una Ejecutivo sin un sólido respaldo parlamentario y que, por otro lado, debe de adoptar importantes medidas que generarán una fuerte oposición.

¿Cuál viene siendo la opinión del Poder Judicial frente a estas normas? En ámbitos académicos y periodísticos se han enarbolado victoriosamente algunas sentencias de jueces de Primera Instancia de la Corte Superior o del Tribunal del Trabajo, que se manifestaban por la inconstitucionalidad de algunos de estos DS (PROEM, legislación especial sobre arrendamientos, congelamiento de los certificados bancarios en ME, incremento de la tasa del impuesto a los cheques, etc.). Sin embargo, dichas resoluciones son susceptibles de revocación/modificación por la Corte Suprema, quien es la que en última instancia resolverá en forma definitiva cumpliendo con ello su función de uniformización y la de control de la constitucionalidad de las normas.

Dada la falta de información sobre lo que acontece a nivel de la Corte Suprema decidimos indagar por

su actitud. Escogimos para ello los DS que han normado desde agosto de 1985 los contratos de arrendamientos de inmuebles; ello por la alta incidencia de causas relacionadas con esta materia existentes en el Poder Judicial, y porque estas normas regulan -modificado o alterando- ámbitos tradicionalmente reservados a normas con rango de ley (CC, C de PC, D Ley 21938, Ley 8765). Nuestro objetivo fue el de indagar sobre la opinión de la Corte Suprema acerca de la jerarquía asignada a tales normas, los argumentos esgrimidos para fundamentar su posición, la forma en que viene interpretando el art. 211 inc. 20 en lo que se refiere a los requisitos exigidos y, como producto final, indagar hasta que punto está cumpliendo o no su función de control sobre la constitucionalidad de las normas. No fue el objeto del trabajo, ni lo es de este artículo, ahondar en la discusión teórica sobre la norma constitucional (rango, caracteres, requisitos, etc.); tampoco fue el objetivo discutir sobre la constitucionalidad de las normas especiales sobre arrendamientos.

NORMATIVIDAD ESPECIAL SOBRE ARRENDAMIENTO

Bajo esta denominación agrupamos a los DS que se dictaron desde agosto de 1985 hasta diciembre de 1989⁵ y que introdujeron una reglamentación especial en el ámbito de los contratos de arrendamiento de inmuebles⁶.

Inicialmente, formaron parte de un programa de control de precios, herramienta principal dentro de la política antiinflacionaria que se trató de implementar a partir de julio de 1985⁷. Al abandonarse este objetivo, se buscará justificar estas normas, primero en la crisis de la actividad de la construcción⁸, y luego en la necesidad de vivienda de la población y en la obligación del Estado de atenderla⁹.

El campo de aplicación y el contenido han variado tanto como las motivaciones. Empezó siendo un régimen aplicable a los contratos de arrendamiento

5. Mediante DS 22-90-EF del 3 de agosto de 1990, se han prorrogado los contratos de arrendamiento de casa-habitación hasta el 31 de diciembre de 1990, lo que hace pensar en la voluntad del nuevo gobierno de continuar con esta reglamentación.
6. DS 370-85-EF (2/8/1985); DS 395-85-EF (6/9/85); DS 537-85-EF (1/1/1986); DS 208-86-EF (1/7/86); DS 289-86-EF (30/8/86); DS 422-86-EF (1/1/87); DS 146-87-EF (1/7/87); DS 162-87-EF (8/8/87); DS 268-87-EF (1/1/88); DS 040-88-EF (10/3/88); DS 143-88-EF (1/9/88); DS 217-88-EF (23/11/88); DS 036-89-EF (24/2/89); DS 149-89-EF (1/8/89); DS 240-89-EF (31/10/89); DS 305-89-EF (31/12/1989).
7. DS 370-85-EF del 2 de agosto de 1985; considerando: "Que, el conjunto de medidas económicas antiinflacionarias adoptadas por el gobierno, considera el equilibrio de los factores intervinientes en la composición del precio de los bienes, servicios y alquileres; Que, consecuente con dichas medidas resulta imprescindible fijar el nivel de los precios de los bienes, y servicios y alquileres de la economía".
8. DS 217-88-EF del 23 de noviembre de 1988; considerando: "Que, la crítica situación en que se encuentra la actividad inmobiliaria hace necesario tomar medidas urgentes que solucionen en parte dicha situación;"
9. DS 036-89-EF del 24 de febrero de 1989; considerando: "Que, es deber del Estado atender a las necesidades de vivienda de la población conforme al artículo 18° de la Constitución Política del Perú."

de inmuebles no sujetos a la Ley del Inquilinato (sean destinados a local comercial o a casa habitación), para finalmente quedar limitado a los contratos destinados a casa habitación, pretendiendo en algún momento "derogar" el D Ley 21938. En cuanto a su contenido, se puede decir que principalmente estuvo constituido por un control de las rentas y de sus aumentos (congelamiento a nivel de los precios existentes al 27 de julio de 1985, prohibición de la aplicación de cláusulas de reajuste pactadas, sistema diferenciado de aumentos periódicos en función de porcentajes que toman en cuenta la fecha de celebración del contrato, destino, moneda pactada; recientemente los porcentajes son variables en función de la variación del IPC); a lo cual se añadió prórrogas obligatorias en el plazo de vigencia del contrato. Junto con éste contenido principal existieron normas de índole procesal (prohibiéndose los juicios de desahucio y aviso de despedida en los casos de vencimiento del plazo del contrato, extendiendo el beneficio del corte del juicio con el pago de la suma adeudada a favor del arrendatario en los contratos de arrendamientos con destino de local comercial), de naturaleza cambiaria (señalamiento del tipo de cambio aplicable a los casos de renta pactada en moneda extranjera), normas que exceptúan del régimen (total o parcialmente) a algunos predios (de la Sociedades de Beneficiencia por ejemplo) o contratos (los celebrados antes o a partir de determinada fecha). Toda aquella normatividad especial suponía modificar o derogar una serie de dispositivos con rango de ley:

a) El Código Civil: supone una limitación al contenido de los contratos, desconocimiento de acuerdos libremente adoptados y por tanto negación de la "libertad contractual"; para algunos también supondrían una restricción a la "libertad de contratar";

b) D Ley 21938: si bien en principio las prórrogas no afectan a los contratos sometidos a esta norma, el reajuste periódico al imponer un aumento adicional al acordado por el D Ley, atentaría contra ella, contra sus objetivos; pero el principal atentado se daría con el DS 217-88-EF, el cual trata de restringir el ámbito de aplicación de aquella norma, ya que sustrae muchos contratos de arrendamiento de la aplicación de la norma¹⁰;

c) Ley 8765: al ampliar el beneficio de corte de juicio contemplado en esta ley, a favor de los arrendatarios en los contratos de arrendamiento destinados a

local comercial¹¹;

d) Código de Procedimientos Civiles: al suponer las prórrogas y la prohibición de iniciar juicios de desahucio/aviso de despedida una modificación respecto de las normas que regulan tales procedimientos¹². Lo anterior no revistiría problema alguno si se admitiese que estos 'DS' tienen rango de ley (y cumplen con todos los requisitos exigidos por la Constitución en el art 211 inc 20); para aquellos que opinaran que su jerarquía normativa es inferior a la de cualquier norma con rango de ley estaríamos frente a un caso de flagrante ilegalidad/incostitucionalidad (esto aún en el supuesto de cumplimiento puntilloso de todos los requisitos exigidos por la Constitución).

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y LA NORMATIVIDAD ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS

Es evidente que por su contenido estos DS han sido de invocación ineludible en muchos de los procedimientos de desahucio o aviso de despedida (por vencimiento del plazo del contrato, por falta de pago de la renta) que se tramitaron a partir de agosto de 1985; las resoluciones pronunciadas en estos procedimientos han tenido que manifestarse de algún modo sobre tales normas. En ambos casos, los procedimientos han podido llegar, vía recurso de nulidad, a la Corte Suprema siendo competente para emitir resolución definitiva la 2° Sala Civil.

Es bastante probable que en muchos de estos procedimientos, tanto las partes como el juez hayan acudido al art 236 de la Constitución ("excepción" de inconstitucionalidad o, más precisamente, control difuso de la constitucionalidad de las normas). En el supuesto de que cualquier juez o tribunal haya declarado inaplicable alguna de las normas por ser inconstitucionales/ilegales (sea por los fundamentos que fuere), se somete el procedimiento a un trámite especial contemplado en el art. 8° de la LOPJ: si la resolución no es apelada o no se interpone el recurso de nulidad, ésta será consultada en forma obligatoria ante la Corte Suprema; en este supuesto, será competente para conocer y resolver la 1° Sala Civil.

EL TRABAJO

Se realizó un trabajo de investigación que abarcó "todas" (salvo error u omisión) las resoluciones emiti-

10. art 2°: "Los contratos de arrendamiento de los locales comerciales sin excepción alguna, se regirán únicamente por las disposiciones del Código Civil.

Quedan comprendidas dentro de lo dispuesto por éste artículo las casas-habitación sea que se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación del Decreto Ley N° 21938 o del Código Civil que se encuentren desocupadas o se desocupen o se construyan y que se alquilen en moneda nacional a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Supremo."

11. DS 036-89-EF, art 5° "En las acciones de desahucio por falta de pago de la renta de locales comerciales podrá el arrendatario poner fin al procedimiento si en cualquier momento antes del lanzamiento efectúa el pago de la merced conductiva adeudada más una cantidad que a criterio judicial sea suficiente para cubrir las costas causadas al demandante."

12. DS 036-89-EF, art 4° "Las acciones de aviso de despedida y desahucio procederán en todos los casos previstos en la legislación vigente; salvo cuando se produjera el vencimiento del plazo de duración del contrato en los arrendamientos de casas-habitación."

das por la Corte Suprema durante los años 1986-1989, tanto por la 1° como por la 2° Sala Civil (por las razones antes expuestas). Se han tomado en cuenta sólo aquellas ejecutorias que de manera expresa hacían referencia a los DS, lo que implicó dejar de lado numerosas resoluciones en las que no existía parte considerativa o se limitaba al ya tradicional "por sus fundamentos"; también se prescindió de aquellas resoluciones que no hacían mención a estos DS o a la problemática por ellos creado.

LOS RESULTADOS

A nivel de la 1° Sala de la Corte Suprema únicamente se han encontrado, durante el período analizado, dos resoluciones que hacen referencia a estas

normas¹³. Esta escasez se explicaría por dos razones: a) en primer lugar, por el desconocimiento que existe a nivel de jueces y abogados del procedimiento especial de consulta ante la primera sala, a que está sometida la excepción de inconstitucionalidad; b) en segundo lugar, porque el trámite de consulta ante la 1a Sala sólo se produce en defecto de la iniciación de los recursos impugnatorios corrientes (recurso de apelación, de nulidad) contra la resolución que inaplica una norma por ilegal/inconstitucional; y dado que lo normal, en todos estos procedimientos, es la interposición de aquellos recursos, sería la 2° Sala Civil y no la 1° la que conocería de todos estos casos.

A continuación transcribimos una de las dos resoluciones ubicadas, dado que sus considerandos son similares.

Exp. N 518-88 Lima

//ma, Veinte de abril de mil novecientos ochentinueve.-

VISTOS; Y CONSIDERANDO: que el artículo octavo de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que las sentencias que aplican el precepto que consiste en declarar la incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley y preferir la primera, serán elevadas en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema; que en el caso de autos, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, ha encontrado incompatibilidad entre una ley y un Decreto Supremo, por lo que no se encuentra la situación en la previsión del artículo citado: declararon IMPROCEDENTE la consulta formulada por la indicada Sala; en los seguidos por Congregación de Religiosas Franciscanas de la Inmaculada Concepción con Juan Velasquez Cortez, sobre desahucio; y los devolvieron.-- S.S. GALVEZ VEGA., BELTRAN RIVERA., CASTILLO CASTILLO., HERNANDEZ DE RODRIGUEZ., MONTOYA ANGUERRY.

A nivel de la 2° Sala Civil, para el período analizado, se ha encontrado 61 resoluciones¹⁴. En la mayoría de ellas se discutía y resolvía problemas generados por la aplicación de dichas normas (pacto de improrrogabilidad, ámbito de aplicación, exclusión de locales comerciales, aplicación o no a los contratos a plazo indeterminado, etc). Es necesario resaltar el hecho que todas ellas implícitamente califican de constitucionales y legales a dichas normas -por lo menos a las emitidas antes de diciembre de 1989-, ya que de no ser así, no se hubieran aboca-

do a conocer las dificultades generadas por su aplicación.

Son muy pocas las resoluciones que expresamente abordan la problemática de la constitucionalidad de estos DS, del rango normativo que le corresponde, y mucho menor aún es el número de resoluciones que tratan de argumentar alrededor de aquellas materias. Por su importancia transcribimos algunas resoluciones en las cuales esto fue materia de "análisis" (?).

13. Exp. 518-88, LIMA.
Exp. 387-89, CALLAO

14. EXP 851-86, Junin; Exp 1640-86 Lima; Exp 1270-87 La Libertad; Exp 1883-86 Lima; Exp 1782-87 Lima; 277-87 Piura; Exp 1841-87 Lima; Exp 2334-86 Lima; Exp 1851-87 Lima; Exp 1624-86 Lima; Exp 2573-86 Lima; Exp 708-87 Lima; 691-87 Lima; Exp 2353-86 Lima; Exp 1018-86 Ica; Exp 1664-87 Lima; Exp 2812-87 Ancash; Exp 1188-87 Callao; Exp 490-88 Lima; Exp 3076-87 Lima; Exp 1838-86 Lima; Exp 3029-87 Lima; Exp 2917-87 Piura; Exp 358-88 Lima; Exp 1497-87 Huancavelica; Exp 1419-88 Lima; Exp 2804-87 Lima; Exp 1836-87 Lambayeque; Exp 3025-87 Lima; Exp 2485-87 Lima; Exp 3180-87 Lima; Exp 2528-87 Lima; Exp 2486-87 Lima; Exp 85-88 Lima; Exp 185-88 Lima; Exp 100-88 Ica; Exp 1435-89 Lima; Exp 1659-88 La Libertad; Exp 102-88 Ica; Exp 2921-87 Lima; Exp 1599-88 Lima; Exp 330-87 Lima; Exp 1307-89 Lima; Exp 1196-89 Lima; Exp 06-88 Lima; Exp 248-89 Lima; Exp 2585-87 Lima; Exp 2583-87 Lima; Exp 1943-87 Lima; Exp 3283-88 Lima; Exp 1185-89 Tacna; Exp 357-89 Lima; Exp 328-89 Lima; Exp 2286-88 Lima; Exp 2680-87 Lima; Exp 2785-88 Lima; Exp 1059-89 La Libertad; Exp. 1426-87 Piura; Exp 3282-88 Lima; Exp 2397-88 Lima; Exp. 3234-88 Lima.

EXP. No. 1664-87 Lima.

//ma, dos de diciembre de mil novecientos ochentisiete.-

VISTOS; y CONSIDERANDO; que los decretos supremos mediante los cuales se ha prorrogado la vigencia de los contratos de arrendamientos, han sido dictados al amparo del artículo doscientos once, inciso veinte de la Constitución Política del Estado, por lo que tiene calidad de ley sometida al Congreso para cuando el Presidente de la República de cuenta respectiva; declararon NULA la sentencia de vista de fojas cuarentidos, su fecha diez de junio de mil novecientos ochentisiete; MANDARON: que la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lma, expida nueva resolución pronunciándose sobre el fondo de la litis; en los seguidos por don Juan Augusto Merino Jimenez contra la Compañía Molinera Orión Sociedad Anónima; sobre desahucio por vencimiento de contrato; y los devolvieron.- ESPINOSA S., CASTANEDA L., VASQUEZ V., MONTOYA A., BOCKOS DE GRILLO.

EXP. No. 3180-87 Lima.

//ma, dos de setiembre de mil novecientos ochentiocho.-

VISTOS; por su fundamentos; y CONSIDERANDO además: que el Decreto Supremo número trescientos noventicinco-ochenticinco-EF de cuatro de setiembre de mil novecientos ochenticinco, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el seis de setiembre de dicho año y expedido en el contexto de medidas anti inflacionarias, tiende a aliviar la crisis de vivienda siendo su caracter y alcances de índole social, descartándose así su colisión con la Carta Fundamental del Estado; dándose la circunstancia de que sus efectos fueron extendidos hasta el treinta de junio de mil novecientos ochetiséis por el Decreto Supremo número quinientos treintisiete-ochenticinco-EF, publicado el primero de enero de mil novecientos ochentiséis, de suerte que comprendió el contrato de arrendamiento sub litis con plazo iniciado el primero de julio de mil novecientos ochenticinco y finalizado el treinta de junio de mil novecientos ochentiséis, conforme aparece de la segunda cláusula del documentos agregado a fojas dos en copia fotostática; que, no obstante lo anterior, las partes convienen expresamente ponerle fin en esa fecha obligándose el demandado a entregar el bien "sin falta y sin pretexto alguno" lo que se concilia perfectamente con la improrrogabilidad prescrita por el artículo sexto del aludido Decreto Supremo número trescientos noventicinco-ochenticinco-EF; que, siendo así la acción debe ser amparada; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento diez, su fecha veintiséis de octubre de mil novecientos ochentisiete que, confirmando la apelada de fojas sesentinueve, fechada el dos de marzo del mismo año, declara FUNDADA la demanda de fojas nueve y, en consecuencia, ordena que el demandado desocupe el inmueble materia de litis en el plazo de cuatro meses contados a partir de la fecha de citación con la demanda; con lo demás que contiene; con costas; condenaron en las del recurso y en la multa de un inti a la parte que lo interpuso; en los seguidos por doña Francisca Maura Pareja Huamancasi y otro contra don Juan Rocca Berrocal sobre aviso de despedida por vencimiento de contrato de local comercial; y los devolvieron.- ESPINOSA S., MANRIQUE D., VASQUEZ V., CABALA R., PANTOJA R.

EXP. No. 2485-87 Lima.

//ma, diecinueve de abril de mil novecientos ochentiocho.-

VISTOS; y CONSIDERANDO: que los Decretos Supremos que disponen la prórroga de determinados contratos de alquiler han sido expedidos por el Gobierno dentro de un contexto de medidas antiinflacionarias que si bien afectan el arrendamiento modificando determinadas obligaciones contractuales, se sustentan en el interés social, esto es, en la necesidad de que la economía pueda desenvolverse en forma equilibrada y armónica dentro de una marco de estabilidad más adecuado para promover el desarrollo nacional; que, en el caso de autos, el plazo previsto en el contrato de fojas veintitrés venció el treintun de marzo de mil novecientos ochentisiete, cuando ya regía el Decreto Supremo número cuatrocientos veintidós-ochentiséis, publicado el treintiuno de diciembre de mil novecientos ochentiséis, sin registrarse cláusula de excepción prevista en el artículo sexto del Decreto Supremo número trescientos noventicinco-ochenticinco-EF; por consiguiente, el desahucio no puede ser amparado; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentiuno, su fecha dieciséis de setiembre de mil novecientos ochentisiete que, confirmando la apelada de fojas cuarenticinco, fechada el diecisiete de agosto del mismo año, declara fundada la demanda de fojas cuatro y, en consecuencia, ordena que el demandado desocupe el inmueble materia de litis en el plazo de seis días; con lo demás que contiene; reformando la resolución recurrida y revocando la apelada, declararon: IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas; en los seguidos por RIVELSA Sociedad de Responsabilidad Limitada contra el Banco Internacional del Perú - INTERBANC - sobre desahucio por vencimiento de contrato; y los devolvieron.- S.S. ESPINOSA S., CASTANEDA L., MANRIQUE D., VASQUEZ V., CABALA R.

El Secretario General de la Corte Suprema, CERTIFICA: que los fundamentos del voto del sr. ESPINOSA SALDAÑA CATASUS: son además los siguientes: Considerando además: que los fallos que se expiden sobre causas con hondo contenido social, deben contener un profundo estudio de este último aspecto, el cual puede llevar a una modificación de su sentido y aún de su contenido en plazos relativamente cortos.

Exp No. 1426-87 Piura

//ma, siete de agosto de mil novecientos ochentinueve.-

VISTOS; con el acompañado; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia; y CONSIDERANDO además: que al tiempo de interponerse la demanda, se encontraba vigente el Decreto Supremo número cuatrocientos-ochentiséis-EF que prorrogaba hasta el treintuno de diciembre de mil novecientos ochentiséis los contratos de locación conducción; que sucesivamente al Decreto Supremo precitado, el Estado ejerciendo un carácter tuitivo con relación a la vivienda por ser de interés social ha venido decretando medidas de excepción; que dicho Decreto Supremo fue dado por el Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado, por lo que, tienen categoría y fuerza de ley; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentinueve, su fecha primero de junio de mil novecientos ochentisiete que, revocando la apelada de fojas cuarentisiete, fechada el primero de abril del mismo año, declara fundada la demanda interpuesta a fojas ocho; reformando la recurrida; CONFIRMARON la de primera instancia que declara IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas; en los seguidos por don Librado Orozco Córdova con la Empresa de Transportes ETHMOPESA, sobre desahucio; y los devolvieron.- S.S. UGARTE DEL P., MANRIQUE D., CASTILLO C., PANTOJA R., HERNANDEZ DE R.

EXP. No. 3282-88 Lima

//ma, veintiséis de junio de mil novecientos ochentinueve.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO: que la demanda de fojas séis se dá por interpuesta el dieciocho de mayo de mil novecientos ochentiocho, esto es, cuando la actora cumple con presentar la declaración jurada de autoavalúo y el recibo del pago del impuesto predial respectivo, que son, los requisitos de admisibilidad, en cuyo caso y a la fecha indicada estaba en vigencia el Decreto Supremo número cero cuarenta- ochentiocho EF que prorrogaba hasta el treintuno de agosto de mil novecientos ochentiocho los contratos de arrendamientos de inmuebles en general, sean de casa habitación o de local comercial, a plazo determinado o indeterminado y bajo el ámbito de cualquier régimen legal; que los Decretos Supremos expedidos por el Ejecutivo para regular los contratos de arrendamientos han sido expedido con la facultad que los confiere la Constitución Política del Estado en su artículo doscientos once, inciso once, concordado con el inciso veintiséis in fine; teniendo en cuenta la regla del artículo ciento veinticuatro de la misma, por consiguiente su aplicación no es inconstitucional; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenta, su fecha dieciséis de setiembre de mil novecientos ochentiocho que, confirmando la apelada de fojas treintidós fechada el diez de agosto de mil novecientos ochentiocho, declara fundada la demanda interpuesta a fojas seis, reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia; declararon: IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas; en los seguidos por doña Estela Ladrón de Guevara Araujo Viuda de Del Carpio contra doña Angela Sánchez Villegas, sobre desahucio; y los devolvieron.- S.S. UGARTE DEL P., MANRIQUE D., CASTILLO C., PANTOJA R., HERNANDEZ DE R.

EXP. No. 2397-88 Lima

//..ma, trece de junio de mil novecientos ochentinueve.-

VISTOS; y CONSIDERANDO: que los Decretos Supremos que disponen la prórroga de los contratos de alquileres de los inmuebles urbanos destinados tanto a vivienda como a otras finalidades, se han expedido inspirados en la consecución del bien social y tienen su fundamento en lo establecido por la Constitución del Estado en su artículo veinteisiete, concordante con el artículo doscientos once, inciso diez del mismo; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuenticuatro, su fecha treinta de junio de mil novecientos ochentiocho, que confirmando la apelada de fojas treintuno, fechada el dos de octubre de mil novecientos ochentisiete, declara fundada la demanda interpuesta a fojas ocho; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia, declararon: IMPROCEDENTE la referida acción; sin costas; en los seguidos por doña Aurora Molina Muñoz contra don César Artemio Martínez Rojas, sobre desahucio; y los devolvieron.- S.S. UGARTE DEL P., MANRIQUE D., CASTILLO C., PANTOJA R., HERNANDEZ DE R.

VISTOS; y CONSIDERANDO: que el Juez de la causa así como los Vocales de la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, dando una interpretación estrictamente formalista y no la ontológica que corresponde—referida a la finalidad que conlleva toda norma legal- han omitido aplicar los Decretos Supremos números cuatrocientos veintidós-ochentiséis-EF, su ampliatorio doscientos cuarentiséis-ochentisiete-EF y ciento sesentidós-ochentisiete-EF invocados por el demandado como fundamentos de su oposición a la demanda, al parecer, con el criterio errado de que carecen de validez legal o eficacia porque -se dice- contravienen la Constitución ó porque no tienen efectos retroactivos, en el entendido, esto último, que los expedidos con posterioridad abrogan a los expedidos anteriormente; siendo lo exacto que tales Decretos Supremos han sido expedidos por el Ejecutivo con la facultad que le confiere nuestra Carta Magna en su artículo doscientos once, incisos once y veintiséis y, teniendo en cuenta la regla del artículo ciento veinticuatro -primer inciso y acápite final- del citado Cuerpo de Leyes, por lo que dichos dispositivos tienen validez y su aplicación no es inconstitucional; que, en tal virtud, las resoluciones inferiores no se hallan arregladas a ley; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento uno, su fecha diecisiete de mayo de mil novecientos ochentiocho que, confirmando la apelada de fojas ochentiuno, fechada el primero de diciembre de mil novecientos ochentisiete, declara fundada en parte la demanda de fojas diez; con lo demás que contiene; reformando la resolución recurrida y revocando la de Primera Instancia; declararon: IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas; en los seguidos por don José Rodolfo Palomino Figueroa y otra contra Eliseo Tomás Gutiérrez Olim sobre desahucio; y los devolvieron.- SS UGARTE DEL P., MANRIQUE D., CASTILLO C., PANTOJA R., HERNANDEZ DE R.

Se transcriben a continuación 2 resoluciones en las cuales son de resaltar los votos singulares de 2 vocales; uno de ellos contiene el voto del Sr. Silva Vallejo quien es el único vocal (dentro de los que han desempeñado sus funciones en la 2ª Sala Civil durante el período analizado) que reiteradamente ha considerado los DS sobre arrendamientos como inconstitucionales por ser ilegales. La otra resolución contiene el voto singular del Sr. Cabala R. quien, si bien no se aparta de la opinión general sobre la validez de la norma, nos muestra el especial razonamiento utilizado por algunos magistrados al analizarlas.

VISTOS; con el acompañado; por sus fundamentos; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventiséis, fechada el veintinueve de octubre de mil novecientos ochentisiete que, confirmando la apelada de fojas cincuentinueve, fechada el cuatro de agosto del mismo año, declara FUNDADA la demanda interpuesta a fojas diez y, en consecuencia, ordena que el demandado desocupe el bien inmueble materia de litis en el plazo de seis días; con lo demás que contiene; con costas; condenaron en las del recurso y en la multa de un inti a la parte que lo interpuso; en los seguidos por don Moises Tambini del Valle con don Jaime Alcóser Bonilla, sobre desahucio; y los devolvieron.- S.S. ESPINOSA S., CASTAÑEDA L., MANRIQUE D., VASQUEZ V.

CONSIDERANDO: que los Decretos Supremos Números trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF, quinientos treintisiete-ochenticinco-EF, doscientos ocho-ochentiséis-EF, doscientos ochentinueve-ochentiséis-EF y cuatrocientos veintidós-ochentiséis-EF, vigente este último a la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento a plazo fijo, en que se sustenta la demanda y que corre a fojas dos, tiene pleno respaldo constitucional por haber sido expedidos con arreglo a la atribución que otorga al Presidente de la República, el inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado; que, las medidas extraordinarias de naturaleza económica contenidas en ellos, son plenamente compatibles con el interés nacional y guardan armonía con lo dispuesto en el artículo ciento veinticuatro de la propia constitución, en cuanto a que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social; que, en tal virtud la vigencia de los mencionados Decretos Supremos no agravia el principio de legalidad contenidos en los artículos ochentisiete y doscientos treintiséis de la Constitución del Estado; que el Decreto Supremo número cuatrocientos veintidós-ochentiséis-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos ochentiséis rige las relaciones derivadas del contrato de arrendamiento de fojas dos, del expediente principal, suscrito entre demandante y demandado el treintiuno de diciembre de mil novecientos ochenticinco, con vencimiento al treinta de enero de mil novecientos ochentisiete; que, según el artículo primero del Decreto Supremo en mención se prorrogó hasta el treinta de junio de mil novecientos ochentisiete, la vigencia de los contratos de arrendamiento en general, sea de casa habitación o de locales comerciales a plazo determinado y bajo el ámbito de cualquier dispositivo legal, lo cual se reitera en el artículo octavo del mismo Decreto Supremo cuando estatuye que las acciones de aviso de despedida y desahucio no procederán cuando se produjera el vencimiento del plazo de duración del contrato, cuando éste se ha estipulado a plazo fijo, situación ésta que se da

con evidente claridad en el caso de autos; que, la disposición contenida en el artículo sexto del anterior Decreto Supremo número trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF, sobre excepción a la prórroga cuando los contratos se hubieren disuelto por mandato judicial o cuando las partes hubieren acordado expresamente su no renovación, no tiene vigencia para los casos comprendidos en el Decreto Supremo cuatrocientos veintidós ochentiseis-EF, por cuanto el artículo noveno de dicho Decreto Supremo ha derogado expresamente el aludido Decreto Supremo número trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF; que, la jurisprudencia establecida, por esta Sala de la Corte Suprema, hasta la fecha ha sido uniforme en cuanto a sostener la legalidad de los Decretos Supremos expedidos por el Poder Ejecutivo sobre prórroga en la duración de los contratos de arrendamiento de inmueble urbanos en general: MI VOTO es porque se declara HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventa y seis, su fecha veintinueve de octubre de mil novecientos ochentisiete que, confirmando la apelada de fojas cincuenta y nueve, fechada el cuatro de agosto del mismo año, declara fundada la demanda de fojas diez y, en consecuencia, la desocupación del bien inmueble materia de litis en el plazo de seis días; con lo demás que contiene; y reformandola se declara IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas.- Sr. CABALA R.

EXP. No. 691-87 Lima.

//ma, dieciocho de setiembre de mil novecientos ochentisiete.-

VISTOS; y CONSIDERANDO: que con arreglo a lo dispuesto en el artículo sexto del Decreto Supremo número trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el seis de setiembre de mil novecientos ochenticinco, los contratos de arrendamiento que vencieran antes del treintuno de diciembre de ese año, resultarán necesariamente prorrogados, exceptuándose aquellos en los cuales las partes hubiesen acordado expresamente, antes de la vigencia de dicho Decreto Supremo, su no renovación; que en el caso sub litis, adviértese que el contrato contenido en el documento agregado a fojas seis, fue celebrado el catorce de octubre de mil novecientos ochenticinco, esto es, con posterioridad a la vigencia del indicado Decreto Supremo número trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF, en tanto que su vencimiento ocurrió bajo los efectos del Decreto Supremo número quinientos treinta y siete-ochenticinco-EF de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenticinco que prorrogó aquél hasta el treinta de junio de mil novecientos ochentiseis y, siendo así, es evidente que el contrato de arrendamiento materia de este proceso está comprendido en la anotada disposición reguladora; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuarenta, su fecha veintisiete de enero de mil novecientos ochentiseis, que confirmando la apelada de fojas treinta y cinco, fechada el veinticinco de noviembre de mil novecientos ochentiseis, declara fundada la demanda interpuesta a fojas siete y ordena la desocupación del inmueble materia de litis; reformando la resolución recurrida y revocando la de Primera Instancia: declararon IMPROCEDENTE la referida demanda; con costas; en los seguidos por doña María Castañeda Gómez con don José Montoya Barrantes sobre desahucio; y los devolvieron.- S.S. ESPINOSA S., CASTANEDA L., MANRIQUE D., VASQUEZ V.

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO, DOCTOR JOSE ANTONIO SILVA VALLEJO, es como sigue: CONSIDERANDO: que, conforme a lo preceptuado por el artículo doscientos treinta y seis de la Constitución Política del Estado "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera, igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna"; que, en el caso de autos, vencido el plazo del contrato de arrendamiento, el arrendador puede solicitar en cualquier momento la devolución del Bien arrendado, tal como lo dispone el artículo mil setecientos del Código Civil; que en tal virtud los Decretos Supremos trescientos setenta y siete-ochenticinco-EF, trescientos noventaicinco-ochenticinco-EF, quinientos treinta y siete-ochenticinco-EF, doscientos ocho ochentiseis-EF, doscientos ochenta y nueve-ochentiseis-EF y cuatrocientos veintidós-ochentiseis-EF, que prorrogan los contratos de arrendamiento no son de aplicación al caso en litis por ser incompatibles con las normas pertinentes del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles; MI VOTO es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treinta y cinco que, confirmando la apelada de fojas treinta y cinco, declara fundada la referida demanda.- Sr. SILVA V.

UNA INTERPELACION A LA CORTE SUPREMA

De la lectura de las resoluciones citadas anteriormente y de aquellas otras que por razón de espacio no hemos transcrito, nos quedan dos impresiones generales: en primer lugar, que la Corte Suprema considera que estos DS (normatividad especial de arrendamientos) son constitucionales (por lo menos los vigentes hasta diciembre de 1989) y, en segundo

lugar, que tales normas tienen rango o jerarquía de ley (afirmado esto expresamente en 3 resoluciones e implícitamente en todas las demás, ya que aceptan que estos DS modifiquen normas con rango de ley).

Los fundamentos de las resoluciones (donde estos existen) no nos dejan de asombrar por lo "grotescos" unos, por lo oscuros otros.

No cabe duda que la resolución más importante es la del Exp. 1664-87: "...han sido dictados al amparo del artículo doscientos once, inciso veinte de la Constitución Política del Estado, por lo que tiene calidad de ley sometida al Congreso **para cuando el Presidente de la República dé cuenta respectiva**; declararon....." Pero, ¿cómo entender esto?, ¿qué quiere decir con ello nuestro Supremo Tribunal?. ¿Estaría de acuerdo con aquel fundamento dado por algunos autores nacionales que dicen que los 'DS' amparados en el art. 211 inc. 20 tienen rango de ley, pues la última parte de dicho artículo exige un procedimiento especial (dar cuenta al Congreso), que no existiría de tratarse de un simple DS?, ¿cómo entender eso de "...para cuando el Presidente de la República dé cuenta respectiva..."?, ¿quiere decir ello que mientras esto no se produzca no tendrá rango de ley?, ¿qué entiende nuestro Supremo Tribunal como "dar cuenta al Congreso"? ¿basta un simple memorandum en el que se indique el número del DS y la fecha de su publicación? o es suficiente el anuncio hecho por el Presidente en las otrora tan acostumbradas "charlas dominicales con el periodismo"? ¿basta con colocar palabras "y con cargo de dar cuenta al Congreso" -que existe en todos estos DS- para cumplir este requisito.

Otro de los argumentos usados para fundamentar sus resoluciones (y con ello la legalidad y constitucionalidad de los DS) es la referencia, que se hace en dichas normas, al art 211 inc. 20 (Exp. 1426-87). Pareciera bastar con que, en el considerando de la norma, se mencione como fundamento el citado artículo para cubrirla con un "sacro-santo manto de legalidad y constitucionalidad". Nos asombra la facilidad con que razona la Corte Suprema; ni siquiera se pregunta si en dichas normas se cumplen o no con los requisitos exigidos por el artículo constitucional: materia económica y financiera (¿prorrogar el plazo de los contratos es una materia de esta naturaleza? y de no ser así, ¿era necesario recurrir a ella para implementar las supuestas medidas económicas y financieras?), medidas extraordinarias (¿cómo entenderlo?, ¿siguen siendo 'extraordinarias' las medidas que se toman con regularidad, que son predecibles ... o devienen en 'medidas ordinarias'?).

Se sostuvo en alguna resolución que se trataría de medidas que "...tienden a aliviar la crisis de la vivienda siendo su carácter y alcances de índole social..." (Exp. 3180-87 de setiembre de 1988). Nos asombramos nuevamente al constatar que tal fundamento nunca fue invocado en los DS sino a partir del DS 036-89-EF de febrero de 1989¹⁵, esto es, varios meses después a la citada resolución. Pareciera que no se trata de fiscalizar, de analizar, sino de justificar "a como de lugar". Esto queda claro en tres de las resoluciones trascritas (Exp. 3282-88, Exp. 2397-88 y

Exp. 3234-88) en las que para "justificar de algún modo" las normas, se acudió a dos artículos constitucionales: el 124 y el 127, ninguno de los cuales han sido invocados en la parte considerativa de los respectivos DS y cuya vinculación con el contenido de dichos dispositivos es bastante discutible.

De otro lado, se acude al argumento de considerarlas como medidas antiinflationarias (Exp. 3180-87, Exp. 2485-87). Para los primeros DS esto es verdad: surgen como parte del paquete de medidas antiinflationarias y de reactivación económica que se trató de implementar a partir de julio de 1985¹⁶. Sin embargo, ¿Basta con ello para justificar su constitucionalidad, para validar la modificación de preceptos con rango de ley?. Tratando de poner fin a cualquier discusión, traen en su ayuda a la noción de "interés social", en aras de lo cual todo podría justificarse y en contra de lo cual nada se podría decir u objetar.

A la luz de todo lo anterior, es válido preguntarse: ¿Cuál sería la actitud de la Corte Suprema frente a un DS emitido por el actual gobierno, cuyo contenido sea el desmantelamiento de la Ley de Estabilidad Laboral, la regulación restrictiva del derecho de huelga o que disponga un congelamiento general de salarios desconociendo los aumentos acordados en los Convenios Colectivos?; supongamos además que tal norma hiciere mención al art. 211 inc. 20, invocara el 'interés social' de la medida, su necesidad para el desarrollo nacional, para el control de la inflación. Parecería que frente a una norma de este tipo algunos de los considerandos aquí reseñados serían desempolvados y repetidos: Que los DS "han sido expedidos por el gobierno dentro de un contexto de medidas anti inflationarias, que si bien afectan al....(contrato de trabajo, al Convenio Colectivo) modificando determinadas obligaciones contractuales, se sustentan en el interés social, esto es, en la necesidad de que la economía pueda desenvolverse en forma equilibrada y armónica dentro de un marco de estabilidad mas adecuado para promover el desarrollo nacional...".

Es fácil pronosticar cuál será el sentido de la resolución final que emitirá la Corte Suprema en los varios procedimientos de Acción Popular, que se han iniciado contra DS que se han amparado en el 211 inc. 20 y que están actualmente en trámite en el Poder Judicial: en el supuesto de que se animara a fallar en dichas causas -luego de agotar el recurso a las nulidades o el argumento de las "recargadas labores"- declarará improcedente la acción por no ser el procedimiento adecuado, dado que se trataría en su opinión de una norma con rango de ley, o en su defecto, se pronunciará por la constitucionalidad del DS amparándose en "argumentos" como los reseñados anteriormente.

15. Ver considerando antes transcrito, nota 7°

16. Ver considerando antes transcrito, nota 5°

Lo dicho anteriormente tendría un carácter relativo, dado el material con el que se ha trabajado (sólo hasta diciembre de 1989). Por suerte en nuestro país la jurisprudencia no tiene carácter obligatorio, por lo que nada impediría (en hipótesis) que ésta hubiera variado en lo que va de 1990; lamentablemente nada nos hace pensar de tal modo, y todo parecería indicar que la tendencia anteriormente reseñada se mantiene.

En conclusión, se puede afirmar que la Corte Suprema ha venido negándose, en forma reiterada, a manifestar su opinión sobre los DS 211 inc. 20 (en cuanto a su rango, caracteres, constitucionalidad de algunos de ellos, etc). Las veces en que se ha visto obligado a hacerlo, ha optado, (siempre en forma oscura, poco clara, "como queriendo no hacerlo"), por

considerarlos como normas plenamente constitucionales, con rango de ley y ello sin mayores argumentos o aduciendo 'burdos y grotescos' fundamentos.

Creemos, finalmente, que la Corte Suprema no está cumpliendo con su rol de control de la constitucionalidad de las normas, rol que le es asignado por la Constitución (art. 236); pareciera ser que es ella misma la que se "descalifica" para desempeñar la función de control sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. ¿Cómo explicar esta situación?. Queremos creer que no se trata de ignorancia, sino sobre todo de una manifestación más de la subordinación que existe del Poder Judicial, a través de su instancia máxima, frente al Poder Ejecutivo (lo que tampoco resulta consolador). "Dios salve al señor Presidente!!".

CONSULTORES G & F S.A.

Expertos en Informática Jurídica

Representante en el Perú de G & F I.S. Inc. de U.S.A.

Av. del Ejercito N° 1109, Of. 100 Miraflores - Lima 18, Teléfono 40-0021

Problemática actual en torno a la inscripción de los nacimientos

Ana M. Alzamora T.

Tesis sustentada ante los Dres. Roger Rodríguez Iturri, Raúl Canelo Rabanal y Walter Albán Peralta. Sobresaliente

El tema de la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil, merece sin duda una profunda revisión a la luz de la experiencia desarrollada en el país en el presente siglo; principalmente a partir de la década del treinta, cuando se consolidó el patrón normativo que, en esencia, rige hasta la fecha en esta materia. En efecto, la compleja realidad peruana, expresada en aspectos tan diversos como los de índole económico, cultural, étnico o social; aunada a la debilidad institucional del Estado y la falta de articulación de su aparato administrativo, han puesto en evidencia los límites del sistema de inscripción actualmente vigente y la necesidad de una normatividad distinta, capaz de impedir que una gran cantidad de peruanos se encuentren marginados de la sociedad civil, carentes del mínimo reconocimiento que corresponde otorgarles al Estado y muy vulnerables en consecuencia ante la arbitrariedad que los priva del ejercicio de sus derechos más elementales.

El trabajo realizado por Ana María Alzamora Torres, constituye un valioso aporte en esa perspectiva. A un notable análisis de la evolución normativa en este campo y de los aspectos sustantivos allí contenidos, desde un enfoque técnico jurídico, se añade un esfuerzo novedoso, que integra lo social desde diferentes ángulos de la realidad, con el auxilio metodológico e instrumentos de análisis empíricos propios de las Ciencias Sociales.

Los datos estadísticos más recientes nos muestran que en el Perú dejan de registrarse alrededor del 30% de los nacimientos y que ese porcentaje se concentra en los sectores de la población de más bajos recursos. Las razones de tan extendida omisión, se relacionan directamente con las condiciones de vida que caracterizan a ese sector de la población, pero también, y fundamentalmente, con la propia incapacidad estatal para poner en funcionamiento los mecanismos de un eficaz servicio de registros, algunos de los cuales están ya previstos en normas vigentes desde tiempos atrás.

En tal sentido, Ana Alzamora nos propone redefinir la organización y funciones del Consejo de Registros de Estado Civil otorgándole plena autonomía, alcance nacional y acción descentralizada; tornando viable la implementación de un Archivo Central de los Registros de Estado Civil. De la misma manera, se plantea la necesaria revisión de aquellos mecanismos que en los hechos distan mucho de una real vigencia; como son, la inscripción de oficio de los nacimientos por las Municipalidades, a partir de la información proporcionada por los centros de maternidad u hospitales, y el archivo en las Cortes Superiores de los libros duplicados que las oficinas de registro debieran remitirles obligatoriamente, al cierre de los mismos. En la práctica se constata un alarmante incumplimiento de tales mecanismos, originándose serios problemas, como por ejemplo, la imposibilidad material de rehacer los registros cuando se presentan situaciones - desgraciadamente no poco frecuentes en nuestro medio - de destrucción de archivos por casos fortuitos o hechos delictivos.

De otro lado, debemos referirnos de manera especial al cuestio-

namiento sustantivo que la autora de la tesis formula respecto del procedimiento judicial para las inscripciones fuera de plazo.

En efecto, por diversas razones que comprenden desde lo oneroso del trámite, hasta lo complejo que resulta para el ciudadano común atenderse a sus exigencias; así como las características que presenta la administración de justicia en el Perú, es impostergable reconocer la no idoneidad de la vía judicial para resolver el problema de la inscripción de nacimientos fuera del plazo ordinario de treinta días. La mejor prueba de la certeza de lo afirmado, la constituyen precisamente las sucesivas normas que desde la década del setenta ha sido necesario dictar con carácter temporal, para permitir en forma extraordinaria las inscripciones fuera de plazo, en vía administrativa. De esa manera se ha pretendido, a través de distintas normas de vigencia transitoria - la última de las cuales la constituye la Ley Nº 25025 - dar respuesta a las cada vez más apremiantes exigencias de la realidad, para atender esta problemática.

Esa sólo constatación debiera motivar a nuestros legisladores a examinar el fondo de la cuestión y propiciar respuestas de más amplio alcance; máxime cuando el país atraviesa por circunstancias por demás difíciles, que comprometen seriamente su futuro. En medio de un pavoroso crecimiento de todos los índices de violencia, la situación reclama, desde todo punto de vista, alternativas ágiles y creativas, capaces de confluir desde distintos planos en un gran proyecto de pacificación nacional. Así, como consecuencia de un deficiente sistema de registros, en el Perú no resulta posible, dentro de los actuales marcos legislativos, dar respuesta a la situación que plantea el fenómeno de la migración del campo a la ciudad,

que ha caracterizado nuestro desarrollo urbano en las últimas décadas. Todos los estudios que desde el campo de las ciencias sociales se han realizado en los últimos años, coinciden en señalar el peso decisivo del indicado fenómeno en la actual estructura de la sociedad peruana y los retos que ello conlleva para un proyecto nacional a desarrollar.

El derecho no puede permanecer ajeno a ese reto, por lo que debe pues centrar su atención en lo que significa para esos miles de peruanos, acrecentar sus carencias materiales con la inseguridad jurídica que supone la falta de sus documentos de identidad, en la mayor parte de los casos como consecuencia de la no inscripción de sus nacimientos, o la imposibilidad material de probar la existencia de esa inscripción.

Esa suerte de "minusvalía" jurídica, tiene efectos muy negativos y concretos en esta población, ya que no sólo frustra sus legítimas expectativas para acceder a condiciones de vida mínimamente aceptables, sino que representan para ellos una constante amenaza contra su libertad e integridad personal, toda vez que la violación de estos derechos constitucionales caracterizan la actuación de nuestra policía en su tarea de prevención del delito y se materializa las más de las veces en esta población migrante a quienes se considera - en tanto no demuestren lo contrario- como delincuentes.

A partir de la década del ochenta, podemos afirmar que el problema expuesto se agudizó notablemente, al expandirse el fenómeno migratorio como consecuencia de un nuevo factor, la violencia generalizada que aflige especialmente a zonas andinas de nuestro país, la mayor parte de las cuales se encuentra desde varios años atrás bajo regímenes de excepción constitucional de "Estados de Emergencia".

Víctimas de las acciones condenables de fuerzas subversivas y

terroristas, así como de una acción represiva muchas veces indiscriminada y con prácticas violatorias a los derechos humanos por parte del Estado, miles de pobladores, principalmente campesinos, vienen abandonando sus lugares de origen y desplazándose a zonas urbanas en las que esperan escapar al horror de la violencia que les ha tocado sufrir y a la que no pueden seguir haciendo frente.

Si bien se carecen de estadísticas precisas, hasta el año 1986 se calculaban en más de 10,000 las familias desplazadas, estimándose que un 60% de las mismas se encontraban en la Ciudad de Lima, asentadas en barrios marginales que rodean a la capital. Tan grave situación no ha sido aún convenientemente evaluada y atendida por las instancias oficiales, pero resulta evidente que ello constituye un problema de particulares dimensiones que demanda, una respuesta adecuada y perentoria.

Al natural conflicto que supone para toda población migrante, el desarraigo de su lugar de origen, debemos sumar el carácter compulsivo de la migración a que nos referimos. De hecho, nos interesa destacar particularmente la situación de extrema pobreza y carencias materiales que constituyen el denominador común de esta población. En tales circunstancias: ¿puede un sistema eficaz exigir a estos ciudadanos que regularicen su situación de indocumentación retornando a sus lugares de origen? , ¿puede exigírseles que abandonen a sus familias, gastando lo que no poseen para ese retorno, e inicien costosos y complicados trámites judiciales para subsanar las inscripciones? , ¿qué ocurre con aquellos que habiendo realizado la inscripción no pueden recuperar sus documentos por cuanto los archivos han sido destruidos por la acción del terrorismo?

Son muchas las interrogantes que podemos plantearnos alrededor de esta problemática, pero cualquier respuesta seria no puede desconocer la obligación que corres-

ponde asumir al Estado para atender esta situación, sin añadir mayores penurias a esa población ya bastante agobiada por los problemas de sobrevivencia a los que tiene que hacer frente.

Creemos con la autora, que además de establecer otros plazos para la inscripción ordinaria de nacimientos en función de las distintas realidades en diferentes lugares del país, es necesario establecer un procedimiento también administrativo para las que deben efectuarse fuera de plazo. En ese sentido, se requiere de una ley especial que establezca ese procedimiento, superando el carácter transitorio de los dispositivos como la Ley 25025 y aquellos que la antecedieron. En esa misma perspectiva, consideramos indispensable que se modifique el criterio tradicional de territorialidad que consagran las normas actualmente vigentes, como el propio Código Civil. Atendiendo a las exigencias de la realidad, debe aceptarse en determinados casos, que puedan efectuarse inscripciones en lugares distintos a aquellos en los que el nacimiento pudo haber tenido lugar.

En definitiva, el trabajo de Ana Alzamora reúne varios elementos que le confieren, por su calidad técnica y sensible actualidad, una calificación meritoria. Esperamos que este esfuerzo sea aprovechado a cabalidad en futuros proyectos legislativos a emprender en plazo inmediato, para lo cual la autora también ha planteado un interesante articulado al final de la Tesis, que pudiera constituir la base de una normatividad alternativa. (Walter Albán Peralta)

Conveniencia de establecer la reserva de ley en el ordenamiento constitucional peruano.

Tesis sustentada el 5 de abril de 1990 por Arcadio Lozada Frías ante el Jurado integrado por los doctores: Miguel de Althaus, Francisco Eguiguren y César Landa Arroyo.

El Congreso de la República tiene entre otras de sus funciones legislar; sin embargo la experiencia parlamentaria de los últimos años demuestra la expedición de leyes de escasa o nula importancia, en perjuicio de la dación de leyes sobre ciertas materias de urgencia y necesidad nacionales y del ejercicio de las otras funciones parlamentarias de fiscalización y representación.

Dentro del esquema del régimen político peruano, la envilecida función legislativa es el correlato de la hipertrofia del poder con que actúa el Presidente de la República y los organismos dependientes de él. Lo cual en parte es explicable - más no justificable - debido a la cada vez mayor cantidad de tareas de administración y gobierno complejas y altamente tecnificadas para las cuales no están preparados los parlamentarios, salvo excepciones y que requieren ser resueltas con un dinamismo que no es propio del procedimiento parlamentario.

De ahí que la práctica legislativa de las mayorías parlamentarias obsecuentes al Presidente de la República, en lo que va de diez años de vigencia de la Constitución haya producido el reiterado uso de la delegación de facultades legislativas del Congreso al Ejecutivo de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 188 de la Constitución. Pero la hipertrofia del Poder Ejecutivo se ha hecho evidente con los decretos de urgencia dictados por el Presidente al amparo del Inc. 20 del Art. 211 de la Constitución. Concluyéndose que los decretos legislativos y los decretos de urgencia son en cantidad más de lo legislado por el Parlamento desde 1980.

Esbozado este perfil de la función legislativa en el Perú de hoy es que Arcadio Lozada postula la tesis central, según la cual "esta realidad nos conduce a la convicción de replantear la titularidad de la función legislativa dentro de nuestro esquema constitucional adecuándola a las posibilidades de la institu-

ción parlamentaria, la cual conservará dentro de sus atribuciones normativas aquellas materias centrales que verdaderamente requieran la atención de este órgano; pensamos además que la reforma planteada repercutirá en un uso más racional de la técnica de la delegación legislativa, pues el descongestionamiento del trabajo parlamentario como consecuencia de la reducción de su espacio normativo mejorará cuantitativa y cualitativamente su producción legislativa, con lo que se reducirá la necesidad de recurrir a la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, medidas que, junto con los decretos de urgencia antes mencionados, deberán enmarcarse dentro de cierto límite material, de tal suerte que se precise las cuestiones o asuntos sobre los que no procede su dictado".

Formulada en tales términos la tesis central, el bachiller la desarrolla en cuatro capítulos. En el primero aborda el concepto de ley, diferenciando la ley formal de la ley material; asimismo se trata el tema de la ley orgánica y las normas con rango de ley, profundizando en el estudio de las posibilidades y límites de la delegación de facultades legislativas y la expedición de los decretos presidenciales de urgencia. De otro lado, se estudian los problemas de la relación que existiría entre la ley regional y la ley nacional; asimismo, se trabaja las vinculaciones entre ley y reglamento.

En el segundo capítulo, se define el marco teórico de la reserva de ley, a partir de la doctrina alemana y francesa; poniéndose en evidencia la necesidad de contar en la Constitución Peruana con un artículo que señale con claridad las materias que deberían recaer de manera exclusiva y excluyente, en el ámbito de la ley.

En el tercer capítulo, se realiza un estudio histórico de los proyectos constitucionales que daban cuenta de la reserva de ley en la Asamblea Constituyente de 1979;

así como, de la normativa constitucional desarrollada en España, Argentina y Colombia, ampliamente influenciadas por la doctrina franco-germana.

En el cuarto capítulo, de conformidad con lo desarrollado en los capítulos anteriores se propone una reforma constitucional, a fin de incorporar un listado de materias de ley. Al respecto, se distingue un primer ámbito de materias competenciales de la ley: códigos; leyes orgánicas; financiamiento externo e interno; elecciones; defensa nacional, régimen de funcionarios y servidores públicos; gobiernos descentralizados; límites fronterizos; propiedad y monopolio; nacionalidad y extranjería; reforma constitucional, presupuesto y cuenta general.

El segundo ámbito de materias competenciales de la ley exige que el Congreso dicte necesariamente, una ley de bases o "cuadro", dejando para el Ejecutivo la posibilidad de un desarrollo normativo concreto, en las siguientes materias: tributación; recursos naturales, comunidades campesinas y nativas; banca, finanzas, seguros y moneda; salud y seguridad social; trabajo, educación y cultura; y, situaciones que configuren necesidad y utilidad pública e interés nacional.

La propuesta no sólo es nominal sino que se profundiza en los alcances y posibilidades de la legislación presupuestaria dada su magnitud y de la legislación tributaria dada su singular importancia. Asimismo, se distinguen las materias que son susceptibles de delegación de facultades legislativas y sobre las que proceden la expedición de los decretos de urgencia.

El modelo planteado en la tesis refleja capacidad de reflexión del autor e iniciativa de la formulación de soluciones; lo cual constituye una muestra de la inquietud que existe en la Facultad por desarrollar una Escuela del Derecho Constitucional. (Cesar Landa Arroyo)

Todos aquellos interesados en colaborar con **Thémis** mediante sugerencias, comentarios, o la publicación de artículos y/o investigaciones podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no deberán exceder de 12 carillas formato A-4, a doble espacio y se deberá entregar dos ejemplares.

Thémis agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Fernando Cantuarias S., Ernesto Coz, Elena De Beaumont, María de del Castillo, Ana María de Díaz, Miguel de la Puente, Paula de Mallma, Silvia Granda, Wally Jolly, Carlota Lombardi de Zavala, Anna Fabiola Pardo, Rafael Picasso, Gloria Quincot, Filiberto Tarazona, Manuel Ugarte A., Milton Von Hesse, Fernando Zuzunaga.

