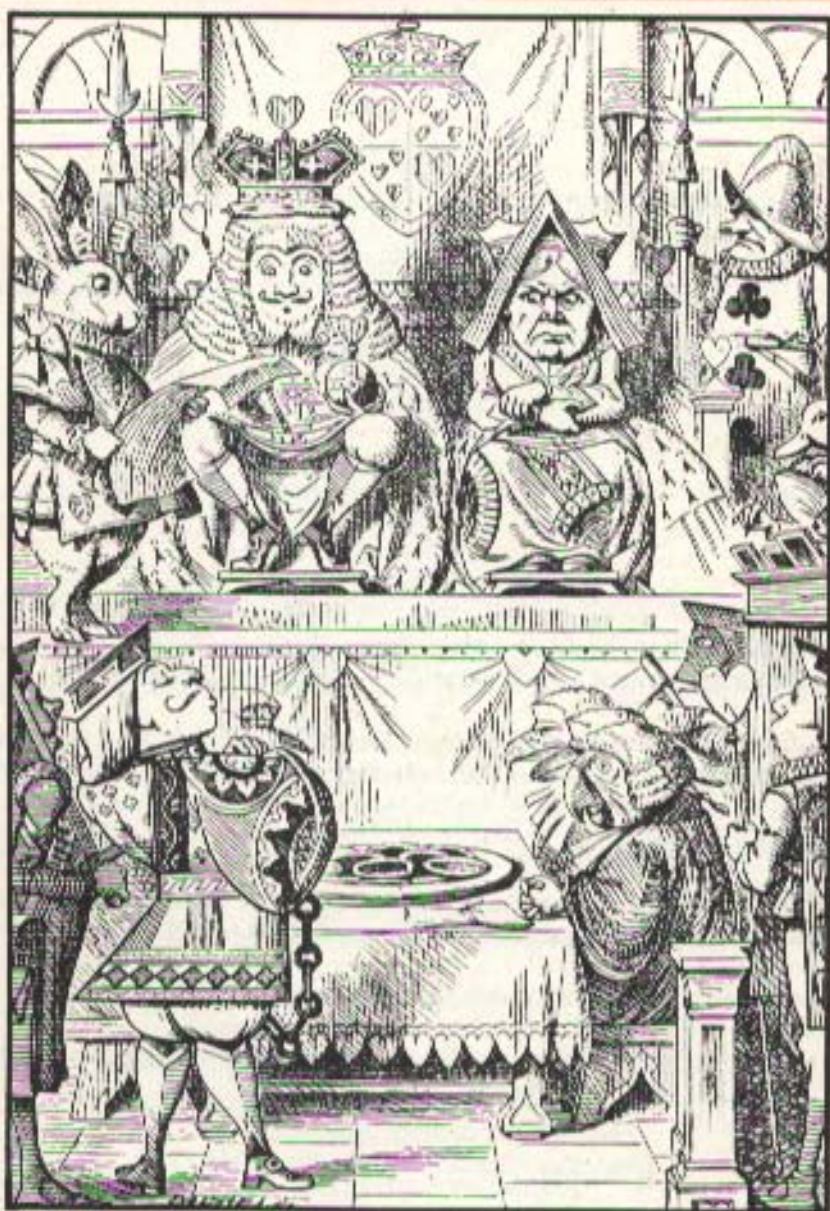


THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevistas a: César Fernández Arce • Héctor Hugo
Barbagelata y Américo Plá Rodríguez.
Javier de Belaúnde • Francisco Interdonato S.J.
René Ortiz • Juan Monroy • Luis Diez Canseco
José Ugaz • Juan Garland • Fernando Cantuarias

Comité Directivo: Javier Chocano Portillo, Fernando Pardo Segovia, Mario Pasco Lizárraga, Manuel Ugarte Maggiolo, Verónica Zavala Lombardi.

Miembros de la Revista: César Arbe S., Fernando Castañeda M., Arturo Ferrari C., Fernando Hesse A., Rosario Isasi M., Mercedes Martínez C., Roberto Mac Lean M., Guillermo Miranda B., Martín Mejorada Ch., Pilar Pizarro B., Patricia Pow-Sang T., Silvia Ruiz S., Pilar Torres F., Gladys Triveño Ch.

Comité Consultivo: Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Francisco Eguiguren P., Javier Neves M., Beatriz Ramacciotti C., Fernando de Trazegnies G.

Diagramación y Edición: Grafitextos S.A., ☎ 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.

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

5

Entrevista a Héctor Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez

11

Juan Monroy Gálvez

Apuntes para un estudio de la Plus Petición en la doctrina y el procedimiento civil peruano

19

Luis José Díez Canseco Núñez

Señora: Nuestro Detergente Lava Más Blanco

La Publicidad Comparativa

34

Juan Garland Combe

Derecho Internacional y Derecho Aeronáutico: Repercusiones de la Invasión Iraquí de Kuwait en la Aeronáutica Civil

37

Verónica Zavala Lombardi

¿Hacia un Derecho Feminista? Patrones masculinos de conducta en la Responsabilidad Extracontractual

41

Ricardo Herrera Vásquez

La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del "In Dubio Pro Operario"?

46

Mauricio Olaya Nohra

Funciones de las marcas y su relación con la figura del consumidor

50

ACTUALIDAD

Entrevista al Dr. César Fernández Arce

57

Javier de Belaunde L. de R.

Antecedentes de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial

62

José C. Ugaz Sanchez Moreno

El Indulto para Procesados y el Perro del Hortelano

66

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL

Fernando Cantuarias Salaverry

El Divorcio: ¿Sanción o Remedio?

73

INTERDISCIPLINARIAS

Francisco Interdonato S.J.

"El sentido de la Teología en la carrera de Abogado"

77

OPINIONES DE LA FACULTAD

79

JURISPRUDENCIA

Guillermo Miranda Benavides

Acerca de los Dilemas y las Artes para concluir un Contrato de Arrendamiento a "Plazo Fijo"

83

RESEÑAS DE TESIS

PRESENTACION

Quienes vivimos en este país recibimos el nuevo año, en mayor o menor medida, con la esperanza de tiempos mejores por venir. ¿Cómo explicar sino el que se siga trabajando, que se siga luchando para sacar adelante al Perú a pesar de las innumerables desazones y penurias que nuestro pueblo ha soportado? Día tras día vemos junto a las peores atrocidades, ejemplos de quienes se sobreponen a este panorama y nos muestran que, a pesar de todo, un cambio es posible.

Y no hay otra salida. La barbarie terrorista nos hace tener presente permanentemente que o mejoramos o nos hundimos todos. Así, el cambio se presenta como la única opción de mejora para nuestra sociedad, y también como la que quizás sea su última oportunidad.

Estamos convencidos que en esta apuesta por el futuro y la vida, el Derecho debe tener un papel principal; depende en gran parte de todos los que de una u otra forma estamos ligados a esta Ciencia, que al futuro del que tanto hablamos -y del que tanto esperamos- se llegue por los cauces del humanismo y el respeto a la persona. Camino que por otro lado se muestra como el único eficaz a la par que aceptable por una sociedad de hombres.

Teniendo el Derecho la importancia que le hemos asignado como instrumento del cambio hacia una sociedad más justa y segura, es indudable que el Poder Judicial debe acompañar y tutelar este proceso de cambio: actuando con energía, pero humanamente; con celeridad pero en forma concienzuda; en equipo con los otros poderes del Estado pero sin doblegar su autonomía; modernizándose, haciéndose más eficiente. En suma, mejorando.

Es por ello que hemos elegido como tema de actualidad para el presente número de nuestra revista precisamente al Poder Judicial, a fin de contribuir desde nuestra modesta posición a un mejor entendimiento de los problemas y perspectivas que afronta una Institución que, coincidentemente, se ha visto reforzada recientemente con el feliz nombramiento en sus más altos cargos de prestigiosos catedráticos de nuestra Facultad.

Como notará el lector, en este número hemos procurado abordar algunos temas no tratados anteriormente, en un afán de expandir el horizonte de nuestra publicación y siempre con nuestro principal objetivo en mente: difundir la Ciencia Jurídica entendida en su sentido más amplio. Además, continuando con nuestra permanente preocupación por coadyuvar a una Facultad más integrada y comprometida con su disciplina, inauguramos una nueva sección, "Opiniones de la Facultad", la cual esperamos se convierta en un adecuado medio de expresión para canalizar algunas de las inquietudes de todos los estudiantes.

Finalmente, queremos expresar nuestro agradecimiento a todos quienes mediante sus artículos y ayuda han hecho posible la aparición de este nuevo número, el cual no hace sino continuar una tarea iniciada hace ya seis años y medio.

Diciembre 1990-Enero 1991
EL COMITE DIRECTIVO

Entrevista a Héctor Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez

Hace pocos meses, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incorporó como socios honorarios a los profesores Dres. Héctor Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez.

Los homenajeados son profesores principales de la cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Montevideo y autores de importantes obras, así como co-editores de la prestigiosa revista "Derecho Laboral".

Durante su estadía en Lima, además de dictar interesantes conferencias y charlas en el Colegio de Abogados y diversas universidades, los profesores Barbagelata y Plá accedieron gentilmente a compartir con nuestra revista algunos de sus vastos conocimientos.

Es un honor para Thémis presentar la siguiente entrevista, preparada por Martín Mejorada y Mario Pasco Lizárraga.

Thémis.- Dr. Plá Rodríguez:

¿Puede hablarse del Principio de Igualdad de Trato en Derecho del Trabajo junto a los ya reconocidos por la doctrina gracias a su fundamental obra?

Plá.- En realidad yo siempre he sostenido que la enumeración de los principios no es cerrada; no, nunca pensé que eran los seis principios que enumero en la obra, sino que expresamente en el último párrafo yo digo que es una obra inconclusa que tiene que ser continuada, y en ese sentido yo admito la posibilidad de incorporar nuevos principios. Este tema de la equiparación, de la igualdad, es un tema que se ha planteado recurrentemente; yo ya lo conocía, naturalmente, cuando hice mi obra, pero no lo incluí deliberadamente porque me parece que está más en el orden de normas. Y ahora recientemente, por ejemplo, en el Uruguay se han aprobado algunos convenios internacionales que de distintas formas establecen el Principio de No Discriminación. Y el Principio de No Discriminación quizás sea más apropiado que el de Igualdad, porque éste supone una serie de traslaciones o de proyecciones que suponen una cierta igualdad de situaciones que no siempre se dan, en cambio el Principio de No Discriminación es algo que excluye las discriminaciones injustificadas, y desde ese punto de vista creo que tiene más proyección. De modo que llegado el caso, yo me inclinaría a incorporar a la lista de principios que yo proponía el de la No Discriminación.

Thémis.- De los Principios del Derecho del Trabajo, uno de los más importantes es el Principio Protec-

tor; en su opinión, ¿este principio se aplica a cada individuo asalariado en concreto, o, a éstos como sujetos entendidos abstractamente? ¿Podría extenderse incluso a los desempleados?

Plá.- Aquí son dos preguntas.

Con relación a la primera, me parece claro que el Derecho del Trabajo es un derecho concreto; que tiende a proteger en la realidad verdadera y a seres humanos de carne y hueso, no simplemente a figuras abstractas como puede ser a veces el Derecho Civil porque se refiere a conceptos más abstractos. En el caso del Derecho del Trabajo, éste tiene una especial vocación de concreción, por eso es que hay tal diversificación de estatutos, de reglamentos, de consideraciones en función de las características, de los contextos en los cuales se mueve el trabajo. De modo que yo, esa primera pregunta la contesto en forma decidida a favor del asalariado concreto.

En cuanto a la otra pregunta, de si podría extenderse a los desempleados, yo pienso que sí, porque éste es un estado que normalmente tiene el trabajador en un momento particularmente angustioso, difícil, que es el momento en que no tiene trabajo; pero pertenece a un sector, ha estado trabajando y se quedó sin trabajo, etc. No hay ningún motivo para privarlo de protección, al contrario, habría que darle mayor protección.

Thémis.- Es inevitable que en determinados casos se presenten conflictos entre los intereses de un trabajador y los del colectivo; de igual manera en

muchas ocasiones el otorgamiento de beneficios a los trabajadores empleados puede perjudicar las expectativas de los parados al inhibir la creación de nuevos puestos. ¿En estos casos cuál sería una sana aplicación del principio antes mencionado?

Barbagelata.- Como ustedes dicen en la propia pregunta, es inevitable el conflicto entre los intereses individuales y los intereses colectivos en determinadas circunstancias. Gamillscheg, de la Universidad de Göttingen, señala precisamente como una nueva tercera dimensión del Derecho del Trabajo la conflictualidad latente entre los intereses individuales y el interés colectivo. Ahora, evidentemente ambos intereses tienen que ser protegidos; es un problema de equilibrios, y vuelvo a lo que decía Plá recién, que tienen que ser examinados caso por caso, en concreto, no en abstracto. De antemano no podemos decir qué interés habrá que preferir, variará según las circunstancias y según la importancia que tiene el interés en cada caso que se plantee. Por ejemplo, si está en juego una cuestión vital para todo el grupo, evidentemente tiene que ceder el interés individual.

Thémis.- ¿Constituye la estabilidad laboral una manifestación del Principio de Continuidad o es una institución que va mucho más allá en la protección del trabajador?. En este caso, ¿no sería la llamada estabilidad impropia una simple ausencia de estabilidad?

Plá.- Yo pienso que la estabilidad es una forma de expresión del Principio de Continuidad, quizás sea la forma más aguda o más acentuada, más expresiva. No quiere decir que esté fuera del Principio de Continuidad, sino que lo está expresando y representando. Ahora, en cuanto a la otra pregunta no llego a percibir el alcance de la misma; es decir, la estabilidad impropia no es una simple ausencia de estabilidad, porque es mejor tener estabilidad impropia que no tener nada. Supongamos en concreto un país donde no hubiera indemnización por despido o una indemnización mínima, irrelevante, en relación a otro en que haya un buen régimen de indemnización por despido; bueno, evidentemente está más cerca del Principio de Continuidad la estabilidad impropia bien organizada que la falta total. Por eso yo no equipararía la estabilidad impropia con la simple ausencia de estabilidad. Es una forma de estabilidad no completa, no íntegra, no perfecta.

Thémis.- ¿Cómo se compatibiliza la noción de estabilidad absoluta con la existencia de trabajadores que se encuentran en el período de prueba? ¿Cómo tratar la situación de los trabajadores que desempeñan cargos de confianza?

Barbagelata.- Con respecto al primer punto, en general la doctrina (y comparto la posición) acepta que quepa el período de prueba como una excep-

ción al ingreso, como un período previo al ingreso, a la seguridad de empleo; o sea a la estabilidad. El propio Convenio 158 O.I.T. admite entre las causas razonables la consideración de un período de prueba. La cuestión está naturalmente en determinar en primer lugar, con cierta estrictez, situaciones en que es razonable la existencia de una prueba y situaciones en que no lo es, y luego la extensión máxima y mínima de la prueba; así por ejemplo en el Derecho Belga existen esos dos términos, el máximo y el mínimo, e incluso varían según la índole de la actividad o el trabajo; tienen diversa intención. Incluso, como ustedes mencionan, el personal en funciones de confianza puede tener un período de prueba mayor porque se trata de probar no tanto aptitudes sino acomodamiento a esas mismas responsabilidades de confianza; es un problema que habrá que examinar en cada caso.

Desde luego hay también una cuestión sobre la cual discrepamos con Plá desde tiempos remotos; y es que yo entiendo que la prueba no debería ser nunca discrecional en cuanto a la calificación de la misma por el empleador. Yo entiendo que debe haber una cierta amplitud, latitud, para admitir que el empleador pueda considerar insatisfactoria la prueba; pero no creo, como sí lo ha reconocido no sólo la Doctrina sino algunas legislaciones, el Estatuto español por ejemplo, en que reconoce que el empleador es libre de dictaminar sobre el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones de la prueba.

Yo entiendo que dentro de ciertos límites razonables el trabajador tendría derecho a reclamar contra una situación en la cual, o no se le hubiera dado oportunidad para demostrar sus aptitudes o no existieran circunstancias aparentes. Incluso (y aquí toco el tema que mencionará Plá: la cuestión de la discriminación) la aceptación de que la prueba sea discrecional en absoluto, puede dar lugar a que ésta sea utilizada como un "super juicio" y luego, para no dar igual trato en la admisión al empleo a algunos trabajadores, afirmar "yo le dí la oportunidad, pero perdió la prueba".

Plá.- Yo entiendo que el período de prueba es una situación excepcional, en la cual se acepta la posibilidad de que unilateralmente el empleador decida si corresponde o no continuar con el contrato en forma estable o permanente. Creo que la esencia del período de prueba es justamente esa posibilidad de decidirlo sin necesidad de invocar causa. Y eso responde a una realidad que, querrámoslo o no, existe en la práctica, y es que hay situaciones de incompatibilidad, de inconveniencia, de inadecuación por muy diversas razones, pero que pueden llevar a que un empleador pueda entender que un trabajador no es adecuado para el trabajo.

A veces hay caracteres de conflictividad, o de

falta de rigor moral, o incluso de falta de salud mental que llevan a una situación de absoluta inconveniencia. No tiene por qué el empleador hacer una afirmación que podrá o no justificar; muchas veces no se puede justificar, pero se puede percibir.

Como son situaciones excepcionales se da la característica que sea corto el período, muy corto, y que se requiera contratación escrita; es decir no es una simple afirmación.

Eso mismo me lleva a discrepar con mi distinguido colega en el sentido de que no debe requerirse un período mínimo. Si yo empleador, descubro que el trabajador al que yo incorporé a la prueba es una persona loca, yo no tengo por qué exponer a los demás compañeros al peligro que significa ese loco, o al riesgo que representa para toda la empresa. Es decir, que puedo decidir inmediatamente después que compruebo su existencia.

Y esa es justamente la característica del período de prueba, el período de prueba es distinto del período de un contrato determinado.

El período de un contrato determinado, no puede uno decidirlo antes de terminar el plazo, y si aún falta hay que esperar hasta el final. En cambio, el período de prueba es distinto. La situación de la no discriminación coincide si yo puedo justificar, pero es el caso excepcional; si por ser negro se me excluye, o si soy de determinada raza, religión o ideología política y no hay ninguna otra razón, ahí habría que estudiar el caso concreto. Pero es muy difícil de probar, porque generalmente cuando hay estos tipos de motivos de discriminación, y el empleador está dispuesto a tomarlos en cuenta, ni siquiera comienza el período de prueba, sino simplemente no lo inicia.

Thémis.- ¿Debería un sistema de seguro de desempleo cubrir tanto a los trabajadores que han perdido su puesto de trabajo como a los que jamás lo tuvieron?. En el primer caso, ¿tutelaría incluso a los despedidos por la comisión de una falta grave?

Barbagelata.- En general todos los sistemas que naturalmente reposan sobre bases contributivas y períodos de cotización, inevitablemente dan sólo amparo al desempleado y no al inempleado, es decir al que no ha tenido empleo por primera vez. Esto se ha tratado de corregir en la mayoría de los países sobre la base de dar al inempleado, que es generalmente un joven que recién ingresa al mercado de trabajo, la oportunidad de contratos especiales, de formación y trabajo, en los cuales tiene durante cierto tiempo la posibilidad de adquirir experiencia y de tener una ocupación, e incluso de cotizar para la seguridad social, etc., con lo cual se salva el problema. Es decir, la solución parece ser facilitar determinados tipos de empleo a los que recién ingresan al mercado laboral, de modo que completen su forma-

ción y que además, ya ingresen de alguna forma al mercado de trabajo y puedan luego eventualmente beneficiarse del seguro de desempleo.

En cuanto a la comisión de falta grave; evidentemente, al margen de que la atribución de la falta pueda ser objeto de revisión, sea por Autoridad Judicial, sea a nivel de los propios servicios de seguro de paro; en general, incluso las normas internacionales, están de acuerdo en que el seguro es para quien teniendo voluntad, disposición de trabajo, inculpablemente ha perdido su empleo.

Pero si es su culpa, y sobretodo si es culpa laboral precisamente, en general no hay motivo ni expectativas de que sea beneficiado con una prestación de seguro por una situación que él mismo ha creado.

Thémis.- Por las Bolsas de Trabajo se crea la obligación para el empleador de cubrir parte de sus necesidades de trabajadores con aquellos que proporciona la oficina de colocación de empleo de un sindicato. ¿Considera que esto implica una violación a la Libertad Sindical?

Plá.- Bueno, probablemente ustedes se están refiriendo a la Bolsa de Trabajo en la construcción civil que se aprobó recientemente aquí en el Perú.

Yo tengo la sensación de que estableciéndose una porción minoritaria por el suministro de la lista procedente del sindicato, no hay en ese sentido una violación de la libertad sindical, podría haberla si se estableciera que la totalidad de los integrantes de la Bolsa de Trabajo fueran indicados por el sindicato. Si es sólo un 25%, quiere decir que los demás pueden incorporarse cuando quieran sin necesidad de estar obligatoriamente incorporados por el sindicato. Es decir, la ley establece que el 25% es obligatoriamente de acuerdo con el orden que establece el sindicato, pero el 75% se puede hacer libremente.

Thémis.- ¿Esa violación no se daría respecto de ese porcentaje que si tiene que acceder a un puesto de trabajo mediante el sindicato?

Plá.- Yo no creo que se pueda considerar que es una violación; en realidad lo que pasa es que es sólo una parte. Por ejemplo si hay, supongamos, 100 puestos de trabajo, que 25 tengan que ser indicados por el sindicato (se supone que es el sindicato más representativo, porque no se va a dar esa posibilidad a cualquier gente que se llame sindicato), no veo que haya una limitación de la libertad sindical en ese aspecto, por esa proporción que es un 25%. Yo leí un trabajo del Dr. Alfredo Villavicencio que me pareció bastante contundente, bastante bien razonado en la justificación de la constitucionalidad o de la no discriminación, o de la no pérdida de la libertad sindical por ese sistema.

Thémis.- ¿Encuentra usted inconvenientes en el establecimiento de un sistema de negociación colectiva articulada impuesta por el Estado?

Barbagelata.- Evidentemente, en el plano de las relaciones colectivas las soluciones impuestas por el Estado generalmente son artificiales. Las relaciones colectivas sanas generalmente son el resultado espontáneo de la autonomía colectiva; presionar sobre ellas excesivamente puede tener efectos negativos y contraproducentes.

Ahora, al margen de eso, tengo la firme convicción que la negociación articulada, y sobretodo, la negociación por rama de actividad, como principio general es más acorde con la filosofía de la negociación colectiva y con el Principio de Igual Trato a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo o trabajo de igual valor, porque se proyecta no sólo a nivel de empresa, sino también a cada rama de actividad. Por otro lado, iguala condiciones de competencia entre las empresas y evita pueda hacerse competencia desleal sobre la base de un trato desigual en el plano de las condiciones de trabajo y salario.

Desde luego, a nivel de la empresa se tiene una mayor proximidad con los problemas de la propia empresa; se tiene la posibilidad que se conozcan particularidades o cuestiones que no son de atinencia del total de la rama de actividad. Por tanto, la articulación de un acuerdo a nivel del establecimiento o de la empresa dentro de un esquema de contratación colectiva a nivel de la rama de actividad puede funcionar. Es un problema práctico que creo que también en la práctica va a tener que ser resuelto mediante negociación.

Thémis.- ¿Qué opinión le merece la intervención estatal en el proceso de negociación colectiva?

Plá.- A mí me merece en general una opinión negativa. Yo creo que la negociación colectiva es una negociación que tiene que efectuarse entre las partes con la mayor amplitud, con la mayor elasticidad y libertad de las partes para concertarse.

Toda reglamentación severa, con determinaciones de mínimo de plazo, con la determinación de la obligación de cumplir todo un trámite y demás, creo que va desfigurando, deformando lo que es la negociación colectiva propiamente dicha. Lo creo mucho más grave todavía si la intervención estatal es para homologar obligatoriamente el convenio colectivo; es decir que se requiera la opinión estatal, o del Ministerio de Trabajo, o lo que fuera, antes de darle validez a un convenio colectivo. El convenio colectivo tiene que tener validez por el simple hecho del acuerdo de ambas partes. La intervención estatal le da al Estado un poder inadecuado, de modo que en ese aspecto, yo soy netamente contrario a la intervención estatal.

Esto no significa una opinión contraria a la concertación social. La concertación social es otra cosa; es un acuerdo trilateral entre el Estado, los Empleadores y los Sindicatos (generalmente al más alto nivel) que intercambian sus posiciones, sus ventajas, sus beneficios, y que desde ese punto de vista han demostrado a través de la experiencia histórica en diversos países que es un instrumento sumamente rico, moderno y actual, para mejorar las condiciones no sólo de los trabajadores, sino también la economía del país. Pero eso no significa que no pueda haber negociación colectiva dentro del "gran marco" o dentro del sistema del "acuerdo marco" que pudiera haber surgido de la concertación.

Thémis.- ¿Qué opina de la flexibilización del derecho laboral en países pobres como el nuestro? ¿Ha tenido manifestaciones en el Uruguay?

Barbagelata.- Yo pienso que no son términos que estén relacionados, el que se trate de países pobres o no para que sea más grave o menos grave el problema de la flexibilización. Pienso que es al contrario, un problema que tiene que ver con el desarrollo del movimiento sindical, con la existencia de un efectivo poder sindical que pueda equilibrar el poder de los empresarios, o eventualmente al del Estado.

En ese sentido pienso que la flexibilización es menos grave cuando existe un poder sindical que está en condiciones de mantener un cierto equilibrio entre las partes. De todas maneras la flexibilización del Derecho del Trabajo no es un mal en sí mismo.

Plá decía que lo que sí es malo, sin ninguna duda, es la desregulación abierta de las relaciones laborales. La flexibilización, en la medida que suponga solamente la atenuación de ciertos requisitos o ciertas rigideces que en un determinado momento ha llegado a tener la norma laboral, puede no ser incompatible con el buen estado de las relaciones laborales.

En cuanto al último punto, la flexibilización sí ha llegado al Uruguay, subrepticamente, lentamente, y aún se ha llegado a consolidar o institucionalizar. Pienso como un ejemplo de esto una ley relativamente reciente, del año pasado o del 88: la ley de horas extras; es un caso típico de flexibilización.

El régimen de horario de jornada máxima de trabajo en el Uruguay fue establecido en 1915, sobre bases muy rígidas, en el sentido que no solamente estaba establecida una jornada máxima para un empleador, sino que el trabajador no podía realizar aún para diversos empleadores una jornada que excediera las ocho horas por día y, eventualmente, las 48 horas semanales que aparecían como un límite complementario.

Eso en la práctica se fue flexibilizando, y los controles que teóricamente debían haberse ejercido para impedir esa doble ocupación no se ejercieron, sobretodo a partir del momento en que la situación económica y los ingresos de los trabajadores forzaron

a éstos a buscar empleos complementarios para llegar a completar un ingreso satisfactorio. Esto se ha generalizado extremadamente, y finalmente por otro camino también se fue hacia la ampliación de los horarios en una forma subrepticia, como les decía a través del régimen de las horas extras. Las horas extras en realidad no estaban autorizadas sino bajo límites muy estrictos. Se empezó a hacer la vista gorda ante el crecimiento de las horas extras, y durante la dictadura eso tuvo un primer grado de institucionalización porque se abatieron los controles y las obligaciones patronales de declarar la motivación de las horas extras, pedir autorizaciones, etc. La dictadura eliminó eso y ahora bajo el régimen democrático se ha llegado a institucionalizar estrictamente un régimen de horas extras que es el fin de la limitación de la jornada de trabajo en el esquema de las 8 horas y 48 semanales. No sé si Plá quiere agregar algo.

Plá: Simplemente que no es una eliminación total de eso, sino una flexibilización.

Thémis.- ¿Es el Derecho del Trabajo una conquista de los trabajadores o un mecanismo de protección del sistema para asegurar su subsistencia?

Plá.- Yo creo que el derecho de los trabajadores ha sido una conquista de los trabajadores y de los legisladores y políticos que han considerado necesario establecer límites a la libertad irrestricta del mercado laboral.

Todo el Derecho del Trabajo se ha hecho con la intención - me parece a mí clara- de mejorar la situación de los trabajadores, que habrá tenido mayor o menor eficacia en la medida que se haya actuado con mayor o menor acierto, con mayor o menor audacia, con mayor o menor vigor. Pero sustancialmente es un mecanismo de defensa y protección de los trabajadores.

La otra interpretación, de que es un sistema establecido por el régimen capitalista para asegurar su permanencia, es una visión un poco parcial, anticuada, inspirada por criterios marxistas que ya han sido superados.

Thémis.- Teniendo en cuenta la evolución histórica de las relaciones laborales y la situación mundial

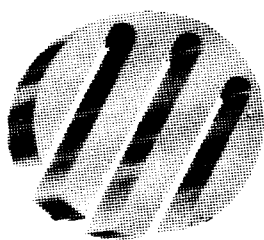
actual; ¿Cuál es el futuro del derecho laboral y de la seguridad social? ¿Verá acrecentada su importancia el segundo de los campos mencionados en relación al primero?

Barbagelata.- En cuanto a lo primero el año pasado con ocasión del Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo se hizo una mesa redonda sobre este particular, y todos los que participamos en ella coincidimos en que el futuro del Derecho del Trabajo estaba asegurado. Yo estoy convencido de que el futuro del Derecho del Trabajo tiene que ver con una expansión creciente de su campo e inevitablemente va a tener que exceder el campo tradicional de la figura del trabajo subordinado, para cada vez más alcanzar toda forma de manifestación del trabajo humano, incluso la protección del trabajador en el ámbito del trabajo informal, del sector informal de la economía. Y en ese aspecto es posible que la complementación de la seguridad social sea indispensable o sea, tal vez, el aspecto más importante a tener en cuenta, para cubrir esta situación de vacío que actualmente se da para una población marginada de la protección laboral y que representa en nuestros pueblos latinoamericanos un porcentaje creciente, e incluso algunos países -lamentablemente- la mayoría de la población trabajadora.

Plá.- Yo creo que el futuro del derecho del trabajo está asegurado, si se me permite la expresión, en el sentido que siempre van a haber hombres que trabajen y siempre va a haber hombres que necesiten protección como consecuencia de su actividad. Pero creo también que va a haber una permanente necesidad de protección para el hombre que no trabaja o para el hombre que está en condiciones, pero que por diversas circunstancias no pueda trabajar, y eso asegura la persistencia de la seguridad social. Lo que quiero señalar es que quizá la línea del porvenir sea marcada por la independización, por el desligamiento de la seguridad social con el contrato de trabajo. Una de las grandes reformas es buscar una financiación que no se base en el aporte de los propios trabajadores sobre sus ingresos. Este es un sistema superado que sólo se justificaba en aquellos seguros sociales cuando afectaban a determinado sector, un grupo de personas, pero cuando se establecen regímenes más generales no se justifica un sistema con tantos inconvenientes, es un tema vasto, muy largo para exponer en esta última respuesta.

Ahora, BANCA MAGISTRAL.

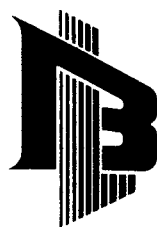
Un servicio exclusivo para
colegios que incluye
el seguro más completo
para los alumnos
y sus padres: MAGISTER



MAGISTER

Seguro Educacional y de Accidentes Personales. ✓

Esto es Magister: Un seguro para el alumno (contra accidentes) y un seguro para el padre de familia (cubre la educación total de los hijos por fallecimiento del padre o tutor). Afíliese. El Banco Latino con su exclusiva Banca Magistral (sólo para colegios) le brinda un servicio personalizado y, sin costo bancario adicional, más de 18 beneficios diseñados especialmente para su plantel. Solicite la visita de un Representante. Llámenos hoy mismo al teléfono 42-3722 en Lima; en Provincias acercarse al Banco Latino. Respaldo por las compañías de seguros El Sol, La Nacional y Atlas.



Banco Latino

Donde usted exige.

Apuntes para un estudio de la Plus petición en la doctrina y en el procedimiento civil peruano

Juan Monroy Gálvez

Abogado. Profesor de la U. de Lima.

Consideraciones preliminares

Las instituciones procesales contemporáneas y nuestro ordenamiento procedimental civil tienen vidas paralelas. Lo que las primeras enseñan e informan, es absolutamente ajeno a lo que el otro ordena. Este discurrir separado es una de las causas que explican el drama de **pedir justicia en el Perú**.

Por cierto, nada sería más fácil que imputar tal desequilibrio a la obsolescencia del Código de Procedimientos Civiles vigente, pero tal aserto, sin dejar de ser verdadero, sólo es -en nuestra opinión- una cobertura a razones mucho más profundas.

Por un lado, el anacronismo del Código es sólo una expresión de la necesidad del Poder político de mantener al Poder Judicial marginado y sometido a una rutina penosa y absurda. Cuando el juez carece de tiempo para reflexionar sobre su importancia y destino, o cuando su labor se vuelve lo suficientemente morosa y complicada como para exponerlo a recibir cotidianamente el rechazo de la sociedad, es cuando este infame regulador de laberintos -el Código vigente- ha cumplido su "**objetivo**".

Por otro, si el Código de 1912 -empezado a redactar en 1904 y concluido en 1908- se mantiene vigente, es porque la formación jurídica nacional en el presente siglo, sólo ha consistido en aprender de memoria la norma positiva y alguna que otra posibilidad interpretativa. Con una reducción tan mezquina del Derecho, resulta obvio confirmar que se ha descartado la función social de éste.

Por eso en materia procesal civil, ochenta años de comentar -aunque los que lo hacen lo llaman "**enseñar**"- un ordenamiento revejado, sólo ha producido una **disciplina enana** que forja **especialistas** en enredar el procedimiento o negociar la justicia, con absoluta prescindencia de lo que nuestro país espera de un abogado.

El tema de la Plus petición confirma los antecedentes expresados; lo que se denomina así actualmente en el Perú, no se compadece con lo que es la institución en la historia y la doctrina procesal. A continuación intentaremos una descripción de la institución y, al final, haremos un cotejo con lo que recibe tal nombre.

Antecedentes doctrinales de la Plus petición

Si la **pretensión procesal** es la manifestación de voluntad por la que una persona exige algo a otra al interior de un proceso, en ejercicio de su derecho de acción, la **petición** es la expresión concreta y material de esa pretensión (por ejemplo, que me pague los \$ 10,000, que me devuelva la casa, etc...).

Esta petición o **petitum** como también se le llama, no tiene en principio límite o regla a que ceñirse, salvo el hecho que se trate de un **caso justiciable**, es decir, que se sustente en un derecho reconocido en el sistema jurídico. Por lo demás, la existencia de alguna dosis de razón en lo que se pretenda, va a ser materia del proceso mismo. Sin embargo, la aparente liberalidad con que el actor puede expresar su **petición** no es tal, el actor debe adecuar -hacer congruente- la petición a los hechos que expone en su demanda y a los fundamentos jurídicos que en dicha declaración de voluntad (la demanda) expresa.

Si la **petición** del actor excede al contexto de los hechos y derecho descritos en su demanda, se va a presentar una situación procesal anómala que es conocida con el nombre de **Plus petición**. Esta puede ser de tiempo, cantidad o lugar. Es de **tiempo** cuando se demanda antes de la fecha en que la obligación es exigible; de **cantidad** cuando se pretende excesivamente más de lo que se le debe y de **lugar** cuando se demanda en un sitio jurídicamente distinto al convenido o precisado por la ley.

Por cierto, tratándose de una irregularidad, la declaración judicial de **Plus petición** trae consigo una

sanción. La Partida III, antecedente directo de nuestro Código vigente, regula en su Título 2 (Leyes 42, 43 y 45), sanciones a quien incurra en **Plus petición**. Así por ejemplo, al que demandaba antes de tiempo, se le condenaba a que espere el doble del tiempo en que se apresuró y al que pedía de más, se le sancionaba con una suma igual a la que había excedido. Adviértase que se trataban de sanciones procesales, de desventajas en la relación procesal.

No afirmamos categóricamente que la Plus petición es una antigualla, pero revisados casi todos los Códigos procesales redactados en los últimos cincuenta años, a excepción de la ley nuestra, ninguna otra regula la Plus petición de manera completa. Son distintos los casos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), que regulan sólo la Plus petición por razón de cantidad.

Esto se debe a que la ciencia procesal ha considerado que la sanción a los excesos en la calificación del **objeto de la pretensión**, término con que se conoce a la **petición** en la actualidad, debe ser específica y correspondiente con la naturaleza del exceso.

Así, el defecto de la petición por razón de lugar, constituye a la fecha una afectación a un Presupuesto Procesal, la Competencia, de allí que quien lo haga está expuesto a que el emplazado deduzca -con éxito- una excepción de incompetencia. Si el error en la petición está en el **tiempo** en que lo hizo, el actor ha agravado una Condición de la acción, el **Interés para obrar o interés procesal**; en tal situación no debe esperar jamás un pronunciamiento válido sobre el fondo, esa es su sanción.

Finalmente, si el exceso de la petición estuviese en la cantidad, en el caso que el actor ganara y el exceso fuese diminuto, simplemente éste (el exceso) no formará parte de la decisión amparada; pero si fuese considerable, además **se sanciona al actor con el pago de las costas**; así lo hace el Código argentino antes citado.

Conclusiones preliminares sobre la Plus petición

En primer lugar se trata de un medio de defensa usado por el demandado para cuestionar un exceso en la **petitio** por parte del actor.

Otra conclusión es que la **Plus petición** puede ser deducida en cualquier proceso.

Asimismo, siendo un medio de defensa con efectos específicos, para su uso es necesario que el ordenamiento procesal lo tenga regulado.

También se puede concluir que la **Plus petición** es una institución procesal a la fecha en desuso, dado que la doctrina -confirmada por la revisión de la legislación comparada- ha regulado otro tipo de sanciones a los supuestos de **Plus petición**, dejando a ésta sin efecto y, en consecuencia, determinando su virtual desaparición, salvo el caso de la Plus petición de cantidad.

Siendo la **Plus petición** una institución de antigua data, pasemos a describir sus antecedentes en la legislación nacional, para después intentar comprender qué es lo que a fines del siglo XX recibe en el Perú tal nombre.

La Plus petición en la legislación nacional

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, nuestro primer ordenamiento procedimental civil republicano¹, reguló la Plus petición², curiosamente sin usar el nombre, pero con tal claridad y precisión que la omisión bien puede pasar desapercibida. Además, dicho Código tuvo la particularidad de darle a la Plus petición la calidad de excepción dilatoria³; siendo esa la manera como debía ser deducida por el ejecutado al momento de oponerse.

Siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, el ordenamiento que sirvió de modelo a nuestro Código vigente, continuaremos este recuento normativo apreciando qué tenía esta Ley sobre el tema estudiado. Así, el artículo 1466° dice:

1. Antes de su vigencia el Perú solucionó sus conflictos de naturaleza civil con la ayuda de la "**Novísima Recopilación**" y otros comentarios jurisprudenciales como el famoso "**Cuadernillo de Gutiérrez**" y la "**Curia Filípica**", obra escrita, se dice, por un peruano que oficiaba de ujier de la Audiencia de Lima llamado **Hevia Bolaños**.
2. "Art. 1133° No tendrá lugar la demanda ejecutiva:
1° Si el acreedor cobra en un lugar lo que se le debe de pagar en otro.
2° Si pide simplemente lo que se le debe bajo de condición, sin acreditar que la condición está cumplida.
3° Si pide cosa determinada, cuando lo que se debe es de varias cosas una, correspondiendo la elección del deudor.
4° Si cobra antes de cumplirse el plazo".
3. "Las excepciones dilatorias más comunes son:
.....
6° La de petición antes de tiempo, o de un modo indebido
.....
8° La de condición no cumplida
.....".

"También podrá el ejecutado fundar su oposición alegando la Plus Petición o el exceso en la computación a metálico de las deudas en especie".

Manresa y Navarro, un excelente comentarista de la Ley española, nos dice sobre el artículo citado⁴:

"La ley anterior nada ordenó expresamente sobre la plus petición; pero como exigía lo mismo que la actual, que la demanda ejecutiva contuviera la **potestad de abonar pagos legítimos**, era de sentido común suponer en el legislador el propósito de que se permitiera al ejecutado la alegación y prueba de esos pagos, como era además de estricta justicia, y así se practicaba generalmente, admitiendo la oposición que se fundaba por ese motivo. La nueva ley ha dado su sanción a esa práctica por dicho art. 1466°, comprendiendo los dos casos de plus petición que pueden ocurrir.

Puede consistir ésta en haber dejado el acreedor de abonar al deudor pagos legítimos hechos a cuenta, reclamándole por consiguiente, y despachándose la ejecución por mayor cantidad de la que realmente deba; o en haber hecho con exceso la computación a metálico de las deudas en especie, dándoles más valor efectivo del que les corresponda según las reglas establecidas en los artículos 1436° al 1438°. Cuando exista alguno de estos motivos, puede el ejecutado fundar en él la oposición a que se refiere el art. 1466°; no para impedir el pronunciamiento de la sentencia de remate, que es el objeto y fin de las excepciones, sino para pedir que, al pronunciarse la sentencia, se mande seguir la ejecución sólo por la cantidad en metálico a que queda reducida la deuda, hechas aquellas deducciones".

De la norma y el preciso comentario de Manresa y Navarro, advertimos que la Plus petición tiene en la Ley española el mismo contenido que se le signó en sus orígenes. Es decir, se trata simplemente de una forma de oposición que permite -de ser amparada-, reducir la ejecución en el monto que se cobró indebidamente.

Tal vez el rasgo peculiar está dado por el hecho que la Plus petición está ubicada sistemáticamente en el libro referido al proceso ejecutivo.

Sin embargo, lo más destacable es que la Plus petición carece en absoluto de ese rasgo compulsivo y sancionador con que se le conoce actualmente en el Perú.

El proceso ejecutivo en el Perú después del Código de 1852 y antes del Código vigente

La Ley del 28 de diciembre de 1896, derogó la vía procedimental recogida en el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 sobre el Proceso ejecutivo.

Esta ley no regula la Plus petición como forma de oposición en el estilo planteado por la ley española. Sin embargo, el estudio de esta norma es importante porque, por vez primera, se incorpora al sistema jurídico nacional la figura de la multa⁵. Adviértase que el referido artículo concede la multa sólo ante supuestos de hecho -a ser probados en el proceso- muy concretos y específicos: cuando el acreedor ha dado **personalmente por cancelada la deuda o negase haber recibido una cantidad a cuenta de ella**. Por otro lado, debe advertirse también que la norma sanciona al acreedor con una **multa equivalente al valor de la deuda que haya pretendido volver a cobrar**.

La Plus petición en el Código de Procedimientos Civiles de 1912

El Código vigente -antes de sufrir los retoques cosméticos que con abuso del lenguaje suelen llamarse reformas-, fiel a su modelo -la Ley española de 1881-, reguló la Plus petición⁶ permitiendo que forme parte de la oposición con que el deudor se defendía en el proceso ejecutivo.

En el mismo año de promulgación del Código, el jurista nacional Juan José Calle comentaba la Plus petición en los siguientes términos⁷:

"Se llama plus petición la acción de pedir más de lo debido, o el exceso que comete el actor pidiendo más de lo que se le debe. **"Tratándose del pago de deudas contraídas en dinero o especie -dice el art. 601°, será indispensable, además, para que proceda la acción ejecutiva, que la deuda sea líquida y mayor**

4. Manresa y Navarro, José María "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil" Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo V, pág. 519.

5. "Art. 11° El que interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente hubiese cancelado, o negase alguna cantidad que hubiese recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al ejecutado una multa equivalente al valor de la deuda o de la cantidad que por cuenta de ella hubiese recibido".

6. "Art. 663° Si el demandado se opone a la ejecución, debe proponer todas las excepciones que le favorecen, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.

También puede deducir la nulidad o falsedad de la obligación o del título ejecutivo, la **plus petición** y el exceso en la reducción a que se refiere el artículo 608°".

7. Calle, Juan José "Código de Procedimientos Civiles", Tipografía de "El Lucero", Lima, 1912, pág. 346.

de veinte libras"; así es que si el actor incurre en plus petición, y el reo se opone, alegando que se le cobra más de lo que debe, no podrá seguirse el juicio mientras no se decida esta excepción. No sólo hay plus petición cuando el actor se excede en la cantidad demandada. Se incurre en el mismo defecto: 1°. cuando se pide en un lugar lo que se debe pagar en otro; 2°. cuando se exige como simple el cumplimiento de una obligación condicional; 3°. si se pide una cosa determinada cuando lo que se debe es de varias cosas una, correspondiendo la elección al deudor y cuando la demanda se interpone antes del plazo; porque en todos estos casos tampoco puede despacharse ejecución por prohibirlo el artículo 600°.

Por otro lado, el Código vigente en su formato original regulaba la multa prescrita en el art. 11° de la Ley de 1896, prácticamente en los mismos términos de ésta⁸, es decir, repitiendo los supuestos de hecho y la sanción.

Sin embargo, cuando el ejecutante demandaba pago de arriendos, de bienes muebles o inmuebles, el cobro de sumas no adeudadas determinaba una multa para el ejecutante igual al **doble** de la cantidad indebidamente reclamada⁹.

Esta sanción más grave debió sustentarse en el hecho que el proceso de pago de arriendos en vía ejecutiva, no requiere de instrumento con mérito ejecutivo, sólo bastaba la afirmación del ejecutante que la deuda existía y tenía tal monto. En tal sentido, el agravio que producía el uso indebido de la vía ejecutiva era claramente imputable a la conducta del actor.

De lo dicho podemos concluir que el Código vigente, en su formato original, distinguía la figura de la Plus petición en su acepción tradicional y correcta, de la sanción por conducta dolosa, distinguiendo incluso la gravedad de ésta, regulando por ello cada figura de manera separada y clara. Esto se ratifica con la lectura de la Exposición de Motivos del Código vigente, la que se refiere separadamente a la Plus petición y a la multa por conducta dolosa. Al referirse a la Plus petición afirma¹⁰:

"Por esto se dice en el proyecto que, si el demandado se opone a la ejecución, deberá proponer y

especificar en el escrito de oposición todas las excepciones dilatorias y perentorias que le favorezcan, exponiendo claramente los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan, y protestando acreditarlas en el término correspondiente; pudiendo también deducir en el mismo escrito, la nulidad de la ejecución, la falsedad de la obligación o del título ejecutivo, la **plus petición** y el exceso en la reducción a que se refiere el artículo 621° (art. 676°)".

Incluso es de apreciarse en el Código una tendencia a conceder un efecto especial al amparo de una Plus petición por cantidad. Así como lo hacen los Códigos contemporáneos, sanciona al actor con el pago de las costas, si se manda adelantar ejecución por suma menor a la demandada, como consecuencia de la defensa hecha por el ejecutado¹¹.

Sin embargo más adelante, al referirse a la multa se dice¹²:

"Y cuando el demandante, llamándose falsamente acreedor por arrendamientos, cobra ejecutivamente cantidades que no se le adeudan, pagará, además, una multa (art. 691°)."

"El artículo 11° de la Ley vigente (se refiere a la de 1896) sobre juicio ejecutivo, sanciona otro caso de malicia del ejecutante, que el proyecto ha reproducido (art. 692°).

Todas estas disposiciones se inspiran en tan poderosas razones de justicia, que no han de menester explicación alguna en su apoyo"

Curiosamente, el legislador no fundamenta las razones por las que **duplica** la multa en el caso del pago de arriendos, por lo que nos quedamos con la presunción expresada anteriormente sobre este tema.

En síntesis, hasta antes de la dación del Decreto Ley No. 20236 -que derogó la tramitación prevista en el Código vigente sobre proceso ejecutivo-, el ordenamiento nacional no sólo tenía clara la diferencia entre la Plus petición y la multa por pretensión indebida en casos concretos, sino que además estableció un criterio distinto en la aplicación de la multa, al prescribir un

8. Art. 679° El que sin hallarse en el caso del artículo anterior, interpone demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha cancelado, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al demandado una multa equivalente al valor de la deuda o de la cantidad recibida".

9. Art. 678° El demandante que abusando de la facultad contenida en el art. 578°, cobra sumas que no se le adeudan, será multado en favor del demandante en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente cobradas".

10. Comité de Reforma Procesal "Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles" Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1909, pág. 129.

11. "Art. 676° Si se manda adelantar la ejecución por suma menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado, queda éste exento del pago de las costas causadas hasta que se ejecutorie la sentencia; pero son de su cargo las posteriores."

12. Comité de Reforma Procesal op. cit. pág. 135.

supuesto en el que el monto de la sanción debía ser el **doble** de lo indebidamente cobrado.

El Decreto Ley No. 20236

Esta es la norma que desde 1973 regula el procedimiento ejecutivo en el Perú. En la misma línea de los antecedentes normativos descritos desde 1896, el citado Decreto Ley norma separadamente la Plus petición y formas muy especiales de sanción que requieren una explicación.

La Plus petición está regulada en el art. 25^o¹³ de dicha Ley. Como en los casos anteriores, la norma le da a la Plus petición el contenido con que apareció, es decir, como una forma de oposición, sin precisar su naturaleza o supuestos de aplicación.

Lo expresado significa que a la fecha la Plus petición es un medio de defensa concedido al emplazado en un juicio (procedimiento) ejecutivo. No habiendo otra norma que complete su tratamiento, nos remitimos a sus antecedentes para afirmar que su uso está referido al exceso que pueda cometer el ejecutante en su petición (objeto de la pretensión), por razón de tiempo, lugar o cantidad.

En cambio el tema de la multa está regulado en tres artículos 37°, 38° y 39°.

Los artículos 37° y 39° del Decreto Ley No. 20236

El art. 37°¹⁴ no es otra cosa que una transcripción del art. 678° del Código de Procedimientos Civiles. Regula el caso del ejecutante que con malicia le imputa al ejecutado la calidad de arrendatario incumplido. Las razones ya referidas en torno a la gravedad de la conducta del actor, son las que determinaron que la multa fuese doblada, posición que fue compartida íntegramente por el legislador de 1973.

El caso del art. 39°¹⁵ es distinto. El legislador de 1973 incorporó un nuevo instrumento con mérito ejecutivo¹⁶ que se caracteriza por no ser un título valor ni un instrumento público. Siendo entonces posible que el actor pueda abusar de la falta de formalidad del documento, decide regular una sanción en caso éste se exceda. Así, si el ejecutado prueba que ya pagó, el actor deberá pagarle una suma igual a la que demandó indebidamente.

El Artículo 38o. del Decreto Ley No. 20236¹⁷

Dado que a la fecha es unánime la opinión en el sentido que esta norma contiene una Plus petición, resulta importante analizarla para conocer su real contenido.

El primer tema que nos sugiere el análisis del artículo en mención, es su carencia de antecedentes legislativos en el panorama nacional; por lo demás, acotamos que tampoco hemos encontrado antecedentes de esta duplicación de lo pretendido indebidamente y su calificación como ilícito penal en la legislación comparada.

El segundo tema tiene que ver con el hecho que el legislador del Decreto Ley No. 20236, tuvo perfectamente clara la diferencia entre la Plus petición y esta otra figura que reguló en los artículos 37°, 38° y 39°. Si después se ha producido un equívoco llamando Plus petición a lo que contiene la norma en estudio, este no ha sido provocado por el legislador.

El tercer tema es que esta institución innominada contenida en la norma estudiada es radicalmente distinta a las reguladas en los arts. 37° y 39° que, como hemos visto, difieren también entre sí: advertimos que acumula dos sanciones de naturaleza distinta contra el actor malicioso, por un lado le aplica una sanción de naturaleza patrimonial y, por otro, deja expedito el inicio de un proceso penal, es decir,

- 13. "Art. 25° Si el demandado formula oposición a la ejecución, debe proponer al formularla todas las excepciones que le favorecen y/o deducir la nulidad o falsedad de la obligación o del título ejecutivo, la plus petición y el exceso en la conversión, a que se refiere el Art. 21°, exponiendo los hechos y fundamento de derecho en que se apoya."
- 14. "Art. 37° El demandante que abusando de la facultad contenida en el art. 11°, cobra arrendamientos que no se le adeudan, será multado en favor del ejecutado en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente reclamadas"
- 15. Art. 39° El ejecutante en el caso a que se refiere el inciso 9° del art. 2°, sufrirá una multa igual a la cantidad reclamada, en caso de probarse por el ejecutado que ha pagado al ejecutante la suma materia de la ejecución."
- 16. "Art. 2° Son títulos que aparecen ejecución:
.....

- 9° La copia certificada notarial del acta de la Junta de Propietarios de edificios sujetos al régimen de la propiedad horizontal, en la que conste los gastos de mantenimiento y conservación acordados, con indicación de la proporción que corresponde a cada uno de los propietarios, acompañada de los recibos impagos y de la constancia del requerimiento notarial al obligado para dicho pago".
- 17. "Art. 38° El que sin hallarse en el caso del artículo anterior, interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar al demandado una multa equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar."

califica como delito el comportamiento procesal del actor.

Con los antecedentes descritos, podríamos decir que el artículo 38°, rompiendo los antecedentes legislativos y contra la opinión unánime de los comentaristas nacionales, no sólo no contiene la **Plus petición**, sino que tampoco se trata del caso de la multa y su variante, que sí aparecía normada en la Ley de 1896 y en la regulación original del Código vigente, e incluso aparece en el mismo Decreto Ley No. 20236.

Aspectos especiales del art. 38° del Decreto Ley No. 20236

Siendo una institución novedosa, describamos otra vez sus rasgos peculiares para intentar descubrir de qué se trata.

En primer lugar, lo que la norma contiene como supuesto de hecho es la identificación precisa de **dos casos de conducta maliciosa del actor**.

En segundo lugar, el legislador ha considerado que estos casos de conducta maliciosa del actor tienen tal gravedad, que al margen de ocurrir al interior de un proceso constituyen **actos delictuales**.

En tercer lugar, llegado el legislador a esta conclusión, y atendiendo a que el delito se produce al interior de un proceso de naturaleza civil-patrimonial, decidió **sancionar al actor con una reparación patrimonial**, a ser declarada y precisada por el propio juez civil.

En cuarto lugar, a efectos de confirmar su calificación de ilícito penal a la conducta maliciosa del actor, decide que ésta **debe ser el punto de partida de un proceso penal**.

Una vez apreciadas sus particularidades, podemos intentar nombrar a la institución contenida en el art. 38° del Decreto Ley No. 20236. Interesándonos la institución desde la óptica procesal civil, nos parece que se trata de una **sanción civil reparatoria por ilícito penal**. Es decir, considerando el legislador que se trata de un delito cometido al interior de un proceso civil, decide sancionar patrimonialmente al actor al interior del mismo proceso, sin perjuicio de reafirmar expresamente que tal sanción no desconoce la naturaleza del delito, por lo que el proceso penal se encuentra expedito.

Aspectos discutibles del art. 38° del Decreto Ley No. 20236

Admitimos que la conclusión a la que hemos llegado respecto de lo que contiene el art. 38°, podría

no ser satisfactoria, en todo caso reconocemos que es provisional; por lo demás, la norma tiene el suficiente número de vacíos como para provocar las más diversas interpretaciones, ésta es sólo una de ellas.

A continuación vamos a describir algunos aspectos de la aplicación de la norma cuya respuesta no aparece de su contenido, pero que es imprescindible conocer para poder aplicarla.

a) Un tema es si esta sanción civil requiere de pedido de parte. Podría decirse que tratándose de un proceso civil y siendo el ejecutado el eventual receptor exclusivo de lo que se obtenga por la reparación, este es el único legitimado para deducirla. Sin embargo, también podría afirmarse que dado que el legislador ha considerado que la conducta del actor es delictiva y como la acción penal es pública, bien podría incorporar a su fallo tal sanción con prescindencia del interés del ejecutado, una vez acreditado uno de los dos supuestos de hecho de la norma en estudio.

Nos inclinamos por la primera opción, creemos que la naturaleza civil de la reparación y la circunstancia de que deba ocurrir al interior de un proceso ejecutivo, así lo determinan.

b) Tampoco el orden en que debe ocurrir la actividad civil y penal, está previsto con claridad en la norma. Es cierto que debiéndose definir previamente la conducta maliciosa al interior del proceso civil, casi aparece obvio que éste debe concluir para que luego pueda iniciarse el proceso penal.

Sin embargo, podría argumentarse que antes de que el proceso concluya, el juez civil puede tener una idea clara de la conducta ilícita del actor, debiendo en tal situación, por aplicación del artículo 3° del Código de Procedimientos Penales, pasar el expediente al juez penal de turno, no debiendo continuar el proceso civil por advertirse indicios razonables de la comisión de un delito, al configurarse una **cuestión prejudicial**.

Acogemos la primera opción. Con prescindencia de la naturaleza material del proceso -civil o penal- la jurisdicción común es una sola; siendo así, la discutibilidad de un hecho no puede ocurrir simultáneamente ante dos jueces distintos, porque existe la posibilidad que se expidan decisiones contradictorias, con todo el desprestigio para la función jurisdiccional que tal evento supone.

c) Otro tema está referido al tipo penal. El artículo no dice de qué delito se trata, sin embargo, por los antecedentes podría afirmarse que es el delito de **estafa**¹⁸, una especie del género de los **delitos contra el patrimonio**.

18. "Art. 244° El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes."

Sin embargo, discrepamos de tal opción. Nótese que el actor no usa **nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparenta bienes u otros; tampoco se vale de artificio, astucia o engaño.** Lo que el art. 38° regula es la **mentira deliberada** con provecho propio y perjuicio ajeno.

El tipo delictual que queremos ubicar -como ya se ha expresado- sólo se presenta al interior de un proceso -que es un acto público, regulado por normas de derecho público-, al asumir el actor una conducta ilícita. Pero, ¿en qué consiste esta conducta?: en el acto de desconocer deliberadamente la cancelación de una deuda o negar la recepción de un pago parcial. Siendo estos los hechos delictivos, nos parece se adecúan a lo que el Art. 380o. del Código Penal¹⁹ sanciona como delito contra la fe pública.

La norma dice que incurre en delito quien **"cometiere falsedad, simulando, suponiendo, alterando u ocultando la verdad, intencionalmente y con perjuicio de tercero, por palabras, o hechos...que no le corresponda....."**. Adviértase que el ejecutante malicioso lo es porque miente deliberadamente, alterando u ocultando (negando) la verdad, a través de palabras (escritos) y perjudicando a tercero (el ejecutado).

Admitimos que la tesis es provisional, además de precaria. Podría cuestionarse afirmando que se trata de una interpretación **"in malam parte"** -contra el inculpado- y en consecuencia, **inconstitucional**. Sin embargo, compartimos lo pensado más por una inquietud académica que por convicción.

d) Otro tema está dado por el hecho que la norma no dice quién puede dar inicio al proceso penal, en otras palabras, si además de poder denunciar el ejecutado, se trata de un delito perseguible de oficio. Habiendo precisado la esfera del delito, creemos que el tema está resuelto: siendo el proceso un acto público, lo que ocurra de delictivo en él le interesa a todos, razón por la que el proceso puede ser iniciado incluso por decisión del Ministerio Público.

A manera de conclusión

1 En nuestra opinión, la Plus petición es una institu-

ción procesal anterior al desarrollo científico del proceso, consistente en un medio de defensa concedido al demandado a fin de que cuestionara cualquier exceso en que podía incurrir el actor, por razón de tiempo, lugar o cantidad. Siendo un medio de defensa, los efectos que producía una Plus petición en caso de ser amparada tenían una implicancia procesal negativa para el actor.

- 2 Se trata de una institución en retirada debido a que los supuestos de defensa que contempla, son regulados por la ciencia procesal a través de otras instituciones que la hacen más expeditiva y favorable para quien la deduce, incluso en sus efectos.
- 3 La Plus petición se mantiene en algunos Códigos contemporáneos, sólo cuando es por razón de cantidad, en tal caso no se aplica sólo al proceso ejecutivo, sino para todo tipo de procedimiento. Asimismo, la sanción procesal si bien tiene un contenido patrimonial, se encuentra incorporada a otro instituto, **las costas**. Tal es el parecer de un Código tan importante como el argentino, nos referimos al de la Nación²⁰.
- 4 La Plus petición está regulada en el ordenamiento jurídico peruano desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 (art. 1133°) hasta el Decreto Ley No. 20236 de 1973 (art. 25°), sin que se precise en este último caso que es sólo por cantidad.
- 5 La Ley de 1896 incorporó a la regulación del proceso ejecutivo en el Perú, una **multa** para el actor que asumiera una conducta procesal dolosa de rasgos específicos: cobrar una obligación que ya había dado personalmente por cancelada o negar la recepción de un pago parcial respecto de la deuda que demanda ejecutivamente.
- 6 Ambas instituciones, la Plus petición y la multa, se presentaron de manera separada en el formato original del Código vigente, incluso la segunda presentó una variante agravada para el caso de pago de arriendos; manteniéndose así

19. "Art. 380° El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los títulos precedentes, cometiere falsedad, simulando, suponiendo, alterando u ocultando la verdad, intencionalmente y con perjuicio de tercero, por palabras, o hechos, usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponda, suponiendo viva a una persona muerta o que no ha existido, o al contrario, sufrirá prisión no mayor de dos años".

20. "Art. 72 Pluspetición inexcusable (Según Ley 22.434).- El litigante que incurriere en pluspetición inexcusable será condenado en costas, si la otra parte hubiese admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia.

Si no hubiese existido dicha admisión o si ambas partes incurrieren en pluspetición, regirá lo dispuesto en el artículo precedente.

No se entenderá que hay pluspetición, a los efectos determinados en este artículo, cuando el valor de la condena dependiese legalmente del arbitrio judicial, de juicio pericial o de rendición de cuentas o cuando las pretensiones de la parte no fuesen reducidas por la condena en más de un veinte por ciento (20%)".

hasta la dación del Decreto Ley No. 20236 en 1973.

- 7 El Decreto Ley citado, que a la fecha regula el proceso ejecutivo en el Perú, mantiene el instituto de la Plus petición y regula la multa en sus dos facetas, es decir, simple y agravada (doble). Pero además crea una institución (Art. 38o.) que, tomando como supuestos de aplicación conductas específicas del actor, las califica como conductas delictuales, por lo que las grava con una **sanción civil reparatoria por la comisión de un delito**, dado que no sólo duplica la multa, sino que ésta pasa a ser accesoria de la sanción más grave: la denuncia penal.
- 8 Nos parece que el delito previsto como sanción

para el actor malicioso es el de delito contra la fe pública (art. 380° del Código Penal).

- 9 Conteniendo el art. 38° la sanción civil por la comisión de un delito, es imprescindible que las **fattispecie**s (los supuestos de hecho) para su aplicación, se ajusten rigurosa e impecablemente a lo que la norma prevé (que el actor cobre ejecutivamente una deuda que personalmente ya dió por cancelada o que niegue haber recibido suma alguna a cuenta de la deuda cuyo cobro demanda).
- 10 De lo dicho aparece evidente que **la Plus petición, la multa, la multa duplicada y la sanción civil reparatoria por ilícito penal**, son situaciones jurídicas materialmente distintas.

Señora: Nuestro detergente lava más blanco

La publicidad comparativa

Luis José Díez Canseco Núñez.

Abogado, Master of Comparative Law, The National Law Center, The George Washington University. Consultor de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

INTRODUCCION

Con la promulgación del Decreto Supremo 034-90-ICTI-IND del 11 de setiembre de 1990¹, en el Perú ha quedado resuelta la polémica sobre la licitud de la publicidad comparativa. En efecto, a partir de esa fecha es posible hacer publicidad en la que expresamente se comparen los productos del anunciante con los de sus competidores. Por ello, nuestro país se alinea de manera concluyente con la tendencia internacional, marcada por cierto, que considera la publicidad comparativa como un instrumento válido de mercadotecnia, que no sólo es leal, sino que debe ser impulsado con el objeto de beneficiar al público de los consumidores.

El Decreto en referencia, sustituye el inciso g) del artículo 111 del Decreto Supremo 001-71-IC-DS² que enunciaba como acto de competencia desleal y, por lo tanto, prohibía hacer comparaciones con los productos o servicios de los competidores. Del mismo modo, resuelve la polémica suscitada en torno a si la normativa contenida en el Decreto Supremo 002-81-OCI-OAJ³ derogaba tácitamente la disposición conte-

nida en el 001, o si ésta había adquirido vigencia nuevamente debido a la promulgación de dos normas que en 1985 y en un lapso de 7 días, habían modificado y puesto en suspenso la prohibición original⁴.

A pesar de los errores en cuanto a técnica legislativa -que no es el caso desarrollar en esta oportunidad-, el hecho es que en la actualidad es posible hacer publicidad comparativa; razón por la cual, bien merece la pena vertir algunas consideraciones en torno a dicha figura.

LAS COMPARACIONES EN LA PUBLICIDAD

La publicidad comercial se ha tornado más compleja desde los lejanos días en que el boticario anunciaba a nuestras abuelas la venta del jarabe milagroso que curaba todas las dolencias. Sin embargo, hoy como ayer, su finalidad consiste en acelerar la contratación de los bienes y los servicios. Así, expresiones tales como "su cabello quedará suave y esponjoso", "lava más blanco", "el banco amigo", pretenden resaltar la oferta propia y atraer la atención del cliente potencial. Del mismo modo, poseen una doble connotación.

1. El texto es el siguiente: "Las empresas que oferten bienes y servicios, podrán realizar las campañas publicitarias, comparando productos similares en calidad, precio y beneficios de los mismos. La publicación que con dicho criterio se exhiba, deberá ser verificable por el consumidor".
2. 25 de enero de 1971. Vigente por mandato del quinto párrafo del artículo 142 de la Ley 23407, Ley General de Industrias. El texto prohíbe llanamente hacer comparaciones con los productos o servicios de los competidores. Debido a que no distingue entre comparaciones directas o indirectas, se da el absurdo de prohibir casi toda forma de publicidad, si bien en la práctica se ha entendido que la prohibición se limita a los casos en que expresamente se muestran las marcas del competidor junto a las del anunciante.
3. 21 de abril de 1981. Numeral 9 de las Normas de Contenidos del artículo 1. "La publicidad no podrá referirse a los bienes y servicios de otras empresas para denigrarlos". De conformidad con este precepto, en la medida que no se denigre, es factible hacer comparaciones.
4. Mediante Decreto Supremo 047-85-ICTI-IND de 23 de mayo de 1985 se sustituyó el inciso g), mediante la adición al precepto original de la siguiente fórmula: "No será considerado como acto de competencia desleal, la inclusión en la publicidad de marcas u otros símbolos identificatorios de los competidores, para efectos de hacer comparación, salvo que tal inclusión induzca al consumidor a error respecto a la procedencia, naturaleza o características de los productos del competidor". El Decreto en cuestión fue declarado en suspenso mediante Decreto Supremo 055-85-ICTI-IND del 31 de mayo de 1985.

De un lado, son informativas en la medida que brindan datos sobre las bondades del producto anunciado. De otro, son sugestivas puesto que el anunciante tratará de convencer que su producto y no otro sea el adquirido. A pesar de ello, cabe resaltar que la publicidad ni es enteramente informativa ni enteramente sugestiva, sino que posee elementos de ambas⁵. Por ello a pesar de que las alegaciones, indicaciones o representaciones publicitarias asumen rasgos mixtos, son principalmente persuasivas debido a que la intención de todo empresario consiste en obtener la adhesión de nuevos clientes y⁶, por lo tanto, generar en sus competidores lo que se conoce como "daño concurrencial"⁷.

En el ejemplo del detergente, el anunciante no sólo está informando sobre las circunstancias que concurren en su oferta, que sugestionan para generar simpatía o necesidad y que persuaden con el objeto de acelerar la contratación; sino que, además está haciendo (dependiendo de la estructura del anuncio) una alegación susceptible de ser enfrentada desde diversas perspectivas.

Así, aparece la publicidad encubierta por oposición de aquélla que se identifica fácilmente como tal, dependiendo de si tiene visos de una nota periodística o si se incluye en las páginas de anuncios comerciales⁸; la publicidad engañosa, frente a aquélla que es veraz, dependiendo de si manifiesta o no la verdad⁹; la publicidad que se difunde en los márgenes de las carreteras y vías públicas, a diferencia de la que emplea como soporte a la radio, la televisión o la prensa¹⁰; la publicidad que se percibe conscientemente por los sentidos, en contraposición con aquélla que recurre a técnicas psicológicas¹¹.

Como se puede apreciar, son diversas las maneras como se puede clasificar un anuncio, y una de ellas es la que apunta a la comparación entre los productos o servicios ofertados. Por ello, cuando se afirma que el detergente "lava más blanco", no sólo se informa sobre lo que ocurrirá si se usa el producto del anunciante, sino que se manifiesta que el resulta-

do será diferente si se emplean productos de otras marcas. Igualmente, cuando se señala que "el cabello quedará más suave y esponjoso", si se usa un champú determinado, se está sugiriendo que los otros no hacen lo mismo. En sentido idéntico, cuando se pone de relieve que un banco es "amigo", incluso se deja entrever que los otros bancos son enemigos.

Obviamente se debe manejar con cautela cualquiera de las interpretaciones vertidas anteriormente. Depende del análisis de la integridad del anuncio a la luz de los principios informadores del Derecho de la publicidad¹². Empero, en todo anuncio subyace la vocación comparativa. Esto es, una confrontación con los bienes o servicios de los competidores. El abanico de posibilidades es bastante amplio. En un extremo están los anuncios claramente no comparativos pero que, según se ha señalado, poseen esa connotación de manera subyacente. En el otro, se sitúan los anuncios manifiestamente comparativos. Debido a ello, la determinación del carácter comparativo de un anuncio tiende a ser problemático si no se delimita la figura que nos ocupa; razón por la que si se adolece de parámetros definidos, se llegará al absurdo de considerar toda manifestación publicitaria como "comparativa".

Por lo expuesto, es necesario deslindar la publicidad comparativa de otras manifestaciones publicitarias en las que se descubre una comparación pero que, en rigor, no pertenecen a dicha categoría. Este ejercicio parte de clasificar a la publicidad en dos grandes grupos, las "comparaciones indirectas" y las "comparaciones directas".

LAS COMPARACIONES INDIRECTAS

En estos casos, la comparación subyace al mensaje o, dicho de otra forma, la confrontación se verifica indirectamente. El contenido del mensaje no pretende confrontar la oferta del anunciante con la de su competidor. La intención primordial del empresario consiste en resaltar las características que concurren en su oferta o destacar una posición preeminente

5. Maurizio Fusi, **La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici**, Milán, Giuffrè Editore, 1970 pp. 8-9.
6. Con el objeto de precisar el alcance de los términos alegaciones, indicaciones y representaciones ver: Carlos Lema Devesa, **En torno a la publicidad engañosa**, 4 ADI 293, 301-4 (1977).
7. A propósito de la juricidad del daño producido por un acto de competencia ver: Hermenegildo Baylos Corroza, **Tratado de Derecho Industrial**, Madrid, Civitas, 1978, pp. 228-30. Juan Ignacio Font Galán, **Constitución Económica y Derecho de la Competencia**, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, pp. 186-91.
8. Alvaro Echeandía Bustamante, **La publicidad encubierta**, Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Universidad de Lima, 1987.
9. Carlos Fernández Novoa, **La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad**, 2 ADI 371 (1975).
10. Manuel Santaella López, **El concepto de publicidad exterior en el Derecho español**, Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1981.
11. Harry Schiller, **First Amendment dialogue and subliminal messages**, 11 NYU Review of Law & Social Change, p. 331 (1982).
12. Carlos Fernández Novoa, **La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias**, 107 RDM 13 (1968). José María de la Cuesta Rute, **Lecciones de Derecho de la publicidad**, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, pp. 164-234.

para que el receptor infiera que tales características son superiores a las de otros bienes o servicios similares. En otras palabras, el consumidor realiza la comparación, la misma que será más o menos acertada dependiendo de su conocimiento sobre los bienes que se ofertan en el mercado. En el ejemplo del detergente, el anunciante pretende afirmar lo que ocurrirá con la ropa. Por su parte, el consumidor asimilará la expresión para luego formular un juicio en torno a la veracidad de la afirmación, el cual será producto de su experiencia, esto es, la comparación con los resultados obtenidos por el uso de otros detergentes.

Como modalidades de las comparaciones indirectas se hace referencia al juicio estimativo o valorativo como sería el caso de un anuncio que diga, "El Detergente Elegante"¹³; a la exageración publicitaria en el supuesto del "Mejor detergente del Mundo"¹⁴; la equiparación publicitaria que señalaría, "Nuestro detergente es tan bueno como el importado"¹⁵ y la publicidad de tono excluyente que diría llanamente, "El Detergente"¹⁶.

LAS COMPARACIONES DIRECTAS

En esta clase de comparaciones el tono del mensaje apunta primordialmente a la confrontación. En otras palabras, el anuncio se estructura de tal manera que el receptor se percata de la comparación antes que cualquier otro contenido. Del mismo modo, la

intención del anunciante consiste en contraponer la oferta propia con la de la empresa rival, esto es, mostrar las diferencias entre sus productos y los ajenos. Para ello, positivamente, trata de mostrar la superioridad de su mercancía y, negativamente, poner de manifiesto los defectos de las prestaciones del competidor. En la línea del ejemplo, aparecerá una comparación directa cuando, además de señalar que debido al empleo del detergente la ropa quedará más limpia, se acompaña, por ejemplo, una encuesta en la que se describe el comportamiento de los consumidores en lo que respecta a la aceptación de dicha marca frente a las restantes.

En este orden de ideas y dependiendo de la dificultad para identificar los bienes o servicios del empresario competidor dado que se vierte una afirmación impersonal, o que, contrariamente, se aluda explícitamente a los mismos, las comparaciones directas podrán clasificarse en "tácitas" o "expresas" respectivamente.

En el primero de los casos se menciona a las alegaciones competitivas como sería el caso de "Muchos detergentes sirven para lavar, pero el nuestro lava mejor"¹⁷; la comparación publicitaria de géneros de mercancía en la que se compara el jabón con el detergente¹⁸ y el denominado "recurso de la marca X" como es el caso de los conocidos anuncios de señoras que lavan ropa y confrontan los resultados del

13. Expresiones que se limitan a manifestar una opinión del anunciante, la cual no es susceptible de comprobación puesto que no se menciona ningún hecho o circunstancia concreta. En ellos se vierte una opinión puramente personal que no puede ser objeto de verificación. Carlos Lema Devesa, **La publicidad de tono excluyente**, Madrid, Editorial Montecorvo, 1980, pp. 82-96 y 366-376.
14. Se la conoce como "charlatanería", "reklamehafte ubertreibung" o "puffing". Se sustenta en el deseo de una empresa por superar la mercancía o servicios de su competidor pero, a su vez, no manifiesta con exactitud cuáles son las ventajas de la prestación que ofrece en el mercado. Consiste en toda alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 109-112 y 387-388.
15. En esta modalidad publicitaria el anunciante no manifiesta una posición de superioridad con respecto a sus competidores. Tan sólo señala que pertenece a un grupo privilegiado dentro del círculo empresarial. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 138-149 y 407-414.
16. Conocida como "alleinstellungswerbung" o "advertising of an exclusionary tone". Es toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan una posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 186-206 y 474-489.
17. Son aquellas expresiones en las que se manifiesta directamente la existencia de un competidor innominado y se invita a comparar los bienes y servicios del anunciante con los del competidor. J.J. Boddewyn & Katherin Marton, **Comparison Advertising - A worldwide Study**, New York, Hasting House Publishers, 1978, p. 5.
18. Es una figura muy similar a la comparación publicitaria de sistemas económicos, con la diferencia que en lugar de contraponer los sistemas, se confrontan géneros de productos; esto es, aquellos casos en los que se enfrentan publicitariamente dos tipos o clases de mercancías. En la comparación de sistemas se contraponen mediante formulaciones generales diversos sistemas o posibilidades abstractas de índole técnico o económico, mostrándose las ventajas o inconvenientes de los sistemas o posibilidades confrontados. De otro lado, se caracteriza porque en la misma no se hace alusión ni a un competidor o grupo de competidores, ni a las mercancías o servicios de los mismos. Luis José Díez Canseco Núñez, **La publicidad comparativa**, Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 63. Carlos Fernández Novoa, **La Comparación publicitaria de sistemas económicos**, 1 ADI 7 (1974).

producto con la marca anunciada en relación con una marca innominada¹⁹.

En el segundo, se hace referencia a la publicidad comparativa en sentido estricto, la cual puede definirse como toda alegación publicitaria en la que de manera veraz y objetiva se confronta expresamente características específicas de los productos o servicios del anunciante con los de sus competidores. En ese caso las marcas de los detergentes aparecerían en el anuncio.

LA ADMISIBILIDAD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

La admisibilidad de la publicidad comparativa es uno de los temas más polémicos dentro del Derecho de la publicidad y la disciplina jurídica que tiene por objeto reprimir la competencia desleal. Al tiempo que un autor esgrime un argumento, aparece otro para rebatirlo. El tema es, tal como se ha manifestado, uno de aquellos que posee una misteriosa fascinación²⁰. Y esto es evidente puesto que la publicidad comparativa es el caso límite en lo que respecta a las alegaciones publicitarias dado que pone a prueba nociones tan importantes como la libertad de expresión, el derecho de exclusividad sobre una marca, el derecho que tienen los consumidores a ser informados y, particularmente, la misma noción de libertad de competencia. La diversidad de argumentos guardan relación con los antitéticos pero a la vez complementarios intereses que se pretenden tutelar²¹ y ellos pueden agruparse con base en los elementos o sujetos que integran el sistema de mercado; esto es el sistema económico como abstracción, el empresario y el público de los consumidores.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL SISTEMA ECONOMICO

En lo que respecta al sistema económico como abstracción, los argumentos inciden prioritariamente en la actividad económica entendida como una generalidad. Por ello se debe reconocer que la publicidad está en aptitud de falsear las reglas de la competencia (que se debe sustentar en la calidad y el precio) a la vez que la exacerba en la medida que incrementa la lucha por el mercado.

En un sistema competitivo y de producción industrial en masa, la competencia se encona unilateralmente entre los empresarios. El propio sistema impone inevitablemente una doble necesidad y consecuencia. En primer lugar, se requiere crear en el ánimo del consumidor un deseo ilimitado de consumir aún más allá de sus propias necesidades reales. En segundo lugar, la misma saturación de bienes o mercancías, impulsa a los empresarios a una lucha cada vez más agresiva. Por ello, además de los métodos publicitarios tradicionales que apuntan a expresar las bondades del producto, se apela a diversos mecanismos de mercadotecnia tales como las ventas con prima o regalo; las ofertas, descuentos o rebajas; las ventas en pirámide o en cadena; y los concursos por citar algunos ejemplos. En ellos la decisión de compra no se origina en la evaluación que hace el consumidor de la oferta, sino en el elemento aleatorio aparejado a la venta. No es la calidad ni el precio lo que adquiere primacía, sino el regalo, la posibilidad de obtener un bien de mayor valor, la certeza de un descuento, lo que influirá decisivamente en el consumidor. Debido a ello, estas prácticas de mercadotecnia no sólo pueden constituir actos de competencia desleal, sino que violan la libertad de ejercicio económico de los consumidores e, incluso, manifiestan un elemento perturbador en la formación de la voluntad de éstos, al verse presionados o sujetos a una coerción psicológica de compra²².

La publicidad comparativa, en cambio, elimina todos aquellos elementos aleatorios a la calidad y el precio. En la medida que pretende contraponer una ventaja con otra, un efecto con otro, la competencia retorna a su cauce normal y la lucha por el mercado adquiere nuevamente su teórica pureza. Empero, también puede significar la rápida eliminación de un producto del mercado dado que al resaltar sus inconvenientes puede perder el favor del público. En este sentido, la publicidad comparativa puede contribuir, más que ninguna otra modalidad promocional, a la eliminación de la competencia y a la instauración de empresas con posiciones dominantes.

Por todo ello la publicidad comparativa promueve el incremento en la calidad y la innovación de los productos, además de la reducción en los precios de los mismos, con lo cual se impulsa el desarrollo económico.

19. Mediante la comparación que recurre a la "marca X", el anunciante contrapone la propia oferta con la del competidor; esforzándose en este proceso por demostrar las diferencias que existen con las mercancías o servicios del competidor, aunque dicho competidor o competidores no son identificados expresamente. *Ibidem*, pp. 62-8.
20. Carlos Fernández Novoa, *La publicidad comparativa*, 4 ADI 25, 37 (1977).
21. Antitéticos en la medida que los consumidores, los empresarios y el sistema económico (expresado en el Estado), asumen una identidad propia y tratan de apuntalar sus propios intereses. Son complementarios en la medida que ninguno de ellos existe sin el otro. Sobre el tema de los intereses que tutela la disciplina jurídica de la represión de la competencia desleal, ver: Aurelio Menéndez, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988. Dicho autor describe, a propósito de la evolución de la disciplina, la manera cómo han ido variando los intereses que la tutelan.
22. Gerhard Schricker, *Unfair Competition and Consumer Protection - New Developments*, 8 IIC 185, 200-1 (1977).

co y, en general, a la competencia²³. Del mismo modo permite que las pequeñas o nuevas empresas que comparan sus productos con los de las más antiguas o conocidas, perforan el monopolio que poseen estas últimas, lo que a su vez impulsa un mayor acceso al mercado²⁴. También se afirma que es un modo de proteger a la pequeña empresa frente a las campañas publicitarias de gran envergadura que puedan destruirlas²⁵. Por último, se ha señalado que la publicidad comparativa estimula una adecuada inversión de los recursos económicos de la sociedad dado que elimina el gasto que se hace en publicidad sugestiva y en promociones de venta²⁶.

Desde otro punto de vista se ha afirmado que esta clase de publicidad permite que el anunciante llame la atención sobre las cualidades que ya no poseen los productos comparados, lo cual inhibe la mejora de los productos²⁷. Es también uno de los tantos medios de venta que se sustentan en los deméritos ajenos por oposición de los méritos propios, lo cual impulsa a una competencia en sentido negativo²⁸. Adicionalmente, se ha afirmado que la publicidad comparativa tiende a disminuir la competencia dado que las empresas más pequeñas no tienen un presupuesto lo suficientemente grande como para responder a los ataques de las más grandes²⁹.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON LA EMPRESA

En cuanto a los argumentos que se sustentan en el interés del empresario, la discusión gira alrededor

de los intereses que subyacen a su actuación en el mercado. A diferencia de los argumentos vinculados con la actividad económica, en este caso están ligados con las particulares inquietudes de la empresa. Por ello la preocupación debe responder a cómo la publicidad comparativa genera perjuicios a la empresa y, particularmente, a los elementos sobre los que es titular. El primero de los casos se vincula con la reputación de la empresa. El segundo con la marca u otros símbolos de identificación.

En cuanto a la reputación de la empresa se ha dicho que la publicidad comparativa interfiere con el honor, la reputación comercial, el crédito o la subsistencia de la empresa en el mercado³⁰. Del mismo modo que el empresario tiene derecho a que su nombre o el de sus productos no sean mencionados por su rival -incluso cuando se dice la verdad-, lo que se traduce en el derecho al anonimato y a que no se agreda su esfera privada³¹. También se ha manifestado que una empresa de menor prestigio podría equipararse con otra de mayor jerarquía puesto que al comparar siempre se aprovecha de la reputación de ésta para resaltar los méritos de aquélla³². Igualmente se ha señalado que detrás de esta clase de anuncios existe la intención de predisponer al competidor y que, por más que se establezcan reglas muy severas sobre lo que se pueda o no manifestar, siempre subyace la denigración y dudas sobre la veracidad y lealtad de los mismos³³. Por último, se ha resaltado que la publicidad comparativa, aunque pueda ser literalmente cierta, realmente no lo es en lo

23. Jerome G. Lee, **Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising**, 71 TMR 620, 621 (1981). **Federal Trade Commission Policy Statement** (en publicidad comparativa), August 13, 1979, 48 USLW 2136. Boddewyn & Marton, **Op. Cit.**, pp. 71-2. Ulf Bernitz & John Draper, **Consumer Protection in Sweden. Legislation, Institutions and Practice**, 2da. Ed., Stockholm, Institutet for Immaterialratt och Marknadsratt, 1981, p. 151. **British Code of Advertising Practice**, Sexta Edición, Abril 1979, Gran Bretaña, Sección 11, pp. 21-2. **Independent Broadcasting Authority**, Gran Bretaña, Mayo de 1981, Sección 20, p. 5. Maurizio Fusi, **Sul Problema della Pubblicità Comparativa**, XXIX RDI 105, 129 (1980).
24. Boddewyn & Marton, **Op. Cit.**, p. 103.
25. Introducción al número dedicado a la publicidad comparativa. 67 TMR 351, 352 (1977).
26. Nancy Griewe, **Antidilution Statutes: A new attack on Comparative advertising**, 72 TMR 178, 198 (1982).
27. Albert Robin & Howard Barnaby, **Comparative Advertising: A Skeptical View**, 67 TMR 358, 365 (1977).
28. Jerome G. Lee, **Op. Cit.**, p. 621.
29. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 364.
30. Gerhard Schricker, **Offentliche Kritik an Gewerblichen Erzeugnissen und Beruflichen Leistungen**, Sonderdruck aus Archiv fur di Civilistische Praxis, 172, Band 2-3, pp. 2-3, Tubingen, Junio de 1972. Werner Janssen, **Recent Legal Developments Abroad in Comparative Advertising**, 69 TMR 397, 429 (1979). Stephen Nye, **In Defense of truthful comparative advertising**, 67 TMR 353, 354 (1977). (Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 361. Stewart E. Sterk, **The Law of Comparative Advertising: How much worse is better than great**, 76 Columbia Law Review 80, 82-90 (1976).
31. Gerhard Schricker, **Offentliche Kritik...**, p. 203. Louis Frédericq, **Traite de Droit Commercial Belge**, T.II, P. 163. Carlos Fernández Novoa, **La publicidad...**, p. 38.
32. J. Joseph, **La publicidad comparativa**, Ponencia en la Conferencia sobre Marcas en la Comunidad Económica Europea, Londres, 8-9 de marzo de 1979. Presentación al número dedicado a la publicidad comparativa, 67 TMR 651, 652 (1977). David I.C. Thomson, **Problems of proof in false comparative product advertising: How gullible is the consumer**, 72 TMR 385, 387 nota 11 (1982).
33. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 469. Report from the Canadian Bar Association. Special Committee on Comparative Advertising. Marzo 20, 1974, pp. 86-87.

que respecta a su contenido, debido a que ha sido ideada por una persona que sólo tiene interés por enfatizar las fallas del competidor. Por ello, la figura puede ser encuadrada dentro de la denominada "competencia obstruccionista", que es aquélla en la que se formulan juicios negativos sobre la oferta de uno o varios competidores³⁴.

En sentido contrario, se argumenta que en el ámbito de la competencia, una empresa no ocupa una posición inatacable puesto que debe someterse a la crítica dado que ello es parte de las reglas normales de la lucha por el mercado³⁵. Del mismo modo se ha señalado que debido a que la actividad económica no se desarrolla en secreto, las empresas no buscan el anonimato. Por el contrario pretenden la popularidad, lo cual hace que la competencia no sea un asunto privado, sino que afecta a los intereses de la comunidad. En este sentido, el derecho al anonimato desaparece cuando el empresario hace acto de presencia en la lucha concurrencial³⁶. Adicionalmente se afirma que las comparaciones no significan denigración puesto que tan sólo ponen de relieve el derecho de crítica³⁷. Por último se ha puesto de relieve que mediante la publicidad comparativa los empresarios están en situación de difundir más claramente las características de sus productos, lo cual permite que los mismos ingresen rápidamente al mercado³⁸.

En lo que concierne a los argumentos vinculados con el derecho de exclusiva sobre una marca, el debate gira en torno a los alcances del mismo. En otras palabras, consiste en determinar si el derecho de exclusiva confiere al titular de la marca la facultad de prohibir que terceros la utilicen en sus propios anuncios. Sobre el particular se ha argumentado que el propietario de una marca está expuesto a un "riesgo sin garantía" si es que sus competidores tienen la posibilidad de utilizarla en el momento y en la forma que deseen³⁹. Del mismo modo se ha dicho

que una empresa no tiene por qué tolerar que las marcas de sus productos sean mencionadas en la publicidad de sus competidores con el propósito de ensalzar o enaltecer los propios⁴⁰. Del mismo modo que puede generar un deterioro en el "goodwill" del competidor puesto que constituye una apropiación de los frutos de la empresa que se ha esforzado en mejorar la imagen de su marca⁴¹. También que entre otras funciones, la marca sirve para identificar el origen del producto y no la calidad del mismo; por lo que, de variar esta última, puede ocurrir que los consumidores sigan asociando la marca con una calidad anterior⁴². Finalmente se ha dicho que debido al proceso de asociación de imágenes, la publicidad comparativa diluye el poder de venta que posee la marca comparada, dado que encumbra la imagen de la marca que se anuncia⁴³.

Contrariamente se ha afirmado que la publicidad comparativa puede romper el "hipnotismo" de una marca difundida constantemente mediante la publicidad y que el público asocia con un producto que cree que es de mejor calidad⁴⁴. También permite un rápido conocimiento de la marca⁴⁵, además de que no genera confusión puesto que no se enfrentan marcas sino productos. En este sentido quien realiza la publicidad comparativa no le interesa en absoluto promover la confusión. Por el contrario, su intención consiste en distinguir un producto de otro para luego manifestar que uno es mejor o tan bueno como el otro; por ello se afirma que de existir confusión, la comparación sería imposible⁴⁶.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL CONSUMIDOR

Un tercer grupo de argumentos se vincula con los intereses del consumidor. Parten de la hipótesis de que los consumidores tienen escasos conocimientos del mercado, de allí que, al impulsar las comparaciones se estaría brindando más información sobre las

34. Carlos Fernández Novoa, *La publicidad...*, p. 40.

35. *Ibidem*, p. 39.

36. *Loc. Cit.*

37. Maurizio Fusi, *Op. Cit.*, pp. 111 y ss.

38. David I.C. Thomson, *Op. Cit.*, p. 401.

39. Report from the Canadian Bar Association, p. 86.

40. Argumento conocido como "Hellogoldmotiv". La doctrina se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo del Reich de 6 de octubre de 1931. Reichsgericht, 6-10-1931, Hellogold, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1931, 1299 (1311). Juristische Wochenschrift, 1931, pp. 339 y ss.

41. Robin & Barnaby, *Op. Cit.*, p. 361.

42. *Ibidem*, p. 365.

43. Nancy Griewe, *Op. Cit.*, pp. 187-9.

44. Stephen Nye, *Op. Cit.*, pp. 356-7.

45. David Thomson, *Op. Cit.*, p. 401.

46. Stephen Nye, *Op. Cit.*, pp. 353-4.

opciones que ellos tienen. En otras palabras, generar una mayor transparencia en el mercado⁴⁷.

Como argumentos a favor se ha señalado que los consumidores están en una mejor situación para juzgar los méritos de los productos y, por lo tanto, hacer una adecuada decisión de compra⁴⁸. Está ligado al derecho a desarrollar la personalidad, obtener una mejor educación y a la libertad de opinión⁴⁹. Es la mejor manera de evitar la publicidad engañosa que se manifiesta a través de comparaciones encubiertas o prohibidas⁵⁰. Existe interés público por la diseminación de información indispensable para lograr inteligentes y bien formadas decisiones de compra⁵¹. Permite una adecuada distribución de los ingresos de la sociedad⁵². Argumento adicional es el que destaca que el consumidor se ve favorecido en la medida que permite el ingreso al mercado de productos de mejor calidad o a menor costo⁵³, además de que expande las posibilidades para escoger⁵⁴. Por último, se ha puesto de relieve que al introducir un nuevo producto al mercado, el consumidor debe pagar el precio de tal publicidad, motivo por el cual no sería justo que pague un mayor precio por un producto igual al que ya existe⁵⁵.

En cuanto a los argumentos en contra se ha dicho que el consumidor debe hacer sus propios juicios⁵⁶. Por más que la publicidad comparativa sea veraz, nunca cumplirá con el mentado propósito de servir a los intereses de los consumidores puesto que siempre brindará un cuadro comparativo incompleto. Así, invariablemente los anunciantes señalan las ventajas del producto anunciado y ninguna de las bondades

del competidor. En definitiva, como la publicidad comparativa no es neutra, serían renuentes a mencionar aspectos desfavorables de sus propios productos⁵⁷. Crea el riesgo de generar más confusión puesto que los datos de unos productos se aplican a otros, de tal forma que los consumidores asocian las afirmaciones vertidas respecto de unos con los del otro⁵⁸. El público puede recordar la publicidad pero a la vez olvida cuál fue el producto anunciado y cuál el comparado⁵⁹, además de que pueden devenir escépticos en relación con los resultados de la comparación⁶⁰. Si el público adquiere un producto con base en la afirmación de que es bueno o mejor que el comparado y, luego, al probarlo, se ve defraudado, puede descargar tal impresión en ambos productos⁶¹. Por último, no es ni menor ni más informativa que la publicidad no comparativa. En todo caso, las encuestas podrían cumplir dicha función⁶².

EVALUACION DE LOS ARGUMENTOS

Una evaluación general de los argumentos ratifica lo expresado al inicio del presente acápite en el sentido de que son antitéticos. Empero, y a manera de resumen se puede afirmar que la publicidad comparativa redunde en favor de la actividad económica, del empresariado y del consumidor respectivamente. En lo que respecta a lo primero, impulsa la competencia y a sus subproductos. Esto es, el avance tecnológico, el incremento en la calidad de los bienes y servicios, la reducción o permanencia de los precios, etc. En relación con lo segundo, los empresarios tienen posibilidades adicionales de difundir más claramente su oferta y generar una rápida entrada de los

47. Carlos Santagata, **Concorrenza Sleale e Trasparenza del Mercato**, Padova, CEDAM, 1979.
48. Memorando explicativo remitido al Consejo de las Comunidades Europeas en torno al Proyecto de Directrices sobre Publicidad Engañosa y Desleal, 1 de mayo de 1978. Antoine Pirovano, **Publicité comparative et Protection des Consommateurs**, Paris, Recueil Dalloz-Sirey, 1974 (Chronique), pp. 279-86. Board of Directors of the American Association of Advertising Agencies, **Policy Statement and Guidelines for Comparative Advertising**, Abril 1974. Ulf Bernitz & John Draper, **Op. Cit.**, pp. 150-1.
49. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 492.
50. **Loc. Cit.**
51. Nancy Griewe, **Op. Cit.**, pp. 190-1.
52. **Loc. Cit.**
53. **Ibidem.**, p. 112.
54. **Ibidem.**, p. 122.
55. Stephen Nye, **Op. Cit.**, p. 356.
56. Werner Janssen, **Op. Cit.**, pp. 492-3, con cita en 246.
57. **Ibidem.**, pp. 493-4. con Notas 67 y 251 en el mismo.
58. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 362.
59. **Loc. Cit.**
60. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 427.
61. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 365.
62. William M. Pride, Charles Lamb & Barbara Pletcher, **The Informativeness of Comparative Advertisements: An Empirical Investigation**, 8 Journal of Advertising 29, 35 (1979). Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 429 con nota 193.

productos o servicios en el mercado. Si bien cabe destacar que aparecen problemas en lo que respecta a la noción de exclusividad de una marca, no se estará atentando contra sus principios ordenadores, en la medida que la publicidad se lleve a cabo con base en los requisitos que se analizarán a continuación. En tercer lugar, se destaca el hecho de que los consumidores podrán efectuar decisiones de compra más racionales y verán que se instrumenta su derecho a la información.

Ahora bien, si a pesar de lo expuesto aún se persiste en una posición contraria a la admisibilidad de la publicidad comparativa, se puede afirmar que frente a una situación en la que el interés privado entra en conflicto con el de la colectividad, el interés de la segunda es el que debe primar. En todo caso, el debate queda abierto.

PRESUPUESTO DE LICITUD

A pesar de que los argumentos anteriores se manifiestan en favor de la comparación, ello no basta para que la figura sea lícita en toda la extensión del concepto. Si no se establecieran límites en la forma de presupuestos, todos aquellos razonamientos a favor quedarían diluidos y, contrariamente, los que están en su contra se verían plenamente justificados. En este sentido, si en el ejemplo del detergente se dieran a conocer características inexistentes o no se mencionaran las otras marcas, se estaría desvirtuando la mentada transparencia del mercado, el consumidor no sería informado y el empresario vería reducida su clientela. Por ello, la ausencia de límites haría que la publicidad comparativa violente los intereses por los que precisamente es admitida.

Los referidos requisitos pueden agruparse en dos categorías que, a su vez, contienen dos subcatego-

rías respectivamente. Así, se puede hacer referencia a los requisitos generales, dentro de los que se nota la lealtad y la veracidad. También se habla de los requisitos específicos, dentro de los que se señala que la publicidad comparativa debe versar sobre datos específicos y comprobables⁶³.

En relación con los requisitos generales, la lealtad es una de los más difíciles de determinar. Lo que era desleal hace unos años, hoy puede ser lo contrario. Lo que en una comunidad aparece como contrario a las buenas costumbres comerciales, puede que en otra no ocurra lo mismo. En la disciplina de la represión de la competencia desleal es sumamente difícil sino imposible determinar taxativamente los supuestos de deslealtad, de allí que ella se sustente en una cláusula general prohibitiva que apela a enunciados genéricos tales como las buenas costumbres, los usos honestos o la buena fe o cualquier otra formulación genérica que permita adecuar el caso concreto al tiempo y al espacio⁶⁴. Conceptualmente es muy cercana a la disciplina del abuso del derecho y se expresa también en el ilícito extracontractual. En todo caso, la doctrina y la legislación comparada han consagrado universalmente algunos supuestos típicos de deslealtad. Uno de ellos apunta a que la configuración del anuncio comparativo no debe contener una denigración⁶⁵ o que su tono sea apto para degradar el producto o servicio de la competencia. Por ello se considerará desleal si es que aparecen comentarios de naturaleza personal que no estén vinculados con el negocio⁶⁶; si son exageradamente críticos⁶⁷; si se mencionan exclusivamente las desventajas y especialmente los riesgos del producto del competidor⁶⁸; si se formulan imputaciones o si se difama⁶⁹; si se apela a las emociones⁷⁰ o; si se hacen evaluaciones subjetivas⁷¹.

En lo que respecta al engaño, la publicidad com-

63. El razonamiento se inspira en el artículo 5 del Proyecto de Directrices de la Comunidad Económica Europea sobre Publicidad Engañosa y Desleal, el que reúne magistralmente los presupuestos que deben converger para que un anuncio comparativo pueda considerarse lícito. El texto, en su versión de 1979, es el siguiente: "Sin perjuicio de las leyes... que regulan el uso de marcas, la publicidad comparativa es lícita cuando compara datos esenciales y comprobables y no es engañosa ni desleal". Journal Officiel C194/3, 1 de agosto de 1979. **Memorandum to a Concept-directive concerning Misleading an Unfair Advertising**, March 1, 1978. O.J C70/4, March 3, 1978. El tema de la publicidad comparativa no fué incorporado explícitamente en el texto de la Directiva de la CEE. Se dejó a la discreción de cada uno de los Estados Miembros la regulación sobre la materia. Directiva del Consejo 85/450/CEE. D.O. 1984. L250/17 de 10 de setiembre de 1984.

64. Juan Ignacio Font Galán, **Constitución Económica y Derecho de la Competencia**, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 186 y ss. Eduardo Bonasi Benucci, **Atto Illecito e Concorrenza Sleale**, Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, pp. 563-601. Neil W. Aweritt, **The meaning of Unfair Methods of Competition in Section 5 of the Federal Trade Commission Act**, 21 Boston College Law Review 227 (1980).

65. Carlos Santagata, **Op. Cit.**, pp. 25-76. Donde se desarrolla extensamente el tema de la represión de la denigración.

66. Anuario de la AIPPI, 1969/III, p. 337.8.

67. Werner Janssen, **Some Foreign...**, p. 496.

68. Ley de Protección al Consumidor de Venezuela de 1974. Artículo 5.

69. México. Reglamento de Publicidad para Bebidas, Alimentos y Medicamentos de 17 de diciembre de 1974. Artículo 24.

70. Bernard Franq, **Rapport International on Question N° 1, Publicité Comparativ**, 25 Congreso de la LICCD, P. 110.

71. **Loc. Cit.**

parativa no debe contener alegación falsa o, expresado en sentido positivo, debe ser veraz. Esta noción está vinculada con el principio de veracidad publicitaria, el mismo que ha cobrado gran importancia dentro de la esfera de la protección al consumidor, máxime si es que uno de los argumentos principales en favor de esta modalidad publicitaria es precisamente que sea informativa⁷². Ahora bien, la determinación del engaño o falsedad de un anuncio es sumamente complejo y esto se debe a que al lado de manifestaciones publicitarias que son concreta e inequívocamente falsas, tales como las que atribuyen a una empresa, mercancías o servicios características o cualidades que no poseen, aparece un cúmulo de anuncios que son contrarios a la verdad en la medida del caso particular. Así por ejemplo, se dan casos en que la probanza se logra únicamente mediante criterios subjetivos (El detergente con el mejor aroma residual). Lo mismo ocurriría con las afirmaciones con hechos objetivamente comprobables pero de difícil probanza (La limpieza de Roma). Por último, aquellas alegaciones que se sustentan en creencias o en opiniones de terceros y que favorecen al anunciante (Nueve de cada diez estrellas de cine prefieren el detergente X).

Como se puede apreciar, la noción de engaño es tan genérica como la de la deslealtad. Sin embargo, se puede afirmar que el engaño estribaría en que los datos que se presenten en el anuncio induzcan a error debido a que son parcialmente ciertos. Del mismo modo, no se debe silenciar datos o brindar información parcialmente exacta. Por último, la totalidad del anuncio debe estructurarse de forma tal que no se deformen los hechos, como sería el caso de una manipulación de estadísticas.

En lo que respecta a los requisitos específicos, se tiene que destacar dos de ellos. De un lado, que la publicidad comparativa debe versar sobre datos esenciales. De otro lado, que tales datos sean comprobables.

En relación con los datos esenciales, este requisito se inspira en el argumento de información al consumidor. En otras palabras, se destaca que la publicidad comparativa debe ser esencialmente informativa

y que, por lo tanto, sería contraproducente que el anunciante haga formulaciones genéricas sin ningún sustento, como sería el caso de un anuncio que diga: "El Detergente X es mejor que el Y". Si bien el detergente X puede ser superior al Y, con lo cual se cumple con el requisito de veracidad; si bien puede que la conformación del anuncio no denigre, con lo que se cumple con el requisito de lealtad; en este caso concreto no se ha brindando ninguna información esencial que permita al consumidor realizar una elección de compra más racional.

Según lo expuesto, lo esencial significa que los datos o información que brinda el anuncio comparativo deben versar sobre datos concretos y nos accidentales⁷³; deben ser relevantes a efectos de la determinación de las características y circunscrito a especificaciones sobre la calidad y componentes de los productos⁷⁴. Además, debe ser significativa en términos del valor y utilidad del producto⁷⁵. Por último, deben ser mensurables⁷⁶. Contrariamente, las comparaciones no pueden sustentarse en ambigüedades ni en insinuaciones puesto que deformarían el propósito para la que se destina⁷⁷. Ella debe hacerse de la manera más sencilla posible, además de ser lo más exacta que se pueda, esto es característica frente a característica, dimensión frente a dimensión o, en líneas generales, una demostración lado a lado⁷⁸.

En cuanto a los datos comprobables, este requisito se vincula con el de veracidad. Debido a ello la comprobación apunta a que, por ejemplo, cuando se habla de la eficacia del detergente, la afirmación se sustente en una evaluación científica de primerísima calidad, la misma que debe ser efectuada con antelación. Esto es, que la comparación no se base en la creencia del anunciante, sino en la certeza de la ocurrencia. Del mismo modo, la evaluación debe ser llevada a cabo por una organización científica imparcial o, en todo caso, siguiendo un método objetivo que permita descubrir las diferencias que se pretende resaltar⁷⁹. En esta hipótesis no se trata de prejuzgar o forzar una conclusión. Por el contrario, la metodología debe ser lo suficientemente clara e inequívoca como para que un tercero llegue a una conclusión similar a la de quien hizo el análisis original.

72. En torno a la noción de engaño ver: Carlos Lema Devesa, **La Regulación de la publicidad engañosa y desleal en el marco de la CEE**, 4 ADI 601, 606 (1977). Del mismo autor, **En torno a la publicidad engañosa**, 4 ADI 293, 298 (1977). Milton Handler, **False and Misleading Advertising**, 39 Yale Law Journal 22 (1929).

73. Carlos Fernández Novoa, **La Publicidad...**, p. 57.

74. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 496.

75. Jerome G. Lee, **Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising**, 71 TMR 620, 638 (1981).

76. **Loc. Cit.**

77. Werner Janssen, **Recent Legal Developments Abroad in Comparative Advertising**, 69 TMR 397 (1979).

78. **NBC Guidelines on Comparative Advertising**. Enero 16, 1974. Sección 5.

79. Werner Janssen, **Some foreign...**, p. 496. **Guidelines of the American Association of Advertising Agencies (4A)**, Section 6. Igualmente: Federal Trade Commission, **Staff Report on Comparative Performance Information**, HF 5415.2. U5F4.C2, September 1981.

NOTARIO PUBLICO

J. ANTONIO DEL POZO V.

ABOGADO

Horario de Atención

Invierno: 9 am. – 1 pm.
 2 pm. – 5.30 pm.
Verano : 8.30 am. – 12.30 pm.
 1.30 pm. – 4.30 pm.

Las Begonias 656 Of. 29 "A" S. Isidro

Telf: 422120, 408128, 420181

Fax 427232

DERECHO COMPARADO, más allá de la teoría o del método: una alternativa

René Ortiz Caballero

Profesor Asociado de la PUC.

La disciplina comparatista no es nueva en el Derecho y nunca se propuso ser un camino alternativo. Fue la propia dogmática jurídica, con su autosuficiencia, la que negó posibilidades al Derecho Comparado si pretendía ser algo más que aquella mera confrontación de textos legales a la luz de la ciencia jurídica del lector, i.e., **legislación comparada**.

Comparación de leyes y no de sistemas, de opciones políticas convertidas en norma y no de principios jurídicos informantes fueron las modestas vías asignadas a la disciplina comparatista. De ellas procedían frutos inciertos que hoy denunciamos como "leyes importadas", pues éstas eran dechados de racionalidad, carentes de viabilidad social, y fueron las que, como resultado de ese examen superficial que era la legislación comparada, causaban frustración en todos menos en el legislador.

Lo peor es que su dudoso mérito sigue encandilando las tesis universitarias, las cuales no reparan en agolpar normas procedentes de todo el orbe sobre el instituto subestudio, sin más nexo que el compilador ni más justificación que versar aparentemente sobre un mismo hecho social relevante para el Derecho.

La legislación comparada no se merece ese prestigio, pues es fuente abundante de conocimiento e ilustración del legislador cuando se la identifica como una especie del Derecho Comparado. Por eso hoy día no se habla ya de legislación comparada sino de Derecho Comparado, aludiendo a un trabajo que considera lo jurídico mucho más allá de normas y tribunales. Sin embargo, este cambio en la nomenclatura comporta un peligro grave: esconder tras la fachada amplia y luminosa del Derecho Comparado el

estrecho y oscuro sendero asignado a la legislación comparada tradicionalmente. Esto me mueve a compartir lo que la doctrina comparatista estima de sí misma, a fin de deslindar el trabajo comparativo del meramente exegético, con vistas a poner el Derecho Comparado en el lugar que le corresponde, esto es, por encima de las dogmáticas jurídicas o, quizás, más modestamente, por entre ellas.

Vicisitudes del Derecho Comparado

El Derecho Comparado no es una rama del Derecho ni un método jurídico, si por lo primero nos referimos a un área temática cuya relevancia se comprueba al concretarse en un cuerpo normativo (legal, jurisprudencial o consuetudinario) identificable y, por ende, separable de los demás campos normativos que forman el Derecho; y si por lo segundo queremos indicar un tipo de razonamiento que permite operar los cuerpos normativos y que se ha configurado al interior del Derecho, atendiendo a la naturaleza de éste, de modo tal que se le identifique como propiamente jurídico.

H.C. GUTTERIDGE² lamentaba ya este problema tiempo atrás y reclamaba que sólo se considerase al Derecho Comparado como un "método de estudio e investigación"; sin embargo, creemos que esta disciplina tiene un lugar más amplio en el Derecho -al punto de merecer, según algunos, el calificativo de rama del Derecho- y así lo viene renunciando la moderna doctrina comparatista.

El método comparativo

Según Littré, comparar es "examinar simultáneamente las semejanzas y diferencias"³ y esto supone

1. HURTADO POZO, José, *La ley 'importada'*. Lima, CEDYS, 1979.

2. *El Derecho Comparado*. Barcelona, Rafaél Salvá, 1954, p. 9.

3. En: DUVERGER, Maurice, *Métodos de las Ciencias Sociales*. Barcelona, Ariel, 1974, p. 412.

que los objetos a comparar no sean absolutamente iguales ni totalmente diferentes. Por ejemplo, la noción de contrato consensual que conocemos debería encontrar una categoría análoga en el **Common Law**: el **contract**. Mas, si nos avocamos a esta labor, tropezaríamos con el peligro advertido por DUVERGER⁴ respecto de este método, consistente en realizar comparaciones artificiales, basadas en la deformación de los objetos cotejados. Así, en la materia contractual anotada podríamos sostener que la **consideration** del **contract** es la "causa" del "contrato", lo cual es cierto sólo parcialmente y, en definitiva, totalmente insuficiente para explicar las respectivas materias contractuales.

Para superar este escollo es preciso entender que la comparación supone la preconcepción de una teoría que englobe a los objetos subestudio y proponga una estructura análoga para ambos; a partir de ella la comparación podrá adoptar dos derroteros, el del método próximo y el del remoto. Por el primero se asume como materia de estudio a dos objetos básicamente parecidos y como finalidad del método el detectar las diferencias existentes entre ellos. Esta forma es la que se ha empleado generalmente en la antigua legislación comparada y en todo el Derecho Comparado, al punto de considerársele el único método válido.

La Escuela de Cambridge adopta el método próximo en uno de sus postulados, al sostener que "sólo cabe la aplicación del método comparado en el caso de países pertenecientes a una misma civilización y que han alcanzado un grado equivalente de desarrollo económico, social y político"⁵. GUTTERIDGE, dentro de esta escuela, empleaba similares términos y añadía que "pueden haber instituciones perfectamente diferenciadas en el tiempo que ofrezcan **bastantes similitudes** para hacer que la comparación sea fructífera y valiosa" (subrayado nuestro)⁶. La similitud era, pues, indispensable.

Frente al método próximo o, más exactamente, en oposición a esta vía tenemos el método remoto, el cual supone objetos de estudio básicamente diferentes, respecto de los cuales se quiere hallar las semejanzas. DUVERGER niega que sea propiamente un método por su falta de rigurosidad ante la ausencia de una teoría englobante y, más bien, lo define como una "actitud del espíritu", atenta a establecer analo-

gías y encontrar semejanzas, útil para investigar hipótesis, ideas y para ensanchar la perspectiva del investigador⁷.

Si adoptáramos el método comparativo próximo, la comparación de los contratos debería realizarse, indudablemente, entre países que compartan muchos puntos en común; mas, al arribar a este tópico, cabe preguntarse en qué clase de semejanzas debemos reparar. ¿Se trata acaso de similitudes sociales y económicas, como las que existen entre Francia e Inglaterra, ambas con un mayor desarrollo relativo pero con sistemas jurídicos reconocidamente diferentes, o en realidad, podemos comparar los sistemas jurídicos francés y haitiano que -como anotaba L. Friedman- tienen en común sólo el idioma y el Derecho?

Aparentemente, el método próximo no es suficiente para responder esta pregunta; en todo caso, alineándonos con él deberíamos responder que exige una correspondencia en todos los planos. Frente a este criterio, que estimamos restrictivo para las posibilidades del Derecho Comparado, creemos que conviene plantear una teoría, lo bastante amplia como para que admita dos objetos básicamente diferentes, a los cuales poder aplicar el método remoto (el de la búsqueda de similitudes).

La comparación, en este sentido, requiere, en nuestra opinión, de dos tareas previas. La primera es construir un marco conceptual de tendencia formal (conceptos-continentes) que establezca la base común. La segunda es describir los objetos en la forma más detallada posible de modo que, por un instante, pongamos el acento en lo peculiar a fin de identificarlo completamente. Sólo después de esta labor podría darse propiamente la comparación remota; sin embargo, si se releen las ideas previas se notará que la descripción de los objetos importa en cierto modo una comparación, desde que todo proceso cognoscitivo es una comparación entre "lo conocido" y "lo por conocer". La diferencia estriba en que esta tarea es fundamentalmente descriptiva, esto es, tiene como meta la elaboración de **proposiciones descriptivas**, mientras que la comparación que proponemos apunta a la obtención de **proposiciones explicativas**⁸.

Potenciar el Derecho Comparado y estimarlo apto para explicar, además de describir, exige referirnos a

4. Loc. cit.

5. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto, "Apuntes para el estudio comparado del Derecho". En: **Revista de Jurisprudencia Peruana** (Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1958), Setiembre, N° 176, p. 933.

6. Ob. cit., p. 119.

7. Ob. cit., pp. 420-422.

8. Mayor información sobre las posibilidades descriptivas y explicativas del Derecho Comparado la da J.H. MERRYMAN en su artículo "Fines, Objeto y Método del Derecho Comparado". En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** (México, Fuentes Impresores, 1976), Año IX, Ene-Ago, Nos. 25-26.

la base teórica que, como punto de partida, situará los objetos a comparar.

La base teórica, formal y común a los objetos a comparar, es la de una Teoría General del Derecho. Una teoría general contiene una serie de proposiciones explicativas no sobre objetos específicos de la realidad sino sobre el origen, la forma y el contenido de las teorías que explican dichas porciones de realidad. Así, por ejemplo, es parte de la realidad jurídica la norma que establece obligaciones recíprocas entre comprador y vendedor. Sobre ella es factible elaborar una teoría que, al describir el hecho propuesto, afirme que estamos ante un acuerdo de voluntades generador de un vínculo jurídico pleno, siempre que exista reciprocidad en las prestaciones; de no darse ese caso el acuerdo de voluntades no generaría dicho vínculo contractual sino otro diverso por naturaleza.

Estas referencias son proposiciones que pretenden explicar por qué surgen obligaciones entre comprador y vendedor, amparables por el Derecho; son, en definitiva, una teoría (sobre el contrato). Ahora bien, la teoría general se ocupará aquí de describir y explicar teorías como la precedente, es decir, intentará responder a las preguntas del cómo y del por qué sobre la teoría contractual. Es, pues, una "teoría sobre la teoría".

La familia jurídica

En este orden de ideas, no interesan las normas primarias (aquéllas que, según H.L.A. Hart, distribuyen derechos y obligaciones) por sí mismas, porque, importándonos escrutar lo jurídico, constatamos que "lo que tiene de 'jurídica' una norma primaria es que ella presupone, o evoca, lo que en este estudio hemos llamado el sistema (familia) jurídico"⁹.

Para ser más precisos, lo "jurídico", aquella base común demandada por cualquier trabajo juscomparatista, no se asienta en la superficie de las normas legales (o consuetudinarias o de cualquier otra fuente) sino en los estratos del sistema que, dándole mayor identidad, el mismo MERRYMAN llamara **tradición jurídica** y que definiera y distinguiera de los ordenamientos o sistemas nacionales en estos términos:

"... un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apro-

piadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural"¹⁰.

Hay consenso entre los comparatistas sobre la materia de fondo a estudiar pues, con ligeras variaciones, René DAVID¹¹ construyó una noción similar, a la que denominó "familia jurídica", la cual si bien no definió, sí identificó, por ejemplo, en la "conciencia que tenemos de la continuidad de nuestro Derecho" y en la posición del jurista norteamericano ROSCOE POUND según la cual "existe todo un conjunto de conceptos y métodos de investigación, así como también cierta concepción del mundo, de las relaciones sociales y de la justicia"¹².

Tradición o familia jurídicas son la gran base conceptual que, orientada hacia un sistema jurídico nacional, permitirá detectar los elementos que, en definitiva, le dan un carácter jurídico a las normas e instituciones concretas. De esta forma, una tradición jurídica en particular se identificará con la teoría común sobre la que se realiza la comparación próxima de dos conceptos, los cuales, en este caso, pertenecerán a esa familia escogida; así, sabremos, por ejemplo, que participan de una misma idea de norma jurídica o del rol del Derecho, o de la función de los jueces, por su pertenencia a una familia.

Adicionalmente, la tradición jurídica puede ser también el marco formal de conceptos que constituya el mapa que nos guiará hacia el tesoro de las analogías escondidas tras la hojarasca de diferencias que existe entre dos objetos jurídicos procedentes de dos tradiciones, esto es, una teoría para la comparación remota.

Gracias a este mapa, no tendremos la certeza ciega, o superficial, de que los objetos son distintos sino que sabremos, **verbi gratia**, por qué son diferentes los roles del juez latinoamericano de los del juez norteamericano, o, incluso, por qué se distingue entre dos objetos similares en apariencia y denominación como la "norma jurídica" nuestra y la anglosajona "**legal rule**". Establecidas las diferencias básicas -en ejercicio del método próximo, quizás- podremos buscar las similitudes ocultas tras la notoria divergencia.

En estos últimos casos, estudiar las tradiciones jurídicas implicará estudiar las diferencias aparente-

9. MERRYMAN, J.H., *op. cit.*, p. 78.

10. MERRYMAN, J.H., *La Tradición jurídica romano-canónica*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15.

11. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Aguilar, 1973, pp. 10 y 11.

12. *Ibid.*, p. 12.

mente sabidas, mera **doxa** en verdad, y convertirlas en un saber reflexivo, en **episteme**. Sólo así se podrá ingresar al método remoto con frutos. Únicamente de este modo tendrá sentido extraer las cercanías de entre las distancias habidas entre dos tradiciones.

Lograda así la viabilidad de una comparación remota como fruto de una teoría (general del Derecho), cabe preguntarse, en último término, el sentido de todo este esfuerzo. En realidad, los fines del Derecho Comparado han evolucionado rápidamente pasando de la búsqueda de un Derecho privado unificado en el mundo¹³ a la renovación y progreso

del derecho nacional¹⁴; en el presente, nos dirigimos a esta disciplina jurídica para situar el propio derecho nacional en el contexto del universo jurídico, en la medida en que se conozca a las distintas familias jurídicas, y, por sobre todo, a forjar una actitud comprensiva de otras mentalidades jurídicas facilitadora de las negociaciones internacionales, públicas y privadas, y remedio para más de un fracaso pasado:

"... asignamos al Derecho Comparado de nuestro tiempo una tarea diferente: la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista"¹⁵.

13. MACLEAN UGARTECHE, Roberto, "Método para el estudio comparado del Derecho". En: **Revista de Jurisprudencia Peruana** (Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana S.A., 1960), Agosto, N° 199. p. 875.

14. GUTTERIDGE, **ob. cit.**, p. 36.

15. DAVID, René, **ob. cit.**, p. 8.



**PRODUCIMOS
PETROLEO
PARA EL
DESARROLLO
DEL PERU**

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU
SUCURSAL DEL PERU**

Derecho Internacional y Derecho Aeronáutico: Repercusiones de la Invasión Iraquí de Kuwait en la Aeronáutica Civil

Dr. Juan Garland Combe

Embajador Representante del Perú ante la OACI,
Profesor de la PUC.

El día 2 de agosto de 1990 Iraq invade el Estado de Kuwait, procediendo a su anexión territorial.

Ello se realiza sin causa justificativa alguna en lo que las naciones del mundo han entendido como uno de los actos más claros de lo que significa la agresión en el campo del Derecho Internacional y que ha sido recogido, en sus diferentes aspectos en las resoluciones 660, 661, 662, 664, 665, 666, 667, 669, 670 y 674 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El Consejo de Seguridad, actúa de acuerdo con los principios de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en lo que influye también el espíritu que anima a los miembros de dicha Organización en momentos actuales, es decir, el respeto a las normas jurídicas internacionales y, consecuentemente, el rechazo a todo aquello que atente contra la paz y seguridad en el mundo.

La actitud asumida por el Gobernante de Iraq ha llevado al mundo a una situación de "riesgo inminente" de conflicto bélico. En una primera etapa, la situación en el Golfo Pérsico produce un significativo trastocamiento de la situación económica internacional, por las consecuencias que se derivan de una distorsión de la producción y distribución desde los centros productores de petróleo hacia los mercados internacionales.

El alza de los combustibles, con su efecto multiplicador puede perjudicar muy seriamente los esfuerzos que numerosos países en el mundo llevan a cabo para fortalecer su desarrollo.

Es preciso destacar, de otro lado, que la actitud asumida por el Gobierno Iraquí, al invadir sorpresivamente y anexarse al Estado de Kuwait, conlleva del otro una serie de actos que violan principios básicos del derecho internacional, entre los que deben destacarse los adoptados contra las misiones y personal diplomático acreditado tanto en Kuwait como en Iraq

que contravienen la esencia y la letra del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, y la toma en calidad de rehenes, de numerosos ciudadanos en uno y otro país, donde trabajan como técnicos, con el propósito según se ha afirmado de usarlos como "escudados humanos" en caso de un ataque de las fuerzas de las Naciones Unidas.

Uno de los derechos humanos, elementales en la vida del hombre, cual es el de su libre desplazamiento, ha quedado pues totalmente eliminado de las normas que rigen al Gobierno Iraquí, el que además, de los efectos legales en el campo interno e internacional, que esta actitud puede significar, lo que en una forma realmente cínica, utilizando a dichos rehenes como medios de difusión en los medios de comunicación internacional.

Dentro de todos los aspectos legales y humanos que abarca la injustificable actitud asumida por quienes detentan el poder en Iraq, debemos mencionar el que se refiere a la adoptada en relación con la aviación aerocomercial de Kuwait cuya infraestructura aeroportuaria e instalaciones es destruida por las fuerzas invasoras de Iraq y, su flota aérea, bastante significativa, pasa a formar parte de la línea aérea de Iraq, además de que dicho país se apropia o confisca varias aeronaves de otros países que, por una u otra razón, se encontraban en esos momentos en territorio kuwaití.

El 25 de setiembre de 1990, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptó la Resolución 670, en la que dispone diferentes medidas, en relación con el tráfico aéreo hacia Iraq y Kuwait, recomendando a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias a fin de que ninguna aeronave registrada en esos países o explotada por un agente cuyas oficinas principales estén en su territorio, deje de cumplir las disposiciones aprobadas por el Consejo de Seguridad, con dicha Resolución y otras sobre el mismo tema.

El objeto de esta Resolución, es reforzar el "bloqueo comercial" que la Organización ha decidido establecer sobre Iraq y Kuwait, mientras dure la situación creada.

Coincidentemente con esta situación debía celebrarse en Montreal, la 28 Asamblea Extraordinaria de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), miembro del sistema de Naciones Unidas, Asamblea cuyo temario debía tratar los temas referidos al aumento del número de miembros en el Consejo de la OACI; el del ruido de las aeronaves y asuntos de carácter administrativo.

Días antes del inicio de esta Asamblea Extraordinaria la Delegación de Arabia Saudita ante la Organización de Naciones Unidas y, posteriormente, la Representación del mismo país ante el Consejo de la OACI, hicieron circular una nota solicitando la inclusión en el temario de dicha Asamblea Extraordinaria de un punto referente a la situación en el Golfo Pérsico, bajo el título: Repercusiones de la invasión iraquí de Kuwait en la aeronáutica.

De conformidad con el reglamento de la Asamblea, al iniciarse ésta, el Presidente sometió el asunto a consideración del Plenario, aprobándose por unanimidad su inclusión.

Ya en el curso del debate de dicho tema hicieron uso de la palabra los presidentes de las delegaciones de Arabia Saudita y Kuwait, de un lado y, el de la Delegación de Iraq del otro, cada uno abundando en elementos de juicio sobre la situación creada en el campo del transporte aéreo internacional.

En esa oportunidad la Delegación del Perú efectuó una declaración basada estrictamente en los principios jurídicos que animan las relaciones entre los Estados, concluyendo que cualquier resolución que aprobara la OACI tenía que enmarcarse dentro de la que por su parte había aprobado ya el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El debate se desarrolló dentro de los lineamientos establecidos por la Delegación del Perú y la Resolución aprobada resume lo que la comunidad de la aeronáutica civil internacional entiende debe de ser el transporte aéreo, basado en los principios establecidos en el preámbulo y en la parte resolutive del Convenio de Chicago sobre la Aviación Civil, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, con el que se crea la OACI y que fundamentalmente basa el desarrollo de la aviación civil internacional y el transporte aéreo en la cooperación y la seguridad internacionales.

Por unanimidad se aprobó en dicha Asamblea Extraordinaria de la OACI una Resolución cuya parte resolutive, por su importancia, creemos del caso consignar en este estudio preliminar del tema.

1.- Condena la transgresión de la soberanía del espacio aéreo de Kuwait y el pillaje del aeropuerto internacional de Kuwait por la fuerzas armadas iraquíes, incluido el apoderamiento de 15 aeronaves de Kuwait Airways y su traslado a Iraq, y su pretendido registro como aeronaves de matrícula iraquí;

2.- Exhorta a Iraq a que facilite la pronta recuperación por sus propietarios de las aeronaves de matrícula extranjera detenidas en el aeropuerto internacional de Kuwait;

3.- Declara que el registro unilateral de aeronaves con matrícula de Kuwait Airways como aeronaves con matrícula iraquí es nulo y sin valor, y exhorta al Gobierno iraquí a que devuelva las aeronaves kuwaitíes al legítimo Gobierno de Kuwait;

4.- Pide a todos los Estados en cuyo territorio se hallen cualesquiera de dichas aeronaves que éstas sean entregadas al legítimo Gobierno de Kuwait;

5.- Pide a todos los Estados que no proporcionen a Iraq, a sus compañías o a sus nacionales, ya sea directa o indirectamente, ningún repuesto, equipo o suministro o servicios que permitan a Iraq la utilización de dichas aeronaves;

6.- Pide al Consejo que siga ocupándose de este asunto con los Estados contratantes en lo que atañe a las medidas que se adoptarán para poner en ejecución la presente resolución, de modo que dicho asunto pueda seguir siendo objeto de examen constante.

De lo que se tiene recuerdo ésta ha sido la primera vez que la OACI ha aprobado una Resolución en tales términos. La OACI ha procurado siempre en el curso de sus 46 años de existencia encontrar soluciones consensuales a los grandes problemas de la aeronáutica civil internacional. En el caso que venimos tratando, por sus características tan "sui generis" ello no fue posible toda vez que el delito de la violación de la soberanía y espacio aéreo de Kuwait, la destrucción de su aeropuerto internacional, la infraestructura aeronáutica y la apropiación de la flota aérea de Kuwait, no merecía otro tratamiento que el otorgado a este conjunto de acciones que, en una forma u otra, transgreden las normas internacionales sobre la materia.

Al momento de terminarse la preparación de este artículo, el 28 de noviembre de 1990 y después de reiteradas gestiones diplomáticas, el Consejo de Seguridad aprueba una Resolución por la que se "...autoriza a los Estados Miembros a fin de que puedan utilizar **todos los medios** necesarios para hacer valer y

llevar a la práctica las resoluciones que sobre este asunto ha aprobado el Consejo de Seguridad, es decir se autoriza entre otros, **el uso de la fuerza**, a fin de dar cumplimiento a las Resoluciones de dicho Consejo, si es que hasta el 15 de enero de 1991, no lo ha hecho voluntariamente.

Al terminarse la preparación de este artículo, el reloj del tiempo sigue inexorablemente su curso que debe desembocar en un retiro voluntario de Iraq de los territorios ocupados en Kuwait y la devolución de sus aeronaves comerciales y el pago de daños y perjuicios por la destrucción de su infraestructura aérea, o **el uso de la fuerza** por parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, para que se restituya la situación de "status anterior", lo que significaría un conflicto bélico de impredecibles consecuencias

Mientras tanto el Consejo de la OACI -del cual Iraq es miembro- ha decidido de que este país no puede continuar perteneciendo a dicho Consejo, pues mal puede continuar dirigiendo la ejecución del Convenio de Chicago y los destinos de la Aviación Civil Internacional, quien ha violado el espíritu y la letra del Convenio que creó a la OACI.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dentro del ámbito de su competencia y la asamblea de la OACI, dentro del suyo, han actuado pues, una vez más, dentro de los marcos jurídicos de sus campos de acción. A pesar de los comentarios que, en sentido u otro, se puedan formular, en el futuro los países del mundo mirarán con más respeto el ordenamiento jurídico internacional que debe ser su guía y patrón de conducta.

Lima, 29 de diciembre de 1990

¿Hacia un Derecho Feminista?

Patrones masculinos de conducta en la Responsabilidad Extracontractual.

Verónica Zavala Lombardi

Alumna de 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Miembro del Comité Directivo de Thémis

El Código Penal sanciona por delito de violación a aquel que "por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual"¹.

A su vez, el delito de seducción está tipificado de manera tal que el sujeto pasivo sólo puede ser "una joven de conducta irreproachable"². ¿Quiere esto, acaso, decir que un varón no puede ser violado o que no hay sanción para aquella mujer que seduce a un joven varón de conducta irreproachable? En Derecho de Familia, el Código Civil establece que si ambos cónyuges han incurrido en causal de divorcio la esposa queda con la custodia de los hijos menores de 7 años³. ¿Por qué el legislador ha preferido a la mujer en desmedro del marido si ambos son culpables? Por otro lado, los estudiosos del Derecho han desarrollado, como patrón de conducta para determinar si una persona actúa de manera diligente, el concepto del **buen padre de familia**, concepto que se remonta al Derecho Romano. En caso de estarse juzgando a una ama de casa, ¿cómo se le aplica el concepto de buen padre de familia para determinar si ha cumplido con el deber de debida diligencia?

El Derecho, como toda expresión cultural, refleja y responde a los valores, ideales y cosmovisión de un grupo humano en un momento dado. El Derecho es, además, producto de un proceso histórico. Es por ello que cambia con lentitud y que tiende a tener

conceptos e instituciones que responden a épocas anteriores. Los contenidos de estos conceptos e instituciones jurídicas no son siempre los que demanda la sociedad de hoy.

Es precisamente en torno a la "masculinidad" del Derecho⁴ que pretendemos centrar nuestra reflexión; en torno a si los valores, ideales y conceptos que nuestro orden jurídico encarna y promueve son los que corresponden a nuestro tiempo, si tienen vigencia para toda la comunidad a la que está dirigida o si son propios de un solo grupo ubicado preferentemente al interior de ella.

El propósito de este trabajo es contribuir al debate que tiende a que nuestras leyes sean una suma de todo aquello que, mujeres y hombres, consideramos ideales dignos de ser alcanzados.

1.- La aparente neutralidad del Derecho: el estándar del hombre razonable

El Derecho es el resultado de un proceso histórico en el que, por los roles tan marcadamente diferentes que les ha tocado cumplir a hombres y mujeres, aquéllos han tenido un papel creador preponderante. Los hombres⁵ han creado las instituciones jurídicas para regular aquellos aspectos de la vida social que, en su opinión, debían ser regulados y las han creado

1. Artículo 196 Código Penal: "Sera reprimido con (...) el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio".
2. Artículo 201 Código Penal: "Será reprimido (...) el que sedujera y tuviera acto carnal con una joven de conducta irreproachable, de más de catorce años y menos de dieciocho".
3. Artículo 340 Código Civil.
4. En el sentido de estar hecho en base a la concepción masculina del mundo y de la sociedad y no en tanto que, necesariamente, favorezca al hombre. Un ejemplo de esto está en el artículo 340 del C.C. que favorece a la mujer en perjuicio del esposo debido a que dentro de una concepción masculina la mujer es la que debe estar a cargo de los hijos.
5. Utilizamos la palabra hombre en la segunda acepción que consigna el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "2. varón, criatura racional de sexo masculino".

de acuerdo con ideales y términos propios de su género y de su cosmovisión.

Las normas que se han hecho así, y que rigen para toda la sociedad, no siempre pueden ser tildadas a priori de portar valores típicamente masculinos. Algunas normas sí pueden serlo. Por ejemplo, en el caso del delito de violación, la idea que lo inspira, si se interpreta contrario sensu, no busca sancionar al marido que obliga a sufrir el acto sexual a su cónyuge o, en el caso del delito de seducción, no se prevé la seducción de un joven y es requisito que la joven víctima sea de conducta irreprochable. Si bien el Código Penal data de 1924, y la sociedad ha evolucionado mucho desde entonces, también es cierto que de haber tipificado las mujeres este delito -o de haber sido consultadas por los legisladores de manera que la cosmovisión femenina estuviera también presente- el contenido de ellas hubiera sido otro, no hubiera importado, e.g., que la joven menor de edad hubiese tenido una conducta irreprochable, que el sujeto pasivo fuera un hombre o que la violación se diera dentro del matrimonio.

Normas como las que se refieren a violación y seducción pueden ser reconocidas como portadoras de valores típicamente masculinos porque estos valores aparecen en el texto mismo. Sin embargo, muchas veces tras un texto neutro pueden encontrarse valores y conceptos que no tienen esta misma característica. El Derecho es un lenguaje, y como tal cada palabra conlleva una idea, connota algo. El lenguaje que usamos cotidianamente, el lenguaje jurídico e, incluso, el Derecho en sí son aparentemente neutros, en el sentido que parecen estar exentos de cualquier valoración propia de un determinado género, raza, etnia, etc. El poder en la creación del lenguaje se da en dos niveles: el poder de nombrar las cosas y el poder de darle significado a las palabras; este poder, en el caso del lenguaje jurídico lo han detentado los hombres⁶.

Es por esto que, tras un texto aparentemente neutro se pueden encontrar valores ideales y concepciones típicamente masculinas. Un ejemplo de esta aparente neutralidad se da en la responsabilidad extracontractual. La regla general para determinar cuándo debe una persona indemnizar a otra es la contenida en el artículo 1969 del Código Civil. La

norma en cuestión establece que aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro debe indemnizarlo, o lo que es lo mismo, que existe un standard de conducta que la sociedad desea promover a tal grado que si se causa un daño a otro de manera no intencional no cabe la indemnización.

En el caso que queremos analizar, el texto es neutro, por lo que el sesgo, de existir, estaría dado en el nivel del contenido, en el significado de las palabras dolo y culpa. ¿Quién le da significado a la palabra culpa? Evidentemente los legisladores a través de las exposiciones de motivos que sustentan sus leyes, los jueces que interpretan las normas y los juristas que, a través de la doctrina, retroalimentan el sistema. De una forma u otra, todos ellos han sido hombres, en razón de las características antes señaladas de nuestro desarrollo histórico.

Ahora bien, ¿cómo está definida la culpa? Como la falta contra el deber de debida diligencia. Una persona no tiene culpa si es que hubo caso fortuito, fuerza mayor o si el que padece el daño fue imprudente. También queda liberado aquél que observó una conducta **prudente y diligente**, es decir, que obró dentro de una conducta **razonable**⁷, y que ni aún así logró evitar el daño.

El standard de conducta que se desea promover, el deber de diligencia requerido, es el de aquel individuo que se conduce razonablemente, cabe preguntarse entonces, qué es conducirse razonablemente. Según algunos autores, este patrón objetivo de conducta es aquél del **hombre razonable**, otros lo denominan la conducta que hubiera tenido bajo las mismas circunstancias el **buen padre de familia**⁸. Para Calabresi, actuar razonablemente es algo más que hacerlo de la mejor manera que uno puede, uno debe hacerlo de la manera en que lo hubiera hecho el **hombre razonable** puesto en las mismas circunstancias⁹.

Calabresi sostiene, sin estar de acuerdo con ello, que el hombre razonable siempre ha sido definido en términos además de vagos, masculinos¹⁰. Así cita el caso de la referencia al buen padre de familia, tan conocida por nosotros y por los demás herederos del derecho romano, la referencia al hombre que toma el Clapham Omnibus en el Derecho inglés, y en el caso

6. Cfr. Bender, Leslie: A Lawyer Primer on Feminist Theory and Tort; American Journal of Legal Education, 3, 1988.

7. Crf. León Barandiarán, José. Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios, Compilación de Delia Revoredo Marsano. Tomo VI, p.800.

8. Las diferencias que pueden existir entre el actuar razonable de una mujer y un hombre no son biológicamente determinadas, pero éstas existen en la mente de aquéllos que están llamados a juzgar si una conducta fue razonable o no. Así, por ejemplo, un buen padre de familia hará horas extras en la oficina para incrementar los ingresos del hogar, una buena madre de familia tratará de salir lo más temprano para pasar un mayor tiempo con sus hijos.

9. Calabresi, Guido. Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law. Syracuse University Press. Syracuse, N.Y. 1985.

10. Calabresi, Guido. Op.Cit.p.23.

norteamericano al hombre que lee sus revistas al llegar a casa luego del trabajo o que poda el césped de su casa los sábados por la mañana.

Vemos, pues, como la noción de culpa, definida en términos abstractos y a primera vista exenta de toda valoración que refleje la cosmovisión de un grupo particular (en concreto en este caso la de los varones), termina teniendo un significado marcadamente masculino.

2.- Reestableciendo la neutralidad: el standard de la persona razonable

En el caso que estamos analizando, el patrón que todos deben seguir para actuar es aquel de un hombre razonable, entendiendo esta palabra no como sinónimo de ser humano sino como persona de género masculino.

El sujeto ideal es un hombre, lo que quiere decir que un juez le exigirá a una mujer que, para que su conducta sea calificada como sin culpa, debe ser conforme a un patrón masculino. Con ello se está haciendo peligrar la subsistencia de valores que natural y gratuitamente la mujer ha aportado a la sociedad, y se pone a la mujer en una situación desventajosa respecto del hombre: para ella es más difícil eximirse de responsabilidad.

Por eso Calabresi propone un cambio en el sujeto que es la referencia, o sea un cambio en el patrón objetivo de conducta. El mencionado jurista propone que el "hombre razonable" ya no sea el standard y que en su sustitución entre la **persona razonable**.

El cambio que propone no sólo es a nivel del signo lingüístico (hombre por persona), este cambio implica una modificación en los atributos que tiene el individuo razonable. Para ser una **persona razonable** se deben tener atributos tanto femeninos como masculinos de razonabilidad. Esto coloca al juez en una posición diferente a la que tradicionalmente tiene cuando se avoca a la tarea de determinar si una persona ha actuado con culpa. Hoy, basta con que el juez ubique un hombre de razonabilidad promedio, lo imagine en las mismas circunstancias y confronte esta abstracción con la actuación de la persona sobre la cual recae la presunción de culpa. En este estado de cosas puede muy bien suceder que baste con que -de considerarse una persona razonable- compare lo que él hubiera hecho con lo hecho por el demandado para determinar si debe responder o no.

De razonar un juez así, ya no estaría actuando con una venda en los ojos, sino con un parche en uno solo de ellos, estaría viendo una realidad distorsionada por sus propios valores -valores masculinos- y juzgando a los demás conforme a ellos, con las consecuencias de trato desigual que naturalmente se desprenden.

3.- Repensando el atributo razonabilidad

Hasta ahora hemos enfocado el problema desde el ángulo del sujeto que debía ser razonable. Sin embargo, se puede encontrar que aún el atributo razonabilidad implica un sesgo masculino.

Cabe preguntarse si de haber intervenido todos los grupos que integran nuestra sociedad en la definición del patrón de conducta ideal éste hubiera sido el mismo, dicho en otras palabras, si la razonabilidad habría sido el atributo persona más valorado.

En este sentido, hay quienes sostienen, refiriéndose a la relación entre moral y orden social, que existen dos maneras diferentes de entender lo que es actuar "moralmente", una -la de los hombres- en términos de derechos, deberes, autonomía individual y reglas de aplicación general, y la otra -la moral femenina- en términos de cuidado, responsabilidad, rechazo al sufrimiento y relaciones interdependientes¹¹.

Si es que existen dos conceptos de lo que es actuar moralmente, y cada uno de ellos responde a un grupo determinado -los valores femeninos por un lado, un tanto subvaluados y los valores masculinos presentes en todo nuestro orden social- podría muy bien ocurrir lo mismo en relación con el patrón objetivo de conducta que se ha creado a partir de la teoría de la culpa. El standard plasmado, que los hombres consideran idóneo para la convivencia social, y que además sintoniza con todo nuestro ordenamiento jurídico, podría tener un correlato de contenido femenino, que hasta hoy no ha sido volcado en leyes o en doctrina, al menos no masivamente.

Este correlato podría ser el del "vecino¹² responsable"¹³, figura que, a nuestro entender, alude al cuidado que se tiene con una persona conocida y cuyo destino no nos es indiferente, al que tiene una persona para con sus semejantes cuando su moral gira en términos de cuidado e interdependencia social.

En nuestra opinión, un standard como el descrito tendría las mismas deficiencias que el anteriormente

11. Rand Jack y Diana Crowley Jack: *Moral Vision and Professional Decisions*. Cambridge University Press. Cambridge. 1989.

12. Entendemos que aquí la palabra vecino se está utilizando para connotar vecino varón y vecina mujer indistintamente y no como una referencia a un varón.

13. Bender, Leslie. *Op.Cit.* p.30.

analizado, es decir, estaría sesgado por la concepción moral de un solo grupo. Roberto Miró Quesada, refiriéndose a la ideología de la humanidad, ha dicho que es masculina y 'que en este sentido "los seres humanos estamos jugando únicamente con el 50% de nuestro verdadero potencial y de nuestra real naturaleza"¹⁴. Es por ello que pensamos que lo apropiado y justo sería que nuestras leyes y los valores que ellas promueven fueran una suma de todo aquello que ambos grupos consideran óptimo, de los ideales que tanto hombres como mujeres desean alcanzar.

4.- El principio de no discriminación como marco teórico

Nuestra Constitución establece que no se puede discriminar por razón de sexo, es por eso que da a la mujer derechos no menores que al varón¹⁵. Una premisa como ésta, de acuerdo con nuestro desarrollo histórico, sólo puede entenderse como un mandato doble: tratar a mujer y varón de manera igual cuando ésto es posible porque están en las mismas condiciones y **dar los mecanismos para que se logre la igualdad**¹⁶.

Si asumimos ésto, en el caso de la culpa -que tiene gran importancia debido a que indica el patrón según el cual debe conducirse **toda persona**- el standard debe ser repensado. Tiene que ser una persona abstracta, cuyos atributos sean los que la sociedad -y no el grupo que controla la producción e interpreta-

ción de la ley- considere idóneo. Así se logrará una igualdad más completa y rica, puesto que los valores femeninos también contarán y todos estarán en la misma situación para cumplir la ley.

Para poder lograr lo anterior, hombres y mujeres deberemos preocuparnos y trabajar para definir cuál es el patrón que consideramos idóneo; en ese sentido un trabajo interdisciplinario y científicamente riguroso se hace imprescindible.

En este orden de ideas hay también un papel preponderante e innovador a cumplir por parte de los jueces: cambiar el standard que se ha venido manejando por uno más acorde con el mandato de no discriminación y, en el caso de la Corte Suprema, el reto es mayor puesto que mediante una jurisprudencia reiterada y uniforme debe crear un standard adecuado para mujeres y hombres de todas las "naciones" que coexisten al interior de nuestro país.

La discriminación a que hemos aludido y que muchas veces esta embozada en normas aparentemente neutras o de texto neutro no se da solamente en cuanto a sexo, se da en contra de todos aquéllos que no son hombres educados según una filosofía y unos ideales occidentales. Por eso, creemos que es necesario comenzar a trabajar con el 100% de nuestro potencial para así evitar la discriminación y asegurar de esta manera la riqueza de nuestra diversidad cultural.

14. Miró Quesada, Roberto. En *Mujer, Trabajo y Empleo*. Maruja Barrig Editora, Lima, 1985. p. 44.

15. Pensamos que el texto constitucional quiso la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y que lo ambiguo del mismo se debe a la intención de plasmar en él los derechos que por maternidad le corresponden a la mujer.

16. El trato igual modernamente se entiende que es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es decir conforme a una justicia distributiva.

La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del “In Dubio Pro Operario”?

Ricardo Herrera Vásquez

Egresado PUC. Jefe de prácticas del curso de Derecho Laboral.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

La doctrina lus-laboralista es casi unánime en reconocer que el principio protector del Derecho del Trabajo, que busca equilibrar el predominio del empleador en la relación capital-trabajo con el amparo preferente del trabajador, tiene tres manifestaciones o reglas: el “in dubio pro operario”, la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

El “in dubio pro operario” es, a decir de PLA RODRIGUEZ¹, el criterio según el cual, en caso de que una norma pueda tener varias interpretaciones, debe preferirse aquella más favorable al trabajador. DEVEALI² sostiene que esta regla se aplicará sólo cuando exista duda sobre el alcance de la norma legal y, siempre que el sentido escogido no esté en pugna con la voluntad del legislador. La duda mencionada debe subsistir después de aplicar el método de interpretación literal y de confrontar la norma con su ratio legis, según BARASSI³ y PLA RODRIGUEZ⁴. Entonces, se aplicarán otros métodos de interpreta-

ción que generarán varios sentidos de la norma, de los cuales escogeremos el más favorable al trabajador.

De lo anterior, se desprende que el “in dubio pro operario” se desarrolla en el marco de la interpretación normativa. Es por eso que la doctrina considera como una limitación de dicha regla, su posible aplicación en materia de prueba de los hechos⁵. PEREZ⁶ sostiene que el “in dubio pro operario” no es aplicable en la apreciación de la prueba, pues los hechos deben llegar al juez como ocurrieron. RUBINSTEIN⁷ señala que dicha regla es válida para valorar la prueba y, sobretodo, para aplicar una norma al hecho concreto. Por su parte, PLA RODRIGUEZ⁸ considera que procede aplicar el “in dubio pro operario” en la valoración del alcance o el significado de una prueba o del conjunto de pruebas. Finalmente, SOMARE⁹ no habla solamente de apreciación de pruebas sino, inclusive, de indicios y presunciones, a la luz de la regla mencionada. Sobre la posibilidad de aplicar el “in dubio pro operario” específicamente en materia de prueba de los hechos, volveremos más adelante.

1. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1978, p. 40.
2. DEVEALI, Mario. La interpretación de las leyes del trabajo. En: Revista de Derecho del Trabajo, 1948, p. 164.
3. BARASSI, Ludovico. Citado en: PLA RODRIGUEZ, op. cit., p. 44.
4. PLA RODRIGUEZ, op. cit., p. 45.
5. Ibid.
6. PEREZ, Benito. El principio “in dubio pro operario” es inaplicable en materia de prueba. En: Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires, noviembre 1973, tomo I, pp. 56 y ss.
7. RUBINSTEIN, Santiago. Fundamentos para la vigencia del principio “in dubio pro operario”. En: Revista Derecho Laboral, 1972, tomo 14, p. 602.
8. PLA RODRIGUEZ, op. cit., p. 46.
9. SOMARE, José Isidro. La carga de la prueba en el proceso laboral. En: IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, 1972, tomo II, p. 479.

PLA RODRIGUEZ¹⁰ continúa el tratamiento del tema, señalando que una expresión del "in dubio" sobre hechos es la inversión o redistribución de la carga de la prueba en el proceso laboral que, según NEVES MUJICA¹¹, consiste en invertir la regla de que quien alega un hecho tiene que probarlo. La posición tradicional, dice PLA RODRIGUEZ¹², sostiene que la carga de la prueba corresponde a quien efectúa afirmaciones, y que solamente cabe apartarse de esta regla en los casos en que la ley establece presunciones, las cuales suponen una inversión de la carga de la prueba. GIGLIO¹³ justifica tal redistribución en la desigualdad de las partes en la relación laboral, en la situación de subordinación del trabajador en la misma y, en la dificultad del trabajador para obtener medios de prueba en el proceso laboral. Como se ve, subyace el criterio protector del Derecho del Trabajo en esta argumentación.

II. ¿INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA?.-

Pero, en principio, ¿hablamos con propiedad cuando decimos "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba? Veamos, en primer lugar, qué se entiende por prueba judicial. En sentido estricto, dice DEVIS ECHANDIA¹⁴, prueba judicial es el conjunto de razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos. Por otro lado, medios de prueba son los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o motivos. Entonces, sigue DEVIS ECHANDIA¹⁵, probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos contemplados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Probar es el proceso cognoscitivo en el cual, a través de la exposición y manejo de los medios de prueba (testimonios, documentos, indicios, etc.), las partes construyen los elementos de juicio (pruebas) que llevarán al juez a una convicción respecto de la ocurrencia de los hechos afirmados por las partes. Estos hechos son los presupuestos para la aplicación de las normas favorables a las partes, que generan el amparo judicial de sus pretensiones procesales.

En segundo lugar, veamos qué se entiende por carga de la prueba. DEVIS ECHANDIA¹⁶ dice que es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias negativas. La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, para que sirvan de fundamento a sus pretensiones. La carga de la prueba, continúa DEVIS ECHANDIA¹⁷, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica por su falta de prueba. Quien sufre la carga de la prueba no está obligado a probar el hecho objeto de la misma, acción que puede realizarla la contraparte o el juez, con lo que queda satisfecha la carga. En ese sentido, el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles, que señala que las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquéllos que la ley presume, es una consagración inexacta de la carga de la prueba, pues la parte sobre quien recae la carga no está obligada a probar el hecho objeto de la prueba. Lo que ocurre es que si no es probado, acción que puede realizarla su adversario o el juez, sufre el riesgo de que falte, que se traduce en un fallo adverso.

Cuando un hecho goza de presunción legal, prosigue DEVIS ECHANDIA¹⁸, está exento de prueba. Entonces, no se impone a la contraparte la carga de probarlo, sino la de demostrar los otros hechos que alegue para desvirtuar aquél. Quien afirme el hecho contrario al presumido que, como tal, no es objeto de presunción, tiene la carga, no la obligación, de probarlo. A esto, erróneamente se le ha llamado "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba, en consecuencia, no hay carga. Al no haber carga, menos aún puede haber inversión de ésta. Por otro lado, la carga no distribuye la prueba sino, como señala DEVIS ECHANDIA¹⁹, el riesgo de la falta de prueba o

10. PLA RODRIGUEZ, op. cit., p. 47.

11. NEVES MUJICA, Javier. Fuentes y principios laborales en la Constitución. En: Trabajo y Constitución. Javier Neves Mujica, Director. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, p. 59.

12. PLA RODRIGUEZ, ibid.

13. GIGLIO, Wagner. Fundamentos para una redistribuição do onus da prova. En: IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, 1972, p. 591.

14. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires, Victor P. de Zavala Editor, 5ª edición, tomo I, 1981, p. 29.

15. Ibid.

16. Op. cit., p. 426.

17. Op. cit., p. 427.

18. Op. cit., p. 204.

19. Op. cit., p. 445.

de certeza. Así, menos aún puede hablarse de redistribución de la carga de la prueba.

En el proceso civil, fundado en la igualdad de las partes, las presunciones son la excepción. Sin embargo, en el proceso laboral, marcado por la desigualdad de las partes en base al criterio protector, las presunciones en favor del trabajador son la regla. De acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo 03-80-TR (26/3/80), una vez que el trabajador prueba que existió relación laboral, se presumen (juris tantum) ciertas sus afirmaciones respecto al incumplimiento de obligaciones legales o convencionales de su empleador. Entonces, el empleador debe desvirtuar los hechos presumidos, demostrando el cumplimiento de sus obligaciones. El empleador carga con la prueba de su cumplimiento, no está obligado a probarlo, pero si ello no ocurre el juez confirmará las afirmaciones del trabajador, que se tenían como hechos presuntos. A igual lógica responde la norma del artículo 34 del Decreto Supremo 006-72-TR (30/5/72) y la del artículo 13 del Decreto Supremo 015-72-TR (28/9/72).

Así, las presunciones, en materia civil, laboral o de cualquier otra índole, no suponen una inversión de la carga de la prueba. Simplemente afectan a la parte no beneficiada con la presunción, con la carga de la prueba de los hechos contrarios a los presuntos, que deben servir para desvirtuarlos.

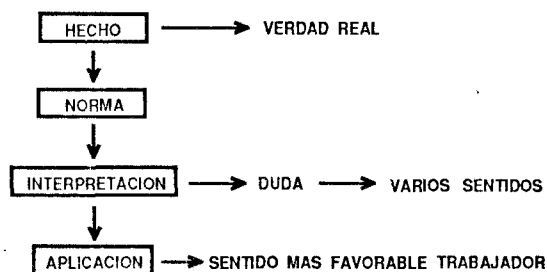
III. APLICACION DEL "IN DUBIO PRO OPERARIO".-

Ahora bien, decíamos que el "in dubio" se desarrolla en el marco de la interpretación normativa. Si aún después de la aplicación del método de interpretación literal, subsiste la duda respecto del sentido de la norma, se aplicarán otros métodos de interpretación que generarán diversos sentidos, optándose por el más favorable al trabajador. Como se ve, no salimos del plano estrictamente positivo. Entonces, el procedimiento de aplicación del "in dubio" será el siguiente:

- 1) Tenemos la certeza de la ocurrencia de un hecho o verdad real. Si estuviéramos en un proceso laboral, tal certeza sería el resultado de los medios de prueba aportados y, del convencimiento que éstos generaron en el juzgador.
- 2) Este hecho o verdad real es el supuesto de una norma jurídica, que en el proceso laboral es aquella cuyos efectos persigue la parte que tiene la carga de la prueba de tal hecho.
- 3) Sin embargo, la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica no es automática pues, a pesar de la interpretación literal, existe duda u oscuridad respecto

al sentido de la norma. Entonces, empleamos otros métodos de interpretación, de los que resultan varios sentidos.

4) En virtud del "in dubio", aplicaremos el sentido más favorable al trabajador, como consecuencia de la norma jurídica. Gráficamente, tendríamos el siguiente esquema:



Como puede verse, la duda u oscuridad la focalizamos en la consecuencia de la norma, mas no en el supuesto de la misma, donde también puede presentarse tal problema. Es decir, podemos encontrar un hecho que no se ajuste exactamente al supuesto de la norma jurídica, que no encaje en él, lo que generará duda respecto de la aplicación de la norma. Esta duda será resuelta a través de un procedimiento de interpretación normativa, como el "in dubio", llamado "interpretación extensiva". DIEZ PICAZO²⁰ considera que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquéllos que su literalidad encierra. La aplicación extensiva es para extender derechos a sujetos inicialmente no comprendidos en la norma extendida. Las normas excepcionales o restrictivas no pueden aplicarse extensiva o analógicamente (artículo IV Título Preliminar Código Civil).

Ahora bien, siendo la interpretación extensiva una forma de interpretación normativa, ¿sería parte del "in dubio"? Creemos, con temor a equivocarnos, que no. La interpretación extensiva siempre extiende derechos, y es un procedimiento propio del Derecho común, que está en el sustrato de todas las ramas del Derecho, incluyendo la laboral. Es decir, en el caso que un hecho no encaje perfectamente en el supuesto de una norma favorable al trabajador, por interpretación extensiva podría estar incluido en aquél. Así, sería redundante aplicar el "in dubio" ante dudas respecto del supuesto de la norma. El "in dubio" se refiere sólo a dudas en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica.

Coincidimos con NEVES MUJICA²¹ en señalar que el método literal es el primeramente aplicable.

20. DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 1982, p. 283.

21. NEVES MUJICA, Javier. Las reglas constitucionales para la aplicación de la normativa laboral. Lima, Programa Laboral DESCO, 1990, p. 9.

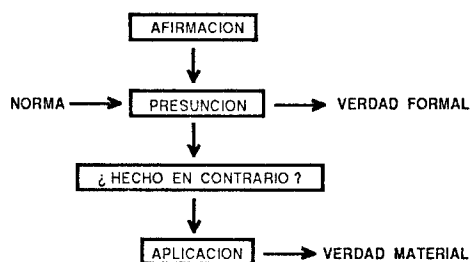
Después, no existe una jerarquía o prelación para el empleo de otros métodos. No creemos que a continuación del método literal, debamos utilizar el método histórico, que busca la voluntad del legislador, como lo señalan BARASSI²² y PLA RODRIGUEZ²³. Podríamos acudir indistintamente al método lógico, al sistemático, al sociológico, etc.²⁴, sin preferencia por alguno en particular. Es más, sería conveniente recurrir a más de un método para obtener varias interpretaciones y, así, optar por la más favorable al trabajador.

IV. APLICACION DE LAS PRESUNCIONES EN EL PROCESO LABORAL.-

En virtud de lo antes expuesto, las presunciones, que no suponen una inversión de la carga probatoria, se aplican en el proceso laboral del siguiente modo:

- 1) Se produce la afirmación de un hecho.
- 2) Existe presunción legal sobre ese hecho, verdad formal, en virtud del supuesto de la norma que contempla la presunción, de modo que no se requiere su probanza.
- 3) Si la presunción es *juris et de jure*, situación poco frecuente, se aplica inmediatamente. Si la presunción es *juris tantum*, habría que esperar la prueba en contrario. En caso de que ésta no se realice, se aplicará la presunción.
- 4) Se aplica la consecuencia de la norma que consagra la presunción. Estaríamos, entonces, ante una verdad material.

Esquemáticamente, podríamos expresarlo así:



Como puede verse, los procedimientos de aplicación del "in dubio" y de las presunciones son distintos. En el primero, partimos de un hecho concreto; en el segundo, de una afirmación que se presume verdadera. En el primero, se escoge, de los varios sentidos de la norma, el más favorable al trabajador. En el segundo, no necesariamente se produce este complejo proceso interpretativo. Por todo lo anterior, cabe señalar que la aplicación de las presunciones en el proceso laboral, mal llamada inversión de la carga de la prueba, no es una manifestación de la regla "in dubio pro operario".

Sin embargo, es menester mencionar que si se prueba el hecho en contrario, además de enervar la presunción, podría originarse un esquema similar al del "in dubio", pues partiríamos de un hecho cierto o verdad real. Por otro lado, tras la confirmación de la presunción o verdad material, también podríamos estar ante la eventualidad de la aplicación del "in dubio". Por ejemplo, si el trabajador afirma, después de probar que existió relación laboral, que prestó servicios por determinado período, y el empleador no enerva la presunción; entonces, se toma por cierto el tiempo de servicios señalado por el trabajador. Esta verdad material supondría la aplicación de la norma respectiva de compensación por tiempo de servicios que, eventualmente, podría no ser suficientemente clara y necesitar la aplicación del "in dubio".

V. ¿"IN DUBIO PRO OPERARIO" SOBRE HECHOS?.-

La doctrina jus-laboralista discute si es posible la aplicación del "in dubio" en materia de prueba de los hechos. Como vimos, quienes sostienen que ello es posible (RUBINSTEIN, PLA RODRIGUEZ, SOMARE), aplican el "in dubio" en la valoración de una prueba, de un conjunto de pruebas, de un conjunto de indicios; y, en la aplicación de una norma al caso concreto, es decir, si a un hecho concreto le corresponde la aplicación de determinada norma, en virtud a su subsunción en el supuesto de ésta. Creemos que esta última posibilidad de aplicación, que corresponde a la interpretación extensiva, engloba a las anteriores, pues valorar una prueba o un indicio es, en definitiva, analizar un hecho concreto. Podría pensarse que existe alguna diferencia entre prueba e indicio. Si habláramos de prueba, en sentido estricto, tendríamos que referirnos a un hecho concreto que encaja perfectamente en el supuesto de una norma, cuyos efectos jurídicos aplicará el juez en el proceso. Así, no habría necesidad de valorar dicha prueba en función del "in dubio", para forzar la aplicación de una norma. El indicio es un hecho concreto que no se subsume en el supuesto de norma alguna pertinente al proceso, sino que pretende probar otro hecho que sí encaja en el supuesto de una norma jurídica, en virtud a la aplicación del "in dubio". Es decir, supone valorar una prueba, en la acepción de prueba que parecen manejar los autores mencionados, en función al "in dubio". En consecuencia, prueba e indicio son hechos concretos que buscan forzar la aplicación de una norma, a través del "in dubio".

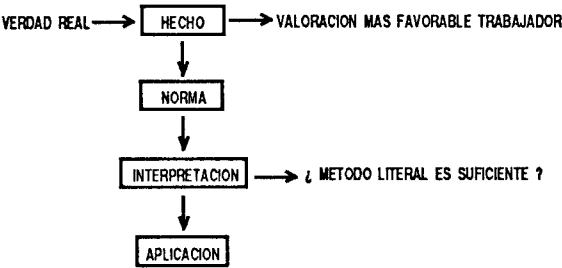
El proceso de aplicación del "in dubio", llamémosle "sobre normas", se desarrolla en un ámbito estrictamente positivo. Toma como premisa la subsunción

22. Ver nota 3.

23. Ver nota 4.

24. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima, PUCP, Fondo Editorial, 1985, pp. 243 y ss.

del hecho concreto o verdad real en el supuesto de la norma a aplicar. El problema surge cuando, dentro de la estructura lógica de la norma, la determinación de la consecuencia de la norma no es clara. Entonces, es cuando opera el "in dubio, sobre normas". Por su parte el "in dubio, sobre hechos" respondería a un proceso de aplicación distinto. El problema aparece en la subsunción del hecho concreto en el supuesto de la norma. Aquél no encaja perfectamente en éste. Entonces, se pretende aplicar el "in dubio, sobre hechos". Pero, el "in dubio" es interpretación de normas, aplicarlo a los hechos supone una función distinta, valorar indicios, del modo más favorable al trabajador, posibilidad que podría ser cubierta por la interpretación extensiva. Así, no creemos que el "in dubio" pueda extenderse a los hechos, pues la valoración de éstos supone un proceso diferente:



Es menester señalar que, el "in dubio" podría presentarse en el momento de interpretar la norma, en cuyo supuesto se acogió al indicio. Optar por la valoración más favorable al trabajador no es aplicar el "in dubio", sino aplicar la interpretación extensiva o, en todo caso, guiarse por el criterio protector que subyace a todo el Derecho del Trabajo, aunque ésto nos parece redundante considerando la interpretación extensiva. Por otro lado, la aplicación de las presunciones responde también a un proceso distinto al de la valoración más favorable. En ese sentido, la aplicación de las presunciones en el proceso laboral,

mal llamada inversión de la carga de la prueba, no es una expresión de la valoración de las pruebas más favorable al trabajador, mal llamada "in dubio, sobre hechos".

VI. CONCLUSIONES.-

La aplicación de las presunciones en el proceso laboral, mal llamada inversión de la carga de la prueba, no es una manifestación de la regla "in dubio pro operario". Por otro lado, el "in dubio" no es aplicable a los hechos. En consecuencia, la aplicación de las presunciones no es una expresión de la valoración de las pruebas más favorable al trabajador, mal llamada "in dubio, sobre hechos". La aplicación de las presunciones y la valoración del hecho más favorable al trabajador, responden al criterio protector aplicado en el Derecho Procesal del Trabajo, aunque en el segundo supuesto podría pensarse en la interpretación extensiva. Por todo ello, no creemos que puede pensarse que las presunciones y la valoración más favorable sean manifestaciones adicionales al principio protector, al lado del "in dubio", la norma más favorable y la condición más beneficiosa. Estas manifestaciones o reglas, sistemáticamente agrupadas, se desarrollan en un plano estrictamente normativo, con lo que se descarta la valoración más favorable. Las presunciones también responden a un marco positivo, pero no de Derecho sustantivo, sino procesal.

En todo caso, y esta es otra posibilidad, aunque más remota, la valoración más favorable podría plasmarse en la aplicación del principio de primacía de la realidad, según el cual en la discordancia entre los hechos y los documentos, deben preferirse los primeros²⁵. Este principio es muy empleado en la determinación de la existencia de relación laboral, ocultada en contratos de naturaleza generalmente civil. Pero, como se ve, estaríamos también fuera del ámbito del principio protector.

25. Cfr. PLA RODRIGUEZ, op. cit., p. 243.

Funciones de las marcas y su relación con la figura del consumidor

Mauricio Olaya Nohra

Alumno del 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de prácticas del curso de Derecho de las Obligaciones.

El presente estudio no tiene mayor ambición (y no podría ser de otra manera) que la de transmitir al lector algunos aspectos básicos en torno a las funciones que desempeñan las marcas dentro de aquello que constituye una sociedad de mercado y a los efectos directos o indirectos que dichas funciones generan en la figura del consumidor. El por qué de la referida falta de ambición encuentra su razón de ser en algo que va más allá de las limitaciones de quien escribe estas líneas. La escasa (y no digo nula, con ánimo de no ser injusto con quienes aunque pocos, han realizado meritorios esfuerzos) literatura con que se puede contar en el medio, hace necesario que se empiece realizando la labor del albañil, que con la colocación de las primeras vigas y ladrillos, tratará de sentar las bases del edificio so pretexto del cual otros, qué duda cabe más entendidos, les comentarán sobre la regulación de la propiedad horizontal.

Las marcas, como la gran mayoría de las instituciones jurídicas, presentan dificultades para ser definidas. Esto es una realidad doctrinaria, no obstante que el término sea utilizado muy frecuentemente por todos nosotros, siéndonos con seguridad bastante familiares frases como éstas: ¿qué marca es tu reloj?, ¿esa marca de automóvil es malísima!, ¿has visto la nueva marca de jean que se está publicitando?, etc.

Sin embargo, y aún reconociéndose lo expuesto, generalmente se entiende que una marca es "un signo visible que permite distinguir los bienes y servicios de una empresa de los bienes o servicios de otras empresas". Se añade, además, que "es un bien

incorporal cuyo principal valor reside en el prestigio y la reputación que determinada marca representa"¹. Así concebida la marca, como un bien intangible, es preciso que éste adquiera una forma sensible: "que se materialice en un envase o en el propio producto, o bien en las correspondientes expresiones publicitarias"². En este sentido podríamos señalar, a manera de ejemplo, que la palabra LAIVE no pudo desde su mera creación haber sido considerada una marca, sino, en tanto ella fue aplicada a algo tangible como lo son los productos lácteos y sus derivados. Fue pues en aquel momento (el de la vinculación de la palabra al producto) que LAIVE dejó de ser una simple palabra (con o sin significado) para pasar a ser considerada una marca.

Si bien es cierto, que, tal como se señala en la definición precitada, las marcas permiten a su titular diferenciar los productos y/o servicios que él ofrece al mercado de todos aquellos similares que pudiesen ofrecer otros agentes económicos; observado el mismo instituto desde la perspectiva de los consumidores, éste "aparece como un instrumento que hace posible la elección de los productos o servicios que, a juicio del consumidor, satisfacen más cumplidamente sus necesidades y exigencias"³

Adicionalmente, se destaca un tercer enfoque diverso al del productor y el consumidor y que está dado por la economía, entendida en un sentido general, para la cual el instituto de la marca ayuda a "racionalizar la comercialización de los bienes y servicios"⁴, vale decir, que evita que los consumidores

1. "El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores" documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1983. Pág. 13.
2. Fernández Novoa, "Fundamentos del Derecho de Marcas", Madrid, 1984, pág. 22.
3. Manuel Arean Lalín, "El Cambio de Forma de La Marca", España, 1985, pág. XLIX.
4. Documento OMPI, Op Cit, pág. 13.

realicen elecciones sobre la base de elementos absolutamente azarosos.

A efectos de resaltar la importancia de las marcas dentro de una economía de mercado, me permitiré efectuar con ustedes un sencillo juego intelectual, comenzando a escribir desde este instante un poco con los ojos cerrados. Imaginemos por un segundo, una sociedad intentando tener una economía de mercado y en la cual no existiesen las marcas. La situación (siguiendo con el caso de LAIVE y refiriéndolo a distinguir mantequilla) sería, se me ocurre, algo como lo que a continuación les paso a comentar.

Nuestro productor (sí, el de la mantequilla LAIVE) acostumbrado a ofrecer su producto a través de cuantiosas campañas publicitarias, se sentiría, tengo la convicción, absolutamente trastornado, puesto que no sabría como encontrar un mecanismo a través del cual pueda publicitar que de las diversas mantequillas que existen en el mercado, la suya es la que reúne las mejores condiciones. ¿Cómo podrían los consumidores reconocerla entre todas las otras mantequillas si ninguna tiene algún signo distintivo que las diferencie?

Quizás la única fórmula que idearía, a efectos de seguir incentivando en los consumidores la adquisición de mantequilla, sería la de publicitar al consumo del producto en general a través de réclames que induzcan simplemente a consumir mantequilla. Esto, como es fácil advertir, beneficiaría a todos sus competidores (productores de CREMA DE ORO, DORINA, LA DANESA, SELLO DE ORO, etc.) los cuales llegarían a la lógica conclusión de que no tienen por qué pensar en gastos de publicidad, por cuanto existe un sujeto que se está encargando de aquello (y es que mantequilla es lo que todos producimos y no hay forma de diferenciarlos).

Obviamente, nuestro productor de LAIVE tendría que dejar de hacer publicidad ya que de otra manera sus costos se incrementarían (puesto que la publicidad no la regalan) y su precio de venta, en consecuencia, probablemente tendría que ser mayor que el de sus competidores que no incorporarían a su estructura de costos los gastos de publicidad.

Así pues, a nuestro ansioso amigo no le quedaría otra cosa que abrir una tienda y, parado fuera de ella, a voz en cuello, invitar al público a que pase y compre SU mantequilla (al estilo de los mercaderes de plazas en la Edad Media), ya que, sería ésta la única manera de decirle a la gente que compre mantequilla, pero no cualquiera, sino aquella que él tiene en su local y que posee determinadas cualidades (calidad) de las cuales carecen las demás mantequillas que se ofrecen en el mercado.

Observamos, pues, sin necesidad que tengamos que ser entendidos en la materia, que no po-

driamos estar hablando en serio, puesto que, sería imposible tener una sociedad de mercado manejándose en dichos términos. Un mercado estático sin el menor dinamismo. Sería la antítesis misma del mercado modernamente concebido.

Pero, olvidemos un momento a nuestro atormetado productor y veamos qué sucedería con el consumidor. Aquel consumidor que requiere distinguir entre las diversas mantequillas con la finalidad de realizar su mejor elección. ¡Claro! con las marcas era sencillo (asumiendo una información perfecta y una publicidad correcta) ya que publicitada la mantequilla LAIVE y señalada verazmente su calidad, nuestro consumidor realizaría la comparación respectiva con las demás marcas y procedería luego a efectuar su elección. Este acto no requeriría repetirlo continuamente, salvo que, las circunstancias sufran alguna modificación. Mas, si no existiesen las marcas, el consumidor no podría efectuar elección alguna, quedando al azar cuando vaya al supermercado, la posibilidad de reconocer cuál de todas las mantequillas que se le ofrecen sería la que tuvo oportunidad de consumir el día anterior y que le había agradado. Así, quizás tenga que probarlas una por una hasta dar con aquella que busca si es que tiene la suerte que la vendan allí. Caso contrario, tendría que comprar cualquiera, o, de ser persistente, seguir probablemente caminando de tienda en tienda, y quién sabe algún día pase por el local de nuestro productor de mantequilla (el de nuestra historia) quien a voz en cuello lo invite a adquirir su producto, cosa que quizás acepte nuestro algo ya cansado pero siempre positivo consumidor, quien al degustar la mercadería ofrecida, casi con lágrimas en los ojos, abraza al productor y exclame: ¡por fin!

Vemos pues, como algo que aparentemente es muy cotidiano y se presenta ante nosotros de una manera sumamente natural, tiene una importancia neurálgica por cuanto constituye el medio más adecuado (al menos hasta hoy) para que dentro de una sociedad de mercado, los diversos agentes económicos puedan ofrecer sus productos y/o servicios en diversos lugares y grandes cantidades, de manera que se distingan de aquellos productos y/o servicios similares que ofrezcan sus competidores, siendo posible entonces, que en base a dicha distinción, y de acuerdo a su propio criterio, el consumidor opte por aquel producto y/o servicio que se acomode mejor a sus expectativas. Aquí pues, surgirá la publicidad, que no estará destinada a incentivar el consumo del producto en general sino de tal o cual marca de producto y/o servicio en base a tales y cuales consideraciones que el titular de la marca se encargará de resaltar, debiendo hacerlo con veracidad, ya que caso contrario, y de dar una información imprecisa, incorrecta o falsa, podría originar toma de decisiones ineficientes por parte del consumidor.

Doctrinariamente⁵ existe un relativo consenso en señalar como funciones esenciales de las marcas, las siguientes:

- a) función distintiva o diferenciadora;
- b) función indicadora de origen o de procedencia;
- c) función indicadora de calidad o de garantía; y
- d) función de publicidad o de propaganda.

A continuación pasaremos a desarrollar cada una de estas funciones.

a) Función distintiva o diferenciadora: siguiendo a Bertone y Cabanellas⁶ podemos señalar el reconocimiento que la doctrina y la jurisprudencia hacen de esta función. Así, Baumbach y Hefermehl sostienen que "es la función básica que cada marca debe cumplir como medio para identificar una mercadería o servicio". Alvarez Soberanis indica que "la función principal de la marca es la de identificar el producto o servicio con la finalidad concreta de instrumentar su comercialización en el mercado". Para Franceschelli, "la función distintiva se ha convertido en la condición central de la marca en sí misma".

En tal sentido, y al establecer la referida función, quedará entendido que las marcas que se apliquen a determinados productos y/o servicios, no deberán ser iguales ni asemejarse de una manera tal que pudiesen inducir a confusión, con respecto a las marcas utilizadas por otra empresa para distinguir productos y/o servicios similares. Siguiendo con el ejemplo que venimos trabajando, de existir previamente la marca LAIVE para distinguir productos lácteos, no podríamos considerar luego como marca de mantequilla, las palabras LAIWE, LAYVE, LLAIVE, etc., por cuanto como bien señala Jorge Otamendi⁷ "si el signo en cuestión no es apto para distinguir un producto o un servicio de otros, entonces no podrá ser marca".

En los casos señalados (en otros podría ser menos evidente) es claro que los términos referidos no cumplirían con la función de distinguir mantequilla con respecto a LAIVE, pudiendo en consecuencia confundir al consumidor. Es así como esta primera y esencial función de las marcas tiene un efecto casi directo en la protección del público ya que "al distinguir determinados artículos o productos, constituye a

la vez un instrumento de protección, no sólo para sus dueños sino también para los compradores"⁸.

b) Función indicadora de origen: esta función está íntimamente relacionada con la función diferenciadora. Tradicionalmente se entendió que la marca identificaba el origen del producto. Asimismo "servía para que el público supiera quiénes eran los fabricantes de cada producto"⁹. Hoy en día este concepto ha quedado superado. Ya no significa que, al indicar la procedencia, la marca deba identificar necesariamente el nombre o domicilio del titular. No obstante y es allí donde apunta esta función, el consumidor ha de poder confiar que los productos o servicios distinguidos con determinada marca tienen la misma procedencia que han tenido los demás similares distinguidos con la misma marca. Debemos aclarar sin embargo, que la procedencia deberá comprenderse bien sea porque "son originarias de la misma empresa o porque existe una estrecha relación entre las respectivas empresas en que tienen su origen (por ejemplo, una relación de licenciante y licenciataria)"¹⁰.

En tal sentido el consumidor de mantequilla LAIVE confiará que si en el mercado se ofrecen quesos LAIVE, estos tendrán la misma procedencia que la mantequilla. Cabe destacar, sin embargo, que en sistemas como el derecho argentino en que se permite la libertad de cesión de la marca, esta función se ve mediatizada, ya que se elimina el requisito de que quien la utilice sea el titular original de la misma, o alguna persona directamente vinculada con él.

c) Función indicadora de calidad: esta función se refiere a "una constancia respecto del nivel acostumbrado de calidad de los productos o servicios ofrecidos con la marca....Se da por supuesto que se espera cierto grado razonable de constancia de la calidad de los productos o servicios vendidos con una marca determinada, basado principalmente en el prestigio y reputación de la marca"¹¹.

En este sentido debemos señalar que el prestigio da al consumidor un elemento de juicio importante a efectos de realizar la elección entre productos o servicios competidores, esencialmente en el caso de

5. Jorge Otamendi, "Derecho de Marcas", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

- OMPI, Op. Cit.

- David Rangel Medina, Tratado de Derecho Marcario, México D.F., 1960.

6. Jorge Otamendi, Op. Cit. Pág 9.

- Buena Ventura Pellise, "Marca", Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1974, pág 5-6.

7. Jorge Otamendi, Op. Cit. pág 10

8. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, "Derecho de Marcas", tomo I, Editorial Eliasta S.R.L, Argentina, 1989.

9. Jorge Otamendi, Op. Cit. pág 8.

10. OMPI, Op. Cit., pág 14.

11. OMPI, Op. Cit., pág 14.

los bienes de consumo cuya calidad no puede ser evaluada sino hasta después de su uso.

Así tendremos que nuestro consumidor de mantequilla LAIVE confiará al momento de ir al supermercado, en la calidad del producto que adquirirá, que de no mantenerse, podría llevar a nuestro consumidor a realizar una elección no racional y eventualmente ineficiente.

d) Función de publicidad: en relación con esta función debemos volver a destacar que la marca es el "único nexo que existe entre el consumidor del producto o el servicio y su titular"¹².

Es así que las marcas sirven de ayuda a estos últimos, a efectos de "estimular y conservar la demanda de los consumidores y, simultáneamente, sirve para informar al consumidor sobre los productos o servicios de que dispone en el mercado"¹³. Siendo ésta la situación, demás está indicar la no posibilidad de realización de una publicidad falsa o engañosa.

Continuando con el ejemplo inicial, el consumidor estará en facultad de conocer que dentro del mercado existen diversas marcas y que cada una de éstas, le ofrece tales y cuales beneficios obteniendo con ello la información necesaria con la cual pueda realizar la elección más adecuada.

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

12. Jorge Otamendi, Op. Cit. pág 10.

13. OMPI, Op. Cit., pág 16.

Entrevista al Dr. César Fernández Arce

A propósito de la discusión en torno a la situación actual del Poder Judicial, Thémis-Revista de Derecho, consideró que una entrevista a realizar a uno de sus más eminentes y valiosos representantes sería sumamente enriquecedora.

Con tal motivo, se invitó al Dr. César Fernández Arce, Catedrático de nuestra Facultad, y Vocal de la Corte Suprema de la República a que respondiera a nuestras inquietudes.

A las pocas semanas de realizada la entrevista, el Dr. Fernández Arce vio coronado sus esfuerzos al servicio del país, al ser nombrado Presidente de la Corte Suprema de la República, engalanando con su presencia las páginas de nuestra Revista.

La entrevista estuvo a cargo de Verónica Zavala Lombardi y Manuel Ugarte Maggiolo.

Thémis: Consideramos que Usted es un juez de excepción en el Poder Judicial peruano. Es por eso que nos sentimos en confianza de darle nuestra opinión y de recabar la suya respecto de temas e instituciones en relación al Poder Judicial.

Creemos que el Poder Judicial sufre de una falta de jueces que cuenten con una moral probada y un alto nivel profesional. Es por eso que muchas veces admiramos a aquellos jueces honrados sin exigirles mayor profundidad en sus conocimientos. Parecería que la realidad hace que aceptemos un menor nivel de nuestros jueces. ¿Qué opina Usted?

Dr. Fernández Arce: Para empezar, quiero agradecerles la oportunidad que me brindan para, una vez más, estar con ustedes a través de la revista, así como las expresiones generosas que han tenido para con mi persona. Respondiendo directamente a la pregunta que se me formula, debo decir que ésta es muy amplia y profunda, de modo que no sería apropiado, en esta ocasión, desarrollarla en toda su extensión. Lo que sí desearía decir es que en todo aquello donde el hombre desarrolle su actividad siempre va a haber, sin ninguna duda, una valoración ética. Lo bueno y lo malo son polos sobre los que gira la actividad humana. Desde este punto de vista el Perú atraviesa un momento muy difícil, quizás uno de los más difíciles de toda su historia. Creo que es porque han concurrido una serie de factores que han coadyuvado a este resultado negativo.

En primer lugar, la concurrencia del factor formación y el problema cultural: donde hay ignorancia, donde no hay formación, evidentemente allí no está puesta la condición necesaria para actuar debidamente. En el plano judicial, el Poder Judicial no es una isla en relación a lo que está pasando en este momento en el Perú. En el Poder Judicial han concurrido una serie de factores negativos en los últimos años; digamos que en los últimos diez, quince, veinte años ha habido un proceso de politización.

Creo que la política es una actividad de la que ningún ser humano se puede sustraer, pero una cosa es la política en el sentido amplio y profundo -como sistema de gobierno-, y otra la política partidista, que no cabe ni puede caber nunca en el Poder Judicial, porque si ésta se da, el magistrado comienza a perder su independencia.

Pienso que hay dos criterios fundamentales en el juez para poder actuar. En primer lugar, el sentido ético de las cosas, que en la función judicial a mi modo de ver, se llama justicia y que está por encima de las normas legales; si no hay sentido de justicia, ya pueden dar los hombres las mejores leyes, las leyes más sabias, pero si no hay hombres con verdadero sentido de justicia realmente no va a imperar la justicia. En segundo lugar, la preparación, el conocimiento de los códigos y leyes; es verdad que en los últimos años se han dado muchísimas leyes, leyes contradictorias, leyes que dicen una cosa y a los dos días dicen otra, o se derogan, pero ello no exime al juez de conocerlas. Un ejemplo concreto de esto es la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se hizo con tanto apresuramiento y sin que haya la compulsa de la opinión pública, que ha dado lugar, como todos estamos esperando, a que se la cuestione en los foros, simposios y debates que sobre este tema se han organizado. Inclusive la Cámara de Senadores ha acordado pedir la suspensión de sus efectos, así como la formación de una Comisión para que en el término de cien o ciento veinte días elabore una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, en la Cámara de Diputados estamos asistiendo al debate sobre este punto; no sé cuál será el resultado, pero lo cierto es que las leyes no se pueden dar con apresuramiento, ni tampoco para satisfacer intereses personales, lo que se requiere es una preparación muy grande y adecuada, puestas al servicio de la Comunidad.

En mi opinión, resumiendo, lo fundamental es el sentido ético de la vida en todas las cosas y -quizá

repitiendo lo que alguna vez dije en algún discurso- el Derecho, la ley y la jurisprudencia no sólo le interesan a los juristas; el orden jurídico y la administración de justicia afectan los intereses vitales de todos los ciudadanos. El Derecho resulta indispensable como necesidad ética y ontológica. Interesa tanto a gobernantes como a gobernados, porque constituye elemento indispensable para asegurar la construcción de un mundo en donde se garantice la plena vigencia de los Derechos Humanos, la participación de todos en el disfrute de la riqueza, la dignidad creadora del trabajo, la cancelación del subdesarrollo y la injusticia, así como el sometimiento tanto de gobernantes como de gobernados a la ley sin excepción alguna, como bien señala nuestra Constitución Política. Entonces, tres factores: no politización del Poder Judicial, sentido ético y que haya preparación. ¿Cómo alcanzar esto? Es muy difícil. Creo que el sistema actual de nombramiento de los magistrados es impropio, es inadecuado, es peligroso, porque allí donde hay injerencia política hay peligro de que los magistrados accedan al Poder Judicial hipotecados sin la adecuada independencia. Entonces, lo que tenemos que hacer es trascender este criterio de decenas de años y ver una fórmula nueva, quizás ésta pueda ser un sistema de oposiciones como en Europa, concursos abiertos, públicos, donde aquéllos que se crean con vocación y condiciones para acceder a los cargos judiciales, puedan concursar demostrando su capacidad, de manera tal que no se resuelvan estas designaciones a dedo, entre gallos y medianoche; y que los concursos a que llama el Consejo Nacional de la Magistratura sean realmente verdaderos y que haya concordancia entre los que ganan el concurso, y su rendimiento en el examen.

Thémis: La división de las funciones en un Estado de Derecho es esencial, creemos que tal división no es tan clara respecto de las relaciones del Poder Judicial con el Ejecutivo. ¿Qué comentario le merece esta opinión?

Dr. Fernández Arce: Con respecto a esta pregunta, quisiera decir que es indispensable, en un Estado de Derecho, que haya concordancia de actividades entre los tres Poderes del Estado. No puede haber un Estado en el que el Poder Ejecutivo decida sobre todos los problemas. Cada Poder tiene una función propia y específica, no completamente aislada de las demás. Desgraciadamente, en nuestro medio, cuando los Presidentes de Corte tratan de actuar coordinadamente, los políticos se confunden y llaman a esa actitud, una actitud de sometimiento - craso error evidentemente- y es que el político tiene unas anteojeras que habría que quitarle. Tenemos que reconcientizarnos y desprendernos del sentido egoísta con el que estamos actuando en el país. Las cosas no se están resolviendo con sentido institucional, con sentido de patria, sino con un sentido de grupo partidista o con uno de interés personal, egoísta. Este es otro problema que encontramos acá: cuando accedemos

a un cargo pensamos que el cargo es un título con el que nos vamos a beneficiar, otro craso error, puesto que los cargos no son para servirse sino para servir a los demás.

Thémis: Creemos que un Poder Judicial creador, consciente de la realidad en que se desenvuelve y eficiente, puede hacer que normas injustas sirvan para impartir justicia, puede suplir vacíos del Derecho, puede hacer que un sistema legal obsoleto esté acorde con el tiempo. Para nosotros, estudiantes, un Poder Judicial así sería una opción profesional, un campo donde desempeñarnos. Lamentablemente, eso no es así. El Poder Judicial no es percibido de esa manera por nosotros. Entendemos que el Poder Judicial al administrar justicia debe ser un medio de pacificación social. Sin embargo, en el Perú por la lentitud de los procesos, por lo difícil que es para la mayoría acceder a él y por su actuación muchas veces injusta, éste no contribuye a la Paz sino que, con frecuencia, genera más violencia.

De otro lado, sentimos que somos poco consecuentes con nuestros pareceres, toda vez que no asumimos el compromiso que supondría ingresar al Poder Judicial e iniciar las reformas que vemos como urgentes. Sentimos que las cosas están mal, pero no hacemos lo que creemos necesario para su transformación. A la vez, este sentimiento nos inhibe de poder criticar a algunos malos miembros del Poder Judicial.

Siendo Ud. un caso alejado de este panorama, nos deberíamos sentir aún menos autorizados para plantearle esta inquietud, pero Ud. es ante todo nuestro maestro y por eso tenemos la confianza de señalarle nuestras inquietudes y de pedirle su opinión.

Dr. Fernández Arce: Pienso que de nada valdrían las más hermosas declaraciones constitucionales y demás leyes de inferior jerarquía si no existiera un Poder Judicial capaz de darles cabal y oportuno cumplimiento. El juez que las aplique seguirá siendo el instrumento más eficaz para crear un orden justo. El Estado de Derecho se consolida a través de la justicia, máxima aspiración de la humanidad. La creación de un orden justo es el único camino que conduce a la paz de los hombres, paz que no se logra con egoísmos o ambiciones personales - como antes he dicho -, ni con soberbia, sino a través de una justicia social buscada con obstinado afán, renuncia y sacrificio. Hacer justicia constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre, ha dicho Angel Osorio en esa obra que todos conocemos "El alma de la toga". En otros oficios humanos -opina-, actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología, es decir un elemento psicológico del profesional y un elemento material y externo. En cambio, en la magistratura actúa el alma sola, pues cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que de ella. No se diga que

operan el alma y el Derecho, porque es algo que no se ve, simplemente se aplica con el alma de cada cual, y es que en realidad el juez no tiene una función mecánica, el juez no es un mecánico del Derecho, el juez es un intérprete del Derecho, ¿y qué es lo que interpreta en el Derecho? Aquello que está en la esencia misma del Derecho: la justicia; de tal manera que, aún con normas injustas, un juez puede hacer justicia, porque por encima de la letra está el espíritu inmerso en las leyes. Una vez que sale la ley de los legisladores ya no les corresponde interpretarla, corresponde al juez, que le da vida en cada momento que discierne justicia en los problemas que se controvierten en su despacho.

Thémis: Una inquietud a partir de esta pregunta. Muchas veces nosotros vemos que el Poder Judicial no funciona como nosotros creemos que debería funcionar, un poco que nosotros nos sentimos inhibidos de dar nuestra opinión porque también nos preguntamos, si uno quiere tratar de cambiar las cosas, debería intentar entrar al Poder Judicial para cambiar las cosas desde adentro; pero...desgraciadamente, son muy pocas las personas, por lo menos dentro de nuestra Facultad, que piensan en el Poder Judicial como una opción profesional. ¿Tiene Ud. una explicación para esto? ¿Cuál es su opinión?

Dr. Fernández Arce: Sí, claro que puedo dar una opinión sobre esto. Es que realmente hay que vivir todo el trajinar del Poder Judicial, todos los quehaceres, para darse cuenta de lo que significa, lo que es el Poder Judicial y cómo está el Poder Judicial. Evidentemente, el ser juez no es una tarea fácil, importa un sacrificio desde todo punto de vista; sacrificio desde el punto de vista económico, porque los haberes de los magistrados son exigüos. El juez está condicionado lamentablemente, a vivir con muchas estrecheces, con muchas limitaciones, el juez honrado se ve entonces sumido a una serie de sacrificios que no le permiten, por ejemplo, alternar socialmente porque sus condiciones económicas no se lo permiten; de tal forma que desde el punto de vista económico no constituye ningún aliciente. En segundo lugar, desde el punto de vista de las condiciones en que se desenvuelve, tiene muchas dificultades. No tiene la infraestructura adecuada; en otros países, lo menos que puede tener un juez son los libros de consulta, lo indispensable para conocer la opinión de tratadistas o las ejecutorias en determinadas materias. Aquí no hay absolutamente nada de eso. Las Bibliotecas de la Corte Suprema y de la Corte Superior son obsoletas, parece que el tiempo se hubiera detenido treinta, cuarenta, cincuenta años atrás. Vemos entonces, que para poder acceder a los conocimientos necesarios para aplicar las leyes, tenemos que recurrir a la Biblioteca del Colegio de Abogados que está en el cuarto piso. Ni siquiera existen lápices, borradores, porque no hay fondos para cubrir estas necesidades tan elementales. No hay fondos para comprar libros y entonces el juez, desde el punto de vista de los

conocimientos, también tiene grandes dificultades. ¿Qué pasa con el juez de provincias? El único acceso que tiene el juez de provincias para conocer la dación de leyes es a través de "El Peruano", pero ... ¿"El Peruano" llega a todos los distritos judiciales? No, no llega a todos los distritos judiciales, por ello muchas veces los jueces están aplicando normas que ya han sido derogadas seis, siete, ocho meses atrás. Están prevaricando, no por dolo, sino sencillamente porque no tienen oportunidad. Esta es una falla grave. De otro lado, he visto en provincias los escritorios de jueces de primera instancia; son cajones vacíos de fruta chilena, seis, siete cajones, con un papel periódico encima que sirve de tapete, la máquina de escribir es del peluquero que se la presta todas las mañanas; en esas condiciones, es bien difícil. El juez en su función judicial es un hombre solo, porque no cuenta con el respaldo de nadie; mas aún, muchas veces cuenta con la incompreensión, con el odio. El juez que da una sentencia ya se ganó un enemigo, un enemigo para toda la vida, y son esos enemigos los que afloran en los momentos de prueba, en los momentos de las tentaciones, llenándolos injustamente de mentiras y calumnias, se encuentran expuestos a tantos riesgos, a tanto peligro, que cabe preguntarse ... ¿por qué hay jueces? Pienso que por la vocación judicial, no todos la tienen, cierto, como no todos tienen vocación para ser abogados. Creo que lo que anima al buen juez es la vocación judicial, es el sentido de justicia que tiene dentro de sí y que lo lleva a proyectarse a los demás. Asimismo, hay una visión deformada de lo que es el Poder Judicial y la función judicial en nuestro Perú, quizá está exageradamente expuesta desde el punto de vista negativo, pero para mí es la función más hermosa dentro de todas las profesiones, administrar justicia, sentirse un poco como intermediario entre esa justicia divina y la justicia de los hombres, proyectarse a través de los demás diciendo su palabra en las cosas que debe decir; entonces ...¿por qué no hay mucha vocación judicial? No la hay, primero, porque lo que trasciende son las limitaciones económicas y, de otro lado, porque desde que se es juez se pierde la tranquilidad interna, no de la conciencia ciertamente, pero las ... quejas, denuncias, reclamos todos los días, con un sueldo mal pagado, exponiéndose a que lo maten, exponiéndose a tantas cosas ... realmente no deja mucho margen para vivir desinhibidos, se requiere espíritu de Quijote y, desgraciadamente, los Quijotes en esta época son muy pocos.

Muchos hablan, muchos critican, son como el espectador que en una plaza de toros dice "mal torero" porque hizo tal cosa, y yo digo: "vayan a la arena, bajen a la arena y hagan esa faena". Creo, además, que es menester tener un poco de experiencia en este ámbito judicial para realmente saber lo que es la justicia, saber las necesidades que tiene el país. Todos decimos "qué mal está la justicia!". Hagamos un poco de esfuerzo, intentemos entrar al Poder Judicial, porque al fin y al cabo la función

judicial y la función del abogado no son diferentes, es función de Justicia. Hagamos un poco de experiencia en este aspecto. Para mí -repito- es lo más hermoso, y como decía alguna vez, el juez en su papel protagonista debe poseer no sólo vocación de sacrificio frente a las incomprensiones, maledicencias e injusticias que derivan absurdamente del ejercicio honrado de su cargo, sino también la competencia profesional necesaria para distinguir la institución aplicable al caso concreto que se juzga y además una sólida formación moral que le permita prescindir en el desempeño de su función de toda consideración ajena a la justicia. Ahí está la grandeza y en muchos casos la tragedia de la función judicial; su grandeza porque trasciende las miserias del egoísmo y su tragedia porque genera muchas veces odios, resentimientos y amenazas, que nunca deben ser capaces de desviar su estricto sentido de justicia y su independencia.

Para terminar este punto quiero decir que se abrogarán muchas leyes, cambiarán las estructuras sociales, económicas y políticas adecuándose a una realidad palpitante, con un sentido de justicia más pleno, pero nunca cambiarán las notas que configuran el prototipo del juez ...porque el juez debe ser siempre hombre probó, de buenas costumbres, íntegro en su vida tanto privada como pública, capaz y realizador de una auténtica justicia, porque se mueve entre lo infinito y lo finito, entre lo divino y lo humano, proyectándose en la sociedad a través de la justicia que administra.

Thémis: Los jueces recurren al incumplimiento del mandato constitucional del 2% del Presupuesto Nacional para explicar la caótica situación en que se encuentra el Poder Judicial. Si bien esta puede ser una causa que los excuse en cierta medida, el deterioro moral debe ser siempre rechazado. ¿Qué opina Ud. al respecto?.

Dr. Fernández Arce: Creo que en todo aquello en que intervenga el hombre, el problema va a ser siempre de hombres, lo otro son circunstancias nada más, donde haya hombres con auténtica justicia, con ese 2% o sin ese 2%, la función judicial va a ser buena.

Un problema que encontramos es que las leyes que se dan para el Poder Judicial, no siempre son buenas. Recuerdo que en el año 1976, cuando accedí por primera vez a la Corte Suprema, vi el recurso de nulidad sobre el robo de un chanco de no sé cuantos miles y miles de soles; evidentemente que es un absurdo que vayan asuntos de esta naturaleza a la Corte Suprema, que así se llena de expedientes inútiles. De otro lado también se abusa del Amparo y de otras instituciones como el Juicio de Desahucio que debería terminar -a lo sumo- en segunda instancia. Otra causa que atiborra es el pedido de palabra ante la Corte Suprema, que muchas veces es usada por los malos abogados para demorar las causas. Piden el uso de la palabra y, cuando se les da fecha,

solicitan un aplazamiento por motivo de salud. Cuando se señala por segunda vez, piden aplazamiento por cambio de abogado, y finalmente, la tercera vez no van. En estos casos la ley debe ser muy dura y poner sanción severa a aquellos abogados que han abusado de ella para demorar la recta administración de justicia. Un ejemplo de esto es que en la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, en este mes y días que van de huelga indebida, hemos sacado más de setecientas causas, lo que no hubiera sido posible de haber tenido ellas pedido de palabra. En este supuesto, habríamos sacado quizás la tercera o cuarta parte nada más. De otro lado, los pedidos de palabra...¿qué son en realidad? Un abuso, no dicen nada nuevo en los informes. Hay que reglamentar este uso, ese pedido de palabra, desde estos dos puntos de vista: pedido de palabra cuando se digan cosas nuevas o cuando se quiera insistir en algo muy importante, que se está contravirtiendo y que no se haya visto debidamente en las resoluciones inferiores.

Asimismo, en materia penal, se habla de la demora en las sentencias de las causas, pero ella muchas veces se debe a que, por ejemplo, no se cuenta con el reo en la audiencia -cuya asistencia es requisito imprescindible para que ésta se realice- porque la Guardia Republicana no lo pudo traer, porque se malogró el ómnibus o, en el caso de los reos libres, éstos no asisten. Debe haber, entonces, un medio más ágil para evitar que todas estas interferencias demoren las causas.

También es menester computarizar el sistema judicial, estamos en el siglo de la cibernética y no es posible que no contemos con aparatos de esta índole. De hacerlo, podríamos, por ejemplo, conocer en materia penal cuáles son las causas iniciadas, su fecha de ingreso y desde cuándo están pendientes de trámite o de sentencia, si el reo ha sido condenado anteriormente..., así habría un control más efectivo de esta problemática a nivel nacional.

Tenemos un sistema anacrónico que requiere de una infraestructura y éste es un problema que sólo se puede resolver desde el punto de vista económico. De modo tal, que terminando por lo que dije anteriormente, si bien la parte económica no puede ser decisiva, determinante, se debe tomar en cuenta que sin la verdadera infraestructura económica y técnica, no va a poder salir de ese estado de cosas el Poder Judicial.

Thémis: Intentar un cambio en la situación actual de manera individual es su caso. Usted, al igual que algunos otros jueces ha mantenido sus valores morales intactos, lo que es tal vez nadar contra la corriente. Este nado, aparte de la satisfacción personal que le ha brindado, ¿puede tener frutos más allá de la esfera individual? ¿Valió la pena?

Dr. Fernández Arce: Si yo considerara que solamente constituye una satisfacción personal, evidente-

mente que no habría consentido en regresar al Poder Judicial, no tendría para mí ningún aliciente, ya que mi vocación es social, servicio social. Pienso que no podemos perder nunca la fe ni la esperanza de lograr cosas más allá de lo que nosotros aparentemente deseamos, porque creo que hay siempre una fuerza, un impulso vital que está muy dentro de nosotros: la providencia, creo mucho en la providencia, y además siento que no estamos solos en este camino. Hay, por suerte, buenos magistrados en la Corte Suprema y en las otras instancias también; y para renovar las cosas no se requiere de la totalidad, basta con un grupo, una mentalidad, un espíritu, si éstas existen, con la ayuda de Dios, creo que estamos en el camino de hacer bien las cosas, quizá nosotros no veamos el fruto, pero pondremos una semillita que quizá caiga en tierra fértil, el resultado depende de Dios, no de nosotros.

Thémis: Son muy pocos los que después de tantos años en la Universidad han pensado seriamente en seguir la carrera judicial. Desde nuestros primeros ciclos en la Facultad hemos escuchado indirectamente que "en la realidad es distinto", que por más que tuviéramos la razón, la justicia no necesariamente estaría de nuestro lado, aludiendo a que en el Poder Judicial la razón no lo es todo, a que no se imparte justicia. ¿Cuál es la responsabilidad de la Universidad en esto, si es que tiene alguna?

Dr. Fernández Arce: Hay que romper los tabúes, los prejuicios, no todo lo que se dice del Poder Judicial es cierto. Lo que pasa es que muchas veces los abogados cuando pierden no reconocen honestamente su derrota, que perdieron porque no tuvieron razón. Y dicen que perdieron por circunstancias externas y extrañas a la recta administración de justicia y eso es lo que trasciende. Recuerdo un caso concreto de un juez que ya falleció, un hombre honestísimo y responsable en lo que resolvía. Un día oí a unas personas comentando que habían perdido el juicio porque este juez se había prestado a una serie de situaciones irregulares. Primero me enfurecí porque levantar calumnias a un hombre muerto revelaba cobardía; luego pregunté cómo era el caso, lo analizamos allí extrajudicialmente y vimos que no tenía ninguna razón esta persona al hablar así. Hay mucha maledicencia... cuál es la tarea de nuestra Facultad? Conocer la realidad, permitir que los jueces vayan a dar charlas, expliquen los problemas; y, por otro lado, vayan ustedes a practicar, no se les van a cerrar las puertas, conozcan la realidad directamente, como cuando tratan de conocer el pensamiento de Calamandrei o los Hermanos Mazeaud, en que no recogen información a través de terceras personas sino que van a la fuente, y así van a ver que entre lo que se dice y lo que es, hay seguramente un abismo de diferencia. A mí no me gusta entrar al infierno, a nadie le gusta, eso no es un infierno, por el contrario, es hermosa la tarea judicial, es hermoso cuando uno por la noche, recordando los casos que ha resuelto,

se siente complacido consigo mismo, porque siente que ha hecho justicia, no? Ha hecho justicia tratando de interpretar esa voluntad de Dios, a través de la ley como medio de hacer justicia.

Thémis: Nosotros futuros abogados, creemos que como tales no nos escapamos de tener una responsabilidad directa en cómo están las cosas.

A veces se dan intentos aislados por parte de abogados de ir contra el sistema de corrupción imperante; sin embargo, ello en vez de traerles el reconocimiento, conlleva que sus clientes los tomen por incapaces, por abogados que carecen de cierta "habilidad" para ejercer la profesión. ¿Qué comentario podría hacer al respecto?

Dr. Fernández Arce: La responsabilidad del abogado en nuestro medio es muy grande -porque repito y creo no equivocarme- hay muchos abogados que prostituyen la función judicial con las coimas, invitaciones sociales y regalos. A veces los abogados de fama no lo son porque ganan en buena lid, sino porque detrás de ese triunfo hay muchas cosas extrañas a la recta administración de justicia. Nosotros tenemos la responsabilidad de saber actuar honestamente. Si queremos que los jueces actúen así, comencemos nosotros, y no busquemos influencias, invitaciones, regalos, entrega de billetes verdes. Hay que limpiar la función como abogado, porque... de dónde viene la corrupción de los jueces y quiénes los corrompen? Los malos abogados, con lo cual no estoy eximiendo de responsabilidad a esos malos jueces, porque si a un juez honesto pretenden sobornarlo, éste debe denunciarlo, y van a saber que no miente porque al que cultiva la verdad -al juez honesto- se le cree. De modo que hay una responsabilidad doble, de jueces y abogados; si el abogado no corrompe, ese juez no va a tener oportunidad de ser corrompido, pero, repito, la responsabilidad no sólo es de uno, es de los dos, unos por corromper y otros por dejarse corromper, en nuestra época hay mucho de esto.

Thémis: Ud. ha estado alejado del Poder Judicial por un largo período y ahora vuelve, cuando las cosas han cambiado. Entendemos que este regreso se debe a que Ud. siente que debe hacer algo. Si esto es así, nos gustaría saber qué cosa es y si nos compromete a nosotros estudiantes y futuros abogados.

Dr. Fernández Arce: Siento que debo proyectarme en el Poder Judicial, en todo aquello que aprendí de mi casa, del colegio y de la Universidad Católica. Nosotros los abogados, los jueces debemos hacer justicia ¿cómo se hace justicia? Dando testimonio con la vida misma, no hablándola, no predicándola; y esa justicia no solamente se desarrolla en un horario determinado. Para hacer justicia con los demás uno

tiene que ser justo consigo mismo, ella supone ser veraz, honesto, trabajador, estudioso, humilde, ser abierto a todas las inquietudes sociales, siempre que tengan un sentido de justicia.

Thémis: ¿Cómo podemos nosotros entrar a esa idea de cambio, a esa idea de justicia?

Dr. Fernández Arce: Creando conciencia y despertando la fe de que sí se puede, de que estamos convencidos que sí podemos y de que hay buenos jueces. La mejoría de todo depende de la medida en que nosotros proyectemos esa fe, pero con esfuerzo, porque una fe si no tiene un sustento en los hechos es una fe muerta, una fe sin caridad no tiene sentido. Hay que hablar con optimismo, tener la mentalidad abierta a la posibilidad de hacer mejor las cosas. Hay que tener fe y esperanza; lo demás corre por cuenta de la divina providencia. Debemos tener la mística de ese capitán de barco cuando hay una tempestad y

toda la gente está desesperada; esa mística de que se pueden salvar y llegar a puerto seguro, esta mística la tenemos dormida en la Facultad y hay que despertarla. Lo que hace falta en el Perú - así como en el resto del mundo- es el amor, que es lo contrario del egoísmo y que es más importante que la fe y la esperanza; en la medida en que me interese por lo que pasa en el Poder Judicial, por lo que está pasando en el país, y entre en él, renunciando a mis comodidades económicas, a los beneficios que puedo haber obtenido en los diez años en que he estado fuera de la Magistratura y vuelva a un sueldo misérrimo, eso es amor. Si no sabemos amar, que es renuncia, entrega, darse a los demás, realmente no tienen sentido la fe y la esperanza; en este caso, estoy arriesgando el bien de mi familia, pero ellos están comprometidos en la misma causa, porque saben que ésta es la única forma como podemos dar nosotros ayuda, ese auxilio, modestamente desde luego, en bien del país.

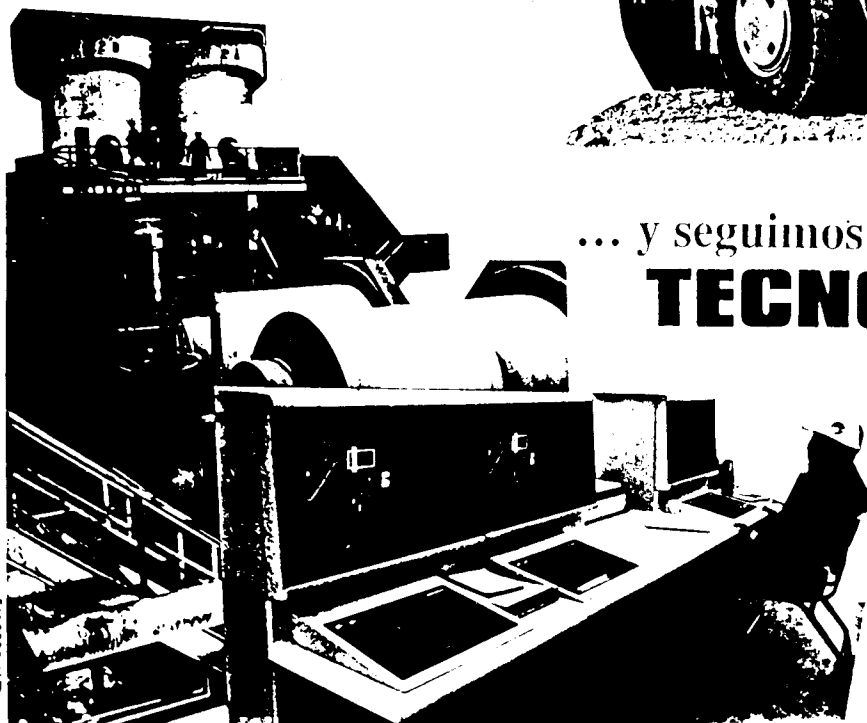
Importamos

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.



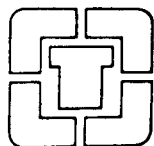
... y seguimos invirtiendo en
TECNOLOGIA



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

Antecedentes de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial

Javier de Belaunde L. de R

Abogado, Profesor Principal de la PUC.

El Poder Ejecutivo, haciendo uso de las facultades delegadas por el Congreso mediante Ley No. 25104, ampliada posteriormente en cuanto al plazo, promulgó el 26 de julio de 1990 mediante Decreto Legislativo No. 612 la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Ella debería entrar en vigencia el 1 de enero de 1991. Con la promulgación de dicha ley se concluía un proceso de elaboración legislativa iniciado en 1985.

No obstante, la crítica que en diversos foros se formuló durante los meses de "vacatio legis" respecto a múltiples aspectos de la Ley¹ ha llevado a la reciente promulgación de la Ley No. 25285, mediante la cual se prorroga hasta el 1 de enero de 1992 la entrada en vigencia de la Ley y se nombra una Comisión Revisora de su texto, encargada de proponer modificaciones.

El propósito del presente artículo no es efectuar un balance crítico de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial; pretende hacer una descripción de los antecedentes que precedieron su elaboración, a fin de facilitar una adecuada comprensión del texto final y de su génesis.

1.- Antecedentes previos a la Constitución de 1979

El interés por la elaboración de una Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial surgió claramente en la década de 1970. A la crítica social dirigida al servicio de administración de justicia se sumó la crítica oficial. Se estimó entonces que la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente desde 1963 debería ser modificada y

sustituída por una Ley Orgánica que revisara la organización del Poder Judicial y sirviera como instrumento para su reforma.

En este contexto, se elaboraron diversos proyectos de ley que no llegaron a prosperar. Dentro de ellos, quizás los más destacables son los elaborados por la Comisión presidida por el Dr. Octavio Torres Malpica en 1972², por el Consejo Nacional de Justicia en 1974, y por la Comisión presidida por los Drs. Alberto Ballón Landa y Rómulo Lanatta el mismo año³. Si bien el proyecto Torres Malpica trae innovaciones de gran interés e importancia, comparte con los demás una visión de la organización del Poder Judicial similar a la contenida en la Ley Orgánica de 1963. En ese sentido, a nuestro entender, ninguno de estos proyectos abordaba innovadoramente uno de los problemas centrales de la actual situación de la administración de justicia: su organización.

La promulgación de la Constitución de 1979, generó la expectativa de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Es más, la Disposición Transitoria Décimo Primera, anunciaba la necesidad de la nueva ley.

Es así como a los propósitos de reforma del Poder Judicial se sumó la necesidad de adecuar su estructura a mandatos contenidos en la Constitución.

2.- El Período 1980-1985

La primera iniciativa para elaborar un proyecto de ley surgió en el Centro de Investigaciones de la Corte

1. Una acertada síntesis de las formulas en un Fórum organizado por el Colegio de Abogados de Lima se puede encontrar en el artículo publicado en el diario "El Comercio" por el Dr. Max Arias Schreiber el 30 de agosto de 1990: "Ley Orgánica del Poder Judicial: debate esclarecedor". Asimismo el artículo del Dr. Anibal Quiroga León: "La Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial" en la revista "Justicia", No. 3.

2. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1973, No. 348, p. 104.

3. "El Peruano", 24 de agosto de 1974.

Suprema. Una comisión integrada por magistrados y abogados produjo en 1982 bajo la presidencia alternada del Vocal Supremo Dr. Guillermo Anchorena More y del Dr. Alberto Ballón Landa un "Anteproyecto de Bases para la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial" que no alcanzó mayor trascendencia debido a que nunca fue discutido por la Sala Plena de la Corte Suprema.

Posteriormente la ley No. 23428 crea una comisión multisectorial integrada por representantes del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, del Ministerio Público, de colegios profesionales y de la Universidad de San Marcos, con el propósito de elaborar un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante que posteriormente la Ley No. 23976 le amplió el plazo y delegó facultades al Poder Ejecutivo, esta comisión no produjo ningún resultado, debido a lo amplio y heterogéneo de su composición. Durante este mismo período, el diputado Roberto Ramírez del Villar elaboró un proyecto parcial que fue presentado a la comisión antes mencionada como documento de trabajo.

3.- La "Comisión Alzamora"

Es a partir de 1985 que sistemáticamente se aborda la elaboración de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. En setiembre de 1986 bajo la presidencia del Dr. Mario Alzamora Valdez se constituyó una comisión integrada por magistrados, abogados y profesores universitarios con el encargo de preparar el Proyecto de Ley. La comisión aprobó un esquema de trabajo y una estructura básica de lo que debería contener la Ley Orgánica del Poder Judicial. Debemos señalar, que esta estructura básica se mantuvo en los trabajos posteriores y prácticamente es la que vertebra la Ley Orgánica promulgada mediante Decreto Legislativo No. 612. Luego la comisión encargó a sus miembros la elaboración de diversas ponencias. Así el Dr. Mario Alzamora Valdez se ocupa del Título Preliminar; el Dr. Octavio Linares Alencastre de los Organos Jurisdiccionales; el autor de la presente nota de los Organos de Gobierno y Administrativos; el Dr. Ricardo La Hoz Tirado del Desarrollo de la Actividad Jurisdiccional; el Dr. César Augusto Mansilla de los Magistrados y Jueces y de la Carrera Judicial, y el Dr. Javier Ortiz de Zevallos prepara una ponencia sobre Abogados.

Después de varios meses de trabajo los diversos miembros presentaron sus ponencias las que, eran el fruto de un esfuerzo individual. La tarea inmediata resultaba clara: La necesidad de convertir las diversas ponencias en un proyecto orgánico. Por ello, la comisión encargó a una sub-comisión integrada por los Drs. Manuel Catacora Gonzáles, Octavio Linares

Alencastre, Hugo Manchego Adrián y al autor de este artículo, la compatibilización de las ponencias y la elaboración de un ante-proyecto en base a las mismas.

Para ello, con la licencia dada por la Comisión, al grupo de trabajo le pareció fundamental no sólo concordar las ponencias sino enriquecer estos aportes con diversos instrumentos. Es así como se toma en consideración los diversos proyectos de ley anteriores, tratando de romper una lamentable costumbre nacional de prescindir de los esfuerzos precedentes. Al acopio y al estudio de los proyectos, siguió una selección de temas de interés que fueron rescatados debidamente por el grupo de trabajo e incorporados en el Anteproyecto. De este modo, muchas de las ideas del que posteriormente se ha conocido como "Proyecto Alzamora", vienen del trabajo de las comisiones antes citadas, "recuperadas" por la sub-comisión mencionada.

El grupo de trabajo consultó Legislación Comparada y adicionalmente le preocupó el análisis de múltiples trabajos socio-jurídicos realizados en la última década sobre la problemática de la administración de justicia. Debe destacarse que la Comisión de Reforma Judicial de la Corte Suprema, propició a partir de 1975 una serie de estudios para el conocimiento de la realidad judicial. El grupo de trabajo abordó una revisión de los mismos e intentó hacer un listado de los principales problemas que deberían ser respondidos desde una Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por ello, el grupo de trabajo se puso de acuerdo en aspectos fundamentales de lo que podría constituir un diagnóstico de la administración de justicia. Compartíamos el criterio de que el momento era sumamente grave. El diagnóstico de la administración de justicia que hacía la opinión pública era severo. Una creciente desconfianza ciudadana llevaba a una mayor conciencia y preocupación en torno a la falta de eficacia del sistema legal y del sistema de administración de justicia y a entender que ello se vinculaba claramente con alternativas de violencia. Por eso, el grupo de trabajo intentó rescatar elementos de un diagnóstico desde la posición del usuario, constataando que pocos servicios públicos como la administración de justicia, habían concitado en los últimos años tan unánime censura ciudadana.

El grupo de trabajo, tomando en cuenta las diversas perspectivas desde las cuales se podía abordar el estudio de la administración de justicia, optó por extraer una relación de los problemas de mayor gravedad. Una suerte de común denominador de los diversos diagnósticos hechos de la problemática judicial; el grupo de trabajo coincidió en que eran siete los principales problemas⁴:

4. BELAUNDE, Javier de: Objetivos del Ante-Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. En: CATACORA, Manuel, BELAUNDE, Javier de, LINARES, Octavio, MANCHEGO, Hugo: Nueva estructura del Poder Judicial; Lima, EDIMSSA, 1988.

- 1.- El problema económico y las condiciones de trabajo.
- 2.- El problema de la autonomía del Poder Judicial.
- 3.- La obsolescencia de los procedimientos y su vinculación con la celeridad judicial.
- 4.- La inadecuación de la organización judicial.
- 5.- Los problemas de certeza y confiabilidad en los fallos judiciales.
- 6.- La falta de acceso a la administración de justicia.
- 7.- El problema de la vigencia social de la administración de justicia.

Una problemática tan amplia no podía ser abordada integralmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero estimamos que algunas cuestiones claves tenían que formar parte de la respuesta que a esta problemática diera la nueva Ley Orgánica.

Así se constituyeron cuestiones claves a ser tratadas en la nueva Ley -sin proponer modificaciones constitucionales- las siguientes:

- a.- La elaboración de una estructura organizativa del Poder Judicial que diferenciara adecuadamente Organos de Gobierno y Organos Jurisdiccionales. En el Poder Judicial no hay actualmente una estructura de gobierno y de toma de decisiones eficientes y oportuna. Para que sea un Poder efectivamente autónomo, debería tener condiciones para gobernarse, para planificar su futuro y para proyectarse. Por ello se propuso la creación del Consejo de Gobierno del Poder Judicial y de los Consejos Distritales de Gobierno.
- b.- El diseño de una auténtica carrera judicial que garantizara a los jueces y a la sociedad un sistema por el cual los más capaces fueran los que asumieran mayores responsabilidades en la administración de justicia.
- c.- La revisión del rol de la Corte Suprema. Creíamos que no tenía sentido lo que hoy día ocurre. Una Corte Suprema abrumada por un número de expedientes excesivo, no solamente lesiona elementales criterios de celeridad sino que carece de condiciones para contribuir a la certeza, desdibujando el rol orientador que la Corte Suprema debe tener. Por ello nos parecía fundamental repensar su rol y por ello propusimos que la Corte Suprema debería constituirse únicamente en un Tribunal de Casación.
- d.- Resultaba fundamental superar aspectos clamorosos de la inadecuación actual de la organización judicial en el campo jurisdiccional. En esta línea se diseñaron Juzgados Colegiados, superando la actual concepción; Juzgados de

Revisión destinados a revisar las sentencias de los Jueces de Paz, etc.

- e.- La especialización funcional y orgánica como una manera de garantizar a los jueces una línea de carrera profesional y dirigida a superar los graves problemas de confiabilidad y certeza existentes en los fallos judiciales.
- f.- La incorporación de la justicia laboral y agraria, preservando los aspectos positivos que los Fueros Agrarios y Laboral habían desarrollado en sus años de existencia.
- g.- La incorporación del principio de gratuidad de la justicia, precisándose que sólo sería posible establecer cobros por costas y por sanciones pecuniarias a los litigantes. Estimábamos una obligación facilitar el acceso al servicio de administración de justicia para garantizar el principio de igualdad ante la ley.
- h.- La introducción de pautas de interpretación judicial, recordando que el mandato del juez es hacer efectiva la justicia y que un instrumento para ello es la aplicación de la ley. Se establecía también que era mandato de los jueces desaparecer la desigualdad con que objetivamente las partes -en muchas oportunidades- concurrían al órgano judicial.
- i.- El establecimiento de mecanismos de capacitación permanente -como una Escuela Judicial- para propiciar la revisión permanente de la manera como se administra justicia en el Perú.
- j.- El reforzamiento de la justicia de paz no letrada, donde existen valores muy importantes que preservar y rescatar y que explican el prestigio social con que cuenta.
- k.- Un sistema de elección popular de los jueces de paz no letrados, como un medio de democratización del sistema de elección de jueces.

Es así como en febrero de 1986 el grupo de trabajo concluyó la elaboración de una propuesta y elevó al pleno de la Comisión Alzamora el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que la Comisión Alzamora hizo suyo y presentó al Ministro de Justicia ese mismo mes.

4.- El Proyecto de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia

Dicho proyecto debió ser publicado y sacado a debate público. No obstante el Ministro de Justicia de entonces prefirió someterlo a su Comisión Consultiva. Después de varios meses la Comisión Consultiva publicó en el diario oficial a fines del año 1986 un

proyecto de Ley Orgánica de Poder Judicial⁵ que manteniendo la estructura del "Proyecto Alzamora" introducía algunas pocas modificaciones que, a nuestro entender, por su importancia sustantiva, desmerecían la propuesta original.

No obstante, es este el proyecto que sale a debate público. El Ministerio de Justicia organizó diversos foros en toda la República propiciando el debate sobre este Proyecto de Ley Orgánica y encargó a su Dirección de Asuntos Jurídicos la recepción de propuestas.

La demora del Poder Ejecutivo hizo posible que en el Parlamento, un diputado presentara como propio el texto del "Proyecto Alzamora", con algunas pocas modificaciones, entre ellas la eliminación de la prohibición a diputados y senadores para el ejercicio de la profesión ante los jueces⁶.

5.- El Proyecto de la Comisión de Magistrados y Abogados auspiciada por el Colegio de Abogados de Lima.

Paralelamente desde el Congreso se generó una iniciativa para lograr conjuntamente con el Colegio de Abogados de Lima un Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. En 1987 se constituyó una comisión mixta de abogados y magistrados que sesionó durante todo el año hasta 1988 en el local del Colegio de Abogados de Lima bajo la presidencia de su Decano, Dr. Raúl Ferrero Costa. Esta comisión trabajó sobre la base del "Proyecto Alzamora" y del Proyecto de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia; no obstante, la valiosa participación de magistrados y abogados enriqueció el proyecto en aspectos fundamentales. Así, resulta sumamente destacable la propuesta de Título Preliminar o Título sobre Principios Generales elaborada por esta Comisión. En algunos aspectos, triunfan tesis que no necesariamente compartimos, como el mantenimiento de la Corte Suprema como instancia, pero ciertamente la propuesta que se aprueba en esta comisión de magistrados y abogados es seria y constituye un destacable Proyecto de Ley que fue presentado en mayo de 1988 a la Cámara de Diputados por el Decano del Colegio de Abogados y por el Presidente de la Corte Suprema.

6.- La etapa final

Lamentablemente el proyecto presentado a la Cámara de Diputados, es encapetado y recién el año 1989, con las urgencias ya del fin de gobierno, se

promulga la Ley 25221 que delega facultades legislativas al Poder Ejecutivo, le encarga la elaboración de un proyecto base y nombra una Comisión Revisora que prepararía una versión definitiva.

En diciembre de 1990 el Poder Ejecutivo publica un proyecto de ley verdaderamente lamentable⁷; lo es, no sólo por que dejó de lado, sin explicación alguna, trabajos previos hechos con esfuerzo y seriedad por jueces, abogados y profesores universitarios, sino porque su elaboración estuvo signada por la improvisación y facilismo. El proyecto resumió en algunos casos sin ningún criterio. En otras oportunidades el proyecto usó el azar para seleccionar artículos de las propuestas anteriores, eliminando otros sin ningún criterio. Eludió todos los temas polémicos y hasta propuso artículos abiertamente inconstitucionales.

Afortunadamente el "Proyecto del Ejecutivo" fue totalmente descartado por la Comisión Especial Revisora, la que decidió trabajar sobre el Proyecto del Colegio de Abogados y el Proyecto Alzamora.

Como puede apreciarse de lo expuesto, desde 1985 hasta 1989, año en que se delega facultades al Poder Ejecutivo para promulgar la Ley Orgánica del Poder Judicial, hay un proceso de elaboración en el cual participan muchos. El debate sobre el tema del Poder Judicial es amplio. Las propuestas son diversas y bastante ricas en su origen y en su contenido. Todo ello constituían "insumos" de trabajo de la Comisión Especial Revisora. Lamentablemente los parlamentarios se ocuparon de la Ley Orgánica del Poder Judicial con tardanza y no en el mejor momento. Los intereses electorales y las preocupaciones de igual naturaleza, hicieron que diputados y senadores más preocupados en la campaña política que en la tarea legislativa, no se reunieran oportunamente, de modo tal, que se llegara casi al vencimiento del plazo de delegación de facultades sin que la Comisión Especial Revisora hubiera elaborado la versión definitiva de Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello hizo necesario que se prorrogara el plazo para dictar la Ley Orgánica mediante la Ley 25221 hasta el 27 de julio de 1990⁸.

Hasta donde llega nuestra información, es recién a partir de la promulgación de la Ley 25221 que la Comisión Especial Revisora aborda sostenidamente el trabajo de elaboración de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello explica que a pesar de todos los trabajos previos y de todos los insumos que la comi-

5. "El Peruano" del 11 de noviembre de 1986.

6. BELAUNDE Javier de: "Abogados y parlamentarios", en el diario "La República" del 27 de enero de 1987.

7. "El Peruano"; 20 de diciembre de 1989.

8. Un cuestionamiento a su constitucionalidad la formuló el Dr. Anibal Quiroga León en el diario "El Comercio" del 9 de julio de 1990: "La Ley Orgánica del Poder Judicial".

sión tenía, el producto final, la Ley Orgánica del Poder Judicial, tuviera deficiencias que manifestaban una precipitación en su culminación, impuestas por la urgencia de promulgarla antes del 28 de julio de 1990.

Estas deficiencias generaron muchas críticas y tres posiciones básicas respecto a su inminente vigencia el 1 de enero de 1991. Una de defensa total a su articulado y a la necesidad de que entre en vigencia en el plazo previsto. Otra que propugnó su derogatoria y el nombramiento de una nueva Comisión y otra que planteó una prórroga del plazo de vigencia y el nombramiento de una Comisión Revisora. Esta última posición ha triunfado, a nuestro entender con acierto.

Merece destacarse en este debate la posición del Colegio de Abogados de Lima, el cual a partir del Foro que organizara alcanzó al Congreso una propuesta de indudable equilibrio. El Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Fernando Vidal Ramírez, se dirigió al Presidente del Senado con fecha 27 de agosto de 1990 sosteniendo que si bien la ley tenía muchos aspectos cuestionables, ella contenía muchos puntos positivos y que el CAL no propiciaba la derogatoria de la Ley, pero estimaba que previa a su vigencia es indispensable su revisión por una Comisión especializada.

Al recogerse esta posición en la Ley No. 25285, se reabre el debate sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sus necesidades de reforma hacen imperativo que esta vez el proceso legislativo se culmine.

7.- Una Cuestión Fundamental

No es lugar para hacer un balance de la Ley Orgánica, pero debemos destacar que la Ley Orgánica contiene avances importantes. La distinción de Organos de Gobierno de los Jurisdiccionales, nos parece fundamental en la nueva organización del Poder Judicial para garantizar su autonomía. No obstante, creemos que probablemente fruto de la precipitación final, se introdujeron distorsiones que deben ser revisadas.

Concretamente en el diseño del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, apartándose de la polémica previa respecto a su composición, que consistió en determinar si debería ser integrada únicamente por vocales de la Corte Suprema o por magistrados de las diversas instancias, la Comisión Especial Revisora

ha integrado al Consejo de Gobierno del Poder Judicial de una manera que, a nuestro entender, garantiza su fracaso. Además del Presidente de la Corte Suprema, del Vocal en lo administrativo, y del Vocal encargado del Organo de Control Interno, integran el Consejo de Gobierno del Poder Judicial los presidentes de las Salas Jurisdiccionales. Esta cuestión que puede parecer un detalle, resulta fundamental.

La distinción de órganos de gobierno de los órganos jurisdiccionales se propuso precisamente para garantizar que existiera un órgano dedicados exclusivamente para gobernar el Poder Judicial, a planificarlo, a proyectarlo. Para ello era fundamental contar con magistrados a tiempo completo y a dedicación exclusiva por un plazo razonable. La Ley, distorsionando absolutamente estos propósitos, ha incorporado al Consejo de Gobierno a magistrados que no solamente tienen la obligación de resolver expedientes, sino las propias de las presidencia de las Salas. El Artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial plasma esta distorsión cuando dice que estos magistrados deberán dedicarse al Consejo, "fuera de las horas de despacho judicial". Creemos que esta es una distorsión grave, como lo es que la presidencia de la Corte Suprema se ejerza sólo por un año. Ello traduce la concepción de la Presidencia como un honor al cual todos los vocales deben acceder, antes que como un cargo.

La relevancia de la temática del gobierno institucional es grande para que el Poder Judicial sera realmente autónomo y para que genere condiciones de eficiencia mínimas. Por ello nos parece el aspecto central a ser revisado.

La Ley Orgánica del Poder Judicial es pues el producto de un proceso de elaboración que ha durado cinco años. El punto de partida para llegar a él ha sido claramente el Proyecto Alzamora, y su itinerario ha transitado por el Proyecto de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia y el Proyecto del Colegio de Abogados. En todos ellos existieron propuestas interesantes y en estricto se trató de un proyecto que fue evolucionando y que fue siendo perfeccionado. Lamentablemente creemos que la versión final de Ley Orgánica del Poder Judicial si bien tiene muchos aspectos rescatables, distorsionó aspectos centrales de las propuestas previas perdiendo la coherencia que una norma de esta jerarquía debe tener. Ojalá el trabajo de la nueva Comisión Revisora produzca la Ley que las necesidades de reforma judicial reclama.

Lima, diciembre de 1990

El Indulto para Procesados y el Perro del hortelano

José C. Ugaz Sanchez Moreno
Abogado, Profesor Auxiliar de la PUC.

"La ciencia del Derecho ha enfatizado las "formas", la arquitectura de las normas, como si se tratara de un paisaje absolutamente detallado y perfectamente obligatorio que se identifica con el Universo para los fines jurídicos: las reacciones del hombre frente a tal paisaje no interesan porque el paisaje tiene por principio vigencia, independientemente de toda consideración del hombre."

Fernando de Trazegnies.

"Ciriaco de Urtecho, litigante por Amor", pág. 205

I. ANTECEDENTES

Hemos asistido en las últimas semanas a un largo e interesante -y en nuestra opinión sobredimensionado- debate surgido en torno a una iniciativa presidencial: la despenalización.

La polémica se desató el mismo día que el Presidente Fujimori anunció desde el Penal "San Jorge", la promulgación de un Decreto que extendería el Indulto a los "presos sin condena", es decir a quienes encontrándose en condición de inculpadados (sin sentencia) han sido privados de su libertad al haberseles aplicado la medida cautelar de detención (pese a no existir cifras exactas, se estima que cerca del 80% de los casi 18,000 presos con que cuenta el Perú, se encuentran en esta situación).

No por ser actual, la preocupación del Presidente expresa una realidad reciente. La crisis de los penales, manifestada en hacinamiento, insalubridad, caos administrativo, violencia, condiciones inimaginables de vida, descontrol absoluto de la población, etc., es una realidad presente en el Perú desde hace varios años.

Pese a que nuestro inconsciente colectivo se esfuerza por ocultar lo que sucede en las cárceles, en los últimos diez años, los protagonistas de estos

infiernos terrenales eufemísticamente llamados CRAS (Centro de Readaptación Social) y bautizados con nombres del Santoral Católico, se han encargado de recordarnos su existencia. Como mudos testigos de ello quedaron los muertos y heridos de los motines de "El Sexto" durante el gobierno de Belaúnde y las víctimas de los dos amotinamientos organizados por Sendero Luminoso durante el régimen aprista, el último de los cuales terminó en una injustificable masacre.

Lo mostrado por los medios de comunicación a raíz de este debate ha evidenciado que a pesar de la contundencia de las cifras (7.5% de tuberculosos, 36 muertos por desnutrición en el penal de "San Pedro" a setiembre de este año, 1,100 calorías por día/hombre de déficit, etc.) el terrible drama de las cárceles en el Perú sólo puede ser percibido en su real dimensión cuando uno ingresa a ellos y huele, escucha y ve lo que allí sucede.

Pese a la gravedad de la situación carcelaria y a la urgencia de sus reformas, el anuncio presidencial generó una cerrada oposición que mantuvo el debate sobre la despenalización en las primeras planas durante más de dos meses. A continuación, haremos un breve recuento de los argumentos esgrimidos a lo largo de la discusión.

II. ASPECTOS JURIDICOS

Aunque la mayor parte de la polémica estuvo centrada en lo Jurídico, creemos que en la mayoría de los casos, las razones legales fueron simplemente un instrumento más en el contexto de una pugna política. Ello sin embargo, no le restó valor a los argumentos jurídicos, entre los que destacaron los siguientes:

1. El D.S. 017-90-JUS es inconstitucional

Este fue probablemente el primero y más utilizado recurso de oposición al D.S. 017-90-JUS. Afirman

sus propulsores que el Indulto en el Perú "...sólo puede ser para condenados" porque así lo ha establecido la tradición jurídica en el país y aparece claramente establecido en la Constitución y el Código Penal.

En respuesta a ello se ha señalado que la Constitución Política **no define** el Indulto, limitándose únicamente a señalarlo como facultad presidencial (art. 211, inc. 23º) y excepción a la independencia del Poder Judicial (art. 233, inc. 2º).

Por su parte, el Código Penal sólo menciona el Indulto en el art. 126 para definirlo como la gracia por la cual se **"suprime la represión del hecho punible"**, diferenciándolo de la amnistía que **"...suprime legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él."**

Han insistido los opositores al D.S. 017-90-JUS en que **la represión del hecho punible** está únicamente referida a la aplicación de una pena y que por lo tanto el Indulto sólo puede concederse a los condenados.

Adicionalmente han intentado reforzar esta posición con una interpretación sistemática a partir del "Nomen iuris" del Título XV del Libro Primero del Código Penal ("Extinción de la acción penal y de la pena"), que concordado con el art. 118 -que señala como causa de extinción de la acción penal a la amnistía mas no al Indulto- llevaría a concluir que cuando el art. 126 del Código se refiere a la represión del hecho punible, se está refiriendo exclusivamente a la pena, ya que de comprender a la acción penal, el Indulto estaría expresamente consignado en el inc. 1º del art. 118.

El afán político que animó a los opositores, los llevó a restringir un concepto amplio como el de **"represión del hecho punible"**, para circunscribirlo tan sólo a una de sus fases: la pena. Sin embargo, la represión del hecho punible abarca los cuatro momentos del "jus puniendi" (fijación de tipos y penas, persecución penal, imposición de pena y cumplimiento de la sanción). ¿O es que acaso la detención y reclusión en un penal, aún cuando se realice bajo el nombre de "medida cautelar", no constituye un acto de represión?. A ello se debe que el art. 49 del C.P., establezca que la detención sufrida antes de dictarse sentencia será deducible de la duración total de la pena.

En cuanto a la pretendida interpretación sistemática, ésta llega a una conclusión errada por partir de una premisa errada al confundir ACCION PENAL con PUNIBILIDAD y ésta con PUNICION.

En efecto, la sistemática del título XV abarca tanto la Extinción de la acción penal (arts. 123 y 124) como

de la pena (arts. 123 y 124) y de la punibilidad (art. 126).

La diferencia entre punición y punibilidad estriba en que mientras la primera está referida a la aplicación de una pena vía sentencia (pena impuesta), la segunda implica la posibilidad de aplicación de una pena (pena conminada). Es a esta última -la punibilidad- a la que renuncia el Estado al conceder el Indulto a un procesado, por lo que, como sostiene el profesor Felipe Villavicencio, el Indulto constituye "una causa personal de exclusión o cancelación de la punibilidad."

En cuanto a que el indulto en nuestra tradición jurídica **siempre** ha sido para condenados, ello no es cierto y aún cuando lo fuera, no implica que **siempre ha de ser así**, ya que de aceptar tal pretensión, la Doctrina y el Derecho nunca evolucionarían ni podrían adaptarse a las nuevas realidades.

Para probar que tal afirmación no es correcta, basta citar al profesor Domingo García Rada¹ quien señala que el indulto:

"Es perdón que se otorga a una persona condenada **o por lo menos procesada**...supone condena **o por lo menos estado de procesamiento**."

La opinión de tan connotado procesalista peruano, demuestra que el Indulto para procesados no es una novedad para la Doctrina Nacional.

De igual modo, en el transcurso del debate, el Senador Valle Riestra demostró con abundante documentación que en el Perú el indulto para procesados se ha venido aplicando desde muy antiguo, tanto por regímenes democráticos como de facto.

2. El D.S. 017-90-JUS es una Amnistía

Algunos opositores al D.S. en comentario, afirmaron que éste contenía una amnistía y no un indulto y que por lo tanto, el Poder Ejecutivo se estaba arrogando facultades propias del Legislativo.

Tal afirmación resulta obviamente infundada, pues mientras que la amnistía es innominada (de carácter general) e implica la derogación de la ley penal, el Indulto para procesados es nominal y sólo consiste en una modificación de la eficacia de la ley.

3. El D.S. 017-90-JUS constituye una interferencia al Poder Judicial

Esta objeción se fundaba en el art. 233, inc. 2º de la Constitución, que consagra la independencia del Poder Judicial y prohíbe interferir en el ejercicio de

1. Manual de Derecho Procesal Penal, 8ª Edición, Eddili, 1984, Pág. 41.

sus funciones o avocarse al conocimiento de causas pendientes ante él.

Pero el artículo en referencia no termina con la prescripción prohibitiva, sino que agrega a continuación:

"Esta disposición no afecta el derecho de gracia".

Parece que algunos críticos del D.S. no quisieron leer o entender esta frase, pues de lo contrario no hubieran afirmado tan categóricamente que el Indulto es una interferencia al Poder Judicial.

La doctrina comparada es unánime al señalar que el "Derecho de Gracia" comprende tres instrumentos: la amnistía, el indulto y la conmutación de penas. Todos ellos importan ingresar al campo propio de la función jurisdiccional, en un caso por acto legislativo (Amnistía) y en los otros dos por decisión del Ejecutivo (Indulto y Conmutación), pero la Constitución autoriza dicho ingreso expresamente, pues se trata justamente de un Derecho de Gracia.

Al indultar a un procesado, el Ejecutivo está ejercitando ese derecho constitucionalmente previsto, lo que no puede ser considerado como una interferencia, pues de lo contrario no existiría el Derecho de Gracia (dicho argumento también se podría utilizar contra el Poder Legislativo al decretarse una Amnistía).

Finalmente creemos que no hay interferencia por cuanto el Poder Ejecutivo sólo ingresará a indultar a un procesado una vez que **se haya vencido el triple** del plazo previsto en la ley para que se emita sentencia y el individuo siga preso sin que se resuelva su situación jurídica (art. 5° del D.S. 017-90-JUS). Únicamente habrá indulto cuando el Poder Judicial no haya sido capaz de resolver dentro de un término más que razonable, el drama de los presos sin condena.

III. EL TRANSFONDO POLITICO

Creemos que de haber sido planteado y promulgado en otro momento político, el D.S. 017-90-JUS no hubiera encontrado tanta resistencia.

Debemos recordar que éste es anunciado luego de que el Presidente había fustigado muy duramente a los miembros del Poder Judicial y a los pocos días de haberse enfrentado al Poder Legislativo, calificando a los congresistas de "parlamentaristas estériles". Ambas confrontaciones habían desatado iracundas reacciones contra el Presidente, contexto en el cual, el Indulto para procesados se convirtió en el pretexto perfecto para devolver al Primer Mandatario los agra-

vios de que habían sido objeto Magistrados y Políticos.

Ello explica por qué -como no ha sucedido en ningún otro país del mundo- en el Perú el debate en torno al Indulto para procesados (y a la despenalización en sentido amplio) se prolongó por más de dos meses, captando durante ese tiempo, la atención preferencial de los medios y la comunidad política.

Esto explica también por qué lo apasionado del debate y la intransigencia de algunos opositores, quienes llegaron incluso a afirmar que la aplicación del Indulto para procesados constituía un problema de "ignorancia jurídica, mal asesoramiento, etc."

IV. LA REALIDAD DEL INDULTO PARA PROCESADOS O INDULTO ANTICIPADO

La gracia del Indulto (al igual que la de la amnistía y la conmutación de penas), posee una antigua raíz histórica, siendo así que aparece en los libros sagrados de la India, en el remoto Egipto y el antiquísimo Derecho Romano a través de la "provocatio ad populum".

Pero tan antigua como la vigencia del Derecho de Gracia, es la discusión respecto de su justicia y legitimidad.

El profesor valenciano José Enrique Sobremonte Martínez², nos recuerda que al ser el Indulto "un derecho contra el derecho", parece raro e inadmisibles para algunos, a lo que se suma que quienes lo conceden son el Ejecutivo o el Legislativo, lo que roza con el principio constitucional de la independencia de poderes.

Entre los opositores al Indulto se cuentan a Beccaria, Kant, Bentham y Filangieri, siendo Voltaire uno de sus principales enemigos entre los criminalistas de la ilustración.

Los argumentos que sustentan la oposición al Indulto desde sus orígenes, no han variado mucho hasta la fecha (perturbador del orden penitenciario, interfiere con el Poder Judicial, es arbitrario, fomenta autoritarismo del Poder Ejecutivo, etc.). Sin embargo, el Indulto se ha mantenido vigente en la gran mayoría de países del mundo.

¿Cuál es el fundamento del Derecho de Gracia que le ha permitido prevalecer por encima de las críticas a lo largo de tantos años?

Coincidimos con el autor antes citado cuando afirma que la "gracia" se ha mantenido básicamente porque constituye una forma de Justicia. En su concepto:

"...Amnistía e Indulto son actos de Justicia contra la Justicia, pues lo que con ambas institucio-

2. "Indultos y Amnistía", Universidad de Valencia, 1980, pp. 118-119.

nes se pretende es **corregir o evitar**, en nombre de una justicia extralegal y hasta superior a la ley, o sea, en nombre de una justicia "humana", las injusticias reales que la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho vigente pueden provenir³.

Esta es a nuestro criterio, la real naturaleza del Indulto. Por su intermedio se buscan **corregir o evitar** las consecuencias injustas de leyes obsoletas, drásticas, o simplemente "inhumanas" -en el sentido que no atienden a determinadas circunstancias (económicas, políticas, sociales, etc.) -que están afectando a personas determinadas o grupos humanos.

Es justamente desde esa perspectiva que el llamado Indulto para procesados se plantea como un correctivo que busca resolver en algo los problemas planteados por leyes procesales y sustantivas anacrónicas y en algunos casos arbitrarias, así como de un sistema penitenciario absolutamente caótico y contrario a los Derechos Humanos elementales.

Cuando la ley deja de servir al hombre para volverse contra él, creemos que ha perdido su razón de ser y por lo tanto debe ser corregida. Si esa corrección no es posible de realizarse estructuralmente o toma mucho tiempo, el gobernante cuenta con un mecanismo rápido y eficaz que permite resolver tal conflicto: El Indulto.

Mucho se ha discutido si el Indulto es aplicable a los procesados, habiéndose llegado incluso al extremo de calificar de ignorantes a quienes han afirmado tal posibilidad, como si fuera el Perú de hoy el primer país que implementa esta institución.

No sólo se ha aplicado antes en el Perú (como ya tenemos dicho) y en muchos otros países (Argentina, Austria, Checoslovaquia, Italia, España, etc.) sino que la propia Doctrina reconoce entre los diversos tipos de Indulto (Generales, Parciales, Particulares) al llamado **INDULTO ANTICIPADO** definiéndolo como aquel que se aplica a quien "...no siendo aún condenado, ha sido procesado, lo que implica procesalmente el desplazamiento de la sentencia que remata el juicio por el sobreseimiento libre que elude el juicio."⁴

Esto demuestra que lo que aquí se llamó "indulto para procesados", no es otra cosa que lo que en otras realidades rige como el Indulto Anticipado a que hace mención la doctrina.

V. LA MORALEJA DEL PERRO DEL HORTELANO

"Ni come ni deja comer" reza la moraleja del perro

del Hortelano y es esa la sensación que nos dejó la discusión respecto al Indulto Anticipado.

Más allá del formalismo o conservadurismo incomprensible frente a una realidad tan lacerante como la de los penales, preocupa la actitud de nuestros políticos y magistrados, quienes han dejado traslucir una vocación de "no resolver, ni dejar resolver".

Pese a la grito de los políticos y a su apresurada y repentina "iniciativa" legislativa para bloquear el D.S. 017-90-JUS, han transcurrido más de tres meses desde que se inició el debate y ni han derogado el controvertido Decreto Supremo (lo que ofrecieron hacer de inmediato) ni han aprobado **una sola ley** que apunte a resolver el problema de los penales.

Lo mismo se puede afirmar del Poder Judicial, el que hasta la fecha no ha adoptado medida alguna tendiente a resolver los problemas de la administración de justicia en lo penal.

Coincidimos con quienes han afirmado que el Indulto Anticipado sólo es un paliativo para la crisis penitenciaria del país y que ésta requiere una reforma estructural urgente. Sin embargo, hace **más de dos meses** que el Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley de Reformas de Urgencia a la Legislación Penal y hasta la fecha ni siquiera se ha discutido en el Congreso y lo mismo se puede afirmar de los proyectos de Código Penal y de Procedimientos Penales.

Creemos que una Política Criminal del Estado Peruano, que comprenda un proceso racional de despenalización es urgente y necesaria.

Tengo sin embargo la impresión de que mientras lo que prime sea la oposición por la oposición (o por el interés de figuración o de obtención de dividendos políticos) al margen de la resolución de los grandes problemas del país, pasaremos del Shock al Indulto y de éste a los anticonceptivos y al final no habremos resuelto nada.

Por lo pronto, podemos afirmar que el controvertido Decreto Supremo, más allá de la discusión acerca de su eficacia, ha tenido la gran virtud de poner en el tapete de la política nacional la terrible realidad de los penales, movilizar a las diversas instituciones vinculadas a él y generar conciencia en la población respecto del problema. Sólo nos queda esperar que quienes se opusieron al D.S. 017-90-JUS, pero manifestaron su concordancia con la necesidad de resolver cuanto antes el problema de hacinamiento y deshumanización de los penales, honren su palabra e implementen a la brevedad posible las soluciones tan necesarias y reclamadas por todos.

3. Op. cit, pág. 13.

4. Op. cit, pág. 231.

El Divorcio: ¿Sanción o Remedio?

Fernando Cantuarias Salaverry
Abogado, Profesor de la PUC.

I.- INTRODUCCIÓN

La figura del Divorcio en el Perú ha tenido una peculiaridad muy especial. Su reconocimiento legal se debió más a la actuación de políticos¹ que a la obra de los juristas llamados a revisar y reformar el Código Civil de 1852. Si bien el nacimiento de la figura del Divorcio se remonta a la Ley 7894², su plasmación jurídica definitiva la encontramos en el Código Civil de 1936, por imposición de la Ley 8305, la cual ordenaba en su artículo 1 que el Código Civil a ser promulgado "debía mantener inalterables las normas sobre matrimonio laico y divorcio - incluyendo el vincular- ya vigentes por mandato de las Leyes 7893 y 7894, así como las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931".³

Al legislador de 1936 no le quedó otro camino que aceptar la figura del Divorcio, pero intentó, hasta donde fue posible, su ineficacia. Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos cuando se señala que: " Quienes contribuimos, aunque débilmente pero con relativa eficacia, a atajar la facilidad y precipitación de los divorcios que la experiencia judicial pudo advertir en la época comprendida desde octubre de 1930 hasta agosto de 1936, esperamos

confiados el restablecimiento de la indisolubilidad del matrimonio y fundamos esta esperanza en la reflexión de los legisladores y gobernantes, de jueces y maestros, iluminada por la confortadora doctrina de la moral católica".⁴

De lo expuesto queda claro que el Divorcio fue visto por nuestro legislador de 1936 casi como un pecado, el cual atentaba contra la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la moral de la Iglesia Católica.

Ahora bien, casi 50 años después la historia se repite. Al doctor Héctor Cornejo Chávez, ilustre jurista peruano, se le encomienda la formulación del proyecto del Libro de Familia de un nuevo Código Civil, el cual debía responder a situaciones jurídico-sociales distintas a las que sirvieron de base a los legisladores de 1936.

Sin embargo, ésto no pudo plasmarse en realidad por cuanto el mismo Cornejo Chávez declaró que "[a]l elaborar la exposición de motivos del anteproyecto del Libro de Familia, el autor dejó constancia de su posición contraria al divorcio y anunció que, consecuentemente con ella, nada habría de proponer a su respecto, excepción de alguna que otra observación dirigida a eliminar incongruencias técnicas".⁵

1. Cornejo Chávez, Héctor . Derecho Familiar Peruano, Librería Studium S.A. , Lima, 1985, 5ta . Ed. , T.I, p.360.
2. Quiroga León, Aníbal. Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. En: La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p.86.
3. Ibid, p.87.
En la Sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, del Miércoles 31 de Octubre de 1923 se dió lectura a la Memoria presentada por el Dr. Pedro Oliveira denominada "Apuntaciones sobre el Matrimonio Civil y el Divorcio". Es interesante citar algunos párrafos del mismo, por cuanto éstos reflejan el sentimiento de nuestros juristas de aquella época en relación al Divorcio: "Para la religión católica que es la de la nación, la indisolubilidad del vínculo matrimonial es un dogma definido por el Concilio de Tridentino... Para el sano sentido jurídico de nuestra raza, el matrimonio, por su naturaleza, es una institución más compleja que el contrato, una institución ética y social, a las que son esenciales las notas de la perpetuidad y la indisolubilidad". En: Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, Tomo II, p. 129.
4. En : Guzmán Ferrer, Fernando, Código Civil; Editorial Universo S. A. , 4ta Ed., T. I, p. 37.
5. Cornejo Chávez, Op. Cit., T.I p. 360.

Si bien esta declaración llevó a nuestro Legislador a mantener normado el Divorcio de la misma forma que lo fue en el Código Civil de 1936, nosotros creemos que ha habido algunos cambios importantes en la forma de visualizar la figura del Divorcio.

II.- CONSECUENCIAS DE LOS CRITERIOS ANTIDIVORCISTAS DE NUESTROS LEGISLADORES:

El legislador de 1936, al entender al Divorcio prácticamente como un atentado contra la moralidad, lo legisló como una **sanción**.⁶ Así, solo cabía el divorcio cuando el marido o la mujer incurrieran en alguna de las causales expresamente señaladas por la Ley ⁷. El matrimonio debía ser para siempre, pero ante el preciso pecado o acto inmoral de uno de los cónyuges, era procedente declarar el divorcio y sancionar al culpable civil y/o penalmente.⁸

Nuestro legislador de 1984 participa activamente de la teoría antidivorcista del legislador de 1936. El

propio Cornejo Chávez se declara eminentemente católico y contrario al divorcio, pero agrega algunos elementos importantes. En contra del divorcio indica que existen no sólo criterios morales y religiosos, sino que también "[l]a sociedad tiene... un innegable derecho a invocar su propio interés... para dar firmeza a la unión sexual..."⁹ Pero, por otro lado, el mencionado jurista reconoce que el divorcio es parte integrante de nuestra realidad jurídica.¹⁰

Es un hecho innegable que ad portas de llegar al siglo XXI nuestro legislador sigue manteniendo vigente en nuestro novísimo Código Civil, **el criterio de que el Divorcio es una sanción al cónyuge culpable**.¹¹ Salvo el cambio de la etiqueta del título correspondiente, el cual se llama ahora "decaimiento y disolución del vínculo", el aumento de una nueva causal de divorcio, "la homosexualidad sobreviniente al matrimonio"¹² y ciertas modificaciones formales, el Código Civil sigue basando la institución del Divorcio en lo siguiente:

6. López Alarcón, Mariano. El nuevo Sistema Matrimonial Español, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, p. 183. Tal y como nos explica dicho autor "[e]n el divorcio-sanción se actúa a modo de penalización del cónyuge que ha cometido una infracción de la norma que establece las causas culpables de divorcio".

7. El Art. 247 establecía como causales de divorcio el adulterio, la sevicia, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años, la conducta deshonorosa que haga insoportable la vida común, el uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes, la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, y la condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. Por último, el Código reconocía la procedencia del divorcio sin causal alguna cuando lo solicitaran ambos cónyuges.

8. Esta visión del divorcio como sanción la encontramos claramente determinada no sólo en las causales del mismo, sino también a lo largo del articulado, donde las palabras "cónyuge inocente" y "cónyuge culpable" regulaban la institución. Así, por ejemplo, el art. 249 establecía que "[n]inguno de los cónyuges puede fundar la acción de divorcio en hecho propio". Siendo el divorcio una sanción al inmoral o infractor, sólo era procedente alegar tales hechos por el cónyuge inocente.

Las sanciones al "cónyuge culpable" eran grandes. Así el artículo 266 establecía que el "cónyuge divorciado por culpa suya perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro". También tenemos el artículo 255 que determinaba que los hijos debían ser confiados al cónyuge que obtuvo el divorcio, salvo que el juez considerara otra posibilidad; el artículo 260 que castigaba al marido culpable con pensión alimenticia a favor de la mujer inocente y el artículo 264 que permitía al juez otorgar una suma de dinero como indemnización por el daño moral causado por el cónyuge culpable.

En lo que se refiere al aspecto Penal, figuras como el Delito de Adulterio (artículo 212 y ss, del Código Penal) terminaban por redondear la figura del divorcio como moralmente repulsivo y con efectos eminentemente sancionadores.

9. Cornejo Chávez, Op. Cit., T. I p.352.

10. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Delia Revoredo de Debakey, compiladora; Librería Studium S. A., Lima, 1985, T. IV, pp.424 y ss. También ver Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil; Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980, Del Derecho de Familia, Anteproyecto del Dr. Héctor Cornejo Chávez, pp. 552-554.

11. Velasco Letelier, Eugenio. El Divorcio y el nuevo Código Civil del Perú, En: El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, p. 259, nos dice que: "[E]l nuevo Código sigue fielmente la doctrina del "divorcio-sanción" y hasta podría decirse que la refuerza. Todas las causales, sin una sola excepción (salvo, naturalmente, la de mutuo disenso), están constituidas por hechos imputables a uno de los cónyuges; el concepto del cónyuge culpable o cónyuge inocente está siempre presente y la respectiva calificación es causa de notorias diferencias en el tratamiento moral y pecuniario de uno y otro. Digo que parecería reforzar esta posición porque la regla del Código de 1936 que permitía transformar la separación en divorcio, al cabo de un año de la sentencia, a petición de cualquiera de los cónyuges, se ha constreñido al "cónyuge inocente", si la separación no ha sido decretada por mutuo disenso sino por causal específica, reduciéndose el plazo a seis meses".

12. Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio. En: La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p. 527. Dicha autora se refiere a esta nueva causal de divorcio, indicando que la misma "no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, por cuanto, efectivamente, en la práctica los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonorosa". Nosotros compartimos su punto de vista.

1) **El Divorcio es una sanción** contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresamente determinadas por el legislador. Los términos "culpa", "cónyuge inocente" y "cónyuge culpable" se desprenden en los artículos 335, 340, 343, 350, 351, 352 y 354 del Código Civil de 1984.

2) Las causales de separación y/o divorcio se sustentan "en el carácter de grave lesión que su realidad infiere al vínculo matrimonial...".¹³

3) Siendo hechos graves los que lesionarían el matrimonio, si el cónyuge inocente los perdonara, conociera de ellos o dejara pasar el término de caducidad o prescripción, la demanda no resultará amparada (Arts. 336, 338 y 339 del C.C.).

III.- NUESTRA POSICIÓN AL RESPECTO:

A) ¿Son las causales de divorcio realmente tales?

Lo primero que uno debe preguntarse es si el matrimonio es una institución lo suficientemente objetiva como para que el legislador pueda determinar qué hechos pueden llevar a su rompimiento definitivo.

Antes de contestar esta pregunta, creemos pertinente citar al propio jurista Cornejo Chávez el cual nos aclara que "la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se inter-relacionan factores bio-fisiológicos, ético-religiosos, étnico-culturales, económico-sociales, psicológicos y educativos. Por tanto, las raíces de la problemática familiar se hunden en lo más profundo de la psiquis de los individuos, de la idiosincracia de los pueblos, de las convicciones medulares y las condiciones del medio social en que se desenvuelve".¹⁴ Es decir, la familia y también el matrimonio, son instituciones que se nutren de una serie muy compleja de factores, lo que hace a todas luces muy difícil, sino imposible, el establecer objetivamente cuales son las causas que llevan o llevarían a su destrucción.

Sin embargo, nuestro legislador ha regulado las circunstancias que llevarían al rompimiento del vínculo matrimonial de manera objetiva, indicando cuáles, a su entender, son las causales de divorcio. Para el legislador de 1936 éstas fueron sólo 10, para el de 1984 son 11 y ya se viene discutiendo la necesidad de crear más.¹⁵

¿Es correcto este criterio de establecer causales objetivas de divorcio?. ¿Es posible determinar a ciencia cierta cuándo y ante qué hechos una relación

matrimonial se rompe irreversiblemente? ¿Es posible seguir hablando de cónyuge culpable y cónyuge inocente como si estuviéramos ante una especie de delito, donde el rompimiento del vínculo matrimonial sucediera sólo por maldad?.

Creemos que ante todas las preguntas señaladas en el párrafo anterior nuestra única respuesta es que la visión de nuestro legislador con respecto al Divorcio debe ser modificada.

Consideramos que el criterio de considerar al Divorcio como una **sanción** nos lleva irremediablemente a una serie de incongruencias. Se nos dice por un lado que el matrimonio es un complejo de relaciones, donde intervienen una serie de factores que la moldean, pero al momento de legislarse sobre la forma en que éste termina, ahí sí la cosa es objetiva: TERMINA POR CULPA O MALDAD DE UNO DE LOS CONYUGES, según criterios objetivos llamados "causales de divorcio". ¿Pero, son la sevicia y el adulterio, por ejemplo, causales per se de destrucción de la relación conyugal?.

Para nuestro legislador parecería que sí lo son y esto nos remite irremediablemente a una serie de contrasentidos. Por ejemplo, con respecto al Adulterio, nuestro Código Civil entiende que el perdón, la cohabitación posterior al conocimiento del mismo o el simple transcurso del tiempo impiden iniciar o proseguir la acción (artículos 336 y 339). Y decimos que nos parece un contrasentido por cuanto el hecho objetivo de la "grave lesión" a la relación matrimonial hecha por el "cónyuge culpable" ya se dió. ¿Entonces qué tiene que hacer el perdón o la cohabitación posterior o el simple transcurso del tiempo? ¿Es o no es causal objetiva de divorcio el adulterio?. Pero, vayamos más allá, según las normas de nuestro Código Civil, ante el supuesto de un adulterio las partes tienen sólo dos caminos: Separarse inmediatamente para que proceda el divorcio por la causal o convivir para tratar de reconciliarse. La primera impide todo intento de recomposición y la segunda es aún más grave, por cuanto basta el sólo intento de reconciliación para que nuestro sistema legal desconozca que el matrimonio se ha roto irreversiblemente.

Pero hay más. Nuestro Código Civil no se pone en el supuesto de aquellas parejas donde "no ha habido sevicia, ni adulterio, ni clase alguna de acciones infamantes de uno para el otro"¹⁶ pero donde, sin

13. Quiroga León, Op. Cit., p.88.

14. Cornejo Chávez, Héctor. Familia y Derecho. En: Thémis, Revista de Derecho, Segunda Epoca Nº 2, Lima, 1984, p. 10. (en adelante simplemente Familia).

15. Quiroga León, Op. Cit., p.89, señala que sería necesario que la Jurisprudencia entendiera, a falta de norma expresa en nuestro Código Civil, que el SIDA, aún cuando no es enfermedad venérea, fuera reconocida dentro del inciso 8 del artículo 333 del C.C.. Asimismo, ya se viene discutiendo ardorosamente la necesidad de reconocer como causal de divorcio el supuesto donde la esposa, sin autorización del marido, accede a los procedimientos de inseminación artificial aceptando semen de un tercero.

16. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 261.

embargo, la relación ha desaparecido definitivamente. ¿Acaso interesa al Estado y a la sociedad mantener dicha relación?

El problema de nuestro sistema legal con respecto al divorcio es que se le sigue legislando como un pecado, o como algo inmoral o como una sanción o hecho punible contra uno de los cónyuges, olvidándose que estamos ante una situación tan humana como es el matrimonio. Hoy por hoy la moderna doctrina y la legislación comparada han dejado de mirar al Divorcio como una sanción. Como nos dice Velasco "[s]e piensa que la familia y el matrimonio son piezas demasiado fundamentales en la organización social como para continuar creyendo que la disolución matrimonial es un medio de castigar a uno de los cónyuges. La felicidad de una pareja, la salud moral, física e intelectual de la prole y, por ende, la estabilidad de una cédula de la sociedad, no pueden quedar subordinadas ni pospuestas por la sanción al marido o a la mujer".¹⁷ Esta nueva visión con respecto al divorcio ha llevado en gran medida a proponer la eliminación o atenuación de la figura de las "causales de divorcio" por considerarse que las mismas sólo reflejan o son un síntoma de un resquebrajamiento de la relación matrimonial.¹⁸

B) El Divorcio entendido no como sanción sino como remedio:

Hoy en día, las nuevas ideas sobre el divorcio son las de entenderlo no como una sanción, sino como un remedio a un hecho tan terrible, pero a la vez tan humano, como el de la ruptura irreversible del matrimonio.¹⁹ Esta posición parte de reconocer "desde un punto de vista científico-sicológico [que] es difícil o muy excepcional que el marido o la mujer, que a menudo son también padre y madre, tengan tal o cual comportamiento en la vida conyugal solamente como consecuencia de maldad o bondad y que, por tanto, merezcan un premio o un castigo. El matrimonio se asienta en la relación amorosa entre un hombre y una mujer con todas sus derivaciones sentimentales y sexuales, siempre complejas... [las que] están marcados por sutiles y complicados mecanismos síquicos, sexuales y emocionales en los cuales es difícilísimo hablar de culpa de éste o de aquél".²⁰

Con respecto a las causales de divorcio, éstas no pueden determinarse objetivamente como si estuviéramos ante un contrato donde es posible establecer los criterios de incumplimiento y resolución, y por otro lado, las mismas son "casi siempre la exteriorización de un estado de cosas que lo han hecho posible. Son un síntoma de un quiebre y no la causa de él".²¹

17. Velasco Letelier, Op. Cit., p.260.

18. Ibid. p. 260.

19. Jacob, Herbert. *Silent Revolution: The transformation of Divorce Law in the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 26. Dicho autor explica como la figura del Divorcio se ha transformado de ser considerado como un acto inmoral a un síntoma de enfermedad social, donde ya no se busca sancionar, sino curar vía una terapia adecuada o en caso extremo, por el propio divorcio. "Divorce in the minds of many was transformed from an act of immorality to a symptom of social illness. The remedy was not to punish or to persist in what religion prescribed. Rather, unhappiness resulting from an unsatisfying marriage was perceived as an infirmity that could be either treated with psychotherapy or excised by divorce".

20. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 260.

Jacob, Op. Cit., p. 64. El mencionado autor hace un paralelo entre el Divorcio y los Accidentes de Tráfico, en el sentido que en ambos es sumamente difícil imputar responsabilidad o culpa en alguna de las partes. Tal y como él lo señala, en el matrimonio, si bien un solo evento puede precipitar la ruptura, cientos de disputas triviales generalmente la preceden. "Divorce had several parallels to traffic accidents. Like those mishaps, it was often difficult to assess blame in failed marriages. While a single event often precipitated the breakup, hundreds of trivial disputes generally preceded it".

21. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 260.

En Octubre de 1964, durante las discusiones previas a la modificación de la Ley de Divorcios de California, se dió un interesante intercambio de opiniones entre un miembro del legislativo y un psiquiatra, donde el primero le preguntó al segundo cuáles de las causales de divorcio (alcoholismo, juego, problemas sexuales, etc.), eran las peores para destruir el matrimonio, contestando el psiquiatra que todas ellas no eran causales, sino efectos de una sola cosa: gran inmadurez emocional. A continuación transcribimos dicho diálogo:

"Chairman Willson: Would you enumerate in the order of their frequency, as causes for divorce, alcoholism, premarital pregnancy, sexual problems, and gambling? Which could you, from your experience, enumerate as being the worst offender and so on?

Dr. Milligan: To me all of those are effects; they are all effects of the same thing... gross emotional immaturity Emotional immaturity is a state of decadence or regression that the individual experiences because somehow or another, in this pattern of growth, he was not able to devise better solutions, better emotionality, better emotional solutions to problems.

Chairman Wilson: Would that mean then that every divorce is the result of immaturity?

Dr. Milligan: I certainly would say that.

Chairman Wilson: All right. Now do you think that every person who seeks a divorce is sick?

Dr. Milligan: If you mean sick in terms of emotional immaturity to the extent that the individual cannot take care of his ordinary affairs with good judgment and that includes realizing a marriage, being able to stick with the problems and accept them, then I think it is a sickness".

Citado por Jacob, Op. Cit., p. 45.

Seguendo esta nueva doctrina, no es que se permita el divorcio libre.²² El Estado y la sociedad tienen un interés legítimo en proteger al matrimonio, pero obviamente al matrimonio sano o al menos al que puede ser salvado²³, y para cumplir ese fin es que **se le confiere al juez el importante mandato de que, ante una demanda de divorcio, éste verifique si realmente dicha relación se ha roto irreversiblemente²⁴, y no simplemente detenerse en “el hecho puntual en que ella se exteriorizó y que las leyes han llamado “causales de divorcio”.**²⁵

Con el presente standard que proponemos, el juez ya no merituará criterios objetivos como son las “causales de divorcio” por culpa, sino que deberá contestarse una pregunta central: **si este o aquel matrimonio en particular está irreversiblemente e irremediabilmente roto.**²⁶ Si lo está, deberá decretarse el divorcio y si se considera que es posible salvar dicha relación (que es de interés público), deberá proveerse a la pareja de la necesaria ayuda de consejeros profesionales, a fin que éstos colaboren en la reconciliación.

C) Que tipos de matrimonio deben protegerse:

El Artículo 5 de nuestra Constitución establece que el Estado “protege el matrimonio y la familia

como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”. Es a partir de este artículo que se entiende que la sociedad toda tiene interés en la institución matrimonial, pero la pregunta es respecto de cual clase de matrimonios hay interés. Obviamente se refiere a aquella “cédula familiar sana, la de una pareja que - con todos los altibajos naturales de una convivencia que no es siempre fácil- florece en la comprensión y en el ambiente apropiado para la formación de los hijos”.²⁷ También habrá interés en tratar de evitar la ruptura definitiva de un matrimonio, pero allí no puede actuar el derecho sino para establecer la necesidad de que consejeros profesionales traten de lograr una reconciliación. ¿ Pero, debe prohibirse la disolución de un matrimonio que está absolutamente destruido? Creemos que la respuesta sólo puede ser una, NO. Como bien dice Cornejo Chávez “[e]l amor no es condición jurídico-legal del matrimonio ni la relación paterno- filial o fraterna; mas sin él la relación se enfría, se torna pura fórmula exterior, se frustra. No hay código que pueda impedirlo. El código no llega a las esencias del amor. Y sin él, el matrimonio y la familia no son fecundos”.²⁸ Si ya no existe relación alguna entre la pareja, si el amor ha terminado, debe permitirse el divorcio en beneficio de los cónyuges, los hijos y la sociedad toda. En otras palabras, jamás puede perpetuarse el matrimonio a cualquier precio.²⁹

22. Divorcio libre o a solo pedido, conocido en el Common Law como “Divorce on Demand” implica aquel sistema, regulado por ejemplo en Suecia desde 1973, donde el cónyuge no necesita alegar culpa alguna o aun hechos que causaron la destrucción o ruptura irreversible del matrimonio. Aquí basta el sólo pedido para que el juez otorgue el divorcio. Es decir, prácticamente es un mero procedimiento formal, un mero trámite administrativo, donde el interés de la sociedad es desplazado por el interés de los cónyuges. Para mayor información leer: Glendon, Mary Ann, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1987, pp. 75 y ss.

23. Ver punto III C.

24. Jacob, Op. Cit. p. 55. La Comisión encargada del nuevo proyecto de Divorcio en California reconoció públicamente el interés de la sociedad con respecto al divorcio, negando de ese modo toda posibilidad de establecimiento del “divorcio libre”, pero reconoció que si, luego de un análisis profundo del juez, se verificaba que el matrimonio estaba irreversiblemente roto, el divorcio era el remedio adecuado para la sociedad. “We cannot overemphasize that this standard does not permit divorce by consent, wherein marriage is treated as wholly a private contract terminable at the pleasure of the parties without any effective intervention by society. The standard we propose requires the community to assert its interest in the status of the family, and permits dissolution of the marriage only after it has been subjected to a penetrating scrutiny and the judicial process has provided the parties with all of the resources of social science in aid of conciliation”.

25. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

Glendon, Op. Cit., p. 77. La Comisión encargada de modificar la Ley de Divorcios de California reconoció en 1966, que es personalmente trágico y socialmente destructivo el hecho que el Juez requiera la prueba de un solo acto de adulterio o sevicia, para declarar rota una relación matrimonial que podría todavía mantenerse. En ese sentido se reconoció que el matrimonio es una relación demasiado compleja para aplicar criterios objetivos como las “causales del divorcio”, debiéndose buscar por el contrario, que el juez verifique si dicha relación realmente se ha roto o no. “We believe that it is personally tragic and socially destructive that the Court should required, upon proof of a single act of adultery or “extreme cruelty” -perhaps regretted as soon as committed- to end a marriage which may yet contain a spark of life... The marriage relationship is a deep and complex one, and should not be sundered by the law unless the Court finds that the legitimate objects of the marriage have been irretrievably lost”.

26. Como dice López Alarcón, Op. Cit., p. 183, “lo que se pretende es constatar una situación de quiebre del matrimonio, cualesquiera que fueren sus motivos, que permanecen ocultos; el divorcio se declara porque se ha extinguido la comunidad de vida conyugal, ya no hay relación entre las personas de los cónyuges con el afecto y el trato propio de la relación conyugal; antes bien, la vida común se ha hecho intolerable”.

27. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

28. Cornejo Chávez, Héctor, *Familia*, pag. 10.

29. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

IV) A MODO DE CONCLUSIÓN

Creemos que si comparamos el standard que estamos proponiendo con el que está vigente en nuestro Código Civil, encontraremos que el mismo reconoce la necesidad que se identifique al divorcio no como una penalidad basada exclusivamente en la culpa de alguno de los cónyuges, sino como una situación humana y natural, aunque terrible, cual es la ruptura irreversible del vínculo matrimonial, donde se requiere que el sistema legal responda adecuadamente y no cierre los ojos excusándose en supuestos criterios morales, religiosos y/o sociales. Como dice Alonso Pérez: "Debemos, por tanto, ser realistas en este terreno. Aceptar con naturalidad, aunque con pesar, el hecho de que existen matrimonios que, con culpa o sin ella, son todo menos matrimonios y que el Derecho, mediante una buena ley, debe darles salida digna".³⁰

Asimismo, creemos que el indicado standard elimina las incongruencias que el actual sistema mantiene en relación a las "causales de divorcio", dejando de lado criterios objetivos imposibles de ser determinados cuando hablamos de relaciones humanas como el matrimonio.

Por último, nuestra proposición no deja el tema del divorcio al libre arbitrio de las partes, sino que reconoce el derecho que tiene la sociedad, representada por el juez, de verificar si realmente el vínculo matrimonial se ha roto o no en la realidad.

Es respecto a este último punto donde debemos detenernos por unos instantes para analizar la famosa figura del divorcio por mutuo disenso, recogida en nuestros Códigos Civiles de 1936 y 1984. Hemos visto como nuestro legislador, basado en múltiples criterios, ha tratado por todos los medios de paralizar o hacer casi imposible las acciones de divorcio. Por

ello limitó la procedencia del divorcio a ciertas causas específicamente determinadas. Sin embargo, conjuntamente con estos criterios restrictivos y antidivorcistas, se establece la figura del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.³¹ Mediante este sistema, los cónyuges no requieren probar absolutamente nada, sino que simplemente necesitan el seguir un trámite previo de separación de cuerpos, esperar unos meses y luego divorciarse.

Es difícil entender como, ante un sistema eminentemente antidivorcista y basado en criterios de inmoralidad y culpabilidad, como el que nos regula, se filtraba un criterio de divorcio como el de mutuo disenso.³² En todo caso, es claro que en el Perú, la mayoría de divorcios se logran por dicho conducto³³, con lo cual, a la larga, se establecen dos realidades inaceptables: por un lado se impide cualquier actuación de la sociedad en pro del mantenimiento del matrimonio, y por otro se institucionaliza el chantaje.

Ante el supuesto del divorcio por mutuo disenso, la sociedad no tiene forma de intervenir, con lo cual renuncia justamente al único criterio que le permite desconocer la posibilidad de la existencia del divorcio libre. Como bien dice Cornejo Chávez, "autorizar a los cónyuges para oponer el más estricto silencio al empeño que muestra el juez para averiguar hasta qué punto es fundada la demanda y serios los motivos que la sustentan, implica que el Estado renuncia, en favor de los particulares, a la facultad de administrar justicia; que reduce al juez a la categoría de simple testigo o de funcionario notarial; y que, en este caso concreto, las partes son al mismo tiempo sus propios jueces".³⁴

Por otro lado, y si bien no hay estadísticas que nos permitan probarlo, creemos que el chantaje es un elemento muy usado como condicionante para el divorcio. Siendo que nuestro sistema por causales

30. Citado por López Alarcón, Op. Cit. p. 182.

31. Cornejo Chávez, Op. Cit., T. I p.336, nos dice que "[e]l mutuo disenso significa que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas - que sin embargo no desean ventilar ante los tribunales- o simplemente por el hecho de que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación... Significa, para decirlo gráficamente, que los cónyuges no están de acuerdo en nada, excepto en que no están de acuerdo".

32. Nosotros nos atrevemos a deslizar algunas respuestas. En primer lugar, creemos que el mismo fue una contra-reacción a las figuras tan restrictivas como son las "causales de divorcio". En segundo lugar, pensamos que se reconoció, aunque tímidamente, el hecho que los matrimonios no sólo terminan por culpa de alguno de los cónyuges, y en tercer lugar, hubo también un reconocimiento tácito a la falta de legitimidad por parte de la sociedad para obligar a un matrimonio roto a seguir formalmente como tal.

33. Cabello, Op. Cit., pp. 531 y ss. La mencionada autora nos presenta una serie de cuadros estadísticos sobre el divorcio en el Perú. En el Cuadro Nº 7 aparece que comparativamente el porcentaje de demandas de divorcio por mutuo disenso frente a las de por causal no es muy grande (1983: 54. 5-45.5; 1984:55.2-44.8; 1985: 54.7-45.3; 1986: 55.4-44.6; 1987: 55.0-45.0). Sin embargo, cuando entra a analizar el porcentaje de divorcios otorgados en ambos supuestos, la misma estudiosa del tema nos señala, luego de informar sobre un trabajo de campo que realizó, que "las acciones de divorcio por causal presentan tendencias denegatorias a nivel judicial, justificándose entre otras razones por la dificultad de probanza de la falta conyugal, logrando éxito un número restringido de estas causas".

34. Cornejo Chávez, Op. Cit., T.I , p. 338.

impide en la mayoría de los casos el acceso al divorcio, el o la cónyuge que realmente requiera divorciarse tendrá que "persuadir" al otro para que suscriba una demanda por mutuo acuerdo, y es aquí donde la posibilidad del chantaje está claramente presente.

Para terminar, reconocemos que muchos temas vinculados al divorcio se han quedado en el tintero;

figuras como los alimentos, patria potestad y división de bienes en el matrimonio tienen que ser revisados obligatoriamente en caso de modificarse la normatividad respecto al divorcio.³⁵ Ello no obsta para que consideremos que debe adoptarse en el Perú la teoría del Divorcio-remedio, por ser ella la única capaz de lograr un justo equilibrio entre las pretensiones y expectativas tanto de la sociedad como de las parejas.

35. Esperamos abordar estos temas en subsiguientes comentarios.

“El sentido de la Teología en la carrera de Abogado”

Francisco Interdonato S.J.
Profesor Principal de la PUC.

INTRODUCCION:

La carrera de abogado por ser humana en sí y en aquellos sobre los que se ejercita, no es separable de su vida; ni su persona lo es de su profesión. Esto requiere de él una actitud intelectual abierta sobre todo el hombre, es d., que tenga interés desinteresado en otras materias aparentemente ajenas a su especialización; que sienta curiosidad también por lo que no constituye su ocupación específica; que experimente pasión por la verdad, fruición por el mundo de las ideas.

Naturalmente el interés en otras materias no implica que deba estudiarlas profesionalmente; pero sí que posea de ellas lo que se llama el **modo de captación**, esto es, su concepto esencial, sus fuentes y su método. De manera que pueda moverse con suficiente seguridad en el campo de la literatura, del arte y aun de la filosofía, y por supuesto, en otras materias más directamente complementarias de la carrera de Abogado. Yo voy a ocuparme de la función de la teología y su relación con el currículum de Derecho.

Trataré de destacar su importancia en cuanto disciplina capaz de explicar la existencia (del Abogado y del Cliente) en sí misma y en la totalidad de sus estructuras fundamentales, con el fin de aclarar su vida y su profesión y darle más ánimo para tomar en serio la historia y lo concreto. Historia en la que se encuentra con la presencia actual del Dios vivo, o con su ausencia que en un ambiente creyente, viene a ser una manera de presencia, tanto en su vida como en la de aquellos con quienes actuará profesionalmente. Mucho más en la actual crisis moral y cultural, que plantea tantas interrogantes que, claro está, no podrán ser satisfechas sólo por la Teología, pero tampoco sin ella.

Es oportuno advertir que en este escrito hay bastantes citas más o menos literales, que sólo quedan

implícitas, por deficiencias mías al tomar notas, y también porque originariamente fue pensado como exposición oral.

1º) LA LECCION PERMANENTE DEL ORIGEN DE LAS UNIVERSIDADES:

Las Universidades no surgieron para preparar Profesionales, sino para formar estudiosos que mantuvieran viva la tradición del saber y la investigación, y para la formación del hombre. La explicación de ello no es sólo la época en que aparecieron, la Edad Media, y que por tanto pudiera relegarse al pasado. La razón de fondo, permanece. Sólo cambia la manera como debe actualizarse. Igual debe decirse respecto de los Estudiantes a los cuales se destinaban. Inicialmente (y durante siglos) las Universidades fueron para una élite muy reducida y selecta. Limitaciones que fueron cediendo y explotaron recientemente ante el derecho legítimo a estudiar. Pero tampoco esto invalida la necesidad y el destino primigenio de formar estudiosos, investigadores y custodios de la herencia cultural.

Análoga tensión se puede detectar entre los designios originarios de las Universidades Católicas y su evolución actual. Tengo entendido que su primera aparición formal fue en Francia en 1875, cuando el racionalismo científico de las Universidades ya laicizadas, amenazaba la Fe de los Estudiantes. Se propusieron en consecuencia mostrar que se podía ser juntamente sabio y creyente. Su finalidad dominante fue, pues, rigurosamente confesional: Preservar la Fe. Parecido propósito tuvieron los que fundaron nuestra Universidad en 1917. Su evolución cae ya bajo nuestra observación. En pocas décadas el fin primario se desplazó hacia la formación de Profesionales. Evolución inevitable a causa de la necesidad universal de educarse en una sociedad técnicamente en desarrollo y demográficamente multiplicada. Por las mismas razones en el interior de la Universidad

adquirió creciente importancia la formación científica y desplazó a las disciplinas clásicas, la Filosofía, Literaturas y Humanidades en general. Pero este ineludible cambio extensivo, no significa sin más la suplantación en la primogenitura intensiva o cualitativa.

Resumiendo diremos que de las tres finalidades que dieron inicio y acompañaron la evolución de la Universidad:

1º) Buscar una cultura y formación humana;

2º) Fundamentar y salvaguardar la Fe;

3º) Aspirar a una Profesión y a un porvenir.

Esta última es ahora la dominante por razones no sólo prácticamente inexorables, sino valorativamente legítimas. En consecuencia no se trata de restaurar como en los buenos tiempos idos las dos primeras finalidades; pero sí potenciarlas y preservar su dignidad cualitativa.

No creo que eso se logrará simplemente diciendo que la profesión **también** debe incluir la formación humana, la cultura y la salvaguarda (al menos indirecta) de la Fe personal y (o) nacional, como algo sobreañadido y del cual por tanto se pudiera prescindir. Hay que afirmar que esas dos finalidades le son esenciales; que son momentos intrínsecos de la profesión, en particular del Abogado. No sería concebible un buen profesional del Derecho sin el interés intelectual que lo constituya en vivo heredero de la cultura y formación humana; y sin esa actitud interna, o al menos externa, hacia la Fe cristiana. A ambas finalidades (además de las contenidas en el texto a que se hizo referencia en la Introducción) responde la Teología en el Currículum.

La actitud ante la Fe no basta ser postulada por la confesionalidad institucional y estatutaria; tiene que personalizarse. Esto -en una Fe esencialmente doctrinal y revelada como es la Cristiana- requiere la asignatura de la teología. Su captación (al modo arriba dicho) debe darle alma a la confesionalidad, que ahora, de acuerdo con el desarrollo de las realidades civiles y secularizadas, en su relación con lo eclesial y lo sagrado, no se puede entender como en la época de "cristiandad" en que la confesionalidad aspiraba a constituir un orden sociopolítico cristiano, reglamentado según la Fe y la moral evangélica. En vista del pluralismo actual y las necesidades de la vida moderna, el propio Vaticano II reconoció solemnemente el sentido y la autonomía de las realidades temporales. Lo cual significa que deben alcanzar sus fines con sus propios medios y de acuerdo a ellos. Los motivos religiosos animan esos medios, pero no los sustituyen ni los suplen. La Religión sigue siendo fin último, pero no interfiere en los fines penúltimos; ni éstos se acreditan por el otro. Es claro que los Alumnos no vienen a la Universidad Católica específicamente por razones confesionales; y que la Facultad de Derecho se organiza según su propia realidad y las propias normas de su ser y de las disciplinas que configuran el Currículum.

El error, empero, sería pensar que las propias normas y el propio ser está o puede estar en contradicción con los principios del Cristianismo. El prejuicio sería pensar que el aliento cristiano, como realidad o como ideal (nunca totalmente alcanzable) no sea aliento de la vida académica. Tampoco se pretende ya que la Universidad Católica sea la Universidad **de los** Católicos (cosa que en realidad nunca fue), ni siquiera **de** Católicos; pero sí positivamente inspirada en los valores católicos, con presencia de su Culto y de su práctica. Los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Católica vienen y deben venir a Ella, por la excelencia de su programa académico. Pero precisamente un componente esencial de la excelencia de este Programa es, debe ser, su inspiración cristiana. Y obviamente la inspiración de una Religión Doctrinal no puede dejar de expresarse por la presencia de su doctrina central, la Teología, tanto en su núcleo primero, como en sus conclusiones de Ética Natural que coinciden con las del Derecho Natural.

Sin la presencia académica de la Teología, no sería pensable la síntesis entre Fe y Conocimiento Profesional, siempre necesaria por lo menos en ese grado mínimo (en el caso de que el Profesional no sea creyente) de saber qué pasa en el alma del creyente con el cual actúa. Nadie podrá objetar ya la libertad de investigación científica, puesto que expresamente la consagra el Vaticano II precisamente en el lugar dedicado a las Universidades Católicas: "Que cada disciplina se cultive según sus propios principios, sus propios medios y la propia libertad de investigación científica" ("Gravissimum Educationis", n. 10).

No es, pues, que pueda haber una "Abogacía" católica, pero sí un **Modo** católico de ser Abogado. Y esto es lo que se espera de un egresado de Facultad; no automáticamente porque esta Facultad sea de la Católica; sino porque y en cuanto ese **Modo** católico de ser Abogado se aprende y se propicia en su conjunto y en su disciplina específica.

2º) TEOLOGIA Y FORMACION HUMANA - CULTURAL:

La otra función de la teología es la que responde a la misión de la Universidad de dar una cultura y formación humanas. Misión que no obstante la exigencia actual de formar especialistas y profesionales, sigue siendo esencial para impedir justamente que la especialización sea fragmentaria y disgregada de manera que sólo enseñe a **hacer** esto o lo otro, mas no el para qué y si es bueno o malo en todos sus aspectos. Enseñanza que debe conducir a ver, a preguntarse, a admirarse, a quedarse perplejo. Pues bien, hay disciplinas que directamente tienden a esto y que un Profesional, máxime si lo es del Derecho y la Justicia, no puede omitir. En realidad, tampoco el profesional de una ciencia exacta, material, porque en

definitiva tampoco estas pueden existir sin valores. El método que se limitara a lo puramente científico, carecería de emociones o las ignoraría, no las tendría en cuenta en sí ni en aquellos en quienes las provoca; y sin embargo es evidente que las emociones y las reacciones son valores, y también la ciencia debe cuidarlos y tender al desarrollo armónico de la vida y de la sociedad. Lo que puede ocasionar su omisión, lo prueban las actuales técnicas genéticas.

La propia **investigación**, con razón apreciada por los Alumnos -como lo muestra la Encuesta- no conviene que sea exclusiva y estrictamente especializada. Esto favorecería quizá la utilidad social; pero con detrimento del espíritu intelectual y del más amplio mérito académico. La investigación aplicada no puede caber duda que es necesaria; pero tiene que integrarse en la investigación de mayor alcance, la del saber total, de la verdad de los valores fundamentales que deben ser transmitidos a las generaciones sucesivas de Estudiantes. La investigación sólo especializada y por lo mismo fragmentaria, afianza el convencimiento que la educación universitaria es una inversión económica que ha de juzgarse por su rendimiento económico. Lo cual no puede dejar de ir en detrimento del gusto e interés de adquirir ese "**núcleo común**" de que vamos a hablar.

3º) NECESIDAD DE UN "NUCLEO COMUN" DE SABER:

Así se lo suele llamar; pero no es fácil de confrontarlo. Diremos que su objetivo deseado es dar tal apertura de espíritu que capacite para vivir de manera equilibrada los problemas humanos personales y sociales. Se desea que incluyan aquellas materias que aporten formación general y totalizante; que abran a la creatividad, a la animación, a la ética. Tal es la Teología, pero también las letras, la filosofía, historia, arte, y otras similares, sin las cuales quedaría comprometida nuestra herencia e identidad personal y nacional; y dejaría expuesto al hombre con sus derechos y potencialidades, a ser objeto de manipulación política, económica, biológica y de juridicismo sin alma y raíces. Es necesario el concurso de esas materias humanistas para pensar con claridad, belleza, evaluar ideas e ideales, proyectos, conocer dónde ha estado la sociedad y dónde se dirige y ubicarse en un mundo en rápida transformación.

La crisis sin precedente que estamos sufriendo, nuestra (entre otras cosas) que no se dio con suficientes raíces ese núcleo común de valores que la preservara o a los cuales la Nación entera se acogiera para salir de ella. La educación tiene que consolidar esa matriz protectora dentro de la cual las personas humanas de diversas profesiones y ocupaciones puedan desarrollarse y comunicarse con sentido, y coincidir en aspiraciones, metas e inquietudes humanas esenciales.

No cabe esperar que esa síntesis la hagan los Estudiantes por sí solos (salvo casos excepcionales) o que provendrá de la suma de asignaturas de la especialidad. El mero acumular no da el sentido. Se requiere aquella (o aquellas) disciplinas cuyo objetivo es el sentido, el fin, aun el más trascendente. Yo destaco la teología tanto por su objeto primario como por su relación intrínseca con la profesión de Abogado, pero pueden haber otras. Si se proponen sus características estructurales (su "modo de captación") y sus puntos de encuentro con el Derecho, no hay motivo para temer la dispersión ni del tiempo ni del interés. Y su resultado no será un Abogado más otras cosas, sino un Abogado más plenamente Abogado.

4º) EL PROBLEMA DE LA "ELITE" O DE LA CALIDAD Y LA CANTIDAD:

La Teología ayuda para convertir lo que indebidamente se plantea como disyuntiva: ¿La Universidad, y por tanto la Facultad, debe atender a la **élite** de los Estudiantes o a la masa? Esa disyuntiva hay que articularla así: ¿Cómo lograr calidad e igualdad? No obstante el esfuerzo meritatorio de evitar la **masificación**, a causa del derecho real y fundamental de estudiar, nuestras aulas seguirán llenándose más de lo debido; y por tanto seguirá presente el riesgo de sacrificar la calidad a la cantidad, cosa esencialmente contraria a la naturaleza de la Universidad y de la Facultad.

Se atribuye a Tocqueville la predicción que la palabra **élite** sería anatema en una sociedad igualitaria. Pero es un hecho que no obstante el empeño encomiable de buscar la igualdad hacia arriba, no podrá ni deberá evitarse la existencia de una **élite** intelectual. Sin ella los "estudios superiores" no serían tales, y no tendría mucho sentido el facilitar el acceso a ellos. Es además básicamente cierto que el porvenir de la sociedad y de la Nación, dependen de la excelencia intelectual de la Universidad. En su fragua deben labrarse los criterios para resolver las crisis, que por definición, son imprevistas. Sin esa excelencia (seguramente que no sólo por eso) puede ser (y no son sólo suposiciones) que una Nación en el lapso de una generación puede sumirse en la mediocridad o directamente en el caos.

Ahora bien, no caer en el igualitarismo mediocre, es decir, armonizar la calidad y la igualdad, mantener la excelencia, supone dar apertura y despliegue a los Estudiantes bien dotados, a la **élite**, que tiene tanto derecho a ser atendida, como la mediocridad. Hay que darle cauces y pábulos, tanto dentro como fuera de las aulas; cuando estudian y también cuando no están estudiando. Me parece que a base de lo dicho hasta aquí, se puede sobriamente afirmar que la teología contribuye a esta finalidad.

5º) APLICACIONES EN VISTA DE LA RECUPERACION DE LA CULTURA NACIONAL:

Uno puede denominar la presente situación nacional "Crisis de la Cultura", si por **Cultura** se entiende la construcción unitaria y equilibrada de los valores, en vista del crecimiento integral y pleno de la Nación. Crecimiento que implica un vasto conjunto de conocimientos, pero encarnados en una manera de existir, que a su vez supone la existencia de un Poder Divino que da sentido a todas las cosas y funda la confianza en el futuro. Por lo mismo que la Cultura comprende todo ese conjunto de signos, acontecimientos, símbolos y experiencias informados y determinados por la palabra y el pensamiento, su crisis o decadencia se presenta como una especie de enfermedad difusa, que no es sólo la corrupción de uno u otro aspecto, sino la sensación de que el todo está corrompido. Sensiblemente, en el primer plano de la crisis puede aparecer lo económico; pero en el fondo y antes que éste, está la decadencia en el nivel humano, ético y religioso.

No faltan quiénes enfoquen los otros aspectos; yo voy a ocuparme de la decadencia en el campo moral y religioso. Su manifestación básica está en la separación entre Cristianismo y Hombre; entre Fe y Vida; en la corrupción de ese tejido de valores humano-cristianos que tocan la raíz de la sociedad. Las verdades sobre el hombre, su dignidad, el valor y sentido de la vida, han sido comprometidas por la transformación en **separación** de lo que sólo es **distinción** entre lo divino, moral y religioso, por una parte; y lo humano, social y político, por otra. Esta separación debe restañarse en la Universidad, y un medio (no el único) es el encuentro de la teología con el saber y ciencias profanas. La recuperación del interés primordial por el problema de la Verdad. Esta debe preservar al hombre de ser presa de la mera opinión, de las ideologías reduccionistas y de los mitos.

La Nación Peruana no es concebible sin su tradición cristiana. Esta le dio su modo característico de comprender la persona humana y su destino trascendente; sus relaciones con la sociedad, la familia, el trabajo, derechos, libertad, responsabilidad. No es que ahora se proponga restaurar ese pasado, sino darle un presente y un futuro; y en este futuro tiene que seguir presente la dimensión religiosa en sentido estricto: La adoración a Dios, en la que se purifica el espíritu, se aclara la mirada y vigoriza el carácter. El hombre, también el de hoy y de mañana, es un ser de tres dimensiones: Corporal, Espiritual y Divina. En consecuencia la recuperación de la sociedad postula no sólo una antropología, requiere también una ética del valor y de la libertad; y una Teología que le clarifique su dimensión Divina que le haga comprensi-

bles e inviolables sus derechos humanos naturales, comenzando por el más básico, la vida. El Cristianismo posee como propia la doctrina acerca de lo que realmente es el hombre, cuál es su destino y cuáles deben ser sus relaciones consigo, con los otros y con Dios. Doctrina que es previa y presupuesto de toda política sin ser ella misma política. Es una Energía Trascendente expresada en palabras y conceptos que tiene función de levadura e inspiración para toda política y situaciones históricas.

6º) PAPEL DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA Y DE LA FACULTAD DE DERECHO:

Debe cooperar desde su ángulo a la plena recuperación del hombre eterno, el que vive de la entera realización humana de la vida, la familia, el matrimonio, la amistad, el arte, la Religión; del hombre que deja surgir ante sí los últimos misterios de la existencia: La finitud, el respeto sagrado de la vida en todas sus fases, la beatitud de lo bello, la temporalidad, y también de la muerte, no como castigo y acabamiento, sino como consumación. Esta tarea es común a todas las asignaturas del currículum de Derecho, pero la teología contribuye a esclarecer por qué y cómo su último sentido es integrable en esta perspectiva plenamente humana-cristiana.

Interrogando a la Revelación total, la teología hace ver lo parcial y lo peligroso de todos los **reduccionismos**, en particular el reduccionismo político que se expresa en la fórmula: "Todo es política". Fórmula falsa y peligrosa porque expropia muchos lugares vitales y culturales, que la política no posee categorías para entenderlas y por tanto para regirlas. Se verifica de la manera más atroz, el tener mucho más poder que capacidad para usarlo bien. Ha producido así una cultura politizada, sin esplendor, humanismo, grandeza, brillo del rayo espiritual. Se autoatribuyó un valor supremo hasta sacrificar al ideal político todo lo más sagrado, las libertades públicas y aun el derecho a la vida, y en su nombre todo se permite.

La Facultad de Derecho -sea dicho una vez más-completada con la teología, debe esclarecer a la faz de la Nación, que el reducto último de la presente crisis consiste en gran medida en la marginación o el rechazo de la verdad cristiana; en la indiferencia y a veces hostilidad al Cristianismo y a la idea de Dios. La decadencia de la cultura nacional ha corrido pareja con la decadencia de la concepción religiosa del hombre. La recuperación debe pasar por la reafirmación de que las verdades Evangélicas, en diálogo con las otras Disciplinas, son hoy el extremo baluarte de la persona humana y de la herencia de la cultura nacional.

El aborto por violación

Uno de los principales fines, y a la vez una de las más importantes razones de ser de *Thémis* es el de servir como vehículo de las inquietudes y opiniones de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Sabemos que en nuestra Facultad existen alumnos con muy alto nivel, tanto académico como cultural y humano; sin embargo, muchas veces los aportes que tales estudiantes pueden brindar desde ya a la vida de la Facultad -y, por qué no, del país- no encuentran una vía adecuada para ser expresados.

Por ello hemos querido iniciar esta nueva sección, que busca tener dos efectos prácticos: Primero, difundir directamente transcritas, opiniones cortas que sobre un tema polémico -en este caso el aborto en caso de violación- nos han enviado alumnos de diversos ciclos de nuestra Facultad; en segundo -pero no menos importante- lugar, buscamos incentivar el que los alumnos investiguen sobre un tema de su interés y **escriban artículos para *Thémis***, sabiendo que si tienen el nivel que esperamos éstos van a ser publicados.

Agradecemos sinceramente a los alumnos que esta vez nos han enviado sus opiniones; y a todos los alumnos de la Facultad les reiteramos lo que dijéramos en la primera "campana" de Opiniones de la Facultad: ¡Participa con tu Opinión, la Revista es de todos!. Estén atentos para la siguiente convocatoria.

El Código Penal Peruano en vigencia no tipifica el delito de Aborto por Violación, mientras que el Proyecto del nuevo Código Penal, si lo hace. Su posible aplicación sería una excepción a la regla de la sanción de la norma del aborto, porque en el aborto se protege a la vida como máximo bien jurídico y se sanciona al autor.

En el caso de aborto por violación, sería el Estado quien permitiría la suspensión del embarazo con muerte del concebido, pese a que el concebido es un tercero inocente y ajeno al delito de violación tipificado en la Sección Tercera: Delitos contra las buenas costumbres.

Se entiende en este caso que la sanción de la norma, recae en un sujeto ajeno al delito.

Esta es mi opinión desde un punto de vista jurídico.

**LuisAlberto
Ccorinaupa Huapaya**

**Código: 86.6333.4.15
Sétimo ciclo**

Notoria es en nuestra sociedad la cantidad de violaciones que ocurren, pero un mal mayor que las violaciones se generaría si se permitiese el aborto por violación.

Si el nuevo Código Penal regulase esta figura, se crearía un conflicto entre el derecho a la vida que tiene el concebido y el derecho al honor que tiene la mujer que ha sido violada; en este conflicto considero que la mujer saldría perdiendo, pues la vida humana es un derecho superior al honor, ya que si no hay vida no podría existir el honor.

Lo que debe hacerse es crear una norma dándole la posibilidad a la mujer de optar entre dar a su hijo en adopción o en criarlo, lamentablemente la mujer estaría obligada a afrontar su embarazo no deseado, pero ésta sería la única manera de evitar una lesión muy grave al derecho a la vida.

Paul Neil Herrera Guerra

**87.7079.9.15
Tercer ciclo**

El artículo 122, inciso 2 de Proyecto del Código Penal afirma que no es punible el aborto si el embarazo proviene de una violación. Es una situación de privilegio de la mujer gestante que sufre psicológicamente por llevar en su vientre a un no deseado hijo quién le recuerda el hecho traumático, y por ello decide abortar. ¿Qué es abortar?, expulsión del embrión o feto, no siempre, pero sí, en todo caso matar a un ser humano, que por ser tal tiene el derecho a vivir*.

Llegando al dilema, vida o muerte, vida o integridad psíquica y moral de la mujer durante los 9 meses; vida o riesgo a que ese ser no se desarrolle plenamente, es decir, ¿qué se le ofrece para vivir?; vida o víctima, sin culpa de lo sucedido.

Sé que la respuesta no es una, pero mi opción es enfrentar el problema, el luchar ante lo no querido, tratar de superarlo, porque eso es vida para mí, y creo que para la madre e hijo debe ser así.

* Artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1º del Código Civil Peruano.

**Milagros Revilla Izquierdo
88.2173.2.15
Segundo ciclo**

En el tratamiento legal del aborto hay que tener en cuenta que:

Estamos frente a dos intereses tutelados de vital importancia para cualquier ordenamiento de la sociedad, y que el Derecho como máxima expresión del ordenamiento de ésta tiene que responder: derecho a la vida y derecho de afirmación y conservación de la vida; el primero referido a aquel derecho que tiene el embrión que no pidió ser engendrado a nacer, y el segundo al derecho que tiene el hijo que no pidió nacer a que siquiera pueda asumir el principal derecho a la vida: la salud (la OMS la define como el "estado de bienestar integral: físico, psicológico y cultural") o el referido al derecho del libre desarrollo de la personalidad. Y si este segundo derecho es violado, ¿realmente le favorece al embrión, nacer? (en virtud del inc. 1 del art. 2 de la Constitución) en consideración de la problemática actual del destino de los niños abandonados en nuestro subdesarrollado medio. Quizás esta pregunta no sea tan absurda como parece Es efectivamente una problemática que obedece a dos intereses fundamentales de la humanidad, ambos de igual jerarquía, ambos derechos a la vida; pero cabe una posibilidad que debe incorporarse en el tratamiento legal del aborto sentimental, en la que ambos derechos no se violen: el embrión debe nacer por derecho; y sólo cuando el embrión e/o hijo - que no pidió ser engendrado y/o nacer -se encuentre en una situación de no gozar el segundo derecho; la madre e/o interesados deben permitir su implante en otro útero y/o su adopción por un hogar donde si pueda afirmarse el derecho a la vida, derecho que le es inherente al embrión por el derecho inherente a nacer por ser persona humana. Al mismo tiempo se está supeditando cualquier derecho de terceros al derecho de afirmación de la vida de un ser que no pidió ser engendrado y fue víctima del egoísmo de los adultos responsables de su vida; además que su derecho queda limitado al haber empezado otro derecho de mayor aval, como lo respalda la doctrina y el telos del Derecho: que el ser humano logre su realización y sea feliz.

Espero que la presente opinión libre, sobre el tratamiento legal del aborto, no se malentienda por la concreción (a su vez límite de expresión).

**JORGE LUIS CASTILLO
FIGUEROA**

(88.7198.2-18)

El Aborto Sentimental rebasa absolutamente un estudio puramente legalista. Además de que en el Derecho Positivo, un avance se entiende como aquello que se presta a proteger con más decisión a su objeto: la PERSONA HUMANA. Contrario sensu, no será avance lo que niegue al hombre en cuanto tal. El Derecho no es más que la realidad hecha norma, y la realidad, la naturaleza, la cual el hombre encabeza. De ello, toda norma que vaya contra la naturaleza, iría contra la realidad y al fin, contra su objeto, el hombre. Es el Derecho a la vida un Derecho Humano que como tal, no es resultado de un consenso histórico, sino que responde a exigencias naturales permanentes. Es además el más excelente, puesto que sin él no cabe ejercer ningún otro. Es así, que frente a un conflicto de derechos, de dos bienes jurídicos protegidos (como es el caso), deberá optarse por éste. Por último, admitir el Aborto Sentimental sería condenar premeditadamente a muerte a un inocente por el delito cometido por otro (sin subsanar el daño causado a la mujer) desatendiendo la búsqueda alternativa de mecanismos legales efectivos para castigar al culpable.

**FLOR A.
MONTALVAN DAVILA**

86.2087.6-15
Quinto ciclo

El sistema penal peruano posee un modelo de prohibición general frente al aborto exceptuando la del art. 163 en el Código Penal. Las causas que determinan la decisión de la mujer de abortar en nuestro sistema (sea éste por violación e inclusive incesto) no afecta al dictamen del Juez ¿Es válido el atentar contra una vida en formación a pesar que ella se originó por el abuso de un sujeto res-

pecto de la indemnidad sexual* de otro individuo?

Creemos que debe existir una apertura legal al Aborto por Violación, aplicando a nuestro sistema la propuesta del Sistema de la Solución por Indicaciones, la cual aboga en una de sus alternativas que en caso de presentarse indicaciones éticas, es decir, embarazo por violación o prácticas sexuales en una menor el aborto consentido podría ser autorizado sólo en las doce primeras semanas de embarazo. Esto junto con un plan social-económico estatal y control de la natalidad podría englobar una solución a una realidad como la peruana.

* Indemnidad Sexual: Por el cual todo sujeto tiene derecho a disponer de su libertad sexual.

**ROSSANA PILAR
TAQUIA GUTIERREZ**

89.6084.1 15
Cuarto ciclo

El derecho a la vida, el más fundamental de los derechos humanos, encuentra una de sus antítesis en la "concepción forzada", cuya adecuada regulación resultará necesariamente de la opción que tome el legislador.

Encontramos entonces una verdadera pugna de derechos. Por un lado, el derecho a la vida del concebido, y por el otro, el derecho de la madre a elegir cómo y con quién concebir. No olvidemos que las consecuencias de un acto de forzamiento, sin lugar a dudas va a generar un conflicto emocional, tanto en la madre que no desea esa concepción, como en el concebido, que no sólo nacerá en un ambiente poco afectivo sino que engendrará un cúmulo de sentimientos negativos que podrían hacerlo más adelante un hombre poco útil para la sociedad.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cortar el proceso de gestación, en estas circunstancias, deberá hacerse bajo normas estrictamente médicas, a fin de no poner en peligro la vida de quien ya sufrió un acto vejatorio de su integridad.

SILVIA L. RUIZ SANDOVAL.

8523609-15
Octavo ciclo

Acerca de los Dilemas y las Artes para concluir un Contrato de Arrendamiento a "Plazo Fijo" (*)

Guillermo Miranda Benavides

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

EXP. 2702-86 (LIMA)

Lima, nueve de diciembre de mil novecientos ochentisiete VISTOS; Y CONSIDERANDO: Que, del contrato de arrendamiento cuya copia fotostática obra a fs. ventidós y ventitrés, no objetada por la parte demandada en cuanto a sus cláusulas esenciales, demuestra que el plazo venció el diez de noviembre de mil novecientos ochentaicuatro, dándose la circunstancia de que el arrendador prosigue en uso del inmueble sub-litis infringiéndose, en consecuencia, que no se trata de una nueva relación contractual, sino de la continuación del arrendamiento motivada por tal hecho, esto es, por la aludida permanencia, creándose así la figura del arrendamiento de duración indeterminada; y, siendo así, le asiste el derecho a la demandante para solicitar la devolución como lo preceptúa el artículo mil setecientos del Código Civil, siendo el aviso de despedida la vía procesal prevista en el artículo mil setecientos tres del mismo cuerpo legal; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ochentiuño, su fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos ochentiseis; que revocando la apelada de fs. setentiuno, fechada el ventidós de abril del mismo año, declara improcedente la demanda interpuesta a fs. cinco; reformando la resolución recurrida confirmaron la sentencia de primera instancia, ordena que la parte demandada desocupe el inmueble de la litis, en el término de cuatro meses, contados a partir de la citación con la demanda; sin

costas; en los seguidos por doña Zoila Valencia Paz de García contra Silvia Malechetti de Bálsamo; sobre aviso de despedida; y los devolvieron.- S.S. ESPINOZA S.- CASTAÑEDA L.- VASQUEZ V.- MONTOYA A.- BOCKOS DE G.

ANTECEDENTES

No escapa al público conocimiento, la problemática que suscita el arrendamiento urbano de inmuebles, tampoco, la incidencia significativa que las demandas sobre esta materia tienen en el trabajo judicial¹.

La normatividad aplicable puede dividirse gruesamente en dos grandes conjuntos: Los contratos que se ciñen a las normas del derecho civil común y aquéllos que 'caen' -literalmente hablando- dentro del ámbito de la Ley de Inquilinato -Decreto Ley 21938-². La Ejecutoria comentada se inserta en el primero de estos conjuntos y exclusivamente a éste se referirá nuestra reflexión.

Las opciones legislativas para regular la situación que se suscita cuando:

- Concluye el plazo del arrendamiento,
- el arrendador no exige la devolución del bien y
- el arrendatario no lo restituye, son usualmente tres en la legislación comparada: La 'tradicional' que

* Al Dr. Carlos Montoya Anguerry, por su innegable honestidad de magistrado.

1. Los datos publicados no son demasiado recientes pero entre 1978 y 1982 el Poder Judicial tramitó 69, 548 causas de Aviso de Despedida y Desahucio según su Sub-Dirección de Estadística (MORANTE, Karin "Hacia una nueva perspectiva en el problema del Arrendamiento Urbano en el Perú", Tesis Bachiller PUC, 1985).
2. Debe entenderse adicionalmente que los Decretos de Urgencia, que prorrogan los plazos de los arrendamientos, cortan transversalmente esta división normativa; sin embargo son reiteradas las resoluciones que a pesar de ello declaran fundadas las demandas que se plantean dentro del ámbito de la Ley de Inquilinato por la causal de "casa única" y también es sumamente "precaria" la Jurisprudencia Suprema sobre la eficacia de estos Decretos de Urgencia (Sobre esto ver: FALLA, Alejandro "Los Decretos Supremos de Urgencia y la Corte Suprema: El Caso de la Normatividad Especial sobre Arrendamientos" en Themis 17).

asume una voluntad presunta de las partes y considera que se produce una tácita reconducción contractual bajo exactas condiciones a las originalmente pactadas, con excepción del plazo que se convierte en indeterminado (Digesto Ley 13, párrafo 11, título 2, libro 19; Código Civiles de Bolivia/art. 710, Panamá/art. 1317, BGB/art. 568, etc); otra segunda que no presume nada y señala simplemente que se trata de un incumplimiento contractual con las consecuencias comunes que ello acarrea (Códigos Civiles de Chile/art. 1956, Ecuador/art.1924, etc.); y una tercera que dispone que el arrendamiento prosigue regulado por aquello pactado en el contrato cuyo plazo ya venció, asistiéndole al arrendador el derecho de pedir la devolución del bien en cualquier momento (Código Civil de Argentina/art. 1622 y de Uruguay/art. 1790). Esta última opción señala expresamente que no hay "tácita reconducción".

Históricamente nuestros legisladores venían optando por la "tácita reconducción", así lo indicaron claramente en las normas que contienen los artículos 1607 del C.C. de 1852 y 1532 del C.C. de 1936. Con la promulgación del Código Civil de 1984 se revierte esta tendencia. Alejandro Falla ha descrito acuciosamente este proceso³, y tanto él como Fernando Cantuarias⁴, dan cuenta de la contradictoria interpretación que puede desprenderse de lo señalado en los artículos 1700 y 1704, que regulan este caso en dicho cuerpo normativo.

Formalmente ambos artículos contienen disposiciones distintas al regular, simultáneamente, el mismo supuesto de hecho:

a) El art. 1700 dispone que, ante la permanencia en el uso del bien arrendado luego del vencimiento del plazo contractual, el arrendamiento "continúa" bajo sus mismas estipulaciones y el arrendador tiene derecho a pedir su devolución en cualquier momento.

b) El art. 1704 señala que "Vencido el plazo del contrato (...), si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento."

Tenemos, pues, que mientras por un lado se decide por la continuación del arrendamiento vencido, acogiéndose con ello la tercera de las opciones legislativas antes mencionadas; por el otro, el mismo Código dispone que el arrendamiento ha terminado definitivamente y sólo resta exigir al arrendatario el cumplimiento de su obligación de devolver el bien que se le entregó en uso. Es importante resaltar que

acogerse a uno u otro artículo supondrá consecuencias distintas respecto, por ejemplo, a la ejecución de las garantías prestadas y a la responsabilidad moratoria (por la cual el arrendatario responde por los daños y perjuicios que sufra el bien, aún frente a causas que no le sean imputables).

Ante la situación descrita era sumamente importante conocer, con la aplicación de la ley a los casos concretos, la solución que brindaría el Poder Judicial a este asunto. Así, sabríamos -con certeza relativa- lo que se podría esperar del órgano jurisdiccional cuando se demande ante él un mandato que ordene la desocupación de un inmueble arrendado a plazo fijo.

COMENTARIO

La Ejecutoria transcrita debe analizarse -a nuestro entender- respecto a dos consideraciones básicas que sustentan su razonamiento: La primera es que define que la norma aplicable al supuesto de hecho antes esbozado es el artículo 1700 del C.C., la segunda es el entender ante ello que se "crea" la figura del arrendamiento de duración indeterminada.

El pronunciamiento de la Corte Suprema -reitera- do recurrentemente en otras resoluciones similares- decide, ante la duplicidad de previsiones legales, por lo más favorable al arrendatario. Ello no es extraño a la línea jurisprudencial que tradicionalmente han mantenido nuestros magistrados supremos, quienes generalmente han protegido a la parte que estiman más débil, recurriendo algunas veces a un apego extraordinario al formalismo de la ley -p.e. en la aplicación del art. 1532 del C.C. del 36 no se estimaba jurídicamente eficaz el pedido de devolución a futuro formulado por el arrendador antes del vencimiento del plazo contractual- y otras veces interpretando restrictivamente la normatividad -p.e. la "solicitud" señalada por el mismo art. 1532 del C.C. del 36 se dijo que debía ser hecha exclusivamente por vía judicial y, sorprendentemente, notificada dentro de los 15 días previstos por el citado artículo antes de que se produzca la tácita reconducción-.

La decisión de la Corte Suprema debe además reconocerse consecuente con la sistemática legislativa del Código Civil al no aceptar la posibilidad de que se establezca la mora "ex-re" del art. 1704, el principio general es que ésta no es automática (art. 1333) y para incurrir en ella se requiere un emplazamiento del acreedor de la obligación, en este caso, el arrendador que exija al arrendatario el cumplimiento de su obligación de restituir el bien. Pero, debemos estar atentos a la eventualidad de que se pacte en el contrato de

3. FALLA, Alejandro "El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento (arts. 1700 y 1704)" en *Thémis* 14.

4. CANTUARIAS, Fernando "Conclusión del Contrato de Arrendamiento de Duración Determinada" en *Thémis* 11.

arrendamiento la mora automática (inc. 1 del mismo art. 1333 del C.C.) ¿Qué dirá la Corte Suprema entonces?.

La segunda consideración de la Ejecutoria no se sitúa dentro del supuesto de relativa arbitrariedad que tienen los pronunciamientos jurisdiccionales cuando escogen entre una norma u otra, sino que estamos ante una interpretación de "lo que quiso decir" el texto legal: Curiosamente, y aún en contra de lo que indicaría el precedente discurso lógico de los 'Considerandos' en la Ejecutoria ("no se trata de una nueva relación contractual", "la continuación del arrendamiento"), ella estima que se **crea** la figura del arrendamiento de duración indeterminada.

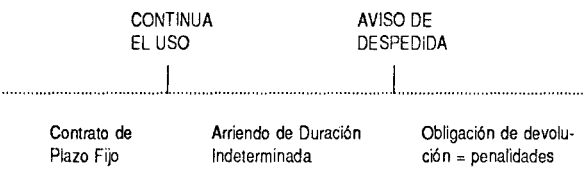
De la sistemática de la normatividad sobre arrendamiento ("El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo" art. 1699, "no se entiende que hay renovación tácita" art. 1700) no puede desprenderse la presunción creadora que asume la Corte Suprema, muy por el contrario, se trató de dar precisamente una solución que fuere distinta a la tácita reconducción⁵. El doctor Manuel De la Puente expresa que nos encontramos frente a 'una regulación legal de una situación de hecho'⁶. La ley no puede crear un contrato donde no hay expresión de voluntad -expresa o tácita-, pero sí debe contener soluciones para sucesos altamente frecuentes de la vida social.

En este caso, cotidianamente usual, la ley ha decidido que el uso del bien que efectúa el arrendatario luego de vencido el plazo pactado -y mientras el arrendador no lo requiera para su devolución- debe sujetarse a las iniciales condiciones contractualmente acordadas, su ocupación no es gratuita ni queda librada a su puro arbitrio.

Nuestra observación crítica va más allá del "purismo" de apegarse a las disquisiciones técnicas de la Teoría de los Contratos. Hay consecuencias prácticas claras en este 'exceso interpretativo' de la Ejecutoria comentada:

- Las penalidades acordadas por la no devolución del bien sólo se devengarán luego del aviso de despedida que pone fin al **creado** arrendamiento de

duración indeterminada, ya que, sólo en este momento surgiría la obligación efectiva de devolverlo.



- Las garantías prestadas por terceros ¿se extenderán a este segundo período?. La garantía prestada precisamente para la devolución oportuna del bien ¿no será eficaz ni ejecutable?.

- En el caso de que en el transcurso del segundo período se expida uno de los Decretos de Urgencia que prorroga los plazos de los arrendamientos, la relación quedará automáticamente prorrogada porque habría efectivamente un contrato vigente.

- La vía procesal para demandar la devolución del bien será, ciertamente y tal como lo considera la Ejecutoria comentada, el Aviso de Despedida. Este punto no sería relevante, ya que el procedimiento alternativo -el Desahucio- se tramita exactamente igual, sino fuere por el formalismo legal, ya comentado, que exhibe nuestro Poder Judicial; pobre de aquel arrendatario que opte por el Desahucio por Vencimiento Contractual y que pretenda cobrar las penalidades pactadas o ejecutar las garantías prestadas, podemos asegurarle con tristeza y un alto porcentaje de certidumbre que su pretensión será declarada improcedente.

Es atendible la voluntad de nuestros magistrados supremos para expresarse, frente al problema social que genera la carencia de viviendas, en favor de los arrendatarios. Sin embargo, pensamos que ello no puede hacerse hasta el extremo de atentar contra el sentido claro de las previsiones legales porque ello -entre otras cosas- aumentará la ya grande reticencia de dar inmuebles en arrendamiento. Adicionalmente, será difícil al razonamiento jurisprudencial apartarse de esta línea ante casos que merecen una lógica intrínsecamente distinta: el arrendamiento de equipo industrial, maquinaria, computadores, etc.

5. Ver la opinión sobre el particular de Jorge Muñiz al comentar dicho art. 1700 en REVOREDO MARSANO, Delia "Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil de 1984", tomo 6, p. 379.

6. Opinión expresada en clase del Curso de Contratos-Parte General, 2do semestre académico de 1988 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**“La Prescripción
Extintiva en la Perspectiva
Procesal Civil”**

Leonor María Elena Belaúnde Prato

Tesis sustentada en julio de 1990 ante los Dres. Lorenzo Zolezzi, Aníbal Quiroga, y Javier Villagarcía. Sobresaliente.

La primera constatación objetiva que nos deja la lectura de este trabajo de investigación académica es el de su riqueza jurídica y un valioso aporte al estudio del **Derecho Procesal Civil**.

En efecto, a partir del estudio de una institución “aparentemente” civil, como tradicionalmente se ha conceptualizado a la **prescripción extintiva de los derechos**, bajo un prisma procesal, podemos llegar a interesantes manifestaciones jurídicas que, no por audaces, pueden dejar de ser consideradas, sobre todo si entendemos que el derecho es dinámica actividad social, cambio, aventura e imaginación intelectual.

El punto inicial de esta tesis radica en su pretensión en demostrar que la esencia y naturaleza jurídica de la prescripción extintiva es básicamente procesal antes que sustantiva. La razón fundamental para tan audaz hipótesis reposa en la evidencia de que el marco jurídico en el que tiene vigencia práctica la prescripción extintiva no es otro que el **proceso judicial**.

Para abordar el tema de esta manera, la autora ha profundizado, con excelente calidad académica y jurídica, en los conceptos básicos de la **Teoría General del Proceso** que no suelen ser comunes ni fáciles de asir en nuestros estudios universitarios, y cuya lectura en el Capítulo Primero de esta tesis resulta no sólo enriquecedora, sino además, facilitada por una ágil redacción.

Con estos instrumentos en el tintero, entre los que contamos la **Formulación de Categorías** (procesales) y los conceptos pilares del Derecho Procesal: acción y excepción -sin los cuales no es posible intentar el análisis de la hipótesis planteada- la autora se avoca al exhaustivo análisis de la prescripción extintiva de los derechos desde su perspectiva histórica, tradicional ubicación civil y su diferencia con la caducidad, siendo esto último cada vez más difícil a la luz de la moderna doctrina.

La conclusión de este trabajo aparece entonces obvia y fundamentada: la prescripción extintiva de los derechos es una institución procesal antes que civil, que determina la ausencia del presupuesto básico de procesabilidad de la acción al determinar su inexistencia por el simple transcurso del tiempo en que se hace valer contra el destinatario. El proceso civil, como mecanismo fundamental para reestablecer ese derecho cerrando los efectos del paso del tiempo, la interrupción de la prescripción por el

emplazamiento judicial, la caducidad de la interrupción por la fractura del proceso, terminan siendo características de este instituto que, creemos junto con la autora, es fundamentalmente procesal.

Y lo afirmamos con ella, no sólo por haber sido testigos de excepción del nacimiento de esta inquietud y su desarrollo en la presente tesis, sino por sostenerlo así de modo uniforme en las aulas del Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil confiado a nuestra responsabilidad desde el Semestre Académico 88-I, y probablemente desde donde se alentara la inquietud de la autora. Fuera de un proceso judicial la existencia de un derecho contestado o su extinción por prescripción es una mera ilusión. Es precisamente en la arena judicial en que se han de determinar como ciertos los derechos materiales o donde se les extenderá partida de defunción por el transcurso del tiempo, lo que sólo puede ser constatado judicialmente.

Al lado de esta importante conclusión, de la lectura de la tesis y del debate en el examen de grado correspondiente, surgió una segunda de carácter subsidiario: quizás, en el fondo, la prescripción extintiva de los derechos es también una institución en extinción, en mutación, hacia otra también de orden público que, recogiendo sus mismos fundamentos, resulta más acorde con la moderna evolución del derecho: la **caducidad**. Pero ese es otro tema al que la lectura de esta

prolija tesis, por ejemplo, nos puede transportar con facilidad.

En suma un excelente trabajo que nos adentra en las concepciones básicas de la Teoría General del Proceso, una exhaustiva investigación descriptiva de la prescripción extintiva y un singular ángulo de ingreso a su estudio bajo el prisma procesal. Algo digno de ser intentado y por ello merecedor de atenta lectura. (Aníbal Quiroga León).

Estudio de la Exoneración Tributaria y su Empleo en el Derecho Peruano

Luis Alberto Castro Joo

Tesis sustentada en setiembre de 1990 ante los Dres. Jorge Daños, Luis Hernández y Francisco Ruiz de Castilla.
Sobresaliente.

Esta tesis parte de un planteamiento metodológico muy coherente que busca el análisis de un tema determinado; procurando estudiar sus aspectos más importantes.

De este modo se comienza con un apropiado examen de la relación jurídico-tributaria; no en sí misma; sino en lo que es útil para el tema central del trabajo: la exoneración tributaria.

Otro acierto técnico consiste en haber recurrido profusamente al Derecho Constitucional, Civil y Administrativo para examinar a fondo este tema que es pues todo el "telón de fondo" que -en conjunto- se conoce como la relación jurídico-tributaria.

De esta manera se logra una perspectiva integral, mucho más rica y definitivamente consistente sobre los conceptos, principios, posibilidades y limitaciones teóricas en que se encuadra el desarrollo jurídico de la exoneración tributaria. Esta es pues la impresión que uno tiene cuando finaliza la lectura del Capítulo I de la tesis bajo comentario.

También es destacable el estudio logrado sobre la exoneración tributaria en sí; donde se advierte -al igual que en las demás partes de su trabajo de investigación- una honestidad intelectual apreciable, al exponer con propiedad los diferentes puntos de vista o pareceres de autores; resistiendo la tentación de hacerles "decir" lo que en realidad no sostienen; tal como muchas veces sucede con las citas fuera de contexto, citas parciales o resúmenes de citas harto cuestionables, etc.

Además, igual que en el resto de la tesis se deslizan una serie de críticas o planteamientos personales que fijan el parecer de Castro Joo; siendo éstos unos comentarios a veces originales y en otros momentos bastante lúcidos por su sutileza y razonabilidad para amalgamar posiciones teóricas y contribuir de esta manera con el desarrollo orgánico y consistente del Derecho Tributario.

De esta manera uno tiene la impresión de haber captado con claridad las diferentes posibilidades y limitaciones teóricas que el Derecho ofrece para el desarrollo de la exoneración tributaria a través de la dación de los dispositivos legales sobre esta materia. Más o menos con dichas impresiones se culmina la lectura del Capítulo II.

Para redondear el análisis, también se incluye un concienzudo estudio sobre el tratamiento práctico

de la exoneración tributaria en el Perú, que motiva la tercera parte de este comentario personal.

Sobre el particular dos son -según parece- los logros metodológicos alcanzados. Por un lado se clasifican los dispositivos expedidos en función de la materia que regulan; es decir teniendo en cuenta algún determinado aspecto del tema de la exoneración tributaria como por ejemplo respecto de las exoneraciones absolutas, condicionadas, etc.

Por otra parte también se sigue de este salvable criterio para el estudio de la jurisprudencia fiscal o -en su caso- las simples resoluciones del Tribunal Fiscal pero que no constituyen jurisprudencia de observancia obligatoria.

Un trabajo de esta magnitud, que sepamos, no tiene precedentes en nuestro país y seguramente deben ser muy contados los casos similares en el extranjero.

Uno concluye la lectura del cuerpo de la tesis con la impresión de tener un conocimiento organizado y completo sobre la práctica de la exoneración tributaria en el Perú.

Creemos que sólo con trabajos tan notables pueden darse los primeros pasos hacia una reforma del sistema tributario peruano que es un tema tan de moda sobre el cual poco se dice acerca de la necesidad de investigación académica para facilitar una discusión política más seria.

Por último no queremos "exonerarnos" de manifestar públicamente nuestra sincera felicitación a Raúl Castro Joo por haber logrado tanto en la elaboración de la tesis, como en la sustentación oral un nivel que se resume en una sola palabra: **sobresaliente**. (Dr. Francisco J. Ruiz de Castilla y Ponce de León).

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:

Rosario Fernandez, Elena de Beaumont, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Silvia Granda, Wally Jolly, Carlota Lombardi de Zavala, Rafael Picasso, Gloria Quincot, Filiberto Tarazona, Luis Isasi C, Manuel Ugarte A, Milton Von Hesse, Armando Lazarte, José Ramirez Gaston, Paul Cavalie, Ricardo Revoredo, Mario Pasco C, Oscar Ermida U, Carlos Boza, Félix Navarro Grau.

