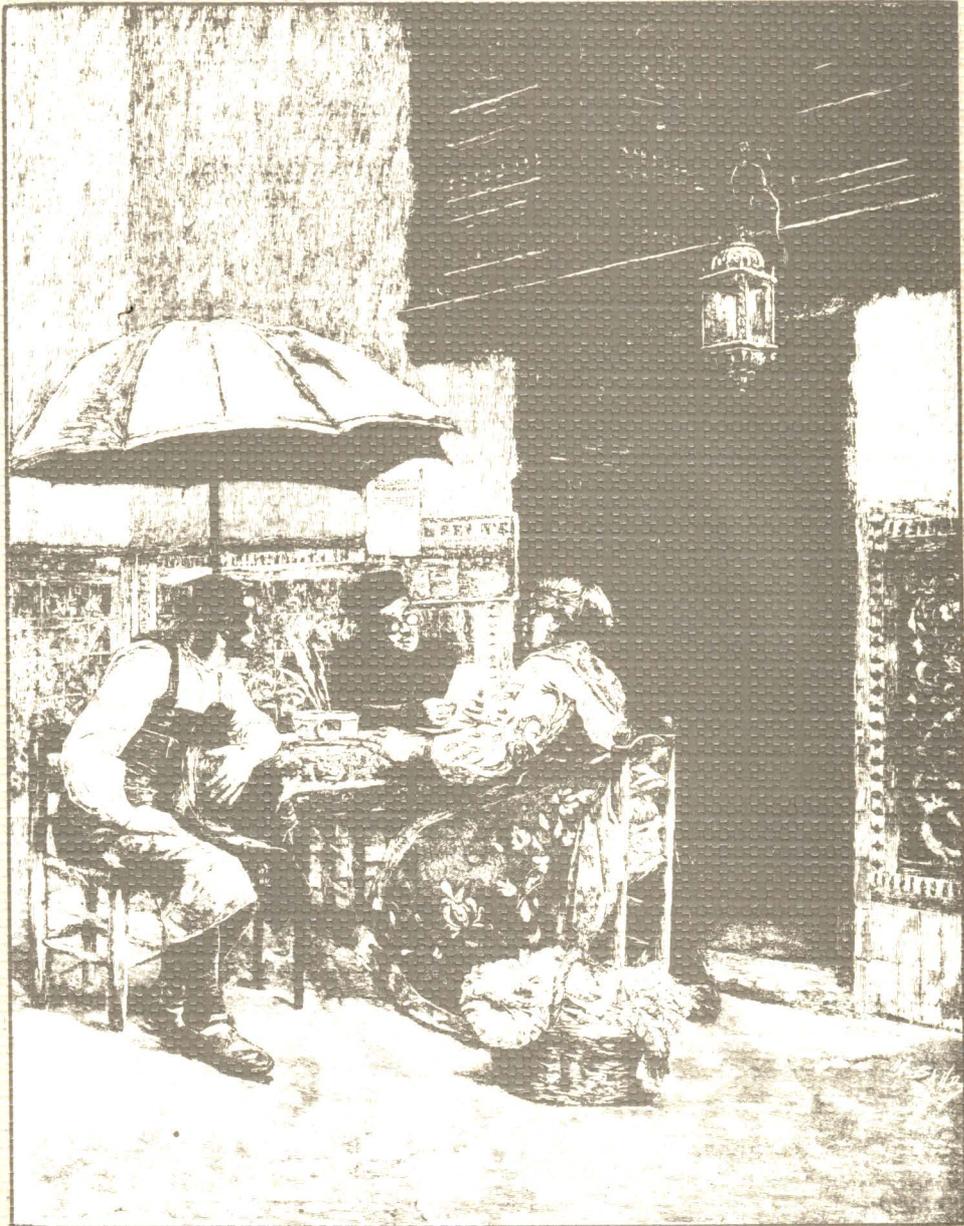


THEMIS

Revista de Derecho



Manuel Aguirre Roca • Fernando de Trazegnies • Luis Hernández
Entrevista a Jorge Gonzales Izquierdo • Humberto Medrano
Guillermo Figallo • Carlos Alberto Montaner
Eduardo de Rivero • José Amado

THÉMIS

Revista de Derecho

**Publicación trimestral editada por alumnos
de la Facultad de Derecho de la PUC.**

COMITE DIRECTIVO: Fernando Hesse Alfageme, Martín Mejorada Chauca, Raúl Ñato Zevallos, Fernando Pardo Segovia, Ximena Zavala Lombardi.

MIEMBROS DE LA REVISTA: Juan Carlos Alvarado O., Elizabeth Briones G., Fernando Castañeda M., José Ignacio Castro O., Augusto Cauti B., Juan Carlos Crisanto V., Nathalie Díaz S., Enrique Felices S., Mauricio Gustin De O., Eduardo Hurtado A., Rosario Isasi M., Patricia Pow Sang T., Eduardo Sotelo C., Rossana Taquíá G., Ma. Eugenia Trujillo R., Robinson Vásquez M.

COMITE 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. ☎ 620812

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

© Asociación Civil Thémis-Revista de Derecho.
Casilla Postal 110711 - Lima 11

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

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

Carátula: "Notario Público". Ilustración del Libro Conmemorativo al Centenario del Código Civil Español. Cortesía del Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant.

Archivo

THĒMIS

Revista de Derecho

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

5

IN MEMORIAM Francisco Interdonato

7

Manuel Aguirre Roca

La Razón Principal del Fracaso del TGC

13

Fernando de Trazegnies Granda

Paradojas de la Modernización: El Contrato de Enganche

21

Luis Hernández Berenguel

El Impuesto de Solidaridad, la Evasión Tributaria y la Reforma de la Administración Tributaria

27

José Amado Vargas

Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú

33

Eduardo de Rivero Santana

Golpe de Estado y Revolución. Una aproximación al Fenómeno del Cambio en el Derecho

43

Mark A. Cymrot, Thomas O. Gorman y Teresa A. Scott

Embargo de bienes de extranjeros en los Estados Unidos

49

Fernando Pardo Segovia

Los Buenos Oficios y la Mediación... Algunas Precisiones

55

Martín Mejorada Chauca

¿Es posible dictar una medida cautelar al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil?

61

ACTUALIDAD

Entrevista al Dr. Jorge Gonzales Izquierdo

65

Humberto Medrano Cornejo

Delito de Defraudación Tributaria

75

Guillermo Figallo Adriánzen

La "Liberalización" de la Propiedad de la Tierra

80

INTERDISCIPLINARIA

Carlos Alberto Montaner

¿Cómo y por qué se desarrollan los pueblos?

86

OPINIONES DE LA FACULTAD

¿A qué o quién se debe el abogado?

88

COMENTARIOS (Ex- Comité Directivo)

José Daniel Amado V., Beatriz Boza D., Fernando Cantuarias S., César Parodi M.,

Carlos Garatea G., Verónica Zavala L.,

96

JURISPRUDENCIA

Alejandro Falla Jara - Luis Pizarro Aranguren

El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores

103

RESEÑAS DE TESIS

105

INDICE ANALITICO DE THEMIS DEL 1 AL 20

Segunda Epoca/1991/Nº 20

PRESENTACION

La presente entrega es muy especial para todos quienes hacemos *Thémis* - Revista de Derecho. Especial no sólo por el tiempo transcurrido desde que se editó el primer número de la segunda época, ni porque son ya veinte publicaciones ininterrumpidas, sino fundamentalmente porque creemos que en ese tiempo y en ese número de publicaciones hemos realizado un buen trabajo.

Tal vez se vea mal que lo digamos nosotros, pero a estas alturas de su existencia, *Thémis* se ha ganado un lugar muy especial en los círculos jurídicos nacionales y, porque no decirlo, también internacionales. Esto último quedó corroborado en agosto del año pasado, con la designación de *Thémis* como Presidenta del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes-COLAPJE.

El trabajo que hemos realizado y el pequeño aporte que hayamos hecho al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a lo largo de estas veinte publicaciones, además de constituir motivo de orgullo para nosotros, nos compromete a seguir adelante en el esfuerzo. Somos conscientes que aún hay muchísimo por hacer.

Al presentar este número especial, queremos agradecer a todas las personas e instituciones que nos han apoyado y que continúan haciéndolo desinteresadamente, especialmente a todos quienes han participado como miembros de nuestro Comité Consultivo. Nuestro reconocimiento particular para el actual Decano de nuestra Facultad, Dr. Jorge Avendaño Valdez, quien fue testigo promotor del esfuerzo de la primera época de *Thémis*, y lo continúa siendo hoy, 26 años después, con la segunda época.

En las siguientes páginas de esta voluminosa edición, les ofrecemos artículos de gran interés para todos aquéllos vinculados de alguna u otra manera con el Derecho. Hemos tratado de presentarles una buena selección de autores, profesionales y alumnos, que tratan temas polémicos y de actualidad. Sin más preámbulos, los invitamos a leer *Thémis* número 20. Adelante.

Setiembre de 1991

EL COMITE DIRECTIVO

IN MEMORIAM

FRANCISCO INTERDONATO, S.J. (1924-1991)

Los primeros días del mes de julio pasado, trajeron consigo horas de congoja y pesar para la Facultad de Derecho; una vez más el inexorable destino nos hacía recordar lo contingente de nuestra existencia: nuestro maestro y amigo, el Padre Francisco Interdonato, había fallecido.

Ora vehemente y en apariencia intolerante, ora sereno y reflexivo; pocos como él llegaron a alcanzar aquella sublime capacidad de fascinación y aprehensión por la verdad, la belleza, lo justo, lo bueno; experiencias todas ellas que tan fácilmente lograba transmitir en cada sesión o tertulia, con la fuerza y el vigor del acento itálico en su pronunciación. Era entonces, en ese momento del paroxismo de la prédica, en que deleitaba sobremanera ver perfilar en su rostro aquella sonrisa apacible y sincera que anunciaba la recordación de la escena, el pasaje o la anécdota precisa que matizaba, a la vez que enriquecía, el discurrir dialéctico de su magisterio.

Sin embargo, luego del dolor que nos causa el prematuro alejamiento del amigo, reparamos en las enseñanzas del maestro y no podemos sino añorar la dicha y el gozo infinitos que aceleran su trayecto hacia la comunión con la verdad, con lo Absoluto, con el Dios de los hombres y el Dios de nuestra fe, quien fuera su sustento y motivo, hasta el último segundo de su vida en la tierra.

Vaya desde estas pocas líneas, nuestro humilde pero muy sentido homenaje. Descansa en paz Francisco Interdonato y vive en nuestros corazones para siempre.

Eduardo Sotelo Castañeda
Thémis-Revista de Derecho

La Razón Principal del Fracaso del TGC

Manuel Aguirre Roca

Abogado. Ex Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Son muchas las razones que explican la pobrísima actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC o TRIBUNAL) a través de sus decepcionantes nueve años de vida; y ya es un lugar común, en efecto, decir que el TRIBUNAL, como cuerpo colegiado, ha resultado un estrepitoso fracaso.

Entre las razones que más han gravitado en la decepcionante ejecutoria del TRIBUNAL, sobresale una muy poco conocida y que, justamente, es la que motiva esta nota, ya que resulta la peor de todas (se trata, como se verá más adelante, del aberrante manejo del instituto de la "casación"). Antes de abordar el tema, empero, pasaremos rápida revista a las causas del fiasco más conocidas, empezando por la del funesto sistema de los nombramientos de los miembros del TGC.

Los nombramientos

Una de las razones del fiasco radica en que el sistema de designación de sus miembros se presta fácilmente al favoritismo político o compadronero, a influencias inconvenientes y a manipulación. Por ese camino, en efecto, han llegado al TRIBUNAL muchos que no debieron llegar, y no lo han hecho, en cambio, muchos con sobrados méritos y capacidad para actuar en él. Se cumple, pues, respecto del TRIBUNAL, aquello de "No son todos los que están, ni están todos los que son".

Hace ya algunos años -de paso sea dicho- que la mayor parte de sus magistrados son correligionarios de un mismo partido político -por lo menos ideológica e históricamente, ya que no pueden ser magistrados y miembros activos o militantes-, sin que sea difícil imaginar la peligrosa influencia que ello ha debido tener en la conducta del alto organismo y, sobretudo, en la mayoría de sus pronunciamientos, tan criticados como, en verdad, lamentables.

Las 50,000 firmas

Es sabido, asimismo, que el requisito de las cincuen-

ta mil firmas (50,000) para habilitar las demandas de inconstitucionalidad, hace prácticamente imposible que se escuchen en ese recinto las voces del pueblo. En efecto, en nueve años -que se cumplirán el entrante 19 de noviembre- nadie ha podido recolectar ese absurdo número de rúbricas, que más parece -y como tal ha oficiado- una barrera que una puerta. Javier Valle Riestra ha comentado que, p.e., ni el partido aprista, pese a su enorme clientela política y a su notable organización, pudo conseguir esas firmas para formular la célebre demanda que originó el famosísimo caso de los **votos nulos y blancos**; y que, en tal coyuntura, se tuvo que hacer malabares para conseguir, con el apoyo de la variopinta gama ideológica del Congreso de la República, las sesenta (60) firmas de la Cámara Baja que hicieron posible la iniciación del correspondiente juicio.

Atribuciones raquíticas

No se ignora, tampoco, la inconveniente limitación de las atribuciones (desconcertantemente raquíticas) del Organismo, reducidas a sólo casaciones y declaraciones de inconstitucionalidad, cosa que restringe enorme y torpemente el posible ámbito de sus funciones (que, como se sabe, en otros lares son mucho más amplias, abarcando, entre otras cosas, facultades para dirimir competencias entre Poderes Públicos, y también, por ejemplo, para ventilar los juicios políticos de los más altos funcionarios).

No hay dirimientes

Existen, por cierto, muchas otras deficiencias que contribuyen a esterilizar o menoscabar el trabajo del TGC. Para abreviar, ahora señalaremos sólo algunas más, comenzando por la del fatal requisito de los **cinco votos** para resolver los recursos de casación, así como la de los **seis** para sentenciar las demandas de inconstitucionalidad. Un impresionante número de casos ha quedado sin resolver por culpa de tan exageradas exigencias, y, a mayor abundamiento, habida cuenta de la ausencia del mecanismo -ecuménico e indispensable

en derecho procesal- del **voto dirimente** en el TGC (otra absurda e inexcusable deficiencia de la Ley 23385). Ha habido, en efecto, cualquier cantidad de acciones de amparo y **habeas corpus** no resueltas por la falta de los cinco (5) votos concordantes; y, en lo que se refiere a las demandas de inconstitucionalidad, ¿quién puede olvidar que la epónima causa de los **votos nulos y blancos**, y aquélla, no menos importante, del llamado "**voto preferencial**", no pudieron resolverse -lo mismo que dos demandas más- por la falta de los seis votos concordantes? (sólo una de las seis acciones que se vieron, mientras yo estuve en el TGC, alcanzó la anhelada suma, y pudo, pues, ser sentenciada).

Ambigüedades e imprecisiones

La mencionada Ley No. 23385 o Ley Orgánica del TGC (LOTGC), promulgada el 19.5.82, contiene, además, lo mismo que la de **Habeas Corpus y Amparo** (de enorme gravitación, evidentemente, en los pronunciamientos del TGC), imprecisiones y ambigüedades paralizantes o provocadoras de discrepancias aún no dilucidadas, y que, obviamente, tampoco facilitan el cumplimiento de los objetivos del TRIBUNAL (piénsese, p.e., en la interminable polémica en torno a los incisos 1o. y 2o. del artículo 6o. de la Ley de **Habeas Corpus y Amparo**, No. 23506, promulgada el 07.12.82, y relativos a los "procedimientos judiciales regulares", y a la denominada "irreparabilidad" del derecho constitucional lesionado, o en el régimen del artículo 28o., especialmente inciso 2o., de la misma Ley 23506; o, para abreviar, en los artículos 3o., 4o., 9o., 16o., y 47o. de la Ley 23385, generadores, también, de hondas controversias y de problemas funcionales, jurisdiccionales y administrativos, sumamente importantes y graves).

¿El gato despensero?

Y, para colmo de males, tres de los magistrados del TGC son nombrados por la Corte Suprema (Sala Plena, claro está), no obstante que en cerca del **99% de los casos que llegan al alto organismo**, se trata nada menos que de fiscalizar y anular ("casar") las resoluciones de la Corte Suprema, es decir, **expedidas por el quien nombra al tercio de los miembros del TRIBUNAL**. ¿No hay, aquí, un problema del tipo "**gato despensero**"? Mi larga experiencia como magistrado del TRIBUNAL (1982-1989) me dice que sí, que sí lo hay, y que mientras la psicología del ser humano no cambie radicalmente, seguirá habiéndolo, **sobretudo en tanto subsista la posibilidad de la reelección por la misma Suprema**.

En efecto, nadie ignora que todos los magistrados elegidos por dicha Corte (y también **algunos no designados por ella**, sino por otro elector) pretendieron -excepto uno-, al término de sus mandatos, ser reelegidos por ese cuerpo colegiado. **El aferramiento al cargo** fue tal, que por lo menos uno de ellos no tuvo inconveniente en invocar (¡y de ello hay prueba escrita!), como fundamento de sus aspiraciones, **sus votos a favor de las resoluciones de la Suprema** cuestionadas, precisamente, ante

el TGC; ¡Como si el cometido de este organismo no fuese el de fiscalizar a la Suprema, sino, al contrario, el de defenderla, avalando o bendiciendo sus resoluciones! **¿Y, lo reeligió la Corte Suprema?** Por supuesto que sí; y sin convocar a concurso; y entre gallos y media noche; y con velocidad supersónica y ostensible complacencia (y haciendo, además, la vista gorda -de paso sea dicho- del **fraudulento sorteo de los miembros del TGC**, llevado a cabo, clandestinamente, en Arequipa, el primero de febrero de 1985, y que luego fuera, como se sabe, anulado, en ejemplar decisión, por el Congreso de la República).

Suprema "complaciente"

Puede uno preguntarse si los magistrados que pretendieron ser reelegidos por la Corte Suprema (y de los cuatro que lo pretendieron, tres lo lograron, pues sólo el principal autor del sorteo fraudulento -mencionado en el párrafo precedente- no lo consiguió, pese a sus intensas gestiones para lograrlo), se habrían decidido a hacerlo, si no hubiesen estimado que se habían "portado muy bien con ella", es decir, que habían sido especialmente "considerados" en materia de casación. Y también puede uno preguntarse si es concebible que, de haber sido severos y "casadores" -es decir, "antipáticos"-, la Corte los hubiese reelegido, tal como sí lo hizo, con la sola excepción anotada (y valiéndose, para ello, y más de una vez, de procedimientos harto criticables, según es del dominio público).

Estas razones -y algunas otras- han conspirado, evidentemente, contra el rendimiento del TRIBUNAL. Pero, con una excepción, todas ellas son bastante conocidas y algunas han sido señaladas y criticadas públicamente, **ad nauseam**, en diarios, revistas y órganos especializados, sobretudo por los expertos en estas materias (**excepción hecha, lamentablemente, de la que se origina en la harto peligrosa designación de tres magistrados por la Corte Suprema, que, empero, es tal vez la más deletérea de todas las reseñadas** -tanto más cuanto que la Suprema, según se ha indicado, puede reelegir-, y de la que esperamos poder ocuparnos, en profundidad, en otra ocasión).

La Razón principal

Aquí no insistiremos, ahora, según ya se anticipó, en tales razones, sino que vamos a señalar una más; pero una que, a nuestro juicio, es la principal, la que más ha pesado en la triste y defecionante ejecutoria del TGC, y **aquella sin la cual, en verdad, pese a los demás factores negativos, la labor del TRIBUNAL pudo haber sido eficaz, provechosa y -dentro de su limitado ámbito- hasta luminosa, por qué no decirlo**. Nos estamos refiriendo a una razón que es total y exclusivamente imputable al errado y funesto criterio de la mayoría de sus magistrados, y que, sin embargo, no parece haber sido advertida por los expertos, sino acaso de pasada, muy esporádicamente, y sin que jamás, infelizmente, se haya puesto en el tema el énfasis que su tremenda

importancia merecía y merece. **Esta especie de miopía de la crítica especializada duplica -a mi entender- la enorme importancia que reviste el estudio de la materia.**

En algunas notas sueltas, aparecidas en diarios y revistas, y especialmente en las de carácter polémico que me he visto obligado a publicar, a lo largo de los últimos años, con frecuencia para defenderme de las salpicaduras y los lodos procedentes de ataques indiscriminados, y muchas veces descomedidos y/o infundados, suscritos por comentaristas superficiales e irrespetuosos, respecto del TRIBUNAL (aunque no de mis votos singulares -es cierto- sino de los pronunciamientos de las mayorías del TGC); **he tenido que señalar y comentar el asunto que ahora trataré con mayor extensión y profundidad.**

¿Cuál es, pues, la razón principal del estrepitoso fracaso del TGC?

Aclaremos, **ab initio**, que en este artículo nos vamos a referir sólo a la función casatoria del TGC, ya que ella se ha debido ejercitar en cerca del 99% de los casos llegados a su jurisdicción. **Las demandas de inconstitucionalidad han sido escasísimas, y apenas representan el uno o el dos por ciento de los asuntos que ha conocido el TRIBUNAL.** En otra ocasión nos ocuparemos de ellas.

La razón estriba, sencillamente, en una obstinada obcecación de las mayorías sucesivas de sus magistrados, que consisten en no comprender -o en un no querer entender- que su misión es **casatoria**, y que tal cometido es muy distinto del que consiste en emitir resoluciones de mérito, es decir, entre otras cosas, muy diferente del que corresponde, todo considerado, al Poder Judicial. Obnubilación, ésta, tanto más reprochable y grave, cuanto que, como se sabe, la diferencia entre esas dos funciones es enorme -abisal, en verdad-, y no sólo con arreglo a la esencia jurídica e histórica del instituto casatorio, sino, específicamente, de conformidad con la LOTGC (especialmente artículos 43o. y 46o.) y con la propia Constitución Política que creó el TGC.

Las acciones de garantía

Puedo dar fe, no sin pena, de que durante siete largos años traté (casi siempre en vano, por desgracia) de explicar a mis ex colegas que en los casos de amparo y **habeas corpus** (que representan cerca del 99% de las causas vistas), no podían actuar como **cuarta instancia**, sino como **órgano de casación**, es decir, que no les tocaba pronunciarse sobre los fundamentos, la procedencia o la bondad de las demandas de amparo y **habeas corpus**, sino sobre el mérito y la solidez de las sentencias o resoluciones judiciales recurridas (casi siempre, aunque no necesariamente siempre, procedentes de la Corte Suprema). Creo que muy pocos lo entendieron. **¿O será, como reza el dicho, que "no hay peor sordo que quien no quiere oír"?**

Había, inclusive, quienes casi siempre incurrían en el gravísimo e inexcusable dislate (desnaturalizador - **precisamente desnaturalizador**- de la misión del TGC) de pronunciarse, virtualmente en forma directa (y a veces sin el menor disimulo o escrúpulo), sobre las demandas de amparo y **habeas corpus**, y no, como lo manda la ley, sobre la resolución judicial elevada por el correspondiente recurso de casación, es decir, sobre lo que constituye su materia propia, en verdad, **su razón de ser**. Y, para mal de males, tales magistrados lograban, también casi siempre, el apoyo, cuasimecánico, de una mayoría que sólo parecía interesada en soluciones fáciles y cómodas, de esas que no obligan a revisar cuidadosamente las resoluciones recurridas en casación, ni, por tanto -y aquí puede estar la "madre del cordero"-, a enmendarle la plana a la Corte Suprema, gran elector, y **reelector complaciente**, del tercio de los miembros del TGC.

La sanfásón

Varios de mis ex colegas (la mayoría) jamás dieron muestras de haber desarrollado el sano hábito de examinar los expedientes (algunos tenían la costumbre, antes bien, de evitar, inclusive, su lectura). Recuerdo que, ante mis observaciones y llamadas de atención, y como haciéndose portavoz de todos ellos, uno de los más caracterizados del grupo con tan escasa vocación por el estudio y la lectura, tuvo la sanfásón de alegar que el examen de los legajos -y aun su lectura- no era necesario para los "jueces experimentados", ya que, por ejemplo, a él le bastaba la exposición del **ponente** para formar opinión y votar las causas (!!). Lo que olvidó tan "talentoso" magistrado, es que muchos **ponentes**, con harta frecuencia, apenas resbalaban sobre los expedientes, sin examinarlos con la acuciosidad que Dios manda -o, de lo contrario, sin entenderlos-, como pude comprobarlo, no sin asombro y hasta con vergüenza, en múltiples ocasiones.

El liderazgo de los "iluminados"

En este orden de cosas, "destacaban" dos magistrados que trataban siempre de poner fin a los debates suscitados por los recursos de casación (debates que rara vez se producían, porque la mayoría, o no estudiaba los expedientes, o, sencillamente, siempre estaba predispuesta a votar por "la no casación"), exhortando a sus colegas a determinar, antes que nada -como quien corta el **nudo gordiano**-, si las demandas de amparo o de **habeas corpus** estaban bien fundadas, es decir, si realmente se apoyaban en la violación -o amenaza de violación- de algún derecho constitucional (!!). Con aires de descubridores de la pólvora o de "iluminados", esos ex colegas sostenían, tozudamente, que si la respuesta a tal interrogante era negativa, la casación estaba de más. Los "iluminados" olvidaban, desgraciadamente, lo más importante, o sea, que la finalidad del TGC, en lo que se refiere a los recursos de casación, **no es pronunciarse sobre las acciones de amparo y habeas corpus**, sino sobre las resoluciones supremas recurri-

das y, claro está, sobre la corrección del procedimiento seguido ante el Poder Judicial, desde el momento de la formulación de la correspondiente demanda, según con toda claridad y meridiana precisión lo mandan los artículos 43o., 46o. y concordantes de la LOTGC.

El enfoque fatal o *quid pro quo*

Pero fue así, dejándose guiar por ese planteamiento "genial", tan simplista como desnaturalizador de su función, como el TGC avalaba fallos judiciales (casi siempre supremos) aberrantes, como si -tremendo e inexcusable despropósito- su misión consistiera en "mandar al tacho" las acciones de garantía que, a su propio criterio, carecieran de fundamento suficiente, y no -como la ley lo exige- en fiscalizar las resoluciones recurridas, así como la corrección formal de los procesos constitucionales correspondientes. Este es el terrible *quid pro quo* que tanto daño ha hecho -y parece que sigue haciendo- al TGC, y que, en verdad, ha pervertido su conducta funcional y ha dado al traste con su cometido, y con las correspondientes esperanzas de los justiciables y del país mismo. ¿Cómo es posible -me lo pregunto una y otra vez- que la *Crítica* no lo haya detectado?

El esquema silogístico

La tan peregrina como errada óptica, podría sintetizarse diciendo que la mayoría del TGC solía discurrir, **grosso modo**, con arreglo al siguiente esquema silogístico: a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y **habeas corpus**) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; b), por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y c), en consecuencia, -¡oh terrible y nefasta "consecuencia"!- las resoluciones llegadas en casación no deben revocarse ("casarse"), cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, **aun cuando en dichas resoluciones recurridas aparezcan las causales de casación que contempla la Ley Orgánica del TGC.**

Este deplorable y aberrante razonamiento ha llevado al TGC a **no casar** -traicionando, así, lo más importante de su finalidad- numerosas resoluciones supremas que debieron casarse, ya por contener "violaciones de ley", ya por incurrir en "falsa o errónea aplicación de la ley", ya por avalar "infracciones de procedimiento" ocurridas en los correspondientes expedientes de amparo o de **habeas corpus**; no obstante que, en tales **cuatro supuestos**, los artículos 43o. y 46o. de la Ley Orgánica del TGC exigen categóricos pronunciamientos casatorios, **sin que interese, para tal efecto, saber si las correspondientes demandas de amparo o habeas corpus están o no bien fundadas**, porque, como se sabe, el TGC **no** nació para resolver demandas de **habeas corpus** y amparo, sino para fiscalizar a la Corte Supre-

ma, según fluye, sin lugar a ninguna duda, del correspondiente debate constitucional, para no hablar ya del apodíctico y meridiano texto de su categórica ley orgánica.

Consecuencias deplorables

La consecuencia de esta orientación (o, mejor dicho, **desorientación**) no pudo ser más negativa, puesto que, por tal camino, el TGC como que se "liberaba" de la gravísima obligación de fiscalizar a la Corte Suprema y de generar la correspondiente jurisprudencia, en torno, precisamente, a los requisitos que deben satisfacer la resoluciones judiciales (especialmente si proceden de la Suprema y recaen en procedimientos constitucionales), so pena de incurrir en violaciones de la ley o de la Constitución que las anulen y las priven de toda eficacia jurídica. Y así fue como el TRIBUNAL, claudicando, resultó, no un severo fiscal, sino un dócil sacristán, y defraudó constantemente las esperanzas depositadas en él por tantos litigantes como allí llegaron, quejándose, tantas veces y con tanta razón, de fallos inaceptables del Poder Judicial, y reclamando, sólo y exclusivamente, el respeto de sus derechos constitucionales y de las garantías del "debido proceso", tan frecuentemente conculcados en los fallos de la propia Corte Suprema.

El daño es enorme

La situación es más grave de lo que se piensa, ya que tan insólito "criterio" no sólo provocaba el incumplimiento del cometido "**nomofiláctico**", y permitía, según se ha indicado, dejar incólumes a numerosas resoluciones supremas que exigían fallos casatorios (frustrando, de paso, las justas expectativas de tantos maltratados justiciables y permitiendo, y aun fomentado, la formación incontrolada de una jurisprudencia judicial insalubre y corruptora), sino que inducía a penetrar, **como cuarta instancia** (y cuando, por la naturaleza del caso, ello no correspondía ni siquiera en forma indirecta, ni era lícito), en el examen de los fundamentos de las acciones de garantía, y a declarar -casi siempre equívocamente, o sin fundamento atendible y/o debidamente sustentado, o aun, **dogmáticamente y sin argumentación alguna**- que no se había acreditado, en los autos de amparo o **habeas corpus** correspondientes, la violación o la amenaza de violación de derecho constitucional alguno (cuando, como se sabe, esta facultad le está reservada al Poder Judicial, y sólo, pues, puede ser ejercitada por el TGC en la medida de lo indispensable para fiscalizar el fallo eventual que, **sobre ese punto y esa materia, emita la Suprema, y cuando lo emita**). Por tan torcido y degradante sendero, el TGC no sólo defeccionaba y usurpaba atribuciones del Poder Judicial, sino que generaba, él mismo, una jurisprudencia miasmática que, desgraciada e incomprensiblemente, la crítica especializada ("tegecista") no ha advertido, no parece interesada en corregir, o, tal vez, no se ha preocupado en calibrar, pese a su tremenda dimensión y a su tan ostensible como escandalosa presencia.

El error al revés: otro error

Curiosamente, y al revés, así como esta autodes-estructora actitud, de "cuarta instancia", con frecuencia conducía a no casar lo que debía casarse; a veces inducía a casar lo que no debía casarse, o, mejor dicho, **a casar lo que debía serlo, pero por las razones incorrectas.** Me explico: por ejemplo, en los célebres casos que enfrentaron a), a la **Compañía Cervecera del Sur S.A.** con el Consejo Provincial del Cusco (la sentencia casatoria del TGC se expidió el 2.12.85, y se publicó en "El Peruano", el 16.12.85); y b), al entonces **Fiscal Supremo**, Dr. César Elejalde Estenssoro, con el entonces **Contralor de la República**, Ing. Cussianovich (la sentencia del TGC se expidió el 13.2.86, y se publicó en "El Peruano" el 18.3.86); en esos dos célebres casos, digo, pese a que la Suprema desestimó ambas acciones de amparo -calificándolas, indebidamente, cierto es, de "improcedentes"-, aduciendo que los demandantes **no habían cumplido con agotar la vía previa**; la mayoría del TGC casó las resoluciones supremas, **pero lo hizo entrando en el estudio del fondo**, es decir, en el aspecto del problema que la Suprema no había siquiera examinado (por considerar, precisamente, "improcedentes" las respectivas demandas), y declaró, **por sí y ante sí**, que sí se habían vulnerado los derechos constitucionales invocados en ambas acciones, **usurpando, pues, descaradamente, funciones propias de la Corte Suprema**, y actuando, consecuentemente, como cuarta instancia judicial, y no como órgano de casación.

Dejé constancia

En mis votos singulares, en ambos casos, tuve que dejar constancia de mis profundas discrepancias con tan desdichados fallos; hice ver que el pronunciamiento del TGC usurpaba -en ambos casos- funciones del Poder Judicial; y recordé que si la Suprema no había conocido de la pretensión misma, por considerar "improcedente" la acción -es decir, sin título para acogerse a la vía constitucional del amparo-, lo más que podía hacer el TGC era disponer que la Suprema, tomando conocimiento de dicha pretensión, se pronunciara sobre ella; pero jamás pronunciarse, él mismo, sobre dicha pretensión, y menos antes de que lo hiciera la Suprema, pues **el TRIBUNAL es juez de las resoluciones supremas, antes que de acciones o casos.** Y hubo, como se recordará, otro magistrado que se adhirió a mi criterio: Uno que había sido juez de carrera toda su vida, y que había llegado a desempeñar la presidencia de la Corte Suprema hasta en dos oportunidades. Este magistrado, que también fue presidente del TGC, solía dejarse arrastrar por el enfoque funesto que se expone y critica en esta nota; pero frente a pronunciamientos tan clamorosamente inaceptables como los dos que acabamos de glosar, su sentido común, por lo visto, lo llamó al orden. Lástima que ello ocurriera sólo muy de vez en cuando.

Los votos singulares

Por esta razón, en una elevada proporción de las causas de **habeas corpus** y amparo, según es ya bien

conocido, el suscrito se vio precisado, a lo largo de más de siete (7) años, a emitir, sistemáticamente, votos singulares y discrepantes (en tal vez más del 90% de ellas) de los de las mayorías del TGC; **votos en los cuales siempre recordaba y recalaba que la tarea del TRIBUNAL no es de cuarta instancia, sino de casación.** Hubo, es justo señalarlo (aunque, lamentablemente, en distintas épocas), algunos otros magistrados que entendieron la misión y que, consecuentemente, emitieron, con alentadora frecuencia -aunque, en algunos casos, y sobretudo al principio de sus funciones, con algunas vacilaciones-, bien fundados votos singulares y casatorios. No doy, nombres para no incurrir en injustas omisiones, indeseadas e indeseables; pero entre ellos no puede dejarse de mencionar a Jaime Diez Canseco Yáñez, infatigable defensor de los fueros del TGC.

Los "críticos especializados"

De lo dicho se desprende lo mucho que, en la pobrísima, y tantas veces no sólo estéril sino contraproducente actuación del TGC, ha influido la orientación, muy poco acuciosa y nada perspicaz, de buena parte de la llamada "crítica especializada", que (salvo honrosas excepciones, obviamente) ha parecido frecuentemente más interesada en repartir palos indiscriminados, a diestra y siniestra, que en analizar los pronunciamientos con espíritu científico y constructivo. Hay comentaristas que, inclusive, se suelen tomar la libertad de agraviar con generalizaciones carentes de sindéresis, en lugar de darse el trabajo de analizar los votos de los magistrados, para estar, así, en condiciones de distinguir la paja del trigo, y de opinar con autoridad, y de contribuir, consecuentemente, a enrumbar, en el buen sentido, la labor del TGC.

Los "tegecistas" decepcionan

Si los comentaristas hubiesen hecho lo que debían: examinar a fondo los fallos, y, sobre todo, señalar aciertos y errores, estoy seguro de que los magistrados del TGC -aun los más ideologizados, politizados, y menos preparados- habrían terminado por escuchar, corregirse y enmendar derroteros. Lejos de ello, desgraciadamente, la mayoría de nuestros jurisperitos "tegecistas" (algunos más catones que zoilos, pero otros más zoilos que catones), parecen más interesados en su propio lucimiento y en grandilocuencias y frases lapidarias y huecas, que en darse el trabajo de descender del Olimpo de la prosopopeya al llano de la realidad, es decir, del juego de la pirotecnia verbal y de los lugares comunes, al análisis objetivo, técnico y constructivo de las resoluciones del TGC, **y, sobretudo, al examen de los votos singulares de sus miembros que, al discrepar de los enfoques y análisis desnaturalizados y adocenados de las correspondientes mayorías -y poner, así, el dedo en la llaga, destacando, por contraste, el exacto perfil del problema-**, dan las pautas precisas e indispensables, y sientan los precedentes jurisprudenciales que deben servir para encauzar, en el sentido correcto y fecundo, la labor del TRIBUNAL.

Lástima; pero hay remedio

Es deplorable, en efecto, que, salvo tal vez las honrosas excepciones de una que otra glosa del colega Domingo García Belaunde, y de algún apunte de algunos otros expertos en la materia (a quienes prefiero no nombrar, para no incurrir en alguna injusta e indeseable omisión), **la Crítica** no haya sabido apreciar ni destacar la labor esforzada y sistemática de los magistrados diligentes que, con sus votos singulares, han ido creando una jurisprudencia tan importante como constructiva, perfectamente apta -indispensable, en verdad- **para entender lo que ocurre en el TGC, y para trazar el derrotero correcto que debe seguir dicho organismo.**

¡Colmo de colmos!

No estará de más, a estas alturas y antes de poner punto final al presente artículo, recordar que -¡colmo de los colmos!- hay, entre los colegas "tegecistas" o muy dados a escribir y a pontificar sobre el TGC, algunos que han llegado a criticar y atacar, como expresión negativa (!), los votos singulares que, discrepando del enfoque fatal y desnaturalizador de los fallos de las mayorías, han sabido cumplir, pese a quien pese y duela a quien duela, con la augusta función "nomofiláctica" y de fiscalización de las resoluciones del Poder Judicial, incluyendo, por cierto, a las de la Corte Suprema. Y es que ya es el colmo de los colmos y de la injusticia, que esos "expertos" se lamenten de la falta de "trabajo de equipo" (falta que dizque reflejan los votos singulares que tanto los "perturban"), cuando lo que, lamentablemente, **ha sobrado en el TGC, son**, no sólo los "equipos", sino también las "patotas", desaprensivas y descarriadas, tan proclives -ya lo dice la misma estadística- a avalar y santificar las resoluciones supremas, aun muchas de las más impresionantemente vulnerables o aberrantes; **y lo que ha faltado, en cambio, ha sido**, precisamente, menos "equipo", es decir, más independencia de criterio, más celo profesional, más preparación y sensibilidad jurídica, más diligencia, más sentido de responsabilidad, más vocación por el estudio y afición a la lectura de los expedientes, y más -muchos, pero muchos más-

votos singulares. Considérese, por otro lado, que todo ataque a los votos singulares -así sea el indirecto que se inspira en el afán de promover un trabajo "de equipo"-, aparte de la enorme injusticia intrínseca que entraña, y de la inexcusable miopía que trasunta, indirectamente avala (o crea, fatalmente, la fea impresión de hacerlo) las inconsecuencias, las torpezas y los despropósitos de las resoluciones de las mayorías que, precisamente, hemos señalado en este artículo, y que constituyen la causa principalísima del fracaso y de la imperdonable defección del TRIBUNAL.

Todo tiene remedio

Esperemos que las cosas cambien pronto -pues todo tiene remedio- y que se aprovechen y potencialicen los valiosísimos aportes de esas voces que claman en el desierto. Allí, en efecto, mucho más que en los comentarios de tantos expertos y "expertos", están ya -según se ha indicado- las semillas del buen funcionamiento y de la cabal justificación del TGC en el marco jurídico nacional.

Y ojalá que nuestros jurisperitos "tegecistas" se decidan a abordar la materia examinada en esta nota -y, sobretodo, a darle la importancia enorme que tiene-, y que, difundiendo el mensaje y analizando el tema, logren enmendarle el funesto derrotero al TGC, haciendo ver a sus magistrados que ellos no son **cuarta instancia**, sino órgano de casación, y que, por tanto, deben **casar** las resoluciones judiciales recurridas, siempre que en ellas se den los supuestos de los artículos 43o., 46o. y concordantes de la Ley de **Habeas Corpus y Amparo**, aunque no se hayan acreditado, a su juicio, en las correspondientes acciones de garantía, las violaciones o las amenazas de violación de los derechos constitucionales en juego. Mientras ello no ocurra, el TGC seguirá siendo una tremenda y muy triste decepción. Y no se justificará, ni con mucho, el enorme gasto que su existencia y funcionamiento le significa al erario nacional. Salvo mejor parecer.

Lima, 18 de junio de 1991.

Paradojas de la Modernización: El Contrato de Enganche

Fernando de Trazegnies Granda
Abogado. Profesor Principal de la PUC.

I. INTRODUCCION A LOS DIFERENTES RITMOS DE LA MODERNIZACION.

La modernidad no es un manto que se echa de una sola vez sobre un país y que hace desaparecer de golpe todas las formas sociales anteriores. Es, más bien, un proceso que penetra en forma desigual, a distinto ritmo y con distinto grado de profundidad, en las estructuras sociales y en las conciencias. Los valores modernos se van implantando de diferente manera en la matriz tradicional y van procreando formas mixtas y complejas: unas veces con predominio de lo nuevo, otras con predominio de lo viejo; pero el producto es siempre nuevo, porque ni lo viejo ni lo nuevo quedan indemnes e incontaminados sino que ambos quedan transformados por el contacto.

Esto significa que aun cuando el país manifieste un decidido espíritu modernizador, para bien o para mal subsisten valores, prácticas y estilos que provienen de distintas capas geológicas de la cultura. Algunos de estos elementos tradicionales son positivos porque contribuyen a definir la identidad nacional, a dar un sello propio a la nación. En cambio, otros son rémoras que se resisten a desaparecer porque siguen siendo utilizadas por diferentes grupos de poder.

En el Perú, donde la modernización no ha sido nunca muy decidida¹, se han mantenido durante mucho tiempo estructuras sociales, actitudes y formas jurídicas que no corresponden a una sociedad libre y basada en la iniciativa individual. Porque la modernización peruana del siglo pasado no fue francamente liberal, sino que pretendió asimilar elementos modernos sin permitir que una nueva clase social burguesa asumiera el protagonismo social, como ocurrió en Europa; o, quizá mejor, la clase burguesa ascendente se limitó a ocupar los sitios de la antigua aristocracia, a remedar sus valores y formas de vida, renunciando

a presentar una visión verdaderamente nueva y transformadora de la sociedad.

Una de las áreas en que la modernización encuentra más dificultades para redefinir las reglas de juego, es la de la organización del trabajo. Mientras que el mundo de los negocios, la actividad financiera, los patrones de consumo, absorben largas dosis de modernidad, la forma de dirigir y poner en valor el trabajo humano mantiene características serviles, ajenas a las ideas de libertad e intercambio competitivo. De esta manera, las actividades "modernas" (ciertamente impregnadas todavía ellas mismas de un espíritu malsanamente conservador), se apoyan en estructuras "antiguas": el cimiento de esa forma particular de libertad y modernidad está constituido por rezagos esclavizantes y anacrónicos.

II. EL ENGANCHE

1. De sus antecedentes históricos.

Entre estos rezagos no inocentes de formas sociales serviles, se encuentra el denominado contrato de enganche que tuvo una amplia aplicación en la obtención de mano de obra para las haciendas de la Costa y para las minas de la Sierra hasta hace un par de décadas; y que posiblemente sus secuelas clandestinas aún perduran en algunas regiones del país.

El enganche deriva en cierta forma del "concierto" colonial. Este era lo que ahora llamaríamos el contrato de trabajo. A diferencia de la mita, que era un trabajo forzado (aunque remunerado), el concierto se presumía que era el resultado de un convenio libre; pero, en la práctica, la autoridad exigía que los indios se concertasen y colocaba la fuerza al servicio de quienes tenían interés en concertar indios.

1. Sobre la "modernización tradicionalista" peruana y el papel del Derecho en el proceso, vide De Trazegnies Granda, Fernando: **La idea de Derecho en el Perú republicano del S. XIX**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.

No nos ha sido posible determinar el momento en que estos alquileres o conciertos pasan a denominarse impudicamente "enganches"² y asumen su forma moderna con la participación de un fiador del indio.

Pelayo Samanamud, que describe el enganche a principios del presente siglo, afirma que su origen es "inmemorial" en el Perú³. Tan imprecisa calificación no nos permite apreciar las irrupciones y fracturas en la evolución de la institución.

No cabe duda de que los reclutamientos forzados de mano de obra presuntamente libre fueron frecuentes durante el Virreynato. Por otra parte, cuando el indio de la Sierra fue finalmente movilizado hacia la Costa en las últimas décadas del S. XIX, venciendo su tradicional resistencia a abandonar sus tierras, y cuando el desarrollo de la minería exigió una mayor contratación de mano de obra en los primeros años del presente siglo, el llamado enganche tuvo una aplicación muy difundida. Y cuando la legislación moderna (particularmente a partir del desarrollo del Derecho Laboral) transformó las relaciones de trabajo, el enganche continuó como una práctica informal.

2. De la naturaleza jurídica del enganche.

¿Qué es jurídicamente un contrato de enganche?

Pelayo lo define como la "consecución de operarios para trabajar en las minas o en otra clase de industrias, por contrato de cierta duración, con anticipo de salario y generalmente con la mediación de un agente denominado enganchador"⁴. Y nos dice que su naturaleza jurídica no es sino la de un contrato de locación de servicios con anticipo de salario; pero, aun cuando tiene la particularidad de incluir un mutuo, participa de todas las otras características del arrendamiento de servicios⁵.

En cambio, para Ulloa -quien califica el enganche como "la más inicua de las modalidades que el régimen de trabajo ofrece entre nosotros"⁶- el contrato de enganche está fuera de la ley: "Las paupérrimas disposiciones del Código Civil, no lo consideran y no

son tampoco susceptibles de serle aplicadas"⁷. Pero, si el enganche estaba fuera de la ley, gran parte de las relaciones de trabajo del S. XIX habrían sido ilegales. Pensamos más bien que el Derecho toleró la existencia del enganche bajo la forma de ignorarlo a pesar de su manifiesta realidad. Incluso, a principios del S. XX, un Reglamento de Minería pretende legislarlo; por lo que no puede decirse que se tratara entonces de una práctica ilegal.

Lo que quizá Ulloa quiso decir -y en lo que coincidiríamos- es que no sólo fue un sistema inicuo sino que, además, no encajaba plenamente en ninguno de los contratos civiles: se asemejaba mucho a una locación de servicios y formalmente podría decirse con Pelayo que era una locación sumada a un mutuo; pero esto no revela la verdadera naturaleza del enganche que es más que una yuxtaposición de contratos.

En el fondo, lo que desconcierta en el enganche y lo que lo hace extraño a las formas conocidas de contratación, es la comprobación de que en esta institución peculiar vive todavía un espíritu servil que pretende disimular su anacronismo utilizando ropajes modernos, pero que está inexorablemente presente como una vinculación inquebrantable del servidor al empleador por el plazo del contrato.

3. De las partes del contrato de enganche y de las relaciones que nacen de él.

El enganche opera de una manera muy "limpia" para el empleador. No tiene ninguna relación jurídica con el trabajador pues se limita a contratar con una suerte de empresa de servicios a cargo de un **enganchador o agente**, que se compromete a colocar mano de obra a su disposición a cambio de un pago convenido. Por consiguiente, es el enganchador quien jurídicamente aparece como patrón de tales trabajadores.

El hacendado o empresario comunica al enganchador el número de obreros que necesita, el pago que está dispuesto a abonarle por cada hombre y el

2. Este contrato es denominado "enganche" porque su característica fundamental consiste en que el servidor recibe un adelanto en dinero que lo vincula indisolublemente al contrato de trabajo hasta el vencimiento del plazo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1635 del Código Civil de 1852. La palabra "enganche" parece derivarse del lenguaje militar, donde tenía un significado similar: es el reclutamiento de soldados a base de adelantos del dinero de su soldada o sueldo.
3. PELAYO SAMANAMUD: **El contrato de enganche**. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. **Revista Universitaria**. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año VII. Vol. II. Julio, 1912, p. 60.
4. PELAYO SAMANAMUD: **Op. cit.**, p. 60.
5. PELAYO SAMANAMUD: **Op. cit.**, p. 61.
6. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: **La organización social y legal del trabajo en el Perú**. Tesis para optar el grado de doctor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima, 1916, p. 80.
7. **Ibidem**, p. 81.

número de tareas que el trabajador debe cumplir. Como señal de tal contrato, el empresario le da un adelanto calculado en función del número de trabajadores pedidos; y a partir de ese momento se despreocupa hasta que el enganchador le presente a los trabajadores solicitados. El propio enganchador o, más generalmente, un sub-enganchador a sus órdenes se dirigía entonces a la Sierra a buscar braceros. Sucedió que los pobladores o las propias autoridades locales colaboraban en "enganchar" a los indios a cambio de una comisión, señalando posibles candidatos. El enganchador empleaba la suma recibida del hacendado o empresario como adelanto por sus servicios, en pagar a su vez los adelantos a los indios que comprometía.

El **sub-enganchador** es un representante del agente; pero lo es en virtud de un mandato de hecho: no tiene tampoco intervención formal en el contrato⁸ y, a pesar de su papel fundamental en la operación de enganche, resulta así transparente para el Derecho: sus actos no tienen significación jurídica. Este sub-enganchador, en la mayoría de los casos, tendrá a su cargo la obtención directa de la mano de obra en los pueblos de la Sierra. "Personaje extraño, de acción irresponsable y sin embargo efectiva", dice Ulloa⁹. Su ganancia consiste en la comisión que recibe del agente o enganchador "por cada cholo que consigue" y que a su vez éste descuenta de la comisión que recibe del empresario o hacendado; pero a veces, el sub-enganchador agrega una segunda comisión que "arranca al miserable indígena con el pretexto de darle trabajo"¹⁰. Pero, además, si el enganchado fuga del trabajo, es el sub-enganchador que conoce muy bien el pueblo del trabajador y sus parientes y amigos- quien se encarga de perseguirlo, ubicarlo y devolverlo al empleador, a cambio igualmente de una remuneración o comisión. En consecuencia, dice J. M. Salazar, "se explica, en fin, que, lícitamente casi, después de celebrado un contrato dado, mire con igual interés, ya que también bajo la

misma perspectiva de lucro, tanto su observancia como su quebrantamiento"¹¹.

Klarén, siguiendo a Mostajo, dice que las razones que tenía el indio para engancharse se basaban fundamentalmente en la necesidad de tener dinero para celebrar sus fiestas religiosas o para pleitear en sus muchos litigios¹². Sin embargo, éste no parece motivo suficiente, porque el que se endeuda para la fiesta religiosa es el que ejerce el "cargo", que es uno por comunidad; no explica que cientos de indios se enganchen. Más razonable resulta pensar que el incremento en la utilización del enganche, a fines del siglo pasado y principios de este siglo, coincide con el comienzo de la monetarización de la Sierra y de los primeros contactos del indio con ciertos bienes modernos de consumo; esto lo impulsa a buscar un salario en las minas o en las haciendas de la Costa a fin de adquirir esa moneda que le permite tener acceso (disminuido) a esa nueva economía.

El enganchador -generalmente un cholo costeño, duro y despierto- obtenía además la concesión del tambo de la Hacienda. Y muchas veces los pagos que hacía a sus trabajadores eran en vales para ser usados en ese tambo, donde todo se vendía a precios más inflados¹³. Para que el trabajador no pudiera comprar en otro sitio, se le prohibía que saliera de la hacienda para proveerse en los pueblos vecinos. Además, el enganchador se quedaba con el 20 ó 25% del salario como comisión y hasta le controlaba la ración diaria¹⁴.

Generalmente el plazo del enganche era de dos o tres meses¹⁵. Al término del contrato, el bracero podía dejar la hacienda siempre que hubiera cancelado las deudas contraídas. Sin embargo, en la práctica, el contrato se prolonga indefinidamente con el artificio de las deudas¹⁶. Además, si lograba irse, se retiraba con las manos vacías¹⁷; o, cuando menos, con unos míseros bienes que no le hacían falta porque, como recibía vales canjeables en el tambo

8. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: *Op. cit.*, p. 82.

9. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: *Op. cit.*, p. 83.

10. *Loc. cit.*

11. SALAZAR J. M.: *El Contrato de Enganche* (Lima, 1910), cit. p. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: *Op. cit.*, p. 83.

12. MOSTAJO, Francisco: *Algunas ideas sobre la cuestión obrera*; cit. p. KLAREN, Peter F.: *Op. cit.*, p. 79.

13. KLAREN, Peter F.: *Op. cit.*, p. 80.

14. KLAREN, Peter F.: *Op. cit.*, pp. 79-80.

15. KLAREN, Peter F.: *Formación de las haciendas azucareras y orígenes del APRA*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1970, p. 78.

16. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: *Op. cit.*, p. 81.

17. *Ibidem*, pp 80-81.

por artículos, al terminar su trabajo se veía muchas veces obligado a comprar mercaderías sólo para no perder su salario representado por esos vales imposibles de utilizar en otro lugar¹⁸. En cualquier forma, el contrato de enganche era desmesuradamente oneroso para el servidor; al punto que dentro del habla popular, la palabra "enganche" pasó a ser sinónimo de mal negocio debido a la actitud maliciosa del socio o incluso de estafa.

Un elemento curioso que forma parte integrante de estos contratos republicanos de enganche es la intervención de un tercero que actúa como **fiador** del enganchado para el reembolso de la suma del adelanto.

Este fiador se responsabiliza solidariamente por todas las sumas que pudiera adeudar el trabajador en el marco del contrato de enganche. Generalmente, se trataba de algún pariente o vecino del enganchado que tuviera una pequeña tierra o algún bien de cualquier tipo. En algunas ocasiones, el propio sub-enganchador se constituye en fiador frente al agente y/o al empleador; pero entonces exige a su vez fiadores del indio frente a él y hace firmar, tanto al trabajador como a esos fiadores, "documentos monstruosos" para que, si tuviera que hacer un desembolso a nombre del fiado, pueda apropiarse rápidamente de todos los bienes del indígena y de sus fiadores¹⁹, con ayuda de los "tinterillos" o abogados de pueblo.

4. De la formalización documental del enganche.

La situación jurídica del enganchado queda documentalmente establecida en un contrato escrito.

Peter F. Klarén transcribe un contrato citado por Dora Mayer de Zulen, suscrito en Jauja en 1910, para prestar servicios agrícolas en el valle de Chanchamayo²⁰. Y Alberto Flores Galindo reproduce tres contratos de enganche de principios del presente siglo, para prestar servicios en las minas: uno, que no tiene ningún dato sobre las partes, también en Jauja; otro, a favor de los hermanos Théo y Henri Grellaud; y un tercero, a favor de la Cerro de Pasco Mining Co²¹.

La redacción de estos contratos es muy simple y su texto incorpora dentro de una unidad indisoluble los elementos de lo que independientemente habrían sido los contratos de locación de servicios y de mutuo.

En los aspectos de lo que pudiéramos llamar locación de servicios, las cláusulas estipulan el monto de la remuneración que percibirá el trabajador enganchado, la fecha de inicio del trabajo y el tiempo por el cual se prestará el servicio. Este último aparece muchas veces fijado en un número de "tareas" o unidades de trabajo cuyo valor está determinado por la costumbre²². Además, se conviene usualmente una cláusula penal que fija un monto a reembolsar por el trabajador, en caso de fuga, por tarea convenida y no ejecutada: "diez centavos por cada tarea no cumplida, en calidad de indemnización de perjuicios²³"; el modelo de contrato utilizado por la Cerro de Pasco Mining Company es más severo: "veinte centavos por cada tarea contratada y más los daños y perjuicios que mi falta de cumplimiento ocasionara"²⁴.

El contrato es suscrito por el enganchador y enganchado, y firma también el fiador -"de mancomún e in solidum"- y los testigos. Tanto el trabajador como su fiador se obligan "con todos nuestros bienes habidos y por haber". No se advierte una estipulación igualmente general para garantizar las obligaciones económicas del enganchador frente al trabajador; menos aún frente al empleador, que será quien pague finalmente el salario al enganchado (por la interpósita persona del enganchador) y quien se beneficiará directamente con su trabajo, pero que ni siquiera es parte en el contrato.

El salario es pagado por el enganchador al trabajador, sin que el verdadero empleador tenga una intervención oficial ya que se limita a pagar lo convenido al enganchador. De esta manera, dos personajes centrales de la redacción real, resultan invisibles para la relación jurídica: el empleador definitivo (cuya intervención se produce sólo frente al enganchador, como resultado de un contrato distinto que usualmente es verbal) y el sub-enganchador (cuya función es ser un brazo extendido del enganchador).

18. KLAREN, Peter F. : *Op. cit.*, p. 81.

19. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, pp. 83-84.

20. KLAREN, Peter F. : *Op. cit.*, p. 78, n. 12.

21. FLORES GALINDO, Alberto: *Los mineros de la Cerro de Pasco 1900-1930*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1983, pp. 86-88.

22. *Vide* los modelos de contrato transcritos por FLORES GALINDO, Alberto : *Op. cit.*, p. 86-88.

23. *Ibidem*, p. 86.

24. *Ibidem*, p. 88.

Estos contratos de enganche son celebrados por adhesión, es decir, suponen un texto redactado por el enganchador antes de conocer al trabajador, respecto del cual éste último no puede sino adherirse a él o rechazarlo en su integridad. No hay negociación de las cláusulas. El texto está generalmente impreso, con espacios en blanco para ser llenados con los datos particulares de cada relación: nombre del trabajador, lugar de nacimiento, plazo o número de tareas contratadas, monto del anticipo, nombre del fiador y salario que recibirá el contratado²⁵.

Además de los contratos, hay alguna papelería adicional que forma parte de la configuración jurídica del enganche.

A cambio del adelanto que recibe al suscribir su contrato, el trabajador recibe vales que pueden ser canjeados por mercaderías en la tienda o tambo del centro de trabajo: "simples documentos, escritos o impresos, en que consta la equivalencia en dinero del valor que se le dará en mercaderías, y llevan la firma y sello del agente, de la empresa o de ambos"²⁶.

De otro lado, tanto para garantizar el adelanto recibido como las indemnizaciones que el trabajador se compromete a pagar en caso de incumplimiento de su contrato, se le obliga a aceptar letras de cambio, que son avaladas por el fiador. La razón de ello es para "hacer más segura y rápida la ejecución del indígena o del fiador"²⁷. Ulloa denuncia los abusos a que conduce esta práctica y dice que utilizar este instrumento, que corresponde a las relaciones comerciales entre iguales, como parte de un contrato de trabajo "és tan disparatado que a primera vista resalta que la existencia de la letra de cambio en ese género de vínculos sólo se explica por el afán de ejercer una expropiación más sobre los infelices obreros que suscriben un documento inapreciable para ellos"²⁸. Por otra parte, estas letras se aceptan por una cantidad bastante mayor de lo que representa las pretendidas indemnizaciones, porque "se agrega a ellas un cálculo arbitrario de intereses y de gastos que ha hecho o que puede hacer el agente"²⁹.

5. ¿Y qué hay de los vicios de la voluntad?

Este proceso de contratación ciertamente no se

ajusta a las condiciones señaladas por el Derecho liberal para garantizar la libre expresión de las voluntades: la teoría del acto jurídico resulta obstinadamente violada en todos los niveles y desde todos los puntos de vista.

Dice Ulloa que "ora es la labor engañosa de seducir a los indios con promesas mentidas hasta llevarlos a la firma del compromiso, para ser luego el primero en mostrarles las crueles realidades; ora es el empleo brutal de la fuerza particular -podemos llamarla así- o de la fuerza pública, proporcionada por autoridades infames y cómplices, para llevar violentamente a los indígenas a la firma de los contratos o para simularlos"³⁰. Todos los vicios de la voluntad están presentes en esta descripción, incluyendo algunos otros procedimientos que no sólo anulan civilmente el acto sino que además originan una responsabilidad penal: el dolo, la violencia y hasta la falsificación de documentos y la suplantación de personas, unidas al abuso de autoridad.

La teoría de la autonomía de la voluntad aparentemente es respetada: el trabajador -formalmente hablando- se contrata porque quiere; y así lo declara en el texto del contrato. Pero, dice Ulloa, eso no es sino un "convencionalismo teórico"; en realidad, "El obrero es llevado con engaños, con promesas, con amenazas o con fuerza, a la oficina del agente que le presente el formulario impreso de un contrato que el indígena **debe** firmar; si no ha mediado embriaguez previa, en ese momento median sugerencias y coacciones sin número y el pobre obrero firma"³¹. En un informe sobre la situación en el Departamento del Cuzco a principios del presente siglo, se señala que: "a más del sueldo ordinario se inicia una serie de bellas ofertas que jamás se cumplen; o se suscribe un contrato cuyo tenor es distinto de lo convenido, puesto que los indios no saben leer; o firman una obligación por dinero recibido y sin haberlo recibido nunca; o el empresario compra el crédito que un hacendado tiene sobre algún colono deudor o, en fin, alguna vez se procede honradamente"³².

6. La autoridad al servicio del servilismo.

De manera similar al Corregidor colonial, la autori-

25. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, p. 85; *vide etiam* los modelos de contratos antes citados.

26. *Ibidem*, p. 85.

27. *Ibidem*, p. 86.

28. *Ibidem*, p. 86.

29. *Loc. cit.*

30. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, p. 83.

31. *Ibidem*, p. 84.

32. Cit. p. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, p. 87.

dad republicana colabora en el enganche con la fuerza de su imperio.

"Los gobernadores", dice Ulloa, "se encargan del enganche forzado, para lo cual dejan uno o dos soles en la casa del indígena que tratan de enganchar y, proteste o no proteste, el indio marcha al lugar del trabajo"³³. Y más adelante agrega: "La autoridad política es aliada siempre del explotador del obrero. La fuerza acude donde lo solicita el patrón o el agente o el simple sub-enganchador y al amparo de ella los abusos crecen y se multiplican"³⁴.

El semanario **La Prensa Libre**, de Jauja, describía de la siguiente manera la intervención de la autoridad, en su edición del 7 de Julio de 1911: "El sistema compulsivo del enganche permite al empresario esclavizar a un ser humano; con el uso de la maquinaria administrativa, que resulta de una baratura ideal, puesto que para ello le basta aceitar alguno de sus ejes principales con oportunas pero bien pequeñas gratificaciones"³⁵.

"No es extraño tampoco", denuncia Ulloa, "el caso de que las autoridades, bajo la influencia o el soborno de los gamonales, conduzcan personalmente o hagan conducir decenas o centenares de indígenas a los fundos, para ser allí obligados a trabajar, haciendo muchas veces que abandonen sus tierras sobre las cuales siempre hay manos avarientas dispuestas a caer"³⁶.

7. La esencia del trabajo servil: el cumplimiento forzoso de la obligación de trabajar.

Una de las características fundamentales del contrato de trabajo moderno consiste en que el trabajador tiene el derecho de apartarse de la relación laboral: nadie lo puede obligar a trabajar para un determinado empleador si ya no quiere hacerlo.

Cuando el contrato de trabajo es de duración indefinida, la ley exige usualmente que el servidor dé un pre-aviso; sin embargo, si no lo hace y abandona el trabajo nadie lo puede traer de nuevo por la fuerza: todo lo que sucede es que pierde el derecho a ciertos beneficios laborales. Cuando su contrato es a plazo determinado, el servidor que se retira antes del vencimiento puede ser obligado a pagar una indemnización al empleador por los daños y perjuicios que le cause su apartamiento prematuro; pero ninguna fuerza pri-

vada ni pública lo puede reinstalar en el trabajo contra su voluntad.

En cambio, la esencia del trabajo servil consiste en que el trabajador está inexorablemente ligado a su trabajo y no lo puede abandonar; si lo hace, es considerado prófugo y devuelto incluso con ayuda de la fuerza pública- a su patrón.

En principio, el Código Civil de 1852 ya no permitía exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de contratar, sino únicamente los daños y perjuicios resultantes de la rescisión del contrato por el trabajador antes del vencimiento del plazo pactado. Excepcionalmente, el trabajador podía ser obligado a seguir trabajando sólo cuando había recibido un adelanto en dinero o en vestidos (art. 1635).

Esa norma tiene una redacción curiosa pues no establece que en caso de adelanto el trabajador está obligado a trabajar hasta su reembolso, sino que prescribe que en esa hipótesis el servidor debe trabajar por el plazo convenido. Esto significa literalmente que la existencia de un adelanto con motivo de la relación de trabajo, altera fundamentalmente la naturaleza de ésta y la convierte en indisoluble por el plazo contratado, aun después que el adelanto haya sido reembolsado. Al parecer, lo escandaloso de tal redacción habría llevado a la interpretación atenuada de que la indisolubilidad sólo existe en tanto que el adelanto no haya sido pagado por el servidor. Sin embargo, en la práctica, las deudas se convirtieron en una parte normal de la relación de trabajo. Dice Pelayo Samanamud que "Es muy frecuente el caso de retener indebidamente a los operarios enganchados, en mérito de un contrato, apelando al medio de anotar en favor de las amortizaciones del anticipo una cantidad mínima"³⁷.

Por otra parte, esta corruptela de retener físicamente al trabajador en base a las deudas, se hizo tan natural que asumió las características de un derecho: la costumbre de que el servidor estuviera permanentemente endeudado reforzó la interpretación literal en el sentido de que, cuando ha mediado un adelanto cualquiera, el contrato de trabajo era irrenunciable. En realidad mucha confusión debe haber existido en la mentalidad de la época sobre los derechos de patrones y servidores en estas circunstancias; al punto que el trabajador que se negaba a continuar prestando servicios era inmediatamente calificado como

33. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, p. 87.

34. *Ibidem*, p. 88.

35. Cit. p. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto *Op. cit.*, p. 88.

36. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto : *Op. cit.*, p. 93.

37. PELAYO SAMANAMUD: *Op. cit.*, p. 74.

"prófugo" (categoría penal) cuando en realidad era un renunciante o una persona que incumple su contrato (categorías propiamente civiles).

Esta confusión se advierte también en la redacción del Reglamento de Minería, formulado por el Consejo Superior de Minería invocando una facultad consignada en el inciso 1º del artículo 47 del Código de Minas y aprobado por el Gobierno el 4 de Septiembre de 1903.

El artículo 22 de tal Reglamento establecía que: "En el caso de retirarse antes de cumplir su contrato [el operario] podrá ser detenido por la autoridad política y conducido de nuevo al fundo del cual se ausentó abusivamente, para cumplir su compromiso, sufriendo una multa igual al 20% de la deuda que tenía pendiente al tiempo de ausentarse"³⁸. La ambigüedad del texto es evidente: la primera parte de la regla se refiere al operario que se retire "antes de cumplir su contrato"; y faculta que sea detenido y regresado al lugar de trabajo. Sin embargo, en la frase final se desliza la idea de una deuda pendiente: no queda claro si se puede detener y regresar a todo operario y que además los que tengan deuda pendiente sufrirán una multa del 20% o si, como lo establecía el Código Civil, sólo los operarios que tuvieran deuda pendiente podían ser capturados y repuestos en el trabajo.

El artículo 24 del mismo Reglamento de Minería establece que es obligación del enganchador "perseguir por sí o con apoyo de la autoridad política a los operarios prófugos". Aquí ya ni siquiera se mencionan las deudas y es probable que se aprovechara de esta norma para imponer físicamente el cumplimiento forzoso de la prestación servil contratada, independientemente de que existiera deuda pendiente o no.

Esta legislación vacilante y ambigua no hace sino revelar una práctica arbitraria y una conciencia generalizada en la época, de que era posible retener por la fuerza al trabajador al servicio del patrono mientras no hubiera cumplido el plazo de su contrato. Algunos casos extremos acreditan la existencia de tal convicción, en la medida de que la exageración sólo es posible ahí donde hay una base que exagerar: Alberto Ulloa nos cuenta que, ya en la primera década de este siglo, el Sub-Prefecto de Luya tuvo que libertar a un jornalero a quien llevaban amarrado a Bagua Chica, con el argumento de que lo habían comprado en doscientos soles³⁹.

El Código Civil de 1936, con un criterio ciertamente más moderno de las relaciones de trabajo, no repitió una regla similar a la del antiguo artículo 1635. En consecuencia, a partir de ese momento la indisolu-

bilidad del contrato de trabajo por razón de adelantos recibidos, no tenía ya base legal. Por otra parte, la legislación laboral que se desarrolló en el Perú desde la segunda década del presente siglo, había comenzado a diseñar una relación de trabajo concebida de una manera fundamentalmente diferente.

A pesar de estos progresos legislativos, el contrato de enganche siguió utilizándose en el campo y en las minas. Aun cuando ya no era posible legalmente exigir la indisolubilidad del contrato antes de su vencimiento y la permanencia física del trabajador en el centro de trabajo hasta que concluyera el plazo, en la práctica se continuaron utilizando diversos medios de presión. Y hasta hace relativamente poco tiempo, era usual que las haciendas de la Costa no contrataran directamente a los trabajadores de temporada, destinados a la cosecha del algodón o a la caña del azúcar, sino que lo hicieran a través de un intermediario, que continuaba llamándose "enganchador". Ignoro si el sistema quizá aun se sigue empleando en algunos lugares.

III. LAS ESTRATEGIAS DE LA REGRESION.

El contrato de enganche no es una mera supervivencia del pasado. Es una producción jurídica de su época, que utiliza formas anacrónicas para servir a propósitos relativamente modernos, reestructurándolas con elementos modernos que cumplen funciones pre-modernas. Así, la aparentemente moderna actividad de exportación de nuestros productos agrícolas y de nuestros minerales a los grandes circuitos internacionales de la economía capitalista, estuvo basada en formas serviles pre-modernas de trabajo y de explotación del hombre.

Jurídicamente, no se trata de una esclavitud ni tampoco implica la continuidad de un servilismo estatal. El enganche se establece mediante un contrato, es decir, la relación jurídica se crea mediante un acuerdo de voluntades presuntamente libres. Las formas legales utilizadas para organizar la institución son modernas: la locación de servicios, el mutuo, la fianza. Sin embargo, el espíritu que las utiliza no es moderno sino profundamente regresivo; aun cuando ese espíritu a su vez está orientado al intenso y sofisticado intercambio de bienes y servicios del mundo moderno.

Ante una paradoja tal, estaríamos tentados de caer en un lugar común. Podríamos afirmar simplemente que, como siempre en estos casos, estamos ante un doble lenguaje: el del derecho y el de los hechos⁴⁰. Sin embargo, esta pretendida explicación

38. PELAYO SAMANAMUD: *Op. cit.*, p. 70.

39. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto: *Op. cit.*, p. 93.

40. SANCHEZ, Luis Alberto: Prólogo al libro de Watt STEWART: *La servidumbre china en el Perú* (Editorial Mosca Azul, Lima, 1976, p. 12).

no haría sino encubrir antes que desvelar la intimidad de los fenómenos que están en juego.

El Derecho, aunque colocado en una situación falsa, no deja de estar presente en la relación; y los aspectos implícitos de modernidad que encierra, tienen una influencia real en lo que está sucediendo. Es precisamente porque hay conciencia de los valores modernos que el hacendado o empresario no se puede esclavizar al indio como se hizo con el negro anteriormente (lo que le hubiera resultado más barato y seguro); ni siquiera se pretende imponerle jurídicamente la obligación de contratarse ni el trabajo forzoso (aunque fuera remunerado), como sucedió en el Virreynato en mayor o menor grado con la mita, el mismo concierto de indios, y otras figuras similares de carácter más definitivamente servil. Todas estas formas de organizar el trabajo humano son rechazadas por el pensamiento moderno; y juristas, legisladores y enganchadores eran perfectamente conscientes de que ya no estaban permitidas en el Perú contemporáneo.

El emplear formas modernas para realizar propósitos regresivos no es una hipocresía, un disfraz: es el reconocimiento de la primacía de los valores modernos, que conlleva la prohibición de actuar de manera atentatoria de ellos. La adopción de formas jurídicas modernas para realizar tales fines -en vez de recurrir simplemente a la fuerza bruta o a un Derecho que se organice sobre la base de un desconocimiento de la libertad del hombre- implica reconocer una cierta culpa en tales fines: se admite que lo que se quiere, ya no es legalmente posible; y, por ello, se recurre a medios indirectos para llevarlos a cabo.

Las ideas modernas tienen, entonces, un peso suficiente como para exigir que sean tomadas en cuenta: conllevan la necesidad de que se opte por un Derecho moderno, cuando menos desde un punto de vista formal. Pero la forma nunca es indiferente frente al fondo: la forma no es un elemento inerte sino que genera una cierta dinámica y crea una dialéctica con el fondo. Es así como el empleador se encuentra limitado por las formas modernas: hubiera preferido contar con servidores de por vida, pero sólo puede celebrar contratos temporales; habría querido considerar al trabajador enganchado como una simple

propiedad, pero las autoridades (proclives y condescendientes en la mayor parte de las veces) consideran que esto ya es una situación que excede todo límite (moderno) y no lo admiten. Por consiguiente, la adopción de formas jurídicas modernas, aun cuando se las distorsione y pervierta, no es inocua: condicionan la relación empleador-trabajador y tienen una influencia efectiva sobre la situación.

Esto significa que no es que haya en todo ello una "verdad" anacrónica en el campo de los hechos, meramente encubierta por un "lenguaje" jurídico moderno. El Derecho no es una manera de embellecer o decorar las cosas en el exterior para que no se advierta la infamia interior: el mundo jurídico no es una simple máscara que esconde la verdadera cara de las cosas. Estamos, más bien, ante una situación jurídica compleja, que consta de elementos anacrónicos y elementos modernos interactuando torturadamente.

El enganche no es una mentira sino una estrategia que pretende combinar los propósitos regresivos con las exigencias teóricas de la modernidad; y, como toda estrategia, exige una cierta coherencia: obliga a marchar en cierta dirección que puede no ser la más directa y a replantear objetivos en términos de lo que es realizable dadas las circunstancias.

En conclusión, no pensamos que el enganche muestre un doble lenguaje, un doble nivel, como si uno y otro fueran elementos superpuestos y sin acción ni relación alguna entre sí y como si sólo el nivel de abajo (los hechos) fuera verdadero, mientras que el nivel de arriba (el Derecho) se limitara a constituir un maquillaje superficial de esa verdad profunda que nos revela "la realidad". Creemos, más bien, que el "Derecho del enganche" es una construcción jurídica original (sin que esto sea en lo más mínimo un atenuante de supervivencia) que resulta de la cúpula entre lo antiguo y lo moderno: el resultado es una suerte de monstruo, pero no podemos desconocerle su naturaleza jurídica propia, su identidad moderna ni la influencia paradójica que ejerce en su entorno, admitiendo la libertad (frente a la alternativa de la esclavitud) pero limitándola y sojuzgándola, perpetuando la relación servil pero utilizando para ello instituciones jurídicas liberales.

El Impuesto de Solidaridad, la Evasión Tributaria y la Reforma de la Administración Tributaria

Luis Hernández Berenguel

Abogado. Profesor Asociado de la PUC.

Al momento de redactar este trabajo se encuentra en debate un proyecto de norma legal que crearía un impuesto extraordinario, mal denominado "Contribución Extraordinaria de Solidaridad". Es probable que cuando este trabajo llegue a conocimiento de los lectores de la Revista "Thémis", el nuevo impuesto se encuentre en vigencia o -de prosperar las múltiples objeciones a su creación- esté descartada, en forma definitiva, toda posibilidad de poner en vigencia un tributo de tal naturaleza.

Como se sabe, la Ley 25289 -de equilibrio financiero para el ejercicio 1991-, mediante una fórmula cuya constitucionalidad es discutible, ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de dictar medidas destinadas a perfeccionar el sistema tributario del país mediante decretos legislativos.

Tal delegación consta de la Novena Disposición Complementaria de la Ley 25289. En lo que constituye una novedad, el Congreso de la República ha delegado facultades al Poder Ejecutivo "para que en un plazo que vencerá el 30 de setiembre de 1991, dicte Decretos Legislativos que perfeccionen el Sistema Tributario del país, cuyos proyectos deberá elaborar una Comisión Especial integrada por los miembros de las Comisiones de Economía y Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, con la participación de funcionarios del Poder Ejecutivo designados al efecto por el Ministro de Economía y Finanzas,..."

Esta fórmula no tiene antecedentes. No se trata de que el Poder Ejecutivo -conforme se desprende del artículo 188 de la Constitución- prepare la norma que regule la materia sobre la cual ha obtenido la delegación de facultades, promulgando a continuación el correspondiente decreto legislativo, sino más bien que promulgue un decreto legislativo que no ha sido preparado por él. En efecto, la norma es elaborada por la Comisión Especial a la que acabamos de hacer referencia.

Además de novedosa esta fórmula no estaría ciñéndose estrictamente a los requisitos que el artículo 188 de la Constitución señala para que el Poder Ejecutivo dicte decretos legislativos con todos los efectos de una ley dada por el Congreso. Para la actuación del Poder Ejecutivo por la vía a que se refiere el artículo 188, se requiere de una ley autoritativa dada por el Congreso de la República que delegue facultades en el Poder Ejecutivo, estableciendo las materias sobre las cuales versa dicha delegación y el término en que ella se habrá de ejercer.

En las condiciones previstas por la Constitución, promulgada y publicada la ley autoritativa, es el Poder Ejecutivo el que prepara y dicta la norma mediante decreto legislativo. En el presente caso se otorga la delegación pero el Poder Ejecutivo no puede preparar la norma, cuando menos teóricamente. Esta es preparada por la Comisión Especial y el Poder Ejecutivo, si está conforme con el contenido de la norma, promulga y publica el correspondiente decreto legislativo.

Al amparo de la Novena Disposición Complementaria de la Ley 25289 se están promulgando normas referidas a materia tributaria y -como decíamos al inicio de este trabajo- probablemente, mediante este mecanismo, se cree la mal llamada "Contribución Extraordinaria de Solidaridad", que constituye un verdadero impuesto tal como se infiere del proyecto que he podido leer.

Desde que entró en vigencia la actual Constitución, son muchas las veces que el Congreso ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad legislativa. En los hechos, las normas tributarias más importantes han sido dictadas mediante decretos legislativos. Sin embargo, desde hace ya algún tiempo se estableció una fórmula de previo control a través de la intervención de una Comisión Bicameral, que tenía que emitir un informe favorable para que el proyecto preparado por el Poder Ejecutivo pudiera convertirse en decreto

legislativo. El sentido de esta intervención previa era ejercer un control sobre el Poder Ejecutivo, con la finalidad de garantizar que se hiciera uso de las facultades delegadas dentro del marco de la delegación y en el término acordado.

En la práctica este control previo derivó en una especie de "negociación" entre el Poder Ejecutivo y la Comisión Bicameral, que se tradujo en la promulgación de decretos legislativos, con la opinión previa favorable de la citada Comisión, después de haber retirado el Poder Ejecutivo una o más de las normas que había proyectado, o de haber aceptado la modificación de su proyecto original por la Comisión Bicameral.

Sin embargo, la "delegación de facultades" contenida en la Novena Disposición Complementaria de la Ley 25289, como se ha podido apreciar, contiene una fórmula distinta, según la cual el Poder Ejecutivo -cuando menos en teoría- sólo podría promulgar un decreto legislativo que no ha preparado, o en cuya preparación sólo ha intervenido parcialmente a través de algunos de sus funcionarios que actuaron conjuntamente con los miembros de las Comisiones de Economía y Finanzas de ambas Cámaras.

De hecho, en estos días se ha podido apreciar que el Poder Ejecutivo no está en la capacidad de promulgar los decretos legislativos en la forma que hubiera deseado. El proyecto de norma legal creando lo que voy a llamar el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, seguramente se hubiera convertido desde hace varios días en un decreto legislativo de no haber existido la oposición de una mayoría de los componentes de la Comisión de Economía de ambas Cámaras, integrantes de la Comisión Especial.

Hasta donde conozco, y a tenor de las declaraciones hechas por algunos importantes miembros del Poder Ejecutivo, la realidad es que esta novedosa fórmula de delegación, que de alguna manera condiciona el ejercicio de las facultades delegadas, está funcionando de manera distinta a como fue concebida por el Congreso y expresada en la Ley 25289. En efecto, el proyecto es preparado por el Poder Ejecutivo y presentado a la Comisión Especial, que suele introducirle modificaciones o -como hasta la fecha ha ocurrido con el proyecto de creación del Impuesto Extraordinario de Solidaridad- rechazarlo en la forma que está expresado.

IMPUESTO EXTRAORDINARIO DE SOLIDARIDAD

Los considerandos del proyecto del decreto legislativo -en la versión momentáneamente rechazada por la Comisión Especial, luego de una fuerte oposición de la opinión pública- hacen expresa referencia a la necesidad de adoptar medidas que permitan el incremento de los ingresos tributarios a fin de cubrir

las necesidades fiscales, precisando que por ello resulta conveniente crear, transitoriamente, una "Contribución Extraordinaria de Solidaridad" que grave los ingresos percibidos como retribución por el trabajo personal.

Del proyecto en cuestión es posible establecer que el Impuesto Extraordinario de Solidaridad tendría los siguientes alcances:

a) Gravaría los ingresos mensuales percibidos como retribución por el trabajo personal realizado en calidad de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, así como los percibidos por el ejercicio individual, en asociación, en sociedad civil o en cualquier otro tipo de sociedad. El impuesto regiría entre el 1o. de julio y el 31 de diciembre de 1991.

b) Se define lo que es "retribución" como toda cantidad que se perciba en efectivo o en especie. Se hace una enumeración que no es taxativa comprendiendo los honorarios, sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie y gastos de representación. Sin embargo, para poner de manifiesto que la enumeración no es taxativa se termina indicando que está incluida dentro del ámbito de aplicación del tributo "toda retribución por el trabajo personal". Se entiende que el objetivo es gravar con el nuevo tributo lo que -para efectos del Impuesto a la Renta- son las rentas de cuarta y quinta categorías, pero el hecho que no se haga expresa referencia a ellas y que el artículo 1o. incluya las obtenidas por el trabajo personal prestado a través de cualquier tipo de sociedad, obliga a una precisión para evitar que posteriormente se entiendan comprendidas en el aspecto material del hecho imponible ciertas rentas de tercera categoría.

Se gravan, además, las pensiones de jubilación y montepío, las rentas vitalicias, las participaciones líquida y patrimonial de los trabajadores, incluyendo las asignaciones anuales o cualquier otro beneficio otorgado en sustitución de estas últimas, y los ingresos provenientes de cooperativas de trabajadores que perciban los socios de las mismas.

c) Se designa como contribuyentes a las personas que obtengan ingresos como retribución por el trabajo personal, sea que lo presten en relación de dependencia o en el ejercicio libre de una profesión, arte u oficio. Esta última expresión reafirma lo expuesto anteriormente en el sentido que sólo se pretende gravar con el tributo las rentas de cuarta y quinta categoría.

Llama la atención que la norma no haga mención expresa a "los contribuyentes", designándolos más bien como "los sujetos pasivos", pese a que técnicamente lo correcto es referirse a "los contribuyentes". Nuestro Código Tributario contempla dos tipos de

sujetos pasivos de derecho, que son los contribuyentes y los responsables. Por las otras disposiciones que contiene el proyecto resulta evidente que la norma está designando a los contribuyentes, de manera que la observación que estoy formulando sólo apunta a la conveniencia de utilizar las expresiones técnicas adecuadas.

d) La obligación tributaria nace en la fecha en que se paga la retribución o ésta es puesta a disposición del beneficiario, optando en esta forma por el criterio de percepción del ingreso.

e) Como base imponible se considera la totalidad de los ingresos gravados percibidos en el mes. Sobre esa base imponible recae una tasa progresiva acumulativa. Se inafectan los primeros l/m. 200.00, y en los siguientes cuatro tramos se aplican tasas del 5%, 10%, 15% y 20%.

De estos cuatro tramos, el primero está conformado por el ingreso mayor de l/m. 200.00 y hasta l/m. 300.00. El segundo tramo, por ingresos mayores de l/m. 300.00 y hasta l/m. 500.00. El tercer tramo, por ingresos mayores a l/m. 500.00 y hasta l/m. 1,000.00. El cuarto tramo está representado por los ingresos de más de l/m. 1,000.00. De esta manera, por los primeros l/m. 1,000.00 de ingresos el impuesto ascenderá a l/m. 100.00. Esto es, una tasa efectiva de 10%.

f) El impuesto debe ser retenido por quien paga o abona la retribución, sea que se trate de empleadores -en el caso de trabajadores dependientes- o de personas jurídicas -cuando se abonan honorarios a quienes ejercen independientemente una profesión, arte u oficio-. En consecuencia, cuando el ingreso sea percibido por servicios que han sido prestados a una persona natural por alguien que ejerce independientemente una profesión, arte u oficio, el receptor de la renta debe pagar directamente el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, pues en esta hipótesis no existe la figura del agente retenedor.

g) Se contempla la hipótesis del trabajador dependiente que percibe en un solo mes ingresos provenientes de dos o más empleadores. En tal caso, debe acumular tales ingresos a fin de autodeterminar la base imponible, aplicando sobre ésta la tasa progresiva que aparece de la escala antes mencionada. Calculado el impuesto, tendrá que deducir los montos retenidos por cada empleador. El saldo no retenido, debe ser pagado al Fisco directamente por el trabajador.

h) Los agentes retenedores del tributo y, en su caso, los contribuyentes del mismo, deben cancelar el impuesto en un plazo que vence el último día hábil de la primera quincena del mes calendario siguiente al de percepción de los ingresos gravados. El pago se efectúa ante el Banco de la Nación o ante los agentes autorizados.

i) Se indica en el proyecto que el monto recaudado constituye recurso del Tesoro Público y que el impuesto será administrado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

Conviene recordar que el objetivo del Gobierno era conseguir que en 1991 la presión tributaria no fuera inferior al 12% del producto bruto interno, y que en los actuales momentos -a pesar de las modificaciones introducidas en el sistema tributario con motivo de la dación de diversos decretos legislativos promulgados en el mes de noviembre de 1990- dicha presión únicamente alcanza, en el mejor de los casos, el 8%. En los debates que se han producido en el seno de la Comisión Especial, en torno a la creación del Impuesto de Solidaridad, ha quedado en evidencia que el Gobierno tiene que realizar gastos muy elevados -particularmente en razón de los aumentos de remuneraciones al personal de fuerzas armadas y policiales, profesores y otros empleados públicos-, que no está en condiciones de efectuar si no aumenta la recaudación por ingresos tributarios.

El Impuesto de Solidaridad estaría justamente orientado a originar los ingresos que le permitan al Estado pagar el aumento de remuneraciones antes mencionado. A través del impuesto, concebido en los términos antes señalados, se esperaría obtener una recaudación mensual de aproximadamente US\$ 4'500,000, a costa de elevar considerablemente - hasta hacerla en muchísimos casos insostenible, convirtiendo al impuesto en confiscatorio- la presión tributaria que recae sobre los trabajadores dependientes e independientes. Nadie puede ignorar que un impuesto tan alto -que recae sobre ingresos brutos y no sobre renta neta- desbordará la capacidad contributiva de un gran sector de trabajadores, arrebatándoles una porción importante de sus ingresos destinada a gastos indispensables.

Más aún si se tiene en cuenta que no se deroga ni modifica el Impuesto a la Renta que tienen que pagar esos mismos trabajadores. No se cambia tampoco el sistema de retenciones del 5% por honorarios percibidos por profesionales independientes y que recae sobre el monto bruto de dichos honorarios. Se continuaría aplicando el impuesto del 1% sobre el monto bruto de honorarios percibidos por profesionales independientes, a que se refiere el inciso c) del artículo 2 de la Ley 25203 -esto es, un Impuesto en favor del Fondo Especial de Desarrollo Universitario-, siendo así que este tributo técnicamente quedó derogado a partir del 1° de enero del presente año por el Decreto Legislativo 617, habiendo prescindido de tal circunstancia una norma reglamentaria que ha interpretado que se encuentra vigente.

En el caso de los trabajadores dependientes ya existen retenciones mensuales por Impuesto a la Renta, aportaciones al Instituto Peruano de Seguridad Social por un total del 6% de las remuneraciones -3%

para el Régimen de Prestaciones de Salud y 3% para el Sistema Nacional de Pensiones- y por concepto de la Contribución al Fondo Nacional de Vivienda que se aplica con la tasa del 1% sobre el monto bruto de tales remuneraciones.

Adicionalmente, los profesionales deben efectuar adelantos mensuales por el Impuesto a la Renta que se generará o no al final de cada año calendario, bajo la indebida denominación de "pagos a cuenta". Si bien es cierto que los profesionales están facultados para aplicar como crédito el monto de la retención del 5% antes mencionada, en el caso que sean dueños de empresas unipersonales o sean socios de sociedades no consideradas personas jurídicas para fines del Impuesto a la Renta, se ven forzados a cancelar los pagos a cuenta en base a un sistema de porcentaje calculado sobre el Impuesto a la Renta pagado en 1989 -para los pagos a cuenta de enero y febrero del presente año- o del Impuesto a la Renta pagado en 1990 -en lo que se refiere a los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta del mes de marzo y meses siguientes del presente ejercicio-, por montos que resultan en muchos casos exorbitantes. Basta citar al efecto que por el mes de marzo de 1991 se exigió un pago a cuenta del orden del 35% del Impuesto a la Renta pagado en 1990. Vale decir, más de la tercera parte del Impuesto a la Renta correspondiente a 1991, que acababa de ser objeto del pago de regularización.

Por sí solo, el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, como se dijo anteriormente, en muchos casos resultará confiscatorio, o lo será la sumatoria de dicho impuesto con los otros tributos y aportaciones que han sido mencionados líneas arriba. Conviene reparar en el hecho que todos estos tributos y aportaciones están incidiendo sobre ingresos brutos, sin tener en cuenta la verdadera capacidad contributiva e ignorando el mandato del artículo 77 de la Constitución según el cual todos tienen "el deber de pagar los tributos que les correspondan y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

De otro lado, resulta injustificado tratar de recuperar ingresos tributarios haciendo recaer en los trabajadores una presión tributaria muchísimo mayor que la del 12% que -como meta nacional- se pretendía obtener en 1991. Es evidente que la presión tributaria de los trabajadores dependientes e independientes, en muchísimos casos excedería ese 12%, aceptando como premisa que tales trabajadores estuvieran cumpliendo con todas sus obligaciones tributarias.

LA EVASION TRIBUTARIA

Nadie duda actualmente sobre la existencia de una gran evasión tributaria, cada vez más creciente. Recientemente, en un programa de televisión, se dio a conocer la cifra, aparentemente oficial, de evasión

en el pago del Impuesto General a las Ventas, consignando datos que corresponden al mes de mayo de este año. Se indicó que por las operaciones realizadas en dicho mes, gravadas con el Impuesto General a las Ventas, sólo se había pagado una quinta parte del impuesto devengado, y que el monto de ese pago, convertido a dólares americanos, arrojaba la cifra de US\$50'500,000. Es decir, las propias autoridades estarían reconociendo que la evasión alcanza las cuatro quintas partes del impuesto devengado en dicho mes.

En otras palabras, el Impuesto General a las Ventas devengado en todo el mes de mayo de 1991, debió ascender a US\$252'500,000, pero sólo se recaudó la quinta parte de ese importe. De forma tal que por ese mes, y por un solo impuesto, hubo una evasión del orden de US\$210'000,000.

Planteadas estas cifras surgen las siguientes conclusiones. Se estaría reconociendo oficialmente que con respecto a un solo tributo -el Impuesto General a las Ventas- la evasión mensual representa US\$210'000,000. Se acepta que existe un problema de déficit fiscal y se concluye en la necesidad -por todos compartida- de aumentar los ingresos tributarios del Estado. Sin embargo, se opta por crear tributos que terminan siendo pagados por los contribuyentes de siempre, y entre ellos los de menores recursos, por lo cual la presión tributaria para muchos de éstos llega a ser absolutamente desproporcionada e intolerable.

No se toma en consideración que los ingresos brutos gravados resultan bastante bajos; que en muchos casos tales ingresos brutos -inclusive, antes de tributos- no alcanzan para satisfacer las necesidades mínimas del contribuyente y de los familiares a su cargo; que en otros casos, el Impuesto Extraordinario de Solidaridad determinaría restarle al trabajador los ingresos necesarios para llevar un nivel de vida decoroso y compatible con la dignidad humana; que habrá un tercer grupo de trabajadores a los que este impuesto les impedirá solventar obligaciones por conceptos que les resultan indispensables, como podría ser el pago de pensiones escolares o universitarias de hijos estudiantes; y que, por último, sólo un pequeño grupo de los trabajadores contribuyentes de este nuevo impuesto podrían soportarlo renunciando en todo caso a algunos gastos superfluos. Negar estas afirmaciones significaría desconocer total y absolutamente la realidad del país y el empobrecimiento paulatino pero constante que en los últimos tiempos han venido sufriendo los trabajadores peruanos.

Pero nada se ha hecho para captar mayores recursos a través de aquéllos que están evadiendo el pago de los tributos ya existentes y que, justamente, con su incumplimiento están obligando al Estado a crear nuevos tributos que no gravarán, por supuesto,

real y efectivamente a los evasores de siempre. Es decir, se da la siguiente paradoja: los contribuyentes cumplidos pagando los tributos que realmente son de su cargo y, además, los tributos que son de cargo de los evasores. Este tipo de paradoja es, a su vez, causa de evasión, pues motiva que muchos contribuyentes cumplidores de sus obligaciones -indignados o cansados del trato que reciben del Estado o, simplemente, imposibilitados de cumplir con las nuevas obligaciones tributarias que el Estado les impone-, engrosen las filas de los evasores tributarios haciendo insuperable el círculo vicioso en que la tributación se mueve desde hace ya varios años en el Perú.

Se estaría pretendiendo obtener con el Impuesto Extraordinario de Solidaridad recursos mensuales del orden de US\$4'500,000 -confiscando en muchos casos los ingresos de los trabajadores dependientes e independientes que cumplen con sus obligaciones tributarias- y nada se ha hecho por cobrar los US\$ 210'000,000 que evaden mensualmente muchos contribuyentes del Impuesto General a las Ventas.

De crearse el Impuesto Extraordinario de Solidaridad se incurriría en un gravísimo e irreparable error, pues la norma correspondiente estaría enviando un mensaje muy claro a los contribuyentes que todavía pretenden seguir en la formalidad. El mensaje sería: "en el Perú es preferible ser informal y evadir tributos, porque al fin y al cabo nadie te obliga a pagarlos, pero si deseas cumplir con todas tus obligaciones tributarias el Estado irá cercenando más y más los pocos recursos de que dispones para tratar de cubrir por esa vía la brecha fiscal que en una buena parte se debe a los evasores de tributos".

LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Todo lo anteriormente señalado lleva a una conclusión inevitable. La gran reforma que en materia tributaria tiene que efectuarse de inmediato, pero esta vez con toda seriedad, es la reforma de la Administración Tributaria, para captar ingentes cantidades de recursos que no están siendo entregados al Estado por quienes tienen la condición de contribuyentes.

La Administración Tributaria ha llegado a su punto más bajo de eficiencia. No es capaz actualmente de fiscalizar ni siquiera a un mínimo número de contribuyentes, por lo que evadir el cumplimiento de las obligaciones tributarias garantiza al evasor una total impunidad.

Lo expuesto llevaría a una pregunta inevitable: ¿Por qué el Estado no puede cobrar siquiera US\$4'500,000 mensuales de los US\$210'000,000 que los contribuyentes del Impuesto General a las Ventas no pagan y, por el contrario, pretende recurrir al fácil expediente de recaudarlos -mediante un nuevo tributo- de los pocos contribuyentes que cumplen con todas sus obligaciones tributarias y entre los que se

encuentran muchos contribuyentes con escasa o nula capacidad contributiva?

La respuesta es clara. No ha habido la decisión política de reformar seriamente la Administración Tributaria, dotándola de la infraestructura de personal y material necesaria para que cumpla a cabalidad sus funciones.

Ojalá que el Decreto Legislativo 639, recientemente dictado, constituya la decisión política que al respecto faltaba, y que pueda ser ejecutado a cabalidad y consiga una Administración Tributaria eficiente. Si ello se logra es probable que desaparezca la tentación de apelar constantemente a la creación de nuevos tributos o a la modificación desarticulada e incoherente de los ya existentes. Se puede pensar en una reforma del Sistema Tributario, pero ésta debe ser trabajada con seriedad y llevará tiempo para expresarla cabalmente en leyes y normas reglamentarias. En todo caso, la prioridad es reformar la Administración Tributaria.

Nuestro sistema tributario es evidentemente caótico -aún cuando creo que hoy lo es menos que con anterioridad a la promulgación de los decretos legislativos dictados en noviembre del año pasado-. Sin embargo, el sistema tributario peruano contiene todos los tributos modernos y eficientes que han podido ser concebidos. Lo que hay que cambiar son determinadas regulaciones de dichos tributos que han hecho caótico el sistema, pero la única manera es preparando los cambios con el suficiente tiempo para su maduración y para que las nuevas normas, en lo sustancial, resulten definitivas.

Frente a las urgencias fiscales del momento sólo cabe apelar a fórmulas imaginativas, de carácter transitorio. Por ejemplo, sería tiempo de poner en vigencia lo que en algún momento constituyó el Decreto Legislativo 624 -promulgado y publicado a finales de noviembre de 1990, pero derogado antes de que entrara en vigencia, supuestamente por haber carecido del informe previo de la Comisión Bicameral que muchos aseguran que existió pero que no fue consignado en el acta respectiva por lo que debió ser un error involuntario de quien la redactó-, posteriormente mejorado en su contenido por otro proyecto que estaba destinado a convertirse en un decreto supremo dictado al amparo de las facultades extraordinarias que el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución concede al Presidente de la República.

Entre otras medidas -que incluían la obtención de ingresos por el Gobierno Central por la regularización de obligaciones tributarias no cumplidas en su oportunidad, sin condonación de parte alguna de las deudas correspondientes pero con facilidades de pago sujetas al interés que para el caso ha previsto el artículo 30 del Código Tributario-, estaba la intervención de los "gremios" -entendiendo por tales las entidades representativas de actividades económicas, gremiales y profesionales, del tipo de las Cámaras de Comercio,

la Sociedad Nacional de Industrias, los Colegios de Profesionales, etc.- como agentes perceptores de declaraciones juradas e información adicional de sus agremiados y como entidades capaces de trasladar a la SUNAT -Superintendencia Nacional de Administración Tributaria- esas declaraciones e información, más la que pudieran tener en sus registros de agremiados, proporcionándole a la SUNAT una inmensa base de datos que ésta no puede obtener actualmente por sí misma.

Baste recordar que la informática es un aliado

valioso de las Administraciones Tributarias modernas y que esa inmensa base de datos podría, gracias a las nuevas tecnologías, ser rápidamente utilizada en sí misma -dentro de este proceso de reorganización de la SUNAT que ha aprobado el Decreto Legislativo 639-, así como en la ampliación del Registro Nacional de Contribuyentes y en la creación de un sistema de cuenta corriente por cada contribuyente, sirviendo de efectivo instrumento para la recaudación de tributos no pagados oportunamente.

San Isidro, 14 de junio de 1991.

Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú*

José Daniel Amado V.

Abogado. Profesor Contratado de la PUC.

El objeto del presente artículo es analizar algunos de los principales instrumentos internacionales destinados a garantizar la inversión extranjera en países en desarrollo y discutir su posible incorporación al orden jurídico nacional.

Riesgo No Comercial o Político

El tema de las garantías o seguros a la inversión extranjera está directamente vinculado al del riesgo político o no comercial. Dentro de ese concepto se suele incluir tanto el riesgo de ciertos eventos extraordinarios o fortuitos como la propia inestabilidad e impredecibilidad del orden jurídico. Entre los sucesos extraordinarios o fortuitos cabe mencionar los casos de guerras civiles, terrorismo e insurrecciones. En cuanto a la inestabilidad del orden jurídico, ésta puede manifestarse en riesgos de expropiaciones, restricciones a la convertibilidad de moneda y aplicación retroactiva o discriminatoria de la ley, entre otros.

Las garantías que se otorgan al inversionista extranjero están destinadas precisamente a atenuar el riesgo no comercial o político. Algunas de estas garantías han sido creadas directamente por las legislaciones nacionales e incluyen disposiciones constitucionales sobre tratamiento igualitario de nacionales y extranjeros e inviolabilidad de la propiedad privada, así como mecanismos de renegociación de contratos a largo plazo y solución de disputas relativas a inversión extranjera.

Si bien algunas de estas garantías de Derecho nacional han sido incorporadas de una forma u otra en las legislaciones de numerosos países¹, su efecto

en los inversionistas ha sido muy relativo, por considerar éstos que el país receptor de la inversión es juez y parte de su implementación. Distinto es el caso de las garantías que surgen de convenios y tratados internacionales que obligan al país frente al derecho internacional, y cuyo cumplimiento interesa a la comunidad internacional como un todo.

Garantías Internacionales de Inversión

Algunos de los instrumentos internacionales más importantes en materia de garantías de inversión son los siguientes:

1. "BITs" (Bilateral Investment Treaties)

Los Tratados Bilaterales de Inversión ("BITs") constituyen la modalidad más tradicional de afrontar el problema del riesgo no-comercial en la inversión extranjera. En los BITs, las partes contratantes suelen incluir declaraciones generales sobre la mutua protección y promoción de inversiones de nacionales del otro Estado contratante, así como la garantía de trato no discriminatorio con relación a los nacionales del Estado receptor de la inversión.

Otra cláusula muy común en los BITs es la de la nación más favorecida, que garantiza, con ciertas excepciones, que los nacionales del otro Estado contratante recibirán un tratamiento no inferior al que recibe cualquier otro inversionista extranjero. También suelen incluirse requisitos para la expropiación de bienes de propiedad de nacionales del otro Estado contratante, así como garantías contra la inconvertibilidad de moneda local.

* A la memoria de Alfredo Ostojá López-Alfaro, cuyo ejemplo es estímulo constante para quienes tuvimos el privilegio de conocerle.

1. Véase, por ejemplo, los artículos 125 (inviolabilidad de la propiedad privada), 126 (igualdad entre peruanos y extranjeros) y 136 (sometimiento a jurisdicción extranjera) de la Constitución Política del Perú.

Los BITs suelen también estipular el derecho de los Estados contratantes de subrogarse en los derechos y obligaciones de sus nacionales en caso de haberlos compensado por sus reclamos contra el otro Estado contratante. Es igualmente usual establecer un procedimiento para la solución de disputas entre los Estados contratantes a raíz de la subrogación de alguno de ellos en los derechos y obligaciones de sus nacionales.

Varios países desarrollados, entre ellos los Estados Unidos, el Reino Unido, Suiza, Australia, Japón y Corea, continúan adhiriendo a la política de celebrar BITs con países en desarrollo importadores de capital extranjero.

2. OPIC (Overseas Private Investment Corporation) y Entidades Equivalentes

Debido fundamentalmente a la resistencia de los países en desarrollo a la intervención diplomática de los países industrializados en defensa de los intereses de sus nacionales, algunos de éstos han creado entes de Derecho privado que ofrecen cobertura del riesgo político a sus nacionales que invierten en el exterior. Unos 22 países industrializados ofrecen directa o indirectamente este tipo de seguros de inversión².

El más característico de estos programas de garantías de inversión es el de la Corporación de Inversión Privada en el Exterior (OPIC) de los Estados Unidos de América. La OPIC tiene por objeto el fomento de inversiones estadounidenses en países en desarrollo y ofrece una serie de servicios que van desde el financiamiento de proyectos hasta el otorgamiento de cobertura de riesgos no comerciales. Esta última función la desarrolla como un asegurador privado.

Los seguros que otorga OPIC cubren los siguientes riesgos:

- (a) inconvertibilidad o imposibilidad de repatriar utilidades, incluyendo tipos de cambio discriminatorios;
- (b) expropiación, incluyendo interferencias progresivas en el derecho de propiedad conducentes a una expropiación; y
- (c) guerra exterior, guerra civil e insurrección, así como actos de terrorismo y sabotaje vinculados a aquéllos.

OPIC opera como asegurador de riesgo político sólo con aquellos países que han celebrado un tratado especial con los Estados Unidos garantizando el

derecho de OPIC de subrogarse en la posición del inversionista con respecto al cobro de una indemnización. El Tratado OPIC suele incluir cláusulas propias de los BITs sobre nación más favorecida y expropiación, así como una cláusula de sometimiento de cualquier disputa a arbitraje.

3. MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency)

La Agencia Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA) es una dependencia del Banco Mundial creada en octubre de 1985, con la aprobación de un proyecto de convenio internacional que fue sometido a los países miembros del Banco. La idea de una agencia multilateral para garantizar inversiones surge así como una alternativa a la noción bilateral tradicional y que tanta resistencia ha generado entre los países en desarrollo.

MIGA es una institución cooperante en el esquema del Banco Mundial, aunque goza de autonomía jurídica y financiera. Su capital está conformado por aportes tanto de países exportadores de capital como por países receptores de inversión extranjera, por lo que intenta servir de foro para la cooperación internacional en materia de inversiones.

Los riesgos que garantiza MIGA son los siguientes:

- (a) pérdidas por restricciones en el cambio de moneda o en la remisión de utilidades al exterior;
- (b) expropiación o restricciones al ejercicio de la propiedad;
- (c) incumplimiento contractual y dificultades para acceder a un procedimiento imparcial y efectivo;
- (d) conflicto armado y disturbios civiles;
- (e) opcionalmente, otros riesgos no comerciales a excepción del riesgo de devaluación monetaria.

MIGA ofrece su cobertura a inversionistas originarios de países miembros incluyendo a aquellos nacionales del país receptor cuyo capital es invertido desde el exterior.

MIGA opera básicamente como un asegurador. Después de recibida la solicitud de un inversionista elegible, analizará la factibilidad económica del proyecto, su incuestionabilidad legal de acuerdo a las leyes del país receptor y su consistencia con el

2. Además, los aseguradores privados de Lloyd's de Londres y algunas compañías de seguros estadounidenses también ofrecen cobertura de riesgo no comercial.

desarrollo de dicho país receptor. MIGA no firmará el contrato de garantía hasta después de haber obtenido la anuencia del país receptor a prestar dicha garantía.

En caso que el inversionista desee hacer efectiva la garantía, MIGA evaluará la procedencia del reclamo. Si MIGA decide pagar la indemnización, se subrogará en los derechos y obligaciones del inversionista.

Cualquier disputa que se suscite entre MIGA y el país miembro deberá ser resuelta mediante negociación. En caso de no poder resolverse por ese medio, deberá someterse a arbitraje bajo las reglas del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), salvo que las partes acuerden otra cosa.

4. ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID) fue creado con el auspicio del Banco Mundial mediante el sometimiento a los países miembros del Convenio que lo establece, en marzo de 1965. Es objeto de ICSID facilitar la solución de diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. Funciona como una dependencia del Banco Mundial bajo la administración de un Consejo integrado por un representante de cada país miembro.

La jurisdicción de ICSID se limita a las disputas que surjan de una inversión extranjera y que las partes hayan consentido por escrito en someterle. Un Estado miembro podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición previa a prestar su consentimiento al arbitraje de ICSID.

En el convenio de creación de ICSID se estipula que ningún Estado parte concederá protección diplomática o promoverá reclamación internacional alguna respecto de cualquier diferencia que las partes hayan consentido en someter a ICSID. Los únicos procedimientos aceptados por ICSID son los de conciliación y arbitraje.

La ley aplicable a la solución de las controversias será la que elijan las partes. A falta de pacto será de aplicación la legislación del Estado parte, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, así como el Derecho Internacional Público en cuanto sea aplicable.

Emitido el laudo arbitral, caben recursos de aclaración, revisión en función de hechos nuevos y anulación por vicios procesales. El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni

de ningún otro recurso impugnativo. La ejecución se sujetará al procedimiento aplicable a la ejecución de sentencias extranjeras en el lugar donde se pretenda ejecutarlo.

La Cláusula Calvo en la Constitución Peruana

Son pocos los países latinoamericanos que han suscrito instrumentos internacionales sobre garantías de inversión. El motivo de esta resistencia tiene sus orígenes en la llamada "doctrina Calvo", surgida en el siglo XIX por influencia del jurista argentino Carlos Calvo, quien sostuvo que la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro en defensa de los intereses de sus nacionales no tiene justificación en el Derecho Internacional.

Hoy en día, las naciones que adhieren a la doctrina Calvo suelen invocar los siguientes principios³:

- (i) El Derecho Internacional no requiere del país receptor sino dar al inversionista extranjero el mismo tratamiento que a sus inversionistas nacionales (principio de trato igualitario);
- (ii) La legislación nacional establece los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros (principio de sometimiento a la legislación nacional); y
- (iii) Los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre las disputas que involucran a extranjeros (principios de sometimiento a tribunales nacionales).

La Constitución Política del Perú adhiere parcialmente a esta nueva concepción de la doctrina Calvo. En su numeral 126 establece lo siguiente:

"La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República.

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática alguna".

Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el numeral 136 que dice:

"Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso a las leyes y tribunales de la

3. Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations, "Bilateral Investment Treaties", Londres, 1988.

República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales y arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

De esta manera, el principio del trato igualitario entre nacionales y extranjeros ha sido adoptado estrictamente por la Constitución peruana en materia de derecho de propiedad. En cuanto al principio de sometimiento a la legislación nacional, éste admite como única excepción los "contratos de carácter financiero". Finalmente, el principio de sometimiento a tribunales nacionales admite dos excepciones: (i) los contratos "de carácter financiero" pueden ser sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, y (ii) las "controversias derivadas de contratos con extranjeros" pueden ser sometidas a "tribunales judiciales y arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

El Artículo 126 y los Instrumentos Internacionales sobre Garantía de Inversiones

El principio de igualdad de trato entre inversionistas extranjeros y nacionales consagrado en el numeral 126 de la Constitución prohíbe a los extranjeros invocar situaciones de excepción o protección diplomática en materia de propiedad privada. Esto genera un inevitable conflicto con cualquier gestión que inicie el país del inversionista destinada al cobro de una indemnización, sea por vía de cesión de derechos o por cualquier otro medio que signifique un reclamo diplomático⁴. Es así que la cláusula de subrogación del país de origen, que caracteriza a los BITS, es en nuestra opinión incompatible con la Constitución Política del Perú.

Distinto es el caso de entidades de Derecho privado tales como MIGA y OPIC. En ambos casos, la subrogación opera en forma similar a si se tratara de cualquier compañía internacional de seguros. La compatibilidad entre el artículo 126 y el convenio MIGA es evidente. MIGA es una institución multilateral de la cual el Perú, en caso de acceder al convenio, pasaría a ser accionista al igual que cualquier otro de los Estados miembros⁵. Es evidente que siendo MIGA una institución afiliada al Banco Mundial tendrá a su disposición ciertos medios de presión económica, pero nada tiene de cuestionable desde un punto de vista constitucional.

En el caso de OPIC, sin embargo, está el elemento adicional de ser una entidad controlada por el gobierno de los Estados Unidos. Somos de la opinión que dicha vinculación no lleva implícita la posibilidad de recurrir a la protección diplomática de su gobierno, en tanto que la última versión del proyecto del Tratado OPIC para el Perú establece claramente que OPIC no podrá ejercer mayores derechos que aquéllos concedidos al propio inversionista⁶. De ahí podríamos concluir que la cláusula de subrogación en el mencionado Tratado OPIC es compatible con el artículo 126 constitucional.

No obstante, el propio proyecto de Tratado OPIC contiene una cláusula arbitral que establece que cualquier controversia que en opinión del gobierno de los Estados Unidos o del gobierno del Perú entrañare una cuestión de Derecho Internacional Público, la cual emane de cualquier inversión que estuviere bajo la cobertura de OPIC, será sometida a arbitraje por un tribunal ad-hoc. Opinamos que dicha estipulación lleva implícita la atribución del gobierno estadounidense de hacer suya cualquier reclamación de OPIC, y por tanto del inversionista, en contra del Estado peruano, lo cual no es compatible con el artículo 126 de la Constitución⁷. Consideramos también que dicha incompatibilidad, con el numeral 126 se salvaría si se eliminara la participación del gobierno estadounidense y fuera el propio OPIC, quien sometiese a arbitraje sus diferencias con el Estado.

4. Charles Rousseau define la protección diplomática como el derecho de cada Estado "a proteger a sus súbditos perjudicados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del que aquellos no han podido obtener satisfacción por la vía ordinaria". Rousseau, "Derecho Internacional Público", Barcelona, 1957, página 347. Eduardo Ferrero agrega que el ciudadano de un Estado que reside y hace negocios en país extranjero queda sujeto a un conflicto de jurisdicciones, que hace de la protección diplomática un derecho complementario o reservado que sólo puede ser invocado cuando dicho país extranjero falla en el cumplimiento de sus deberes. Ferrero Costa, "Los Alcances de la Protección Diplomática, con Especial Referencia al Derecho Peruano", tesis, Lima, 1971, página 6.
5. Cuando el presente artículo se encontraba en prensa, el Estado peruano ratificó el convenio constitutivo de MIGA mediante Resolución Legislativa No. 25312 del 2 de abril de 1991.
6. Proyecto de "Convenio sobre las Garantías de las Inversiones" entre los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de América, versión final del 1ro. de junio de 1989.
7. No desconocemos la opinión del constituyente Enrique Chirinos en el sentido que la Constitución peruana no puede "impedir al Estado extranjero, el cual también es soberano, que dispense protección a sus connacionales". Chirinos Soto, "La Nueva Constitución al Alcance de Todos", Lima, 1979. Entendemos, sin embargo, que entre admitir esta discrepancia entre la norma constitucional y el Derecho Internacional, y propiciarla a través de la firma de un tratado que es ley de la República, hay una distancia insalvable desde un punto de vista jurídico.

El artículo 136 y los Instrumentos Internacionales de Garantía de Inversiones

La doctrina Calvo en materia de sometimiento a la jurisdicción nacional ha sido recogida en el numeral 136 de la Constitución con determinadas excepciones. En cuanto a la sujeción a la ley peruana, la única excepción admisible es la de los "contratos de carácter financiero". En todos los demás casos la ley peruana se aplicará obligatoriamente. Surge entonces la cuestión de la compatibilidad entre dicho numeral 136 y determinadas estipulaciones de los instrumentos internacionales que establecen la arbitrabilidad de disputas relativas a reclamaciones basadas en normas de Derecho Internacional.

Por ejemplo, el artículo 42(1) del Convenio ICSID, establece que a falta de acuerdo, "el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables". Un autor norteamericano ha sugerido que dicho artículo 42(1) admite la posibilidad de que una norma de Derecho Internacional sea preferida por sobre la legislación nacional del Estado contratante⁸. Según esta línea de interpretación, el Convenio ICSID y el primer párrafo del artículo 136 de la Constitución serían incompatibles.

Consideramos que esta posición proviene de una lectura apresurada de la norma. Como confirma la exposición de motivos del propio Convenio, "el tribunal de arbitraje deberá aplicar las leyes que las partes acuerden"⁹. Sólo a falta de acuerdo el tribunal aplicará la ley del Estado que es parte en la diferencia y el Derecho Internacional en cuanto sea aplicable. En consecuencia, bastará con señalar en cada compromiso arbitral que la ley aplicable es la peruana y que el Derecho Internacional sólo será aplicable en cuanto sea compatible con la legislación nacional. No debe olvidarse que el propio convenio exige el consentimiento expreso del Estado en cualquier disputa que un inversionista desee someter a arbitraje.

El caso del Tratado OPIC y de los BITs es distinto. En cuanto a los últimos, éstos suelen contener una estipulación que somete a arbitraje cualquier disputa de Derecho Internacional relativa a la aplicación del Tratado. Algo similar ocurre en el caso del Tratado OPIC, el cual, como discutíamos en el subtítulo anterior, permite el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que en opinión de cualquiera de los Estados contratantes "entrañare una cuestión de derecho internacional público que emane de cualquier proyecto o actividad" que estuviere bajo la cobertura

de OPIC, incluyendo el asunto de si se trata o no de una cuestión de derecho internacional.

Consideramos que estas cláusulas arbitrales dejan abierta la posibilidad de que, en una controversia surgida entre un inversionista extranjero y el Estado peruano, un tribunal arbitral prefiera una norma de Derecho Internacional por sobre una disposición de la ley peruana. Por ejemplo, si se tratara de una expropiación, el tribunal arbitral podría considerar que la causal de "interés social" consagrada en el artículo 125 de la Constitución es incongruente con el Derecho Internacional sobre la materia. Somos de la opinión que cualquier cláusula arbitral que deje abierta esta posibilidad es incompatible con el artículo 136, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú.

Distinto, sería el caso, claro está, de una cláusula arbitral que estableciera que los árbitros evaluarán la legalidad de los actos que han generado la controversia de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, incluyendo aquellas normas de Derecho Internacional que obliguen al Perú. En ese supuesto, si bien el Derecho Internacional sería también de aplicación, dicha aplicación estaría limitada a normas internacionales que sean compatibles con la Constitución.

En cuanto al sometimiento de disputas con inversionistas a tribunales arbitrales extranjeros, que es el segundo elemento en la doctrina Calvo que impregna el artículo 136 constitucional, el propio numeral 136 establece como excepción a la obligación de someter cualquier disputa a los tribunales de la República, la posibilidad de "someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú". En consecuencia, no habría impedimento constitucional alguno para el sometimiento de disputas al ICSID o a cualquier otro tribunal de arbitraje internacional constituido o que se constituyera por un convenio internacional que el Perú haya suscrito y ratificado.

Conclusión

Los instrumentos internacionales destinados a atenuar el riesgo no comercial o político del inversionista extranjero han alcanzado singular importancia en nuestros días. Algunos de los principales de estos instrumentos incluyen los BITs, OPIC e instituciones equivalentes, MIGA e ICSID. No existe impedimento constitucional alguno para que el Perú se adhiera a las convenciones que establecieron el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID) y la Agencia Multilateral de Garantías de

8. McLaughlin, "Arbitration and Developing Countries", *The International Lawyer*, Volumen 13, página 220 (1979). Véase también Abbot, "Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification", *Harvard International Law Journal*, Volumen 17, páginas 138-139 (1976).

9. "Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", Banco Mundial, 18 de marzo de 1965.

Inversiones (MIGA). Indudablemente, su ratificación constituirá un paso en la dirección correcta al objetivo de brindar todas las garantías posibles al capital extranjero sin comprometer el orden jurídico nacional.

En cuanto a los BITs, debe reconocerse que la subrogación del país de origen del inversionista, que suelen contemplar dichos convenios, es incompatible con el principio de igual trato contenido en el artículo 136 de la Constitución. Sin embargo, dicha incompatibilidad resulta salvada en esquemas tales como OPIC donde es una entidad de derecho privado, y no el propio país de origen, quien se subroga en los derechos y obligaciones del inversionista.

El Tratado OPIC, a su vez, sería incompatible con los artículos 126 y 136 de la Constitución en tanto que: (i) traslada al gobierno extranjero disputas entre el Estado peruano y nacionales de dicho gobierno extranjero; y (ii) somete al Derecho Internacional determinadas controversias entre el Estado peruano e inversionistas extranjeros. Sin embargo, somos de la opinión que estas incompatibilidades podrían salvarse si fuese OPIC, y no el gobierno estadounidense, quien sometiera la disputa a arbitraje, y si se estipulase que el Derecho Internacional fuese aplicable sólo en cuanto sea compatible con la Constitución peruana.

Lima, 31 de octubre de 1990.

Golpe de Estado y Revolución: Una aproximación al Fenómeno del Cambio en el Derecho

Eduardo de Rivero Santana.

Abogado*. Fundador de la Segunda época de
Thémis.

I. EL DISCURSO DEL DERECHO

1. El Enunciado Jurídico.-

En el Siglo XIII, tiempo de caballeros y abadías, Adson de Melk era introducido al conocimiento por el fraile Benedicto Guillermo de Baskerville. Una de las primeras lecciones de ese proceso fue: "... las máquinas son productos del arte, que imita a la naturaleza, capaces de reproducir no ya las nuevas formas de esta última, sino su modo mismo de actuar...".¹

Entonces el mundo era entendido como un juego múltiple e inagotable de representaciones, todas las cuales tenían en su origen a Dios. Todo no era sino el reflejo de lo que Dios concebía, por lo que en última instancia sólo El era realmente existente.

El conocimiento de esa época consistía en descubrir el mundo a través de la interpretación de la palabra divina. Las bibliotecas de los Monasterios constituían una especie de grandes almacenes en los que se hallaban todas las representaciones en ese momento conocidas, lo cual no venía a ser otra cosa sino llegar a Dios: "Al principio era el verbo y el verbo era en Dios y el verbo era Dios".

El paso del tiempo supuso el cambio de la teoría del conocimiento, de la epistemología y la ontología. Ya no se trataba de descubrir representaciones, sino de hallar la realidad propia de cada ser,

incluido el hombre. Precisamente, fue esto lo que permitió descubrir la finitud del hombre al decir de Nietzsche. Por otro lado, el conocimiento científico también constituyó otro gran aporte en esa orientación.

En el caso del Derecho, muchas veces las normas suelen ser entendidas como representaciones del mundo o bien como la instrumentación de las relaciones de poder que se dan en determinado nivel de una sociedad. Ello lleva a verlo como carente de una realidad propia, y en consecuencia a los operadores del derecho como mecánicos aplicadores de normas o intermediarios inmediatos de una relación de dominación. Un buen punto de partida es, entonces, plantear la propia realidad del Derecho.

A. Norma Jurídica y Enunciado Jurídico.-

Las normas jurídicas entendidas como preceptos dirigidos a la obtención de cierta conducta estatuyen cómo debe ser ésta, según el caso particular de que se trate. Esto lleva a Kelsen² a considerarlas como "informativas".

El enunciado jurídico, en cambio, constituye una unidad más compleja. Kelsen lo define como:

"... una proposición condicional que expresa que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas con-

* Master en derecho por la Universidad de Harvard.

1. ECO, UMBERTO, "El nombre de la Rosa". Editorial Lumén 1985, México.

2. KELSEN, HANS; "Teoría Pura del Derecho". Primera Edición en español de la segunda edición original de 1960. Editorial Universidad Autónoma de México. 1979, México p. 84.

secuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determine...".³

En consecuencia, el enunciado se constituye con las normas jurídicas que resulten aplicables a una cierta situación y que sean parte de un mismo ordenamiento jurídico estableciendo qué habría de suceder con ella. Así, la interacción de las normas jurídicas con la conducta humana debe entenderse producida en el nivel enunciativo.

B. La Formación del Enunciado.-

El enunciado jurídico debe distinguirse de una estructura proposicional lingüística definida. Foucault⁴ sostiene, en este sentido, que los enunciados no los necesitan. Así una sentencia judicial o la promulgación de una ley constituyen enunciaciones jurídicas, sin que por ello requieran ser presentadas como frases definidas para ser entendidas como tales.

Debe también distinguirse entre el nivel de existencia de los enunciados y el de una lengua. Un mismo enunciado puede expresarse en distintas lenguas, y sólo tendrá variaciones según las características que tengan ellas, exigido por sus propias reglas de formación. Ello no significa que les deba su existencia, sólo que pueden presentarse gracias a ellas.

Los enunciados constituyen agrupamientos de signos. La lengua, desde esta perspectiva, no es sino una forma de agruparlos de tal manera que guarden un sentido conforme a lo que enuncian.

La presencia del sujeto se da en los enunciados en dos niveles. Por un lado, un enunciado requiere de un emisor para existir, que no es sino un sujeto o un grupo de ellos en última instancia. Pero, una vez emitido, el enunciado desliga su existencia de su emisor ya que no necesita de él para continuar existiendo; es entonces cuando adquiere una dimensión propia.

La materialidad del enunciado tampoco exige de formas perfectamente definidas. Foucault lo

define así:

"... posibilidades de reinscripción y de transcripción más que de individualidades limitadas y perecederas...".⁵

Señala "posibilidades" por cuanto no puede asegurarse que sea usada para la formulación de un enunciado y "transcripción" y "reinscripción" en razón de la naturaleza irrepetible de cada enunciado.

El uso es también importante. Es lo que define su identificación en las categorías de tiempo y lugar. Gracias a él colman un sentido definitivo que, recogiendo lo que señala Lawrence Friedman⁶ están en constante ajuste conforme se van utilizando.

Por otro lado, los enunciados no son compartimentos estancos. Guardan estrechas relaciones los unos con los otros, definiendo múltiples conjuntos en un universo en constante movimiento. Las agregaciones de enunciados no forman totalizaciones. Responden a la complejización que siguen como parte de un mismo discurso eminentemente móvil o interrelacionado.

El universo de enunciados, donde todos responden a un mismo sistema de reglas de formación, es lo que Foucault llama "discurso", el cual habrá de ser calificado como jurídico cuando tenga por objeto aquellas relaciones que constituyen el Derecho, y que tengan por origen normativo una "norma fundante básica" o una Constitución como en nuestro caso.

2. La Producción del Derecho.-

A. Interpretación.-

La importancia de la interpretación radica en darle a los signos un sentido específico al reunirlos conforme a ciertos objetivos.

La formación de los enunciados jurídicos requiere de la interpretación de las normas para darle a las situaciones de que se trate un cierto sentido. Dicha interpretación supuso la determinación de lo

3. KELSEN, HANS; op. cit, p.84.

4. FOUCAULT, MICHEL; "La Arqueología del Saber". Edición décimo-primer en español. Editorial Gedisa México, 1985 pp. 133-134.

5. FOUCAULT, MICHEL, op. cit, p.173.

6. FRIEDMAN, LAWRENCE, "Legal Culture and Social Development", en Friedman, L. M. and Macaulays "Law and the behavioral sciences" Bobs-Merriell U.S.A. 1969. Citado en: "de Trazegnies, Fernando, "Filosofía del Derecho, materiales de enseñanza, facultad de derecho, Pontificia Universidad Católica. 1985, Lima p. 145.

que sucedió conforme a las mismas normas jurídicas, lo cual lleva, por tanto, a establecer la orientación que se le quiere dar a un caso.

El procedimiento de interpretación no consiste en "descubrir" la norma o el conjunto de ellas que mecánicamente toca aplicar a un caso. De lo que se trata es de establecer posibilidades de utilización, según las que válidamente puedan plantearse y que constituyan opciones que puedan realmente concretarse. No puede, por eso mismo, considerarse que exista una sola solución correcta, sino sólo que una de las opciones posibles será la que finalmente se aplique por quienes sean competentes para ello.

La existencia de una multiplicidad de métodos de interpretación no es sino el resultado de plantear distintas soluciones. Dicho planteamiento constituye el esbozo de las posibles estrategias a seguir para alcanzar un determinado fin, así como la evidencia de un juego de confrontaciones en el que las partes en él envueltas persiguen el mejor resultado posible con respecto a su eventual contendor.

Vista así la interpretación, las normas jurídicas deben ser entendidas como límites y encausamientos a las posibles soluciones que se pueden plantear ante un caso.

B. La Formalización.-

La interpretación no es sino el planteamiento de distintas opciones, todas ellas entendidas como válidas. La formalización, en cambio, es el proceso de adecuar los intereses en juego a las normas a las que tienen que adecuarse eligiendo y formalizando aquella solución que implique mejores posibilidades de éxito y que fuera propuesta a partir de la interpretación.

Mediante la formalización, los intereses en juego en una cierta situación cobran un sentido estratégico, ya que es a través de ellos que los instrumentos que son las normas, se adecúan al caso concreto.

Foucault sostiene con relación a la formalización y la interpretación:

"...los métodos de interpretación se enfrentan, pues, en el pensamiento moderno a las técnicas de formalización, los prime-

ros con la pretensión de hacer hablar el lenguaje por debajo de él mismo y lo más cerca posible de lo que se dice en él, sin él; las segundas, con la pretensión de controlar todo lenguaje eventual y de dominarlo por la ley de lo que es posible decir."⁷

3. Derecho y Poder.-

A. El Lenguaje y Relaciones de Poder.-

Hans Kelsen⁸ en menciones aisladas, refiere la estrecha ligazón que existe entre derecho y poder, señalando que el primero constituye una forma de organización del segundo. Sin embargo no precisa los alcances de su afirmación, no determinando así en que consiste exactamente esa relación.

Por un lado, puede pensarse que se trata de la vinculación del poder del Estado con el Derecho, ya que aquél es quien posee el monopolio de la coacción.

No menos válido es seguir un proceso inverso para encontrar esa relación. Proceso que se inicia precisamente en el nivel mismo de su gestación cual es el de la producción de los enunciados.

La formación de los enunciados jurídicos supone la selección de una serie de signos disponibles, para así alcanzar la formulación más adecuada para alcanzar determinados propósitos. Dichos propósitos son comúnmente considerados como actuación conforme a la Ley o bien de acuerdo a la "justicia".

¿Qué tipo de relaciones son las que se suscitan en la producción del Derecho? Son relaciones de poder que se encuentran en el nivel originario de la sociedad y que hacen que el poder del Estado no sea otra cosa que una manifestación complejizada de ese tipo de relaciones.

Siguiendo a Foucault, poder es aquí entendido como sigue:

"...la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización, el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incansables las transforma, las refuerza, las invier-

7. FOUCAULT, MICHEL; "Las palabras y las cosas". Tercera edición. Editorial Siglo XXI. México, 1971 p. 292.

8. KELSEN, HANS; "Teoría Pura" p. 225 y "Teoría General del Derecho y del Estado". Segunda edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983 p. 142.

te, los apoyos de dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema o, al contrario, cosimientos, las contradicciones que aislan a unas de otras, las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o instalación institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales...".⁹

Poder es, entonces, dominio, superioridad, pero en el preciso nivel en que se ejerce. Constituye no una posibilidad sino una acción que es ejercitada en un contexto permanentemente móvil con el propósito de lograr ciertos fines con respecto y frente a otros sujetos. Esto es lo que a su vez explica el carácter estrictamente relacional que tiene. No puede, por eso, entenderse el poder como una totalización sino en el nivel en que nace. Ni el que nos permite hablar de su figuración microfísica que constituye su unidad elemental y donde sólo puede existir fácticamente.

Dichas relaciones suponen también resistencias frente a la voluntad que quiere imponerse en el preciso nivel de enunciación. Resistencia que es concomitante a una voluntad que pretende imponerse.

Es en los enunciados donde tiene lugar el nivel originario de las relaciones de poder. La discursividad que generen presentará las estrategias globales de poder en una relación multiforme, mostrando formas de dominación que también influyen en la formación de cada enunciado. Se trata de un juego múltiple, constantemente móvil e inagotable de relaciones de poder. Entendido así, el dominio de un grupo sobre otro, o el mismo poder del Estado no son sino formas terminales.

Allí donde se entrecruzan ciertas normas jurídicas, originando subjetividades, están presentes las relaciones de poder.

Nietzsche, de acuerdo con Foucault¹⁰, considera que el conocimiento se origina a partir de la confrontación de los instintos. Sólo a través de él puede conocerse la situación por afrontar y viabilizarse los fines que se pretende alcanzar.

Esto explica que el mismo Nietzsche lo considere como un refinamiento de los instintos en confrontación.

Así visto, el conocimiento no consiste en la aprehensión de las cosas mismas, y consiguientemente tampoco en la elaboración de transparencias alusivas a ellas.

Si hacemos una referencia estricta al Derecho, dicha voluntad de poder es la que se ejerce en el nivel de relaciones entre conductas humanas y que constituyan el objeto del Derecho.

El conocimiento jurídico, así visto, no será sino el resultado de las voluntades de poder ejercidas en el nivel de lo que se ha dado en llamar Derecho. Sus normas jurídicas, el gran marco en el que se dan esas relaciones, constituirán el conocimiento jurídico cuando se practique su interpretación en el sentido del derecho operativo.

La coerción y la coacción serán los instrumentos destinados a obligar al cumplimiento de las sanciones, las que son formas de corregir conductas en función a un "deber ser".

B. Redefiniendo el Derecho.-

La sanción, el castigo que permite readecuar conductas, está contenido, de acuerdo con Foucault, en el Derecho.

En consecuencia, no es sino el mecanismo sancionador de la sociedad, al presuponer todas las conductas que cuestionan el poder ejercitado y atribuirles una sanción.

El Derecho no es, entonces, sino la instrumentalización de las relaciones de poder que se dan en una sociedad, siendo la norma jurídica su expresión más nítida.

Sin embargo, la norma jurídica no constituye un instrumento rígido, sino más bien maleable según el uso que se le asigne a través de la interpretación y la técnica correlativa de formalización. Esta apreciación lleva a de Trazegnies a sostener que:

"El derecho se asemeja a un viejo mecano que se entrega a los jugadores sociales con un set de piezas para armar -las leyes- cuyas características están previamente determinadas pero que son reajustables al uso, y con un conjunto de instrucciones operativas sobre la tarea de ensamblaje".¹¹

9. FOUCAULT, MICHEL; "Historia de la Sexualidad" Tomo I- "La Voluntad de Saber". Segunda edición. Editorial siglo XXI. México, 1985 p. 113.

10. FOUCAULT, MICHEL; "La verdad y las formas jurídicas". Primera edición. Editorial Gedisa. México, 1985 p. 30.

11. DE TRAZEGNIES, Fernando. "Ciriaco de Urtecho, litigante por Amor". Primera edición. Fondo Editorial de la Universidad Católica. Lima, 1981 p. 202.

Tarea de ensamblaje que deriva de las relaciones de poder que se producen en niveles microfísicos y cuyas conclusiones no son sino su definición circunscrita a un cierto momento. Ello permite considerar al Derecho como una modalidad de la guerra ejercida en el plano discursivo. Guerra, por cuanto supone confrontaciones que luego habrán de definirse en un resultado:

"El Derecho (...) es más bien la puesta en acción de un saber polémico que cumple la función de arma de guerra en manos de los combatientes sociales, el Derecho es el bastión, el reducto en el cual todavía se sigue peleando".¹²

El Derecho, por tanto, no constituye el reflejo de estructuras que la subyacen. Es, en cambio, el dominio específico de ciertas relaciones de poder que tienen en la conducta humana su objeto, objeto determinable según lo que sea jurídicamente relevante.

Reneé Magritte¹³ el insigne pintor belga, tituló a un cuadro que representaba una pipa, "Ceci n'est pas une pipe", escribiéndolo al pie del mismo. La escuela surrealista en la que desarrolló su obra principal, replanteó el concepto de las representaciones en el arte, superando la calificación de éste como mero reflejo de la realidad. Consideraban, en cambio, que cada pintura constituía una realidad autónoma, propia, aún inclusive distinta de lo que representaban aunque ello hubiere servido de inspiración. Eran ante todo símbolos.

El Título, así visto, cobra sentido, ya que la pintura no es propiamente una pipa, sino ella misma. El mismo título ubicado en el margen inferior del cuadro tampoco se trata de una frase con una existencia propia, que hace que "no sea una pipa". A su vez, cada parte del cuadro habla de sí misma como también de su referente real en un juego múltiple de enunciaciones.

Con el Derecho sucede algo similar, no constituye la representación de estructuras sociales que le trascienden ni es tampoco la mecánica aplicación de normas jurídicas; es más bien el decir de Trazegnies:

"No un dato sino una operación, no está previamente establecido en el nivel que lo trasciende sino que se construye en la medida en que se lo utiliza, no esta hecho

sino que se presenta a sí mismo haciéndose en una multiplicidad de focos locales de enfrentamiento...".¹⁴

Siendo el discurso del derecho, en consecuencia, el gran escenario en el que se dan lugar todas las confrontaciones que constituyen su objeto.

II. EL CAMBIO Y EL DERECHO

1.- Cambios y Rupturas.-

A. El Cambio.-

La división en épocas o períodos muchas veces se practica mediante cortes definitivos entre un cúmulo de datos y registros. Cortes y ordenaciones practicados según referencias cronológicas. Asimismo, se hacen a partir de un acontecimiento considerado de mayor importancia relativa entre el cúmulo de registros contabilizados. Los criterios para hacerlo varían conforme quien emita el juicio. Lo cierto es que sirven como líneas democráticas para el acontecer histórico, estableciendo un final y un comienzo. El tiempo es el gran anaquel en el que se ordenan.

El cambio, en consecuencia, es una especie de salto de una época a otra, de un anaquel a otro. Viene a ser la referencia de que algo dejó de ser tal para convertirse en algo distinto, de manera que ambos son indiferentes entre sí, salvo por el hecho que son sucesivos.

Los enunciados, por su propia naturaleza, son eminentemente móviles, pues las relaciones de poder que los constituyen no son permanentes.

Ello por cuanto son el resultado de un juego incesante de estrategias, conforme a las conveniencias del momento y en función al logro de ciertos intereses.

La movilidad de los enunciados también comprende a las normas bajo cuyos parámetros se constituyen. Dado el incesante movimiento de aquello que rigen, se hace necesaria su permanente adecuación para asegurar su eficacia. Esto explica el que el mismo ordenamiento prevea su modificación, así como la aparición de nuevas normas.

La característica de los enunciados arriba descrita lleva a considerar, en el estudio de los discursos, las variaciones que en su especificidad siguen en

12. DE TRAZEGNIES, FERNANDO; op. cit., "Ciriaco..." p. 200.

13. FOUCAULT, MICHEL; "This is not a pipe". University of California Press, 1983, Los Angeles, USA.

14. DE TRAZEGNIES, FERNANDO; op. cit. "Ciriaco..." p. 200

el tiempo. Puede también centrarse sobre alguno de los conjuntos o sub-conjuntos que integren un discurso. Inclusive, sobre el discurso en su totalidad, particularmente sobre las relaciones de poder que describe la agregación de dichos conjuntos o sub-conjuntos.

Foucault, en oposición al método tradicional, plantea, el llamado método arqueológico¹⁵ que reviste la particularidad de llevar el análisis al nivel enunciativo.

El método arqueológico parte de precisar los cambios que descubran los enunciados en el nivel mismo de su especificidad:

"...hay que definir, precisamente, en qué consisten esas modificaciones: es decir, sustituir la referencia indiferenciada al cambio -a la vez continente general de todos los acontecimientos y principio abstracto de su sucesión- por el análisis de las transformaciones".¹⁶

¿Cuándo es, entonces, que se producen las transformaciones?. René Ortiz¹⁷ refiere el acontecimiento de ruptura como aquel que constituye dichas situaciones. Pero, a diferencia del método en "épocas", no se practica con el objeto de establecer un comienzo o un final. Al contrario, de lo que se trata es de determinar los momentos en que el discurso ve sustituida su positividad, rota su continuidad. No se trata de un corte definitorio entre dos momentos, sino sólo la definición del momento en el que el origen de todo un ordenamiento normativo es reemplazado.

B. La Ruptura y las Transformaciones.-

¿Qué condiciones definen el acontecimiento de ruptura y qué los distingue del cambio previsto por un ordenamiento normativo?

F.S. Kuhn¹⁸ señala en alusión a las ciencias naturales que las crisis son momentos en que se hacen necesarios cambios radicales y profundos, ya que las corrientes de pensamientos hasta ese momento prevalecientes se muestran incapaces de afrontar eficazmente los nuevos problemas que se les presentan. Dichas corrientes se expresan

en una positividad, en un cuerpo normativo que se ve sobrepasado y se hace necesario la búsqueda de una nueva.

En el caso del derecho, la crisis se manifiesta cuando el orden jurídico prevaleciente ve disminuir su eficacia normativa, esto es, su capacidad para normar las relaciones que constituyen su objeto.

La crisis es pues el requisito previo para que se dé un acontecimiento de ruptura. Ella supone una demanda al ordenamiento, el cual se ve imposibilitado de responder eficazmente. En consecuencia, la superación de dicho trance sólo puede originarse desde fuera de él.

Las nuevas relaciones de poder se dirigirán a describir una nueva positividad, de tal manera que puedan encontrar canales adecuados para movilizarse. Su origen se definirá mediante un acto ajeno al orden prevaleciente hasta ese momento.

El acontecimiento de ruptura, además, se caracteriza por ser transitorio y violento. Transitorio por cuanto se limita a variar de peso de una posibilidad a otra; y violento por su carácter intempestivo.

Si bien la ruptura supone una redefinición del cuadro general de las relaciones de poder, ello no significa que la totalidad del discurso se vea modificado. Sólo quiere decir que ciertas estrategias -aquellas que motivaron el acontecimiento de ruptura-, habrán de motivar el cambio de la positividad en cuyo interior se configuran.

Foucault lo describe así:

"Decir que con una formación discursiva se sustituye otra, (...) es decir, que se ha producido una transformación general de relaciones, pero que altera forzosamente todos los elementos, es decir que los enunciados obedecen a nuevas reglas de formación, no es decir que todos los objetos o conceptos, todas las enunciaciones o todas las elecciones teóricas desaparecen. Por el contrario, a partir de esas nuevas reglas, se pueden describir más fenómenos de continuidad, de retorno y de repetición...".¹⁹

15. FOUCAULT, MICHEL; "La Arqueología del Saber". Edición décimo-primer. Editorial Siglo XXI, México, 1985.

16. FOUCAULT, MICHEL; "La Arqueología..." p. 284.

17. ORTIZ, RENEE; "La independencia del Perú y el surgimiento del Derecho Nacional Peruano", Tesis para optar el Título de Bachiller. P.U.C. Lima, 1983.

18. KUHN, T.S.; "La Estructura de las Revoluciones Científicas". Tercera reimpresión de la primera edición en castellano. FCE México, 1971, pp. 125-127.

19. FOUCAULT, MICHEL; "La Arqueología..." p. 291.

Dichos fenómenos son los que dan contenido al cambio y se concretan en la especificidad de los enunciados.

La continuidad consiste en la permanencia de normas a través del cambio de positividades sin que su contenido sufra alteración alguna. El retorno refiérase a las normas que, una vez que fueron derogadas, vuelven a colmar vigencia tras mostrarse su modificación como ineficaz. Y, la repetición, no es sino la permanencia de antiguas normas como si fueran nuevas, esto es, la promulgación de normas iguales a otras sin que medie derogación expresa.

Adicionalmente a los fenómenos señalados, está el de la sustitución. Este consiste en el reemplazo definitorio de las antiguas normas por otras.

La ruptura, entonces, habrá de definirse por el conjunto de transformaciones que irrumpen en el régimen general de los discursos.

2. Los Procesos de Ruptura en el Derecho.-

A partir de lo que los caracteriza, tanto los golpes de estado como las revoluciones constituyen procesos de ruptura en el Derecho, ya que ambos suponen la modificación de la Constitución fuera de lo por ella establecido para tal efecto.

Ambos, los golpes de estado y la revolución, son actos anti-jurídicos, inclusive sancionados por la misma Constitución, se dirigen sobre ese nivel normativo, son externos a la positividad jurídica, constituyen formas de cambios no previstos, tienen la calidad de violentos y transitorios, son únicos y configuran un nuevo origen de validez para las normas que integran un sistema.

A. Golpe de Estado.-

Un golpe de estado significa la modificación de las relaciones de poder prevalecientes en el momento en que se produce, así como también la discontinuidad del orden jurídico en el que tenían lugar.

Cattaneo, sobre esto, sostiene:

"... una modificación, aunque sea sólo de las normas constitucionales, produce como se dijo, el cambio de todo el ordenamiento jurídico, por cuanto cambia el fundamento de todas sus normas".²⁰

El hecho que, tal como lo refiere Javier de Belaúnde²¹, los golpes de estado se plantean como objeto -en la mayoría de casos- el restablecimiento del orden constitucional quebrantado, quiere decir que se ha producido un cambio normativo en relación a su antecedente inmediato. El que se produzca un golpe significa que se ha roto el régimen establecido en una norma fundante básica, desde que lo planteado pretende ser un orden normativo distinto de su precedente inmediato.

En cualquier caso, el golpe de estado representa la discontinuidad de una formación discursiva desde que implica la modificación del orden normativo bajo condiciones no previstas por él.

El golpe de estado se produce en un único acto, de tal manera que se pueda imponer sobre el ordenamiento contra el cual se dirige, sin que se quede en el nivel de un acto anti-jurídico.

La transitoriedad del golpe se comprueba en el hecho que se agota en un único acto que sirve para el paso de una posibilidad a otra.

B. Revolución y Derecho.-

La revolución consiste, básicamente en el acto dirigido a la sustitución de un ordenamiento político y económico, así como del orden jurídico junto al cual existen.

Considerando que una revolución tiene como fin la sustitución del orden establecido, se impone que las formas de cambio por él previstas resultan insuficientes para instaurar los propósitos perseguidos por el nuevo ordenamiento. De allí que al tiempo que se dirige contra un ordenamiento establezca otro en un proceso simultáneo.

La revolución, propiamente, nunca es fallida. Ella de por sí supone la imposición de un nuevo ordenamiento jurídico. Precisamente por orientarse hacia su destrucción, lo normal es que sea drásticamente sancionada. Sin embargo, su éxito conduce a la abrogación del orden bajo el cual sería sujeto de dichas sanciones, por lo cual no le alcanzarán. El intento de revolución, en cambio, vio truncados sus propósitos y por ello se hará sujeto de las sanciones.

Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de auto-protección del ordenamiento, que al igual que aquellos que estatuyen la posibilidad de su modificación se dirige a preservar su continuidad.

20. CATTANEO, MARIO; "El Concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho". Primera Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968 pp 91 y 55.

21. DE BELAUNDE, JAVIER; "El Problema de los Gobiernos de Facto en Argentina y Perú", Tesis para optar el Título de Bachiller P.U.C. Lima 1973.

El que la revolución no se produzca conforme a las reglas del ordenamiento jurídico -ya que se dirige contra él- hace que no se trate de un enunciado jurídico; máxime, constituye un acto anti-jurídico.

A pesar de esto se convierte en la causa de un nuevo ordenamiento normativo. Es más, antes que un acto generador de normas, es lo que otorga poder normativo a los dispositivos que sean dictados por los revolucionarios, siendo por tanto una condición de eficacia para cualquier nuevo ordenamiento.

Nunca una revolución es un estado permanente, ya que ello supondría una situación de constante incertidumbre que atentaría contra todo principio de organización social y consecuentemente de seguridad jurídica. Resultaría contradictorio afirmarlo, ya que uno de los roles que desempeña es redefinir una organización social, no sostener una situación de indefinición, de "crisis" permanente.

Su transitoriedad se expresa en el cambio de origen de validez de las normas. Cambio que debe agotarse en un solo acto de efectos determinantes sobre todo el sistema.

El cambio que conlleva una revolución no significa que todas las normas jurídicas que rigieron bajo el anterior régimen sean reemplazadas. Sólo hay que decir que el origen de validez de todas las normas es distinto.

Esto hace que todas también sean distintas, aunque su contenido sea exactamente igual, Kelsen lo describe muy bien:

"... una gran parte del viejo orden jurídico permanece válido, incluso dentro del marco del nuevo orden "permanece válida", no ofrece una descripción adecuada del fenómeno.

Únicamente los contenidos de tales normas son los que no cambian, no su razón de validez (...)

Si ciertas leyes promulgadas bajo el imperio de la vieja Constitución "continúan siendo válidas" bajo la Constitución nueva, ello es únicamente posible porque la nueva Constitución le confiere validez, ya expresa, ya tácitamente. El fenómeno es un caso de recepción...".²²

Kelsen reconoce que el cambio que suscita una

revolución sólo afecta el origen de todo un orden jurídico, sin que ello signifique que el contenido de todas las normas sea distinto. Siguiendo el método arqueológico, antes de referirnos al fenómeno de recepción corresponde hacerlo por el de las transformaciones. El fenómeno de las transformaciones describe las formas que puede asumir dicha "recepción", el cual junto al de la sustitución configurarían el contenido del cambio en el Derecho.

El cambio, sin embargo, comprende todo el ordenamiento jurídico. Kelsen, al describirlo en relación a las normas jurídicas, sostiene que:

"... Las leyes nuevas no son idénticas a las anteriores porque la razón de validez es diferente. Ella no debe buscarse en la vieja Constitución, sino en la nueva, y entre ambas no existe continuidad ni desde el punto de vista de la primera, ni desde el ángulo visual de la segunda. Así pues, nunca es la Constitución simplemente, sino todo el ordenamiento jurídico, lo que cambia a consecuencia de una revolución".²³

El acertado distingo que formula Kelsen permite comprender por qué un acontecimiento de ruptura, como es la revolución nos confronta con una nueva formación discursiva. Ello es debido al distinto carácter de las normas en un antes y un después, lo que debe entenderse como derivado de un distinto origen de disposiciones válidas.

El cambio del origen de validez de las normas expresa también otra modificación. Marcuse estima que:

"Las revoluciones establecen un código moral y ético que les son propios, y que por ello se convierten en el origen, la fuente de nuevas normas y valores".²⁴

Dicho código moral y ético puede ser entendido como el resultado del nuevo despliegue general de relaciones de poder. Dicho despliegue atribuye valores sancionando lo no deseado y estimulando o permitiendo lo que él faculta o busque. Esto queda aún más claro recurriendo a la apreciación que hace Andre-Vincent por la cual las revoluciones siempre persiguen un nuevo orden además de la justicia, "Justicia"²⁵ que adquiere un nuevo contenido a partir de los valores que se es-

22. KELSEN, HANS; "Teoría General del Derecho y del Estado". Editorial UNAM, Segunda Edición, México, 1983 p. 138.

23. KELSEN, HANS, "Teoría General ..." p. 138.

24. MARCUSE, HERBERT; en "Law And Social Change" Editorial Kent, compilador.

25. ANDRE, VINCENT, I; "Les Révolutions et le Droit". Bibliothèque du philosophie du Droit. Paris, 1970. p. 87.

tablezcan, siendo el orden reemplazante su organización.

La aparición de nuevas relaciones, que generan situaciones irresolubles por el orden contra el cual se dirige la revolución, motivan una creciente ineficiencia del mismo, haciendo que no puedan tener cabida en él. Esto no puede generar sino una situación de crisis como la ya definida, por la cual una revolución sólo puede presentarse en ese contexto. De funcionar el orden-jurídico, la revolución quedaría en el nivel de intento, por lo que seguiría rigiendo; demostrándose que tampoco será necesaria una definición radical de relaciones.

Desde otro ángulo, tanto las revoluciones como los golpes de estado no son el resultado de la Ciencia Jurídica. Esta se encarga de describirlos y ubicarlos en el derecho.

El cambio que conlleva las revoluciones no sólo se produce en el nivel de las normas fundantes. Siendo la interpretación un recurso esencial para la formación de los enunciados, es allí donde también podrá ubicarse, de consistir en la reorientación de las normas sin que se haya producido su modificación. Inclusive, rompiendo con los límites que su contenido impone. Novoa, en este sentido acierta al señalar que:

"La norma jurídica no puede determinar por sí misma una transformación profunda de la sociedad. El Derecho, ni como doctrina ni como legislación, tiene aptitud alguna para determinar una revolución. Esto parece evidente".²⁶

Para luego añadir:

"... el jurista que quiera la revolución no tiene sino un camino directo: contribuir a que se abran paso en la sociedad la idea y la acción revolucionarias".²⁷

Siendo por ello el jurista quien contribuya en ese proceso de cambiar el derecho, mediante la interpretación de las normas bajo causas que signifi-

quen una ruptura con los seguidos hasta ese momento.

C. Situaciones Jurídicas: Golpe de Estado y Revolución.-

De acuerdo a la descripción de uno y otro para el derecho, ambos fenómenos constituyen acontecimientos de ruptura en la continuidad del discurso del derecho. Esta apreciación parte de una concepción del derecho, donde las distinciones jusnaturalistas, morales o sociológicas responden a otros criterios de valoración. En ambos casos la característica determinante la constituye el reemplazo de un ordenamiento jurídico por otro. Kelsen lo plantea de esta manera:

"Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la Constitución -es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales-, o su reemplazo por otra. Visto desde el punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la Constitución válida sea modificada de una manera, o reemplazada enteramente por una nueva Constitución, que no se encuentre prescripta en la Constitución hasta entonces vigente".²⁸

Más allá de la definición del golpe de estado y la revolución desde la perspectiva del Derecho, lo cierto es que el uso que reciben ambos términos se origina en el valor que le asignan los miembros de una comunidad. Pero dicha atribución debe entenderse según los criterios a los que responde, para así ubicar con precisión el objeto materia de estudio. De esta manera es como deben entenderse las distinciones que se practican entre golpe de estado y revolución como nociones diferenciadas aún vistas desde el derecho, cuando no es así.

26. NOVOA, EDUARDO; "El derecho como obstáculo al cambio social" Siglo XXI editores S.A., segunda edición, México 1977 p. 191.

27. NOVOA, EDUARDO; op. cit.

28. KELSEN, HANS; "Teoría Pura..."

PRO-DERECHO

Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria s/n Pueblo Libre

A nuestros amigos:

En 1992 la Pontificia Universidad Católica del Perú cumplirá 75 años de vida. Para esa importante fecha ya contaremos con un moderno Pabellón y nos gustaría tener también el Auditorio terminado. Es nuestra meta inaugurar el Auditorio con un evento internacional que se realizará con motivo de dicha celebración.

Hace dos años, cuando se inició la construcción del nuevo local, pusimos todas nuestras esperanzas en ustedes y, a pesar de la difícil situación que atravesaba nuestro país, juntos logramos culminar la obra. Hoy, aún sabiendo que la situación no ha variado sustancialmente, volvemos con la misma fe a solicitar su ayuda. Sabemos que sin ustedes nuestros objetivos no serán alcanzados y confiamos como la primera vez en que juntos podremos dar el ULTIMO PASO.

Sin perjuicio de otras contribuciones que nuestros amigos benefactores nos puedan brindar, Pro-Derecho ha considerado oportuno que cada butaca del auditorio sea un testimonio del esfuerzo y del apoyo de sus colaboradores.

Por ello se ha establecido un mecanismo mediante el cual existan donaciones para la "compra" de las 350 butacas.

En reconocimiento del presente esfuerzo, el nombre de cada donante aparecerá simbólicamente en las propias butacas del auditorio.

El valor de cada butaca es el siguiente:

<i>Butaca "Sección A"</i>	<i>US\$ 500.00</i>
<i>Butaca "Sección B"</i>	<i>US\$ 350.00</i>
<i>Butaca "Sección C"</i>	<i>US\$ 200.00</i>

Embargo de bienes de extranjeros en los Estados Unidos

Mark A. Cymrot, Thomas O. Gorman y Teresa A. Scott*

INTRODUCCION

Hoy en día, muchos países deben todavía afrontar la amenaza de ser demandados por asuntos relativos a sus políticas de deuda externa. Una serie de acciones judiciales interpuestas por acreedores en contra de los gobiernos, bancos centrales o entidades públicas de Costa Rica, Jamaica, Guatemala, El Congo y otros países han sido litigadas en las cortes norteamericanas. Estas acciones judiciales constituyen una amenaza a la estrategia diseñada por un país con respecto a su deuda externa si es que el acreedor embarga o distorsiona el comercio del país demandado.

El presente artículo examina uno de los aspectos de esta amenaza potencial, es decir, las acciones de embargo que disponen los acreedores en los Estados Unidos. Este trabajo a su vez, analiza las normas que regulan los embargos, así como también las protecciones especiales contenidas en la Foreign Sovereign Immunities Act en favor de los Estados extranjeros, entidades estatales y bancos centrales.

I. PROCEDIMIENTOS DE EMBARGO

Un embargo es la incautación de la propiedad a través de las cortes de los Estados Unidos, con el propósito de asegurar bienes que puedan satisfacer el interés pecuniario declarado en una sentencia. Una orden de embargo puede ser expedida en cualquier momento después que la demanda haya sido interpuesta, ya sea antes ("prejudgment") o después ("postjudgment") de la sentencia. Si el embargo se

materializa, los demandados pueden encontrar congeladas sus propiedades, cuentas bancarias, propiedad inmueble, transporte de carga comercial, así como ver paralizadas numerosas operaciones comerciales de carácter internacional.

La propiedad objeto de embargo incluye a todos los bienes de la compañía extranjera que no estén protegidos por la FSIA. Por ejemplo, si un demandado extranjero es propietario de bienes que han sido enviados a los Estados Unidos, éstos pueden ser embargados. Si el pago es debido por un comprador en los Estados Unidos, el derecho a recibir dicho pago puede ser embargado.

La base o el procedimiento para trabar un embargo está regulado por la ley del Estado donde se encuentran ubicados los bienes. Por ejemplo, de acuerdo con la ley de Nueva York, el embargo se perfecciona cuando se presenta el recurso para una orden de embargo. El acreedor no está obligado a notificar al deudor sobre este recurso. En vista que el deudor puede no ser notificado, es posible que la corte no esté al tanto de las posibles defensas hasta después que se haya ejecutado el embargo.

A fin de obtener la orden de embargo, el demandante por lo general debe demostrar lo siguiente: a) que está solicitando daños monetarios, b) que el demandado no es residente, o que éste haya retirado o esté listo para retirar bienes fuera de la jurisdicción a fin de defraudar a sus acreedores, c) que probablemente tendrá éxito en los méritos de la demanda y d) que el monto materia del embargo exceda todas las reconveniones interpuestas al demandante. Estos

* Los doctores Cymrot y Gorman son socios de Cole Corette & Abrutyn, Estudio de Abogados y Corporación Profesional ubicada en Washington, D.C., la cual representa a la República del Perú en las acciones judiciales recientemente interpuestas por bancos comerciales en cuatro países. Los autores se especializan en representar a extranjeros en disputas comerciales de carácter internacional y nacional. Recientemente, los doctores Cymrot y Gorman lograron que un jurado emitiese un veredicto de US \$197.1 millones por concepto de daños en el caso de *Minpeco S.A. v. Nelson Bunker Hunt et al.*, probando con ello, que los demandados habían manipulado los precios de la plata en 1979 y 1980. Teresa A. Scott es una asociada en el Estudio de Abogados.

requisitos son típicos en las legislaciones de muchos Estados de los Estados Unidos.

Muchos Estados de los Estados Unidos también requieren que los acreedores que solicitan trabar embargos antes de la sentencia otorguen una garantía, por lo general en la forma de un bono, cuyo monto es usualmente fijado por la corte. En el caso que la sentencia se declare infundada o que la corte posteriormente determine que el embargo fue erróneo, el deudor puede solicitar a la corte la reparación de los daños, incluyendo el reembolso de una cantidad razonable por honorarios profesionales. Los fondos para pagar los daños pueden provenir del bono efectuado por el acreedor. Este requisito no constituye un incentivo financiero para el acreedor que solicita el embargo.

Si el demandado busca dejar sin efecto el embargo, el demandante tiene la carga de la prueba de demostrar la base para el embargo, la necesidad de continuar con el mismo y la probabilidad que el demandante pueda salir victorioso en el litigio. Este procedimiento obliga al demandante a demostrar ante la corte su derecho a continuar con el embargo.

El embargo puede también ser levantado si el demandado entrega una garantía para pagar cualquier fallo que pueda ser dado en favor del demandante. Usualmente, esto también requiere del otorgamiento de un bono por el monto de los daños solicitados por el demandante. Si el demandado escoge este camino, éste asegura que los bienes en los Estados Unidos estén libres para su uso normal durante el tiempo que la demanda se encuentre pendiente. No obstante, cuando el demandado extranjero es insolvente, un bono satisfará al acreedor recalcitrante que presentó la demanda al proveerle a dicho acreedor una fuente de pago si es que éste obtiene una sentencia favorable. Los acreedores menos agresivos que no han interpuesto acciones judiciales pueden no recibir el pago tan prontamente.

A fin de analizar el riesgo de un embargo, un país debe revisar la naturaleza de sus activos en los Estados Unidos así como la estructura de sus operaciones con compañías norteamericanas. Una consideración clave en esta revisión es tomar en cuenta la Foreign Sovereign Immunities Act, la cual limita los bienes que pueden estar sujetos a embargo bajo las leyes estatales de embargo de los Estados Unidos.

II. FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT

La Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA o "Ley") señala que los Estados extranjeros y sus entidades son inmunes de ser demandados en las cortes de los Estados Unidos, excepto si las actividades del

Estado extranjero se encuentran comprendidas dentro de una de las excepciones establecidas en la Ley. Los requisitos de la Ley limitan el ámbito tan amplio de las leyes estatales de embargos de los Estados Unidos.

A. Cómo calificar para la Inmunidad de la FSIA

Para gozar de la protección de la FSIA, el demandado extranjero debe primero demostrar que se encuentra dentro de la definición legal de "Estado extranjero". Generalmente, la FSIA define el concepto de "Estado extranjero" como un gobierno extranjero o una agencia o entidad de gobierno. Una agencia o entidad de un Estado extranjero "puede asumir una variedad de formas, incluyendo la de una corporación comercial del Estado, una empresa minera, una compañía de transporte ya sea, marítima o aérea, una compañía de acero, un banco central, una asociación de exportadores, una agencia gubernamental de adquisiciones, o un departamento o ministerio que actúa en nombre propio y que a su vez puede ser demandado bajo su nombre propio."¹

B. Excepciones a la Inmunidad Soberana

Mientras que los Estados extranjeros, por lo general, gozan de inmunidad de ser demandados, la FSIA contiene una serie de excepciones a esta inmunidad general. En el ámbito de la deuda externa existen dos excepciones muy importantes: (1) la excepción a las actividades comerciales y (2) la renuncia a la inmunidad soberana.

1. Actividad Soberana vs. Comercial

Generalmente, los Estados extranjeros y sus entidades son inmunes de ser demandados cuando ejecutan actividades "soberanas". No obstante, éstos se encuentran sujetos a la posibilidad de ser demandados por sus actividades "comerciales". Si la actividad de un Estado extranjero es catalogada como comercial, éste no goza de inmunidad contra acciones judiciales por reclamos provenientes de tal actividad. Por lo tanto, la distinción entre actividad soberana y comercial es decisiva en el esquema de inmunidad contenido en la FSIA.

La distinción entre actividades soberanas y comerciales no ha sido claramente definida en la legislación norteamericana. Si una actividad es soberana o comercial, en primera instancia se determina considerando la *naturaleza* de la actividad y no el propósito de la misma. Bajo el examen de la "persona privada", el cual es utilizado con frecuencia, si la actividad es una que la persona privada puede realizar entonces la actividad es comercial y no está sujeta a inmunidad.

1. H.R. Rep. #1487, 94th Cong. 2nd Session 15-16.

Por ejemplo, cuando el gobierno de Nigeria incumplió con pagar por la compra de cemento, las partes norteamericanas alegaron en la corte que Nigeria había incumplido el contrato. Nigeria, por otro lado, sostuvo que en vista que el cemento fue adquirido para construir carreteras, barracas del ejército y otros fines similares, la FSIA protegía con inmunidad a Nigeria así como también a su banco central de ser demandados en los Estados Unidos. Las cortes de los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo, encontrando que Nigeria simplemente suscribió contratos privados para la compra de bienes, los cuales constituían operaciones que no eran propias de Estados soberanos. La naturaleza comercial de la actividad no varió no obstante que el cemento sería utilizado para un propósito soberano.

En contraste, actividades que son propias de un soberano están protegidas bajo la FSIA. Las cortes norteamericanas han considerado como actividades soberanas, la nacionalización de la propiedad ubicada en un Estado extranjero, la regulación de los recursos naturales de un país, la participación en programas de asistencia extranjera, entrenamiento de personal militar y el mantenimiento de oficinas diplomáticas.

2. Renuncia a la Inmunidad Soberana

Los Estados extranjeros son libres de renunciar a su inmunidad de ser demandados. A pesar que un Estado extranjero puede realizar actividades estrictamente soberanas éste puede renunciar implícita o expresamente a su inmunidad. La mayoría de cláusulas en los préstamos comerciales contienen lenguaje de renuncia, lo que permite a los bancos demandar en los Estados Unidos. Debe tomarse en cuenta que la suscripción de un contrato de por sí, no constituye una renuncia a dicha inmunidad.

C. Las normas de embargo contenidas en la FSIA

Aún cuando un Estado extranjero fuera demandado en los Estados Unidos, la FSIA limita los bienes que pueden ser embargados. La FSIA otorga inmunidad absoluta contra el embargo trabado antes o después de la sentencia respecto de los bienes del soberano, mientras que los bienes comerciales del mismo pueden ser embargados.

1. Bienes Soberanos vs. Comerciales

Nuevamente, la distinción entre bienes soberanos y comerciales no está claramente definida en la legislación norteamericana. Por ejemplo, embajadas y cancellerías, generalmente no están sujetas a embargo. De esta manera, cuando un acreedor solicitó embargar el edificio usado exclusivamente para vivienda de los miembros de la misión de la República Democrática Alemana y sus familias, una corte en los Estados Unidos sostuvo que esa propiedad era inmune de embargo. Igualmente, fondos desembolsados

a un Estado extranjero por organizaciones internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial se encuentran, a su vez, protegidos.

2. Cuentas Mixtas

Los Estados extranjeros y sus entidades arriesgan perder la inmunidad que les confiere la FSIA cuando mezclan bienes comerciales con soberanos. A pesar que los bienes de propiedad de las embajadas no están generalmente sujetos a embargo, una corte federal en el Distrito de Columbia sostuvo que la cuenta bancaria de la Embajada de Tanzania no estaba inmune de embargo porque no era utilizada exclusivamente para propósitos de carácter público. Esta cuenta era usada para pagar los salarios del personal de la embajada, así como para pagar las compras y servicios necesarios e incidentales de las operaciones de la embajada, los cuales sostuvo la corte, eran de naturaleza comercial.

Sin embargo, otra corte rehusó permitir el embargo de la cuenta bancaria de la Embajada de Liberia. La corte determinó que los fondos utilizados para actividades comerciales eran sólo "incidentales" o "auxiliares" al carácter esencial de la cuenta. Dadas estas decisiones opuestas, los Estados extranjeros deben asegurar que los bienes utilizados para actividades gubernamentales se encuentren separados de aquellos utilizados para actividades comerciales.

3. Reglas de Embargos Antes y Después de la Sentencia

Reconociendo los efectos devastadores que los embargos pueden tener sobre un Estado extranjero, la FSIA generalmente no permite los embargos antes de la sentencia aún cuando los bienes sean comerciales. La FSIA permite embargos antes de la sentencia contra los bienes comerciales de un Estado extranjero, sólo si el Estado extranjero ha renunciado explícitamente a su inmunidad contra dicho embargo y el propósito del embargo es solamente asegurar la ejecución de un fallo esperado. El embargo no puede ser utilizado a efectos de obtener jurisdicción sobre un Estado extranjero. La misma regla se aplica para las entidades de propiedad del Estado.

Las reglas del embargo a ser trabado después de la sentencia son más liberales que las reglas del embargo a ser trabado antes de la sentencia. El embargo después de la sentencia está permitido sobre los bienes comerciales no sólo cuando el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad sino también cuando la propiedad ha sido utilizada para una actividad comercial en la que se basa la demanda.

Para los bancos y compañías de propiedad del Estado, la regla de embargos después de la sentencia es aún más amplia. Esta clase de embargo puede ser ejecutado contra cualquier activo de esas entida-

des que haya sido utilizado para propósitos comerciales. No está limitado a bienes comerciales que ocasionaron el reclamo en la demanda. Así, si el agente comprador de propiedad del Estado extranjero tiene una oficina en los Estados Unidos, las cuentas bancarias de esa oficina pueden ser embargadas a fin de satisfacer el fallo judicial que surgiera por cualquier operación comercial de la compañía.

D. Bancos Centrales

La distorsión inherente al procedimiento de embargo se multiplica e intensifica cuando la parte extranjera es un Banco Central. Los Estados Unidos han reconocido que la disponibilidad de trabar embargos después de la sentencia contra fondos del banco central pueden ser dañinos tanto para el país deudor así como para el sistema bancario de los Estados Unidos. Anthony M. Solomon, mientras estuvo a cargo de la presidencia del Banco Federal de Reserva de Nueva York sostuvo que:

Si a los bancos centrales extranjeros les llegara la preocupación de que sus bienes en los Estados Unidos se encuentran sujetos a embargo por litigantes privados, podrían retirar sus activos en dólares de este país desestabilizando por tanto el dólar y el sistema monetario internacional²

El Congreso de los Estados Unidos ha reconocido esta amenaza potencial a la economía de los Estados Unidos, al otorgar una protección adicional a los bancos centrales contra embargos. La FSIA expresamente menciona que los fondos de los bancos centrales son inmunes contra embargos y ejecución, si es que los fondos son mantenidos para la **propia cuenta** del banco central salvo que el banco central o su gobierno extranjero haya renunciado a su inmunidad contra el **"embargo en ayuda para la ejecución de sentencia o de ejecución."**

Dos interrogantes surgen al determinar la inmunidad de las cuentas de los bancos centrales: si los fondos son mantenidos para la propia cuenta del banco central y si los fondos del banco central son absolutamente inmunes contra embargos antes de la sentencia.

1. Fondos Propios de un Banco Central

La interrogante de si un activo es mantenido para la propia cuenta del banco central es fundamental para determinar que tipo de inmunidades contra embargos goza un banco central. Si los fondos en una cuenta del banco central son mantenidos para propósitos comerciales (en contraposición a los fondos

mantenidos para su propia cuenta), éstos no están sujetos a la protección especial que la FSIA confiere a los bancos centrales. Por el contrario, los fondos pueden ser embargados bajo las mismas circunstancias que los bienes comerciales de los Estados.

El Congreso en sus audiencias sobre la FSIA pronunció la interrogante de si los fondos eran mantenidos para una cuenta propia de los bancos centrales. En estas audiencias, el Congreso indicó que los fondos utilizados para financiar operaciones comerciales de otros no calificarían como fondos del banco central. Por ende, los fondos depositados en un banco de los Estados Unidos como una facilidad de pago para otras agencias gubernamentales podrían constituir fondos comerciales en vez de fondos del banco central.

Hasta la fecha, pocas cortes han opinado si un activo de un banco central constituye un bien comercial. Hoy en día al analizar un embargo, las cortes toman en consideración el carácter particular de los fondos que han sido embargados.

Por ejemplo, en un caso, una compañía suiza presentó una demanda por varios pagarés impagos que el Banco Central de Guatemala había garantizado y obtuvo una orden de embargo contra las cuentas de dicho Banco Central en Nueva York. El Banco Central accionó para levantar el embargo argumentando que los fondos que habían sido embargados eran mantenidos para la cuenta propia del Banco Central y que estos fondos no estaban avalando las garantías. A pesar que el Banco Central había otorgado una garantía sobre una operación comercial, la corte levantó el embargo, indicando que los fondos particulares mantenidos en los Estados Unidos no estaban siendo utilizados para propósitos comerciales sino que eran mantenidos solamente para la propia cuenta del Banco Central.

Otra corte sostuvo que cuando un banco central otorga cartas de crédito, éste podría participar en actividades comerciales, lo cual no permitiría una decisión que los fondos utilizados para avalar la carta de crédito sean inmunes de embargo. Adicionalmente, si los fondos de los bancos centrales son utilizados para propósitos mixtos, la cuenta en su totalidad podría perder la inmunidad.

Por lo tanto, los bancos centrales deben actuar con cautela a fin de evitar que sus fondos sean clasificados como comerciales. De ser así, una renuncia a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia podría exponer a todo el sistema bancario del soberano al desastre potencial de un embargo.

2. Inmunidad Absoluta Contra Embargos Antes de la Sentencia

2. Banco Compafina vs. Banco de Guatemala, 583 F. Supp. 320, 321 (S.D.N.Y. 1984).

La segunda cuestión es si el banco central puede renunciar a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia. Los escolásticos están en desacuerdo sobre si la omisión del Congreso en la sección de inmunidad de Bancos Centrales respecto de embargos antes de la sentencia fue inadvertida o adrede. Algunos comentaristas han argumentado que el Congreso buscó proteger los fondos de los bancos centrales del drástico proceso de trabar embargos antes de la sentencia porque el Congreso reconocía la importancia de los fondos de bancos centrales en la economía de los Estados Unidos. Otros, han argumentado que no hay ninguna razón de por qué un banco central debe estar prohibido de renunciar a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia, ya que los bancos centrales están libres de renunciar a su inmunidad contra el embargo después de la sentencia de acuerdo con otras secciones de la FSIA.

Una corte distrital ha adoptado la posición de aquéllos que apoyan la inmunidad absoluta. Esta corte concluyó que la FSIA no permite a los bancos centrales renunciar a su inmunidad contra el embargo antes de la sentencia. No obstante, la decisión de una corte distrital en los Estados Unidos no posee una base sólida para concluir que los bancos centrales gocen de inmunidad absoluta contra el embargo antes de la sentencia. Esto significa que éstos no pueden renunciar a su inmunidad contra dicho tipo de embargo. No obstante lo expuesto, en la ausencia de inmunidad absoluta los bancos centrales continúan gozando de inmunidad contra el embargo antes de la

sentencia mientras no exista una renuncia **expresa** a la inmunidad.

CONCLUSION

Generalmente, el embargo es una medida drástica. Sin embargo, constituye una verdadera amenaza en el ámbito de la deuda externa. Muchas cortes estatales permiten los embargos de bienes de los no residentes a fin de asegurar que los bienes estén disponibles cuando se expida la sentencia.

La Foreign Sovereign Immunities Act limita el poder de las cortes de ordenar embargos. Generalmente, los Estados extranjeros son inmunes a ser demandados. Sin embargo, la FSIA permite que se interpongan demandas contra los Estados extranjeros cuando éstos han realizado una actividad comercial o renunciado a su inmunidad soberana. Cuando es permitido interponer una acción judicial, el poder de las cortes de ordenar un embargo se limita a los bienes comerciales de los Estados extranjeros. Los bienes de los Bancos Centrales están aún más protegidos.

Un cuidadoso análisis de la clase de bienes que los Estados extranjeros mantienen en los Estados Unidos así como de la estructura de sus operaciones en dicho país determinará el grado de riesgo del embargo.

Febrero 21, 1991

EICA CONSULTORES

Ingenieros de Proyectos

República de Chile 388, 8° piso.

Los Buenos Oficios y la Mediación...

Algunas precisiones

Fernando Pardo Segovia.

Alumno del 8vo ciclo. Jefe de prácticas del curso de Derecho Internacional Público.

INTRODUCCION

En el ámbito del estudio del Derecho Internacional Público, la temática de la solución pacífica de controversias ha sido ampliamente debatida y abordada tanto en el marco de los distintos foros y Conferencias Internacionales como en la obra de los publicistas. En efecto, el desarrollo de su tratamiento es un claro reflejo de la importancia que tal institución ha ido cobrando con el paso de los años. El arreglo pacífico de los conflictos es visto en la actualidad como la contrapartida de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, tal como lo señala la Carta de las Naciones Unidas en el párrafo tercero del artículo segundo, así como la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta Resolución recoge una regla conocida como "Libertad de elección de los medios", es decir que los Estados para llegar a un arreglo determinado, convendrán en utilizar los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia sin que estén obligados a utilizar tal o cual medio concreto de solución pacífica¹.

De este modo, encontramos como medios pacíficos de solución de conflictos internacionales a los jurisdiccionales y a los no jurisdiccionales. Estos últimos nos interesan en particular dado que los buenos oficios y la mediación se incluyen dentro de este rubro.

Los medios no jurisdiccionales (también denominados "diplomáticos"), buscan armonizar las pretensiones de las partes teniendo en cuenta consideraciones políticas, de equidad, y de derecho internacional público. Pero más allá de esto, es significativo que la

solución propuesta no es obligatoria de acatarse por las partes en conflicto.

El presente trabajo intentará tan sólo establecer un marco conceptual de tratamiento de los buenos oficios y la mediación, definiéndolos en un primer momento para luego proceder a compararlos entre sí.

TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LOS BUENOS OFICIOS Y LA MEDIACION

Con el transcurso de los años, y principalmente desde mediados del siglo pasado, los distintos medios de solución pacífica de controversias internacionales fueron recogidos en el texto de tratados sobre la materia. Ello también ocurrió con los procedimientos de los buenos oficios y mediación, que fueron incluidos en el Tratado de París del 30 de marzo de 1856 y el XXIII Protocolo del Congreso de París del 14 de abril del mismo año.

Para efectos didácticos, mencionaremos los principales instrumentos internacionales que trataron tales medios de solución, indicando novedades en relación a documentos anteriores.

Jorge Peirano Basso² enumera las siguientes convenciones y tratados:

- El Tratado de París del 30 de marzo de 1856 y el XXIII Protocolo del Congreso de París del 14 de abril de 1856.

- El Acta General de Berlín del 25 de febrero de 1885.

- La Primera Conferencia Internacional de la Haya de 1899.

1. PEIRANO, Jorge. Buenos Oficios y Mediación, Montevideo, Ediciones IDEA, 1983, p. 23.

2. PEIRANO, Jorge. Op. cit., p. 26.

- La Segunda Conferencia Internacional de la Haya de 1907: Convención del 18 de octubre de 1907, (arts. 3 y 4).

- Las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre la protección de víctimas de guerra: art. 11 (I-II-III) y art. 12 (IV). Sólo se refiere a los buenos oficios.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la ONU del 16 de diciembre de 1966. (art. 41); sólo se refiere a buenos oficios.

- Primer Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Conferencia del 8 de junio de 1977.

- Carta de las NNUU. (art. 33)

- Carta de la O.U.A. (art. 3, N.4)

- Protocolo de Mediación, Conciliación y Arbitraje de O.U.A. del 21 de julio de 1964 (arts. 20 y 21).

- Pacto de la Liga Árabe.

- Antecedentes del Pacto de Bogotá de 1948: los Pactos Gondra sobre soluciones pacíficas emanados de la Quinta Conferencia Ordinaria Interamericana de Santiago de Chile de 1923 y los Tratados sobre mantenimiento y restablecimiento de la paz, prevención de controversias, buenos oficios, mediación.

- Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).

En 1856, 1885 y en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 se intentó imponer la mediación como un procedimiento obligatorio³.

De un lado, en el Tratado de París del 30 de marzo de 1856 se hablaba de una mediación previa por parte de los Estados signatarios del documento, con el fin de resolver los conflictos que pudieran surgir entre Turquía y alguna de las Potencias europeas⁴.

Policarpo Callejas⁵, comentando la Conferencia de dicho año, y tomando en consideración a Manuel J. Sierra explica que "...los Estados signatarios se comprometían a admitir los buenos oficios de una potencia amiga en caso de conflicto, que usaría de su influencia moral para obligarlos a negociar a fin de llegar a un acuerdo o a reanudar las negociaciones cuando éstas solamente se hallen interrumpidas...".

En el Acta General de Berlín, se señala en el art. 2, que los Estados signatarios se comprometerían a recurrir a la mediación de un tercer Estado o de varios de ellos en caso de grave disenso surgido entre ellos acerca de territorios comprendidos en la cuenca convencional del Congo⁶.

En las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, y siguiendo a Manuel J. Sierra, citado por Callejas: "...se aprobó un conjunto de reglas para la aplicación de los buenos oficios y de la mediación. (...) las partes en conflicto deben recurrir a la mediación de un país amigo; se declara también útil y deseable que éste intervenga aun sin requerimiento expreso y sin que su actitud pueda considerarse como un acto inamistoso⁷".

La Conferencia Panamericana de Buenos Aires de 1936 estableció en el convenio de 23 de diciembre del mismo año, la posibilidad de mediación llevada a cabo por un ciudadano eminente, escogido de una lista formada previamente, la cual incluiría distintas personas designadas por las repúblicas americanas (dos ciudadanos por cada una de dichas repúblicas⁸).

Posteriormente, la Carta de las NNUU estableció en el numeral 1 del art. 33 que "Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales tratarían de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

La Carta de la OEA enumera en el art. 24 los procedimientos pacíficos, entre los que se incluye a la

3. HALAJCZUK, B; DOMINGUEZ, M. Derecho internacional público, Buenos Aires, EDIAR, 1978, p. 467.

4. ROUSSEAU, Charles. Derecho internacional público, Barcelona, Editorial Ariel, 1966, pp. 487-488.

5. CALLEJAS, Policarpo. La mediación como procedimiento de solución pacífica de controversias internacionales. En: Curso de Derecho Internacional. IX curso organizado bajo el patrocinio del Comité Jurídico Interamericano, Washington D.C., Ediciones Jurídicas de las Américas, 1983, p. 152.

6. ROUSSEAU, Charles. Op. cit., p. 487.

7. CALLEJAS, Policarpo, Op. cit., p. 152.

8. ROUSSEAU, Charles. Op. cit., p. 488.

mediación y los buenos oficios, añadiendo además "...los que acuerden en cualquier momento las Partes". En dicho instrumento constitutivo se señala una particularidad adicional en el art. 23: "Todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas".

En el Pacto de Bogotá de 1948 también se establecen los medios adecuados para resolver las controversias, y se determinan los procedimientos pertinentes a cada una de ellas.

LOS BUENOS OFICIOS Y LA MEDIACION. CONCEPTO

Un problema no resuelto hasta el presente, y que se hace patente de la lectura de los textos de los internacionalistas así como de los distintos instrumentos internacionales, se refiere a la confusión conceptual entre los buenos oficios y la mediación. El problema ya existía desde el siglo pasado. Andrés Bello en 1873 señalaba que "En la mediación, un amigo común interpone sus buenos oficios para facilitar la avenencia"⁹. Agustín Aspiazú en 1872 decía que "Mediación es la intervención de un amigo común para facilitar la avenencia á mérito de sus buenos oficios"¹⁰.

En época reciente, y retomando a Manuel J. Sierra, Policarpo Callejas observaba que todo lo expresado por aquél respecto a los buenos oficios, aparecía cuando se refería al tema de la mediación¹¹.

Del mismo modo, el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas no se refiere a los buenos oficios, sino tan sólo a la mediación, hecho que reafirma no solamente la confusión conceptual existente entre ambos medios de solución, sino también la similitud entre ellos. Empero, por interpretación del artículo en

mención se permite la gestión de los buenos oficios a pesar de no señalarse tal posibilidad expresamente, pues "Las Partes en una controversia (...) tratarán de buscarle solución (...) mediante (...) el recurso a (...) otros medios pacíficos de su elección". Es decir, la Carta de las Naciones Unidas deja entender que existen o se pueden crear otros medios de solución pacífica más allá de los enumerados por el art. 33. Ello es así porque ante todo "Es bien sabido que en una comunidad jurídica organizada, las grandes metas que se persiguen son fundamentalmente el mantenimiento de la paz y el desarrollo económico-social de los países"¹².

Cuando se habla de las diferencias existentes entre los buenos oficios y la mediación, lo primero que se dice, y casi a manera de cliché, es que, "Entre los buenos oficios y la mediación hay una diferencia de grado..."¹³. En este sentido no se está muy lejos de la verdad, pues es bastante frecuente que una gestión iniciada como de buenos oficios termine en una mediación si así lo exigen o lo hacen propicio las circunstancias¹⁴.

Todo lo expresado hasta el momento en referencia a la confusión entre los buenos oficios y la mediación ha originado en muchas oportunidades la no solución de tensiones entre las partes en conflicto, bien porque éstas han entendido que la gestión de un tercero era de buenos oficios cuando en realidad se trataba de una mediación, o viceversa¹⁵, o por la interposición de medios de solución no reconocidos por el Derecho de la época, lo que originaba que cada una de las partes, según sus intereses, manifestaba estar ante la presencia de una gestión de buenos oficios o de mediación¹⁶.

Los buenos oficios y la mediación existen desde los orígenes del derecho internacional; sin embargo, a pesar de una coincidencia cronológica en el origen de ambos medios de solución, existen diferencias conceptuales que valdría la pena establecer.

9. BELLO, Andrés. Principios de Derecho Internacional, París, Imprenta de Pablo Dupont y Cia, 1873, pp. 141-142.
10. ASPIAZU, Agustín. Dogmas de Derecho Internacional, Nueva York, Imprenta de Hallet & Breen, 1872, pp. 139-140.
11. CALLEJAS, Policarpo. Op. cit., p. 152.
12. LEORO FRANCO, Galo. Problema de la solución pacífica de controversias en el contexto interamericano. En: Curso de Derecho Internacional, Washington D.C, p. 211.
13. PODESTA COSTA, L.A. Derecho Internacional Público, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, p. 9.
14. MORENO QUINTANA, Lucio. Tratado de Derecho Internacional, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1963, p. 321.
15. Acerca de lo expresado, es interesante el hecho mencionado por GONZALES-HONTORIA Y FERNANDEZ LADREDA, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Público, Madrid, pp. 12-13.
16. Sobre el particular, merece la pena leer a ULLOA, Alberto. Posición Internacional del Perú, Lima, Editorial Atlántida, 1977, pp. 385-394.

En el caso de los buenos oficios, la finalidad es poner en contacto a las partes que se encuentran distanciadas, facilitando su acercamiento para hacer viables las negociaciones directas, sin que por ello el tercero participe en éstas. En cambio, la gestión de mediación va más allá que la de los buenos oficios, pues se trata de un tercero que "...colabora activamente en las negociaciones, sirviendo de intermediario a fin de allanar dificultades, sugiriendo a las partes, de modo confidencial y sin que sea necesaria formalidad escrita, cuantas fórmulas puedan servir de base para un posible arreglo amistoso"¹⁷.

En los buenos oficios el tercero busca el acercamiento de las partes para que luego ellas solucionen el conflicto por su propios medios. En la mediación, el mediador propone dichos medios, los que serán aceptados por las partes si así lo creen conveniente. Tal como fue señalado por el Dr. Bustamante y Rivero: "El mediador no es un juez. Jamás pronuncia fallos. Su papel es recomendar, sugerir, hacer atisbar la verdad; hacer amar la justicia para que las partes la adopten. El mediador no manda, inspira; limpia el camino de malezas para hacer más visible el Derecho. Deja que los contendores dicten por sí mismos su decisión para que tengan su parte en la satisfacción del éxito. El éxito es la conciliación"¹⁸.

Por ello, no nos convence la opinión de Manuel J. Sierra al decir que la potencia amiga usaría de su "influencia moral" para "obligar" a negociar a fin de llegar a un acuerdo, dado que tal afirmación no es conforme a los caracteres básicos de la institución, pues no estamos ante la presencia de medios jurisdiccionales cuyas decisiones habrán de acatarse obligatoriamente; en nuestro caso la gestión del tercero jamás irá más allá de una sugerencia como en la mediación. En esta hipótesis la aceptación de la gestión de un tercero, no los obliga de modo alguno a acatar sus propuestas.

Cuando comentábamos lo prescrito en el Acta General de Berlín, manifestamos que "Los Estados signatarios se comprometían a recurrir a la mediación de un tercer Estado o de varios de ellos en caso de grave disenso surgido entre ellos...". Esto nos hace pensar que la oportunidad para la aparición de un tercero debe darse cuando las tensiones entre las partes adquieran tales proporciones que puedan finalmente involucrar los intereses de la comunidad inter-

nacional. Ofrecer la gestión de buenos oficios o mediación antes que se evidencie tal situación no podría dejar entrever que el tercero estaría violando el principio de soberanía de los Estados que se encontraran en disputa, lo que muy bien podría ser considerado como un acto inamistoso.

Sin embargo, y como bien lo señala Ferrero Costa¹⁹, "...el proceso de intermediación de un tercero debe aparecer antes que las partes en el conflicto hayan estado en aptitud de tomar pasos permanentes sin que puedan dar marcha atrás, alterando la situación en desventaja de una de las partes, o antes que haga la posición de una de las partes tan fuerte que deja de tener un real interés en verse envuelta en una negociación, con o sin la ayuda del mediador".

En las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 se indicó que resulta útil y deseable que el tercero intervenga sin requerimiento expreso y sin que su actitud pueda considerarse como acto inamistoso. En efecto, las gestiones de mediación o de buenos oficios no sólo podrán ser solicitadas por las partes en disputa, sino también ofrecidas por un tercero (o terceros) interesados en poner término a un conflicto. La razón de esta norma encontraría su base en que una de las partes pudiera encontrarse en una situación ampliamente ventajosa en relación a la otra, por lo que no le sería de interés encontrar solución al conflicto, y por ende, nunca solicitaría la gestión de un tercero para intentar concluirlo²⁰.

Se dice que la interposición de la gestión de buenos oficios o mediación no se considerará como un acto inamistoso. Nos parece que no se trata de un principio absoluto; especialmente si este tercero intenta con su mala fe o intereses ocultos, vulnerar la soberanía de dichos Estados, o lo que también es muy grave, proponer soluciones sumamente gravosas para alguna de las partes.

El tercero o terceros intervinientes podrán ser un Estado o un grupo de ellos; organizaciones internacionales (incluidas las no gubernamentales tales como la Cruz Roja) o individuos eminentes. Como ejemplo de este último caso encontramos la exitosa mediación del Dr. Bustamante y Rivero que puso término al conflicto entre Honduras y El Salvador.

Estas son algunas de las características de los buenos oficios y de la mediación. Como se aprecia,

17. PODESTA COSTA, L. A. Op. cit., p. 9.

18. BUSTAMANTE Y RIVERO, José. Suscripción del Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras. Discurso del Señor Mediador, Doctor José Luis Bustamante y Rivero. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, Lima, Tomo XXXII (octubre-diciembre 1980), N. 78, pp.7.

19. FERRERO COSTA, Eduardo. La Mediación: Teoría y Práctica. En: Derecho, N.41. pp. 38-39.

20. MOZO, Juan Manuel. Tratado Elemental de Derecho de Gentes y Marítimo Internacional, Madrid, Establecimiento Tipográfico de A. Auriol, 1898, pp. 215-216. Léase lo relativo a la guerra de 1870 entre Alemania y Francia.

muchas de ellas no son absolutas. Sin embargo, y a pesar de los problemas que pudieran derivarse de la aplicación de dichos medios de solución, creemos que este tipo de procedimientos refleja de modo más transparente el interés de las partes en solucionar sus diferencias por una vía pacífica, pues al no encontrarse obligadas por las propuestas del mediador o la influencia del que interpone sus buenos oficios, podrían dejar de respetarlas cuando lo creyesen conveniente. Por ello, la interposición de una gestión de mediación o de buenos oficios aceptada por las partes, y cuando aquéllas logran los objetivos deseados, haría más patente la voluntad que tenían éstas en solucionar sus disputas de acuerdo a los preceptos recogidos por los distintos instrumentos internacionales y principios del *jus cogens*.

Debemos enfatizar que la comunidad internacional tal como existe en el presente, trata de interrelacionarse cada vez más, y hoy más que antes, lo que ocurre en un extremo del globo repercute en el otro. Ello, puede dar lugar al nacimiento de conflictos regionales o globales o a la posibilidad de acrecentamiento de tensiones que signifiquen una amenaza a la paz o seguridad internacional. Es a consecuencia de esto que el estudio del arreglo pacífico de controversias adquiere una actualidad inusitada, y más aún el de los medios no jurisdiccionales de arreglo de conflictos (especialmente los buenos oficios y la mediación), que casi siempre son el primer paso en el intento de solución de los conflictos internacionales, principalmente cuando las negociaciones directas han sido suspendidas.

Lima, Mayo de 1991.

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.

¿Es posible dictar una medida cautelar al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil?

Martín Mejorada Chauca

Alumno del 8vo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de Prácticas del Curso de Derechos Reales.

Mediante la Ley No. 25011 del 7 de febrero de 1989 se modificó el artículo 31 de la Ley No. 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). La modificación implicó el establecimiento expreso que de la solicitud de medida cautelar en el procedimiento de Amparo, esto es el pedido de suspensión del acto que dio origen al reclamo, debe correrse traslado por el término de la distancia, tramitarse como incidente en cuerda separada y que la resolución que dicte el Juez sería recurrible en doble efecto ante la instancia superior.

Curiosamente, a la modificación antes mencionada le sucedieron resoluciones de Jueces de primera instancia, e incluso resoluciones de la Corte Superior de Lima¹, que amparaban a solicitudes de medidas cautelares en procedimientos ordinarios sobre abuso del derecho, fundándose para ello en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil (C.C.) vigente. Pero surge la pregunta que nos motiva a investigar sobre el tema; ¿Puede el Poder Judicial dictar tales medidas en un procedimiento ordinario de abuso del derecho; ¿Contiene el Artículo II del Título Preliminar del C.C. de 1984, una medida cautelar?

Son estas y otras las preguntas cuyas respuestas intentaremos encontrar en las siguientes líneas.

I. La Medida Cautelar.-

Antes de introducirnos al tema central que nos motiva, es necesario realizar un análisis de lo que se entiende en la doctrina por medida cautelar.

La medida cautelar podría entenderse como un acto por el que, a petición de parte, el órgano jurisdiccional adelanta los efectos de un fallo definitivo, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede implicar la demora en la sentencia definitiva.

Generalmente este tipo de medidas son adoptadas por la autoridad judicial sin contradictoria, esto es, sin escuchar los argumentos de la otra parte. Consecuentemente, con el fin de evitar decisiones arbitrarias, la adopción de una medida cautelar debe reunir, al menos, tres requisitos²:

a) Apariencia del derecho invocado. Verosimilitud del derecho cuyo amparo se solicita, todo lo cual debe ser estimado por el Juez, persuadiéndose que el derecho cuya cautela se le solicita, existe en principio.

b) Peligro en la demora. La demora en la sentencia definitiva podría causar un daño irreparable al accionante y privarlo así de una tutela efectiva.

c) Contracautela. La expedición de una medida cautelar puede causar un daño ilegítimo a la otra parte, si al final del procedimiento judicial la demanda es declarada infundada. Por ello se exige que el solicitante garantice ese eventual resultado con cualquiera de los medios que prevee la ley, es decir, ya sea con garantías reales o garantías personales.

Existen una serie de clasificaciones de la medida cautelar. Una de ellas, importante para nuestro estu-

1. Por mencionar algunas; (i) Juicio Ordinario de nulidad de resolución y abuso del derecho seguido por Empresa de Transporte Aéreo del Perú S.A. (AEROPERU) con el Tribunal del Servicio Civil ante 12o. Juzgado Civil de Lima, Juez Dr. J. Rodríguez (ii) Juicio Ordinario de impugnación por Acuerdos y Abuso de Derecho, seguido por don José Leandro Reaño Cabrejos contra el Banco de Comercio y otros ante el 5to. Juzgado Civil de Lima. Sec. Loza. Juez José Espinoza C. Exp. 600-90, (iii) Juicio Ordinario sobre declaración de derecho seguido por el Banco de Crédito del Perú contra Inmobiliaria Santa Manuela S.A. ante el 19o. Juzgado Civil de Lima, Sec. Corraso, Juez César Cruz S.

2. MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Librería Studium Ediciones. Lima 1987.

dio, las divide en medidas cautelares innovativas y medidas cautelares de no innovar. Estas últimas son las que tienden a mantener una situación de hecho para evitar que los cambios de tal situación puedan influir en el resultado de un proceso judicial o en la ejecución de una sentencia. Es el caso por ejemplo del embargo preventivo.

La medida cautelar innovativa por el contrario "... tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la ingerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor"³.

Las medidas cautelares innovativas son particularmente excepcionales. Por ello, para que se les pueda dictar deben cumplirse ciertos requisitos, a nuestro modo de ver, esenciales: (i) debe estar expresamente prevista en el ordenamiento procesal; (ii) el demandado debe ser citado y escuchado⁴; y, (iii) es más importante en este tipo de medida cautelar la contracautela o garantía que debe prestar el solicitante, por los daños que pudiera causar la medida cautelar.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala Calamandrei, "...De la misma manera que el juez no podría, basándose solamente en el requisito del interés, pronunciar una condena con reserva fuera de los casos en que esta figura excepcional se halla prevista por la ley (...) así me parece que no puede bastar el interés para convertir en admisibles figuras de medidas cautelares desconocidas por nuestro derecho o para servirse de aquellas existentes en casos que nuestro derecho no prevé"⁵. En el mismo sentido dice Alsina refiriéndose a las medidas cautelares innovativas: "Tampoco se ha dejado librada su procedencia y oportunidad al criterio del Juez, sino que se las ha autorizado expresamente en cada caso, de donde resulta que por su carácter excepcional las disposiciones que a ellos se refieren son de interpretación restrictiva"⁶.

Un ejemplo sobre los caracteres y requisitos de la medida cautelar innovativa en nuestro ordenamiento, lo apreciamos en el artículo 31 de la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) al cual nos referimos anteriormente. Esta norma establece que a solicitud de parte, y en cualquier etapa del proceso, el Juez

puede disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo, por cuenta, costo y riesgo del solicitante. De la solicitud se corre traslado por el término de un día.

II. Las medidas cautelares en el Perú.-

En nuestro ordenamiento jurídico existen, **entre otras**, las siguientes medidas cautelares, todas ellas previstas y reguladas por ley.

a) El embargo preventivo (artículo 227 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles);

b) La anotación preventiva de la demanda (artículo 2019, inciso 7 del Código Civil);

c) La asignación provisional de alimentos (artículo 22 del D. Leg. No. 128);

d) La suspensión de trabajos en el interdicto de obra nueva (artículo 1022 del Código de Procedimientos Civiles);

e) La Ley General de Sociedades, establece en su artículo 148, que el Juez puede ordenar la suspensión de los acuerdos de Junta impugnados judicialmente; y

f) La medida cautelar regulada por el artículo 31 de la Ley 23506, a la que hemos hecho alusión antes.

Cada una de las medidas cautelares antes mencionadas tiene un procedimiento de expedición, **expresamente previsto en la ley**, por lo que debemos entender que se busca prevenir y limitar la posibilidad de que a través de medidas cautelares se dañe los intereses de la parte demandada.

Lo anterior significa que los Jueces deben proceder, al conceder medidas cautelares, en estricto cumplimiento de las normas que regulen la dación de determinada medida precautoria.

III. El Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.-

El artículo II en comentario señala que "La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda".

Esta norma establece como principio del ordenamiento civil peruano, la prohibición del abuso del derecho. No nos ocuparemos de esta institución, sino

3. PEYRANO, Jorge W. Medida Cautelar Innovativa citado por Monroy G. Op cit. pág. 61.

4. RAIMUDIN, Ricardo. "Prohibición de innovar como medida cautelar". Ed Astrea. Bs. As., 1979. pg. 55.

5. CALAMANDREI, Piero. "Introducción al Estudio Sistemático de los Procedimientos Cautelares". Ed. Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1945, pg. 68.

6. ALSINA, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar. Bs. As. 1962. pg. 454.

de la facultad que tiene la víctima para exigir judicialmente la adopción de medidas destinadas a evitar o suprimir el abuso.

El Artículo II no ha consignado un procedimiento específico para la acción por abuso del derecho, esto es, para solicitar la adopción de las medidas tendientes a evitar o suprimir el abuso, por lo que el procedimiento a seguir sería el del Juicio Ordinario, conforme lo establece el artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles.

Coincidimos con Marcial Rubio, en que una efectiva y justa aplicación del Artículo II del Título Preliminar del C.C. habría requerido una reforma procesal, que no se ha producido. Sostiene Rubio "que exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso, implicaría "... una reforma procesal pues una acción por abuso deberá ser tramitada por el procedimiento ordinario de acuerdo a las normas vigentes y, resulta innecesario decirlo, mediante esta vía es imposible lograr un oportuno evitamiento."⁷.

La misma observación que hace el autor citado, es aplicable a la situación prevista en el art. 924 del C.C. que se refiere al Derecho Real de propiedad. La norma en mención establece que "Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otra se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso ...".

Así pues, la adopción de medidas para evitar o suprimir el abuso, constituyen la pretensión principal del demandante en una acción ordinaria de abuso del derecho y no la de una medida cautelar.

En efecto, nuestro ordenamiento no ha establecido que las medidas antes aludidas, sean de las llamadas cautelares, pues no les ha previsto una vía procesal específica, ni regulado su forma de expedición como garantía fundamental del demandado.

Y es que, como hemos visto, la medida cautelar, sobre todo las innovativas, constituyen un acto excepcional, que el Juez sólo puede dictar cuando se haya cumplido con los requisitos que la ley le exige para tal efecto.

Se podría decir en contra de lo anterior que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, que de ser el caso deberán aplicar los Principios Generales del Derecho (inciso 6 del art. 233 de la Constitución y art. VIII del Título Preliminar del C.C.). En efecto, nosotros creemos que estamos en presencia de un defecto legal

que debe ser subsanado por la vía de los Principios Generales del Derecho, es decir, por la vía analógica.

En ese sentido, Manuel Albaladejo dice: "Los principios generales positivos se aplican a través del llamado procedimiento analógico, que consiste en la resolución de un caso, no regulado en la ley (...), mediante aplicación de un principio general obtenido de la regulación establecida en aquella para otro supuesto o supuestos"⁸. Hasta aquí todo bien, en consecuencia debería aplicarse analógicamente al art. II del Título Preliminar del Código Civil algún procedimiento de alguna medida cautelar que esté legislada y asunto resuelto. Sin embargo no es tan sencillo.

En tanto las medidas cautelares constituyen un acto excepcional que implica -sobre todo tratándose de medidas cautelares innovativas- una restricción de derechos de una de las partes en el procedimiento, es de aplicación el art. IV del Título Preliminar del C. C. que prohíbe la aplicación analógica de normas excepcionales o que restrinjan derechos. En consecuencia el vacío del art. II del Título Preliminar del C. C., en el estado actual de nuestra legislación, no tiene respuesta que no sea concluir que allí no puede haber medida cautelar por dos razones.

Primero porque el legislador no ha dicho que en el art. II exista una medida cautelar, y segundo porque no tiene previsto un procedimiento de medida cautelar, sino uno de Juicio Ordinario.

Reviste gran importancia en nuestro análisis la entrada en vigencia del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, mediante Decreto Legislativo No. 611. Este Código en su artículo 141 establece que: "En las acciones de abuso del derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y **se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental**, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso sólo podrán ser apelables en efecto devolutivo" (el subrayado es nuestro).

Esta norma parece establecer la posibilidad de dictar medidas cautelares en base al artículo II del Título Preliminar cuando se refiera a la defensa de derechos ambientales. Sin embargo tampoco establece un procedimiento a seguir, sólo se limita a decir que dichas medidas podrán ser apelables en un solo efecto.

Lo anterior nos indica que la intención del legislador es considerar a las medidas tantas veces aludidas, como de carácter cautelar que tutelen efectiva-

7. RUBIO CORREA, Marcial. "Abuso del Derecho". En Para leer el Código Civil II. Cuarta Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1987. pg. 31.

8. ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Barcelona Bosh, 1975. Cap. I, Sec. I., pág. 101.

mente los derechos del lesionado. Compartimos esa intención, pero en tanto no se establezca claramente un procedimiento, resulta írrito a la institución de la medida cautelar, que éstas se expidan en base a un procedimiento que queda al arbitrio del Juez.

La norma del D. Leg. 611 es un avance, sin embargo, creemos que los jueces tampoco podrán válidamente expedir medidas cautelares en materia de Derecho Ambiental, pues aún cuando se está cubriendo un tema importante como es el de la apelación de la medida, no tenemos aún un procedimiento que dé seguridad a las partes. Por ejemplo, ¿se correrá traslado de la solicitud de la medida o no?

Como consecuencia de todo lo anterior, consideramos que el Artículo II del Título Preliminar del C.C. de 1984 **no contiene** la posibilidad de dictar una medida cautelar.

Indudablemente que es necesario que se legisle lo antes posible sobre el tema que comentamos para lograr una tutela efectiva de las víctimas de un abuso, y seguramente la vía adecuada sea el establecimiento de medidas cautelares que deberían ser legisladas y observadas por los jueces.

Lo que ha venido ocurriendo en algunos casos en el Poder Judicial de nuestro país, ninguno de ellos referido a derechos ambientales, es que se han dictado medidas cautelares amparándose en el Artículo II del Título Preliminar del C.C. para suspender los efectos de determinados actos -es decir, medidas cautelares innovativas- hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso por abuso del derecho. Con la expedición de estas medidas, algunos jueces se tornaron "innovadores" del Derecho ordenando medidas cautelares innovativas sin que estén expresamente previstas en la ley, ni que exista procedimiento específico que las regule. El procedimiento debería ser el ordinario, con lo cual no tiene sentido hablar de medida cautelar.

De manera que no existe en nuestra legislación la posibilidad de que el Juez adopte una medida cautelar, si ella no está expresamente prevista en la ley, lo que implica así mismo, el establecimiento de un procedimiento específico.

Es importante mencionar que existen algunas legislaciones que contraviniendo la naturaleza jurídica de la Institución, sí permiten a los jueces adoptar medidas cautelares sin que estén expresamente previstas. Estos ordenamientos consignan la llamada **medida cautelar genérica**. En Argentina, por ejemplo,

el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial señala que "fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable podría solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asignar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

En nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera existe una norma similar que justifique de alguna manera la actuación judicial.

El exceso que se ha cometido con el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, trae graves consecuencias ya que no sólo se causa un perjuicio económico al demandado sino que además se vulneran derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra.

Efectivamente, las resoluciones que han venido expidiéndose ordenando una medida cautelar, no han fijado contracautela alguna a cargo del solicitante, lo que deja en grave riesgo la situación del demandado.

De otro lado, se ha **creado** todo un procedimiento que no está previsto en la ley. Así por ejemplo, no se corre traslado de la solicitud de medida cautelar, y se expide la orden. ¿Cuál es el criterio para optar por esta solución si no hay procedimiento que no sea el ordinario?

En materia de derechos constitucionales consideramos que se están violentando con el actuar judicial los siguientes derechos:

a) Artículo 2, inc. 20, numeral L): "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos ..."

Esta es una manifestación de lo que se conoce como "**Debido Proceso**", "concepto que surge en el orden jurisprudencial y que tiende a rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado ..."⁹.

¿Cómo podría ser justa y legítima una decisión judicial amparada en un procedimiento que no es conocido por las partes de antemano? La respuesta es simple: las partes quedarán a merced de lo que al Juzgador se le ocurriera, lo cual es absolutamente arbitrario e inconstitucional.

9. QUIROGA LEON, Anibal. "Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia". En "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de operación". Cultural Cuzco S.A. Lima-Perú 1987 pg. 111.

b) Artículo 232.- "La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los Juzgados y tribunales... de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen".

La norma anterior significa que los jueces no pueden realizar su labor jurisdiccional, si no es respetando los parámetros procesales que la ley establece. Esta norma constitucional también garantiza el debido proceso.

Finalmente, luego de haber constatado que no existe en el Artículo II del Título Preliminar del C.C. una medida cautelar y que la interpretación judicial constituye un exceso que viola derechos constitucionales, queremos reiterar nuestra opinión sobre la necesidad de que se regule prontamente y de manera general, el Artículo II del Título Preliminar del C.C. para lograr no sólo la efectiva tutela de los derechos de la víctima de un abuso, sino también para evitar que algunos jueces se conviertan en sujetos activos de un nuevo y más grave acto abusivo.



**La llave maestra
para hacer
buenos negocios
en el Perú**

ESPECIALISTAS EN:

Exportaciones e importaciones.
Convenios de pago de deuda externa.
Comercio compensado y otros.
Buy Back.
Asistencia en Convenios de Clearing.
Zonas francas. Asesoramiento.
técnico-Económico, Financiero,
Administrativo y legal.
Agroindustria, Consultoría
y ejecución de proyectos agro-
pecuarios y riego tecnificado.
Equipos electrodomésticos
y de iluminación comercial
e industrial.
GENERAL ELECTRIC
Mobil Radio.
TELEFONIA CELULAR
Franchising



**VEHICULOS TOYOTA Y VOLVO
IMPORTADOS**

Automóviles seleccionados usados
AVIS RENT A CAR.
UPS Electrónicos.

Aceros, metales y petróleo.
Grupos electrógenos y motores.
Papel y químicos. Voith-Máquinas
Informes y cobranzas.
Frío y calor. Aire acondicionado
Computadoras Olivetti Hyundai y otras
Extractores de aire.
Proyectos aeroportuarios y desarrollos.
Compra-Venta de empresas
Fusiones y Joint Venture
Maquinaria para Industria Textil

**Contribuyendo con
seriedad y eficiencia
al progreso del
comercio exterior
peruano y siempre
al servicio de su
empresa.**

 **GRAF S.A.**

Av. Petit Thouars 901 – Lima Telfs.: 33-1991 – 33-0425 – 33-0696 – 33-8358 Fax: (5114) 33-6144 – 33-5691

Av. Angamos Oeste 915 – Miraflores Telfs.: 47-6079 – 46-9499 – 47-6105 Fax: (5114) 47-6172

Av. Camino Real 1278 – San Isidro Telfs.: 41-9760 – 22-0229 Fax: (5114) 40-2639

TELEX: 21156 PE GRAF-25093 PE GRAF AVIS
LIMA – PERU

Entrevista al Dr. Jorge González Izquierdo

Economista. Decano de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico.

Resulta realmente reconfortante, por decir lo menos, conocer que el Decanato de una de las más prestigiadas facultades de Economía de nuestro medio, se encuentra a cargo de un profesional de la talla del Dr. González Izquierdo, quien en la presente entrevista, evidenciando su profunda sensibilidad social, comparte con nosotros inquietudes cristianas y humanistas, las cuales considera no pueden quedar excluidas de la Ciencia Económica.

Agradecemos muy sinceramente la deferencia del Dr. Jorge González Izquierdo quien accedió gentilmente a responder -de manera locuaz y con estilo desenfadado- a las preguntas que Thémis le formulara, acerca del Liberalismo, la Economía de Mercado y la hora actual.

La presente entrevista fue preparada por Juan Carlos Crisanto y Ximena Zavala.

Thémis: Dr. González Izquierdo; ¿Qué entiende Ud. por liberalismo?

Dr. González Izquierdo: El liberalismo es una corriente filosófica cuya expresión económica es la economía de mercado libre, competitiva y eficiente.

La economía de mercado, en ese sentido, es un orden económico que se basa en tres grandes principios que se deben respetar simultáneamente. En primer lugar el principio de libertad que se define como la libertad económica, es decir, la posibilidad que tiene toda persona de gastar sus ingresos y asignar sus recursos como lo desee. Luego, el principio de propiedad que se refiere tanto al concepto común de propiedad ("algo es mío y yo me apropio de los frutos") como a la necesidad de un sistema institucional que garantice esa propiedad. Por último, la competitividad que exige igualdad para todos, sin privilegios en favor de unos ni discriminaciones en contra de otros.

Detrás de estos tres grandes principios se ubica el concepto de igualdad de oportunidades. El mercado no puede funcionar si no hay igualdad de oportunidades entre todos y cada uno de los agentes económicos del país. A donde lleguen depende de cada persona. Si aplicamos estos conceptos al Perú concluimos que en este país nunca ha existido mercado, en los términos de un mercado libre, competitivo y eficiente. Sino mas bien un mercado rentista o mercantilista.

Thémis: En el contexto mundial se dice que el liberalismo ha triunfado sobre el socialismo, sobre el comunismo, que la economía de mercado ha triunfa-

do sobre la economía planificada. ¿Qué opinión le merece a Ud. esto?

Dr. González Izquierdo: Yo diría que la economía estatista, controlista, socializante, es la que ha fracasado. Se ha derrumbado tanto por motivos filosóficos como reales. La libertad es un concepto inherente al ser humano; todo sistema que la reprima o la coacte no tiene ningún futuro. Pienso por ello que sólo un sistema cónsono con la propia naturaleza del hombre resultaría viable y adecuado. Pero la alternativa al socialismo no es el liberalismo solamente, hay una tercera alternativa: El Social Cristianismo, en lo filosófico y la economía social de mercado en lo económico.

Thémis: ¿En qué radica la diferencia entre una economía social de mercado y una economía de mercado?

Dr. González Izquierdo: La Economía Social de Mercado es la unión de la Economía de Mercado "pura" con los fundamentos básicos de la Doctrina Social Cristiana; conjunción de la cual nace un orden económico y social compatible con las necesidades de nuestra sociedad.

Los doctrinarios del liberalismo piensan que una economía de mercado es el orden económico adecuado, con lo cual concuerdo. Pero donde yo comienzo a apartarme de ellos es cuando sostienen que el orden social que resulta de este orden económico es el justo y que por lo tanto no hay que tocarlo. Yo creo que el orden social que sale de ese orden económico tiene injusticias de por medio porque no reconoce el aspecto social del individuo, del trabajador.

Para la economía de mercado, el trabajo y el capital son dos factores de producción más, que entran en un proceso productivo y por lo tanto deben ser valorados de acuerdo a sus productividades marginales.

Para la economía social de mercado el trabajo debe prevalecer sobre el capital. Primero, porque el capital es trabajo pasado, y segundo, el trabajo es la forma en que un individuo encuentra su realización como persona humana. Esto no significa distorsionar el mercado sino corregir el mercado después que ha producido sus resultados y en una forma que no vaya en contra de su funcionamiento eficiente.

El problema de la extrema pobreza en el Perú se debe solucionar fundamentalmente a través del gasto público. Y ese gasto público debe ser financiado fundamentalmente a través del impuesto, pero del impuesto a la utilidad, del impuesto a la renta, es decir, impuestos que no alteren la decisión misma del mercado.

La economía social de mercado postula cambiar los resultados sociales del funcionamiento puro de una economía de mercado para producir justicia social. El supremo garante de este objetivo debe ser el Estado. El Estado tiene el papel de garante del bien común, de la justicia social, no debe meterse a distorsionar la economía de mercado ni mucho menos pisotear la actividad privada o al individuo. Además, la economía social de mercado reconoce a la democracia representativa como el orden que encápsula y le da forma y continuidad en el tiempo a este orden económico. Todo esto no se está haciendo ahora.

Thémis: ¿Y cuál sería el rol del ordenamiento jurídico en la economía social de mercado?

Dr. González Izquierdo: El ordenamiento jurídico tiene que garantizar no sólo el orden social sino también el económico. Estamos hablando de un orden legal eficiente, no corrupto, ágil y, aunque público, no excluyente de los mecanismos privados jurídicos. Un tribunal arbitral privado que resuelva las disputas entre particulares debe ser perfectamente compatible con el sistema jurisdiccional público. Pero conservando éste la celeridad y eficacia que ahora no posee. El concepto de eficiencia no puede dejar de estar presente sobretodo en lo que he llamado el orden jurídico público, ya que en el privado, aquél se da con mayor inmediatez y espontaneidad.

Thémis: Describas así nuestras alternativas: Socialismo, Liberalismo, Social Cristianismo. ¿Por cuál sería su elección?

Dr. González Izquierdo: Yo no soy liberal, yo creo que los objetivos sociales deben estar al mismo nivel que los económicos porque la economía es una ciencia social, y lo social significa que todo lo que yo

haga en la economía debe tener como centro y objetivo el bienestar de la persona. Esa es la gran diferencia. El teórico liberal va a decir que la economía de mercado va en beneficio de la persona, y tiene sus fundamentos. Pero esta concepción es cuestionada por los principios básicos del cristianismo: personalidad, bien común, subsidiariedad, solidaridad, que ni la economía de mercado ni el liberalismo aceptan.

El principio de personalidad es el que dice que el centro de todo tiene que ser el individuo porque está hecho a imagen y semejanza de Dios. Está dirigido hacia la dignificación de la persona. Este principio ataca el concepto de hambre y miseria porque ellos colocan al hombre muy cerca del animal. El principio de bien común hace referencia al concepto de justicia social, es decir, a la opción por el bien común cuando una situación nos coloca en la disyuntiva de elegir entre el beneficio común y el bien privado.

Los principios de subsidiariedad y solidaridad hacen referencia a que el Estado no se meta donde no deba meterse y a la colaboración voluntaria entre todos los hombres, respectivamente.

Thémis: ¿No cree Ud. que resulta peligroso encontrar, al interior de esta propuesta más humanista de la economía, la necesidad de un papel demasiado activo del Estado?

Dr. González Izquierdo: El Estado, como he venido diciendo, tiene que ser el garante supremo de estos cuatro fundamentos, SOLO y UNICAMENTE debe cumplir ese papel de garante, porque de lo contrario se corre el riesgo de caer en un Estado benefactor, socialista, etc. El límite para que no nos vayamos al otro extremo son estos cuatro principios.

Respetamos pero no compartimos la opinión de los liberales en el sentido que el orden social que se obtiene producto de una economía de mercado es de justicia social. El Estado concebido por una economía social de mercado debe provocar justicia social.

Thémis: Quisiéramos retomar un comentario suyo vertido en este diálogo a la luz de la consideración que la Constitución Política del Perú establece como orden económico y social, una economía social de mercado. Ud. ha dicho que el presidente Fujimori no está implementando una economía social de mercado; ¿está aplicando una política liberal?

Dr. González Izquierdo: Lo que el señor Fujimori está tratando de hacer forzosamente es una economía de mercado a secas, pero lo hace en unos sectores y no en otros, y eso no es mercado. Un mercado se tiene que construir en forma coherente e integral.

Tampoco está aplicando una economía social de mercado, está haciendo algo híbrido. Es que nos encontramos ante una corriente autóctona, "chicha",

de Economía de Mercado. Las marchas y contramarchas que está dando el gobierno nos indican eso. Esta situación genera un gran problema. Lo que ocurre es que el señor Fujimori no es un liberal; es un liberal a la fuerza porque se lo están imponiendo los organismos internacionales. Pero en cuanto deje de sentir esa presión, pienso que podría dar contramarchas, destruyendo la vigencia de una economía de mercado libre, eficiente y competitiva.

Thémis: En una economía como la Peruana que se caracteriza por tener un mercado altamente distorsionado; ¿es posible aplicar una economía de mercado?

Dr. González Izquierdo: Yo creo que el mercado puro se construye, no se hace de la noche a la mañana ni vía decretos y va a tomar mucho tiempo el hacerlo.

Aunque pueda tomar 10, 15, 20 años, un mercado de estas características es el mejor orden económico que yo conozco, que puede sacar del subdesarrollo y de la pobreza a este país. Anteriores alternativas como el mercantilismo, el rentismo, el estatismo, el colectivismo, ya se han probado aquí y en el resto del mundo y no han dado resultado.

Ahora, el tiempo que toma este proceso plantea un problema político. Es necesario mantener políticamente fuerte esta posición, lo cual se hace difícil por los continuos cambios de gobierno. Pero descontando eso, yo sí pienso que el orden económico adecuado para el país es un mercado libre, competitivo y eficiente.

Thémis: Para aplicar el socialcristianismo el Estado requiere de recursos, por un lado, y de un costo social, por el otro. ¿Considera Ud. que estamos en condiciones de afrontarlos?

Dr. González Izquierdo: Si tú preguntas "ahorita"... Yo siempre pongo este ejemplo: Un estudiante al que se le dice "estudia porque vas a repetir el año", y no estudia; en julio le vuelven a decir "estudia", y no estudia; llega diciembre y el muchacho comienza a hacer cosas desesperadas, se queda estudiando hasta las cuatro de la mañana, va a tocar la puerta a los profesores para que le suban un punto,...¿Por qué? Porque no estudió con tiempo. Lo mismo sucede con este gobierno, se le dijo que hiciera una reforma tributaria, del Estado,... y no lo ha hecho. Ahora tiene pocas alternativas.

Debemos reclamarle al presidente Fujimori que haga economía social de mercado, no un remedo de economía de mercado pura. Por ejemplo, el Estado debe darle importancia al Programa de Emergencia Social que se encuentra totalmente desactivado. La única ayuda sigue proviniendo de las Iglesias, tanto de la Católica, como de la Protestante, y la pobreza sigue extendida en todo el Perú, lo que va en contra de uno de los pilares de la doctrina Social-Cristiana: El Principio de la Personalidad.

Thémis: A más de doce meses de gobierno; ¿se ha iniciado un cambio estructural en el país?

Dr. González Izquierdo: El señor Fujimori está haciendo un cambio estructural en el país. Sin embargo le critico el hecho que desde el mes de julio del 90 ha debido empezar a hacer cosas importantes que recién está queriendo hacer hoy, porque entonces ya estaríamos viendo los resultados.

Esos son los defectos cuando no conoces la doctrina, improvisas y asumes una posición "pragmática" en el sentido que un día vas por acá y otro día vas por allá.

Thémis: ¿Se atrevería Ud. a decir que la "reforma del Estado" emprendida por el actual gobierno está evitando una verdadera reforma integral del aparato estatal?

Dr. González Izquierdo: Por supuesto. El gobierno tiene que reformar el sistema judicial, el papel del Estado en la economía, reducir ministerios, reformar el sistema bancario estatal, etc. En doce meses ya debía haber empezado. Así, vendiendo el Banco Continental en unos 150 o 300 millones de dólares, aliviarnos los problemas fiscales sin necesidad de crear nuevos impuestos. Se están privatizando pequeñas para las "graderías", pero a la hora de entrar a lo fuerte dudan.

Thémis: Muchos economistas dicen "¿Por qué no aplicamos los programas que están empleando Chile, México, etc.?" ¿Cree Ud. que se pueden aplicar dichos modelos a nuestra realidad?

Dr. González Izquierdo: Sí, pero Chile, por ejemplo, comenzó a aplicar este modelo desde el año 1973 y recién vió los resultados once años después, en 1984.

PATRICHS

PARA HOMBRES
QUE DEJAN HUELLA



Louis Philippe
Monaco

Delito de Defraudación Tributaria

Humberto Medrano C.

Abogado. Profesor Principal de la PUC.

INTRODUCCION.

El delito tributario -del que la defraudación es una modalidad- estaba previsto por el Código Tributario y sancionado con pena de hasta 6 años de prisión. Sin embargo, desde la promulgación de dicho Código en 1966 hasta la fecha ningún contribuyente -que se sepa- ha sido condenado a pena privativa de la libertad en aplicación de esa norma.

El nuevo Código Penal ha recogido, esencialmente, las figuras delictivas que contenía el Código Tributario, pero ha reducido la pena a un máximo de 4 años y ha introducido en su tratamiento algunas modificaciones no siempre acertadas. En el caso específico de esta clase de violaciones la cuestión inicial por abordar es establecer si el legislador debe dar connotación delictiva a la omisión tributaria. En general, cada vez que se desea conocer si cierto hecho debe merecer la calificación de delito, es necesario preguntarse ¿cuáles son las razones que impulsan a considerar que determinada acción u omisión debe tener carácter punible?, ¿por qué -en atención a qué razones- puede la ley disponer que por lo hecho o dejado de hacer una persona debe ser privada de su libertad y, en ciertos países, condenada a perder la vida?

Tales actos u omisiones se penalizan como un medio de proteger a la persona y a la sociedad y cuando ésta castiga un comportamiento lo hace en buena medida para evitar que esa actitud se produzca, por estimarla nociva para el tejido social y para la marcha o desenvolvimiento del ámbito para el cual se legisla.

La penalización de determinadas acciones o abstenciones es una forma de proteger la marcha social, de la particular manera como es concebida por un Estado en un momento histórico dado. No necesariamente los mismos actos son reprimibles en todas las sociedades -en el espacio- ni por todos los legisladores en el tiempo. En el mundo contemporáneo

existen ciertos comportamientos que son punibles, prácticamente por todos los Estados y en todos los tiempos, dentro de circunstancias que podríamos llamar normales. Así, por ejemplo, es claro que la vida humana es un bien jurídicamente tutelado, que todas las comunidades han protegido desde siempre, lo cual explica porqué el homicidio es sancionado virtualmente por el íntegro de los ordenamientos penales. La muerte intencional de un hombre a manos de otro puede calificarse como un delito universal y permanente; es decir punible en todo espacio y en todo tiempo.

Sin embargo, si se produce alguna anomalía en la vida de relación entre los Estados (y en algunas ocasiones internamente) generándose un conflicto bélico, la muerte de una persona por otra en un combate no es penalmente reprimible y por el contrario suele ser objeto de encomio y alabanzas. En períodos conflictivos, la conciencia social se relaja para admitir como normal y plausible lo que sería condenable en períodos de paz; ocurre una distorsión en la forma de apreciar estos hechos.

Ahora bien, la particular sensibilidad social de una cierta nación puede hacer que en un determinado momento convierta en punibles acciones que en otros lugares en la misma oportunidad se consideran legítimas. Entre nosotros tenemos como ejemplo reciente la tenencia de moneda extranjera que llegó a ser reprimida con pena privativa de la libertad, mientras que en otros países la posesión de divisas era y es considerada como un acto perfectamente legítimo. De ello se sigue que la específica conducta consistente en la tenencia de moneda extranjera no constituye "per se" un delito, ni se trata de una conducta universalmente reprochada o reprochable.

Otro ejemplo que puede mencionarse es el de la Ley de Reforma Agraria que introdujo un drástico cambio en la organización jurídica de la tierra, señaladamente respecto de la propiedad. En esa ley se

creó el delito de sabotaje a la reforma agraria, estableciéndose para los culpables nada menos que juzgamiento ante el Fuero Militar y severas penas privativas de la libertad.

De otro lado, como un indicativo de las modificaciones que va sufriendo la sensibilidad del cuerpo social, el Código Penal derogado consideraba punibles los delitos de duelo, riña y adulterio. Estas figuras delictivas han desaparecido del nuevo ordenamiento. De la misma manera, el cambio en la percepción de los hechos punibles aparece del artículo 120 del Código Penal que reprime con pena privativa de la libertad no mayor de 3 meses al aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurriera fuera de matrimonio. La misma pena no mayor de 3 meses es aplicable en el caso del aborto cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o síquicas siempre que exista diagnóstico médico.

En consecuencia, la manera como el legislador interpreta lo que debe estimarse correcto para la vida en sociedad determina, a su vez, qué actos merecen sanción penal.

¿Cómo y por qué la omisión del pago de un tributo puede considerarse delictiva?

El artículo 77 de la Constitución señala: "Todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

Por lo tanto, el incumplimiento de esta obligación implica la violación de un deber social porque los tributos permiten al Estado obtener los recursos que necesita para cumplir con su rol de procurar el bien común.

Frente al hecho del no pago de tributos el Estado puede reaccionar sancionando sólo administrativamente a los omisos, mediante la aplicación de las respectivas penas pecuniarias. El incumplimiento del contribuyente -sea cual fuere la razón- merece una sanción en el plano administrativo que se traduce en el pago de recargos o multas y, en algunas legislaciones, intereses y reajustes ("indexación") para evitar la erosión que la inflación produce. La opción por una o la concurrencia de varias de las alternativas varía de un país a otro, de acuerdo con su propia realidad y peculiar apreciación de la naturaleza y alcances de la omisión tributaria.

Sin embargo no puede desconocerse que las sanciones administrativas pueden resultar de poca eficacia disuasiva en ciertos casos, sobre todo si frente a determinados fiscos el contribuyente para justificar el no pago puede esgrimir como fundamento -o eventual

coartada moral- que los recursos serán mal empleados por el Estado o que -como dice Ernesto Flores Zavala- el dinero irá a parar a manos de funcionarios corruptos.

Es un hecho que en nuestro país y en muchos otros la omisión tributaria no se ha considerado, históricamente, como acto punible ni socialmente reprochable. Cuando la omisión ha sido contemplada como delito en la ley positiva nunca, en la práctica, se ha enviado a prisión a ningún evasor, sin que ello produjera alteraciones en la manera social de apreciar al defraudador. Estas circunstancias ponen en evidencia que en nuestro medio -y en muchas otras latitudes- no existe la percepción del carácter delictivo de la defraudación por la vía del no pago de tributos. Al respecto son ilustrativas las estadísticas del trabajo de Alfonso Serrano Gómez referidas a España ("Fraude Tributario", Edit. de Derecho Financiero, pág. 133). Allí, en una encuesta a 750 personas, 583 creen que el Estado no invierte bien el dinero que recauda con los impuestos. A la pregunta ¿considera que en España socialmente está mal visto el no pagar impuestos? Contestaron que no 564 de un total de 750 encuestados.

Lo expuesto grafica muy bien lo que tratamos de explicar: la conciencia social hoy y aquí no se resiente de manera significativa frente a la evasión. Para revertir esta tendencia tiene que, de un lado, mejorarse la Administración Tributaria de tal manera que todos sientan que las autoridades están en aptitud de fiscalizar a los obligados y que puede detectar a los omisos. Por otra parte el Estado debe invertir adecuadamente los recursos y poner en conocimiento de los contribuyentes el destino de los fondos captados vía tributación.

Cuando el legislador llega al estadio de la calificación de la defraudación tributaria como delito pretende evitar la autojustificación moral de los contribuyentes o responsables. Al respecto conviene recordar que según el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Penal "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora ...". En el caso que nos ocupa la pena privativa de la libertad es establecida sin duda como una medida preventiva es decir para disuadir a quienes pretenden no pagar sus obligaciones tributarias aunque -como veremos más adelante- aún con las nuevas normas difícilmente un evasor será condenado a pena privativa de la libertad.

¿En qué consiste el delito de defraudación tributaria con arreglo al nuevo Código Penal?

Para ubicarnos es necesario mencionar que el Título XI está dividido en 3 capítulos. El Capítulo I trata del delito de contrabando que, en esencia, consiste en eludir el control fiscal al ingresar o extraer mercancías del territorio nacional. Está sancionado con pena privativa de la libertad no menor de uno ni

mayor de cuatro años y con 180 a 365 días multa. Obsérvese que se trata de penas acumulativas.

El Capítulo II tiene dos secciones. En la sección I se regula el caso de la defraudación de rentas de aduanas que se produce al eludir el pago total o parcial de tributos a la importación o exportación, pero efectuando trámites aduaneros. Está reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con una multa de 188 a 365 días. También en este caso las penas son acumulativas.

En la sección II se trata propiamente del delito de defraudación tributaria en que se incurre al dejar de pagar en forma fraudulenta los tributos. Está sancionado con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años o multa de 60 a 365 días multa.

Respecto de esta específica modalidad la pena pecuniaria no es concurrente con la pena privativa de la libertad sino que es alternativa, de manera que, eventualmente, el Juez podría imponer sólo la multa que se sumaría así a los recargos, multas y reajustes que pudiera haber exigido la Administración. Para ello, se tomará en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes que pudieran existir, la cuantía de lo defraudado, el carácter de reincidente o no del agente y otros factores. Como se advierte, en este delito puede ocurrir que el conjunto de las medidas represivas queden circunscritas a la obligación de pagar sumas adicionales al monto del tributo omitido.

El Capítulo III se refiere al delito de elaboración y comercio clandestino de productos cuando se trata de mercaderías gravadas. La pena es privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, sin perjuicio del decomiso de la mercadería.

Como ya se indicó, el delito de defraudación tributaria estaba tipificado y penado desde 1966 por el Código Tributario y es de allí que ha sido extraído por el nuevo Código Penal, con algunas variantes (y vacíos) no siempre felices. En efecto, considerando que el Código Tributario contiene regulaciones precisas sobre el procedimiento contencioso administrativo, resulta fundamental establecer la vinculación que tal procedimiento tiene con la eventual acción penal.

¿Para iniciar el proceso penal debe agotarse previamente la vía administrativa?

El Código Penal no ha previsto disposición alguna sobre este extremo. En cambio, el artículo 171 del Código Tributario señala lo siguiente:

"El órgano administrador del tributo, concluida la vía administrativa, informará del hecho denunciado como delito tributario al procurador público competente a fin que proceda formular la denuncia penal ante el Ministerio Público".

Como el Código Penal no ha recogido norma similar, ¿significa ello que la denuncia puede ser planteada directamente sin haberse iniciado o sin haber concluido el procedimiento administrativo? Uno de los defectos que se anota en el Código Penal es que no contiene ninguna norma derogatoria, lo que dificulta la interpretación respecto de las reglas penales del Código Tributario que se mantienen vigentes. Para tratar este tema, resulta pertinente, por su carácter general, hacer referencia al artículo I del Título Preliminar del Código Civil que dispone:

"La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla".

No hay duda que en todo lo referente a la tipificación de los delitos el nuevo Código Penal abarca íntegramente el área contemplada por el Código Tributario, del cual -en muchos casos textualmente- ha recogido figuras delictivas específicas. En consecuencia, respecto de este punto en particular la parte pertinente de dicho Código ha quedado superada por la nueva ley penal.

En cambio, si se observa con cuidado puede percibirse que la regulación que exigía agotar la vía administrativa antes de iniciar la acción penal no ha sido abordada por el nuevo Código, de manera que habría margen para interpretar -a falta de disposición en contrario- que la vía previa es indispensable para iniciar la acción penal. Además ello respondería a razones prácticas porque el delito de defraudación tributaria sólo se configura si el contribuyente o responsable ha dejado de pagar algún tributo o lo ha pagado en forma diminuta, extremos que sólo pueden ser establecidos por la Administración y no por el juez instructor ni por el tribunal correccional, de la misma manera en que la entidad acotadora no puede pronunciarse sobre el carácter delictivo o no de la omisión.

De acuerdo con el artículo 85 del Código Tributario "La acotación y liquidación de los tributos se llevará a cabo por la Administración Tributaria o por los obligados, en la forma que establezcan las normas legales pertinentes". El artículo 87 del mismo Código señala:

"La Administración Tributaria fiscalizará las liquidaciones realizadas por los contribuyentes y las declaraciones presentadas...". Desde luego, ninguna de estas regulaciones ha sido derogada o modificada, de manera que la fiscalización y determinación de las obligaciones tributarias continúan siendo responsabilidad de la Administración, lo que comporta el correlativo derecho de los contribuyentes de emplear los medios impugnativos que el propio código franquea, de donde resulta que -como no podría ser de otra forma- se mantiene inalterable el procedimiento con-

tencioso administrativo. Por lo tanto, si se pretendiera formular una denuncia penal sin haber agotado la vía administrativa, ello supondría una inadmisibles violación de regulaciones precisas y un cercenamiento del derecho del contribuyente a ser oído en vía de reconsideración por la misma autoridad que formuló la acotación.

Por otra parte, de no mediar el procedimiento administrativo ello significaría que la determinación de la existencia de la obligación -no sólo de su carácter delictivo- se estaría atribuyendo al juez instructor lo que -además de absurdo- sería manifiestamente contrario al texto del artículo 111 del Código Tributario: "La competencia de los órganos de resolución de reclamaciones tributarias es improrrogable". El carácter altamente especializado de las instituciones y regulaciones tributarias exige que para abordar la materia se cuente con conocimientos específicos y experiencia en este campo, condiciones que, naturalmente, no puede reunir un juez instructor cuya versación se proyecta en un área diferente. El juez no puede establecer si se ha producido o no el hecho imponible respecto de una determinada obligación tributaria, ni pronunciarse sobre el carácter de renta o no de un cierto ingreso ni sobre los numerosos aspectos que diariamente son objeto de trato por la Administración, el Tribunal Fiscal y los especialistas.

Por lo tanto, nuestra conclusión es que antes de iniciar la acción penal debe agotarse la vía administrativa y sólo si allí se demuestra que ha existido incumplimiento, presumiblemente doloso, podría formularse la denuncia penal.

Es interesante observar que cuando la ley otorga carácter delictivo a la omisión, las autoridades frecuentemente tratan por todos los medios de precipitar la acción penal utilizándola no sólo como mecanismo de represión sino sobre todo para -por el camino del temor- incentivar el cumplimiento voluntario de otros contribuyentes. Esta actitud no puede emplearse para enervar los derechos del obligado porque si se permitiera la denuncia directa de la Administración ello supondría, como se ha dicho, impedir que el contribuyente sea escuchado en vía de reconsideración y, en caso de no tener éxito en primera instancia, de apelar ante el Tribunal Fiscal. Téngase presente que las resoluciones de la autoridad administrativa declarando infundadas las reclamaciones del contribuyente son, en muchos casos, revocadas en segunda instancia. Esta sola circunstancia hace evidente que es indispensable agotar la vía administrativa porque si fuera permitido que la acción penal se iniciara por el solo mérito de la liquidación hecha por el órgano competente, podría ocurrir que se abriera instrucción y se siguiera el proceso contra quien posteriormente obtiene en el Tribunal Fiscal la revocatoria de la resolución que exigía el tributo.

En esa hipótesis se llegaría a la absurda situación de llevar adelante un proceso penal por defraudación,

a pesar que administrativamente ha quedado establecido que no existe adeudo alguno.

Aunque es comprensible el interés de las autoridades por acelerar los procesos penales por este delito, ello no puede conducir de un lado a privar al contribuyente de su derecho a reclamar y, por otra parte, a la contradictoria situación descrita. Si la celeridad es motivo de preocupación, bastaría que en la vía administrativa se diera preferencia a la solución de estos procesos, de manera que en un lapso breve podría concluir esa etapa y, de haber mérito para ello, formularse la denuncia respectiva. El Código Tributario ya contiene una regulación de este orden, pues en las reclamaciones en general el plazo máximo para resolver es de un año, incluido el término probatorio (artículo 125). Sin embargo, cuando existe indicio de delito el plazo para resolver se acorta drásticamente, según el artículo 171 del mismo Código:

"Tratándose de reclamaciones contra resoluciones de acotación que contengan reparos que constituyan indicios de delito tributario, la Administración resolverá bajo responsabilidad en un plazo no mayor de 90 días, incluido el término probatorio ...".

No existe ninguna razón para eliminar esta norma ni menos para interpretar que ella ha quedado sin efecto, toda vez que el nuevo Código Penal no aborda este extremo, de manera que no puede llegarse a la conclusión que se trata de una norma abrogada. Por lo demás es una regulación que establece un adecuado equilibrio entre el interés de la Administración de formular denuncia contra el autor del presunto delito tributario y el derecho del contribuyente a que la propia Administración revise su resolución y, en su caso, a apelar ante el Tribunal Fiscal. El mismo artículo 171 indica:

"El órgano contencioso tributario competente, en los casos en que las resoluciones apeladas estén referidas a acotaciones que contengan reparos que constituyan indicios de delito tributario, resolverá en un plazo no mayor de 60 días contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al citado órgano, bajo responsabilidad".

Las normas citadas constituyen una forma razonable de conciliar el interés de la Administración y el derecho de los contribuyentes. Deben mantenerse estas regulaciones.

¿El delito tributario requiere la existencia de dolo?

Para nosotros la incriminación solo puede efectuarse a título de dolo. El eventual incumplimiento de la obligación tributaria por negligencia o cualquier otra razón distinta a la deliberación, tiene que permanecer en el ámbito administrativo y traducirse en recargos o multas aplicables por la autoridad impositiva, sin injerencia alguna en el campo penal. A este último sólo

debe ingresarse cuando media intencionalidad, propósito deliberado.

Tenemos que insistir en la necesidad de mantener claramente diferenciadas esas áreas porque son diversos los principios que las informan. Al respecto conviene recordar que las sanciones administrativas se aplican por el mero hecho del no pago del tributo, prescindiendo de la intención del autor; se trata de una comprobación esencialmente aritmética. Poco importa si existe error de interpretación, imposibilidad de pagar el tributo por falta de liquidez o cualquier circunstancia similar, ya que para tales sanciones prima la objetividad. Así lo señala el artículo 146 del Código Tributario, de acuerdo con el cual:

"La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con penas pecuniarias".

En cambio, en el ámbito penal el elemento subjetivo tiene la máxima importancia y es por eso que el Código Tributario al tratar del delito señala en su artículo 163: "La configuración del delito tributario requiere la existencia de dolo".

Como indicamos anteriormente, el Código Penal ha absorbido toda la parte penal sustantiva del Código Tributario y aunque el artículo transcrito no ha sido recogido expresamente, sin embargo se ha mantenido el concepto ya que el dolo como requisito para sancionar el delito tributario es un principio que fluye del artículo 12 del Código Penal:

"Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

Como quiera que el nuevo Código Penal no ha tipificado el delito tributario por negligencia, ello significa que es indispensable el dolo. De otro lado, en el mismo sentido, debe recordarse que según el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Por lo tanto, la sanción administrativa puede continuar aplicándose de manera objetiva prescindiendo de la intención del autor, pero la sanción penal sólo puede imponerse cuando en el agente ha existido deliberación, propósito, subjetivismo. La necesidad de dolo está evidenciada en el artículo 268 del Código Penal que define el delito de defraudación tributaria de la manera siguiente:

"El que en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de

uno ni mayor de cuatro años o multa de 60 a 365 días multa".

Como se advierte, la configuración del delito supone el empleo de una forma fraudulenta como medio para dejar de pagar en todo o en parte los tributos, lo cual implica la exclusión de la economía de opción; éste es el no pago o el pago reducido que se origina en el uso correcto de una posibilidad legalmente permitida, pues allí no existiría dolo y, por lo tanto, no habría delito.

Así, por ejemplo, en nuestro actual ordenamiento jurídico las sociedades comerciales de responsabilidad limitada no están sujetas al Impuesto a la Renta, pues el tributo se paga en cabeza de los socios lo cual obliga a fracturar la renta para aplicar a cada segmento una escala progresiva que según las normas vigentes empieza en el 8%. En cambio, tratándose de sociedades anónimas ellas tienen la condición de contribuyentes y deben pagar el tributo con una tasa proporcional -hoy de 30%- sobre el íntegro de la renta imponible.

Si por haber escogido una y no otra forma societaria, se produce un menor pago del tributo, este hecho carece de connotación dolosa. Es más, ni siquiera habría lugar a sanción administrativa ya que el ejercicio de la opción permitida por la ley no tiene carácter de infracción.

¿La pena corporal aplicada a este delito constituye prisión por deudas?

Como quiera que la obligación tributaria es de dar (generalmente una suma de dinero) ¿el no pago podría ser calificado como una simple deuda que, por tal razón, debería resolverse civilmente? Desde este punto de vista, ¿la pena privativa de la libertad podría calificarse como prisión por deudas y, por lo tanto, tildarse de inconstitucional?

Debe recordarse que según el artículo 2 numeral 20, literal c) de la Constitución "no hay prisión por deudas". En consecuencia, la pena corporal no se explica por la simple ausencia parcial o total del pago de un tributo, sino por los medios dolosos de que se hubiera valido el obligado para incumplir con la prestación.

Se sanciona, pues, el fraude para no pagar y no la simple ausencia de pago. El legislador pone el acento en la necesidad de que medie artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta aunque, como veremos después, contradictoriamente el mismo legislador le otorga mayor importancia a la transferencia económica en que el tributo consiste y prescinde del fraude.

Modalidades de defraudación tributaria.

Como ya se indicó el delito, genéricamente, implica la comisión de fraude para dejar de pagar los

tributos que establecen las leyes. Ahora bien las variantes específicas que constituyen las modalidades de defraudación están detalladas en el artículo 269 del Código Penal. Ellas son:

- 1.- "Presentar declaraciones, comunicaciones o documentos falsos o falsificados que anulen o reduzcan la materia imponible".

Obsérvese que lo importante es siempre que gracias a los medios fraudulentos empleados el obligado resulte sin materia imponible o con una base gravable reducida. Por lo tanto, no obstante la presentación de documentos falsos, este específico delito no se configura si la materia imponible permanece inalterable.

Igualmente nadie podría ser inculcado por este delito si la presentación de documentos falsos altera la materia imponible pero no para disminuirla sino para incrementarla, dando lugar al pago de un tributo por monto mayor al que hubiere correspondido con arreglo a la cuantía de la base gravable correcta.

Lo expuesto demuestra que la preocupación del legislador está centrada en el "quantum" de la obligación mas que en los medios empleados ya que el ardid, astucia o engaño -para ser punible- debe estar al servicio de una reducción o eliminación del tributo a pagar. Por lo tanto poco importan los medios fraudulentos si ellos no conducen a la omisión. Así, por ejemplo, las empresas industriales de frontera y selva, con arreglo al artículo 71 de la Ley 23407, están exoneradas de todo tributo. Si esas empresas disminuyen fraudulentamente el volumen de su renta neta de un ejercicio sería imposible la comisión de esta modalidad delictiva, respecto del Impuesto a la Renta, habida cuenta que en ningún caso resultarían obligadas a pagar dicho tributo.

- 2.- "Ocultar total o parcialmente bienes, ingresos, rentas, frutos o productos o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el impuesto a pagar".

Es evidente que al describir esta modalidad el legislador ha tenido en cuenta, básicamente, los impuestos a la renta y al patrimonio. Respecto del primero sólo existen, en general, dos formas de reducir la cuantía del tributo: disminuir los ingresos gravables o aumentar los gastos o conceptos cuya deducción permite la ley. De otro lado, el ocultamiento de bienes o el incremento de los pasivos perseguiría disminuir la incidencia de los impuestos patrimoniales. Sin embargo, debemos reiterar que tampoco las operaciones fraudulentas, independientemente consideradas, configuran este delito. Consecuencia de tal actitud debe ser el perjuicio fiscal derivado del no pago o del pago diminuto de un impuesto.

Así, por ejemplo, si una sociedad anónima (A) accionista de otra sociedad (B) no consignara en su activo el valor de todas las acciones emitidas por (B), esta indebida reducción no podría dar lugar a la defraudación del Impuesto al Patrimonio Empresarial, ya que la legislación vigente -para evitar la tributación en cascada- excluye de la materia imponible las acciones representativas del capital de otras sociedades. En este caso "el ocultamiento de bienes" -fraudulento en sí mismo- carece de trascendencia para la específica determinación de este delito.

Conclusión semejante debe obtenerse si quien consigna pasivos falsos disminuye los resultados de su ejercicio pero sólo logra con ello incrementar a 150 una pérdida que sin tales pasivos habría sido de 100. Como en ningún caso -en materia del Impuesto a la Renta- habría existido posibilidad legal de exigir el tributo, es claro que no podría existir defraudación. Desde luego, debe recordarse que si bien aparentar una pérdida mayor que la real no perjudica al acreedor, también es cierto que el delito podría quedar configurado en los ejercicios gravables siguientes, si el sujeto pasivo pretendiera compensar la indebida mayor pérdida con la renta de los períodos posteriores.

- 3.- "Realizar actos fraudulentos en los libros de contabilidad, estados contables y declaraciones juradas en perjuicio del acreedor tal como alteración, raspadura o tachas de anotaciones, asientos o constancias hechas en los libros, así como la inscripción de asientos, cuentas, nombres, cantidades o datos falsos".

El acreedor es el sujeto activo de la relación jurídica tributaria. Sólo pueden serlo (artículo 2 del Código Tributario) el Gobierno Central, los gobiernos regionales y locales así como las entidades del sector público designadas por la ley. En consecuencia, si los actos fraudulentos en los libros que determinan, por ejemplo, un balance con utilidad menor a la real no perjudican al sujeto activo, no existe delito. Como se sabe, los libros deben llevarse con arreglo a los principios de la técnica contable, pero nada impide que, partiendo del resultado que aparece de tales libros, el contribuyente pueda agregar a través de la respectiva declaración jurada los conceptos indebidamente deducidos, de tal manera que en la relación de derecho público (es decir con el Fisco) la suma sobre la que se pague el Impuesto sea exactamente la que se hubiera obtenido de no mediar los actos fraudulentos en los libros. De esta manera no se configuraría el delito.

- 4.- "Ordenar o consentir la comisión de los actos fraudulentos a que se contrae el inciso anterior".

Obsérvese que quien realiza los actos fraudulen-

tos y quien los ordena o consiente son perseguibles en razón de este delito. Esto es especialmente importante cuando se trata de tributos adeudados por empresas donde tiene que determinarse quién es, específicamente, el autor directo de los actos fraudulentos y quiénes los que consienten en ellos ya que obviamente la pena corporal sólo puede imponerse a personas naturales. Sobre este tema volveremos más adelante.

- 5.- "Destruir total o parcialmente los libros de contabilidad y otros exigidos por las normas tributarias o los documentos relacionados con la tributación".

En nuestra opinión el solo hecho de efectuar tal destrucción no constituye un acto delictivo por sí mismo sino que debe existir siempre el propósito perseguido de dejar de pagar en todo o en parte los tributos a que se está obligado. Este inciso también ha sido extraído del Código Tributario, pero allí se decía que la destrucción a que se alude debía ser realizada "con el objeto de eludir en todo o en parte el pago de los tributos". Si esta precisión no se repite en el Código Penal es sólo porque el legislador estima que la modalidad debe reunir los requisitos que se exigen para el delito genérico y, como hemos dicho reiteradamente, la defraudación supone necesariamente una forma fraudulenta de no pago de los tributos a que obliga la ley.

- 6.- "No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieran efectuado, dentro de los 3 meses siguientes al vencimiento del plazo que para hacerlos fijan las leyes y reglamentos pertinentes".

Debido a la agobiante crisis económica que el país atraviesa desde hace años, con frecuencia ha ocurrido que, entre otros casos, las empresas retienen a sus trabajadores los montos que ordena la ley por concepto del impuesto sobre las rentas de quinta categoría y, sin embargo, no cumplen con entregar al Fisco los importes correspondientes. Esta actitud tendría carácter delictivo si hubiera mediado dolo. Es decir que el simple transcurso del plazo no convierte esta acción en un delito. En efecto, habría que analizar si el no pago se origina en el propósito de, por ejemplo, distribuir dividendos a los accionistas, efectuar préstamos a los socios de la empresa o en hechos similares, casos en los cuales se configuraría el delito. Pero si -como ha sucedido tantas veces- tales recursos se destinan al pago de los salarios de los trabajadores para evitar un conflicto social o a cancelar las deudas a proveedores o el consumo de energía eléctrica para impedir un corte que interrumpa la producción ¿habría delito?. Nosotros consideramos que no, que acreditado el destino de los recursos tendría, desde luego, que exigirse el tributo y las sanciones y reajustes,

pero únicamente en el ámbito administrativo. En la hipótesis descrita no se percibe una actitud dolosa y más bien podría invocarse el "estado de necesidad" a que se refiere el artículo 20 numeral 4 del Código Penal.

- 7.- "No pagar los tributos a su cargo durante el ejercicio gravable que en conjunto excedan de cinco UIT vigentes al inicio de dicho ejercicio".

Esta modalidad fue introducida hace pocos años en el Código Tributario, pero sólo quedaba incurso quien no estaba inscrito en los registros de la Administración (en los casos señalados por la ley) y si, adicionalmente, era omiso a la presentación de declaraciones y comunicaciones, "además de no haber pagado los tributos a su cargo durante el ejercicio ... que excedan de cinco UIT ...".

El texto, que en su versión original ya era criticable, por lo menos requería una batería de circunstancias para dar paso a la modalidad. El inciso, tal como ha quedado redactado, resulta francamente incomprensible y sin utilidad práctica. Veamos. ¿Qué ha entendido el legislador por "ejercicio gravable"? Este es un concepto que se aplica señaladamente para establecer el segmento temporal dentro del que debe producirse el hecho imponible de los tributos de periodicidad anual. Sin embargo, la regulación no se limita a esta clase específica sino que alude en general a los tributos a cargo del contribuyente. De seguirse el texto de manera literal, debería sumarse el importe de los adeudos a la Seguridad Social, las sumas debidas a Sencico, al Senati, lo adeudado por Impuesto de Alcabala y algunos otros tributos en los que no es aplicable el concepto de ejercicio gravable. Parecería existir entonces una grave confusión pues el conjunto de tributos durante el ejercicio gravable tendría que estar restringido a los que son aplicables anualmente, lo que francamente carece de sentido.

Ahora bien, aún suponiendo que el concepto de ejercicio gravable pudiera indentificarse con el año calendario, la regulación resulta absurda desde el punto de vista de la cuantía ya que al remitirse a la UIT vigente al inicio de tal ejercicio, la inflación determina que el simple transcurso del tiempo convierta en delictiva la omisión en el pago de sumas ridículas.

¿Contra quién debe dirigirse la acción penal?

Habida cuenta de la necesidad de dolo para tipificar el delito, es claro que sólo pueden ser agentes las personas naturales. En consecuencia, cabe preguntarse ¿contra quién dirigir la acción penal cuando la falta de pago de tributos corresponde a una sociedad anónima? Al respecto, el artículo 27 del Código Penal señala:

"El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

En la sociedad anónima -que es la clase más difundida en nuestro país- la acción penal tendría que dirigirse, en principio, contra el Gerente. Sin embargo, no es infrecuente encontrar que en las sociedades que manejan negocios importantes, por ejemplo los bancos o grandes empresas industriales, exista una persona encargada específicamente de velar por el cumplimiento oportuno del pago correcto de los tributos a cargo de la sociedad. Si esta persona es de reconocida versación en el campo tributario y consta que ella ha empleado artificio, engaño o astucia para que la empresa deje de pagar un cierto tributo. ¿Contra quién debe dirigirse la acción penal si tal persona no está investida de ninguna representación? En este caso el Gerente y demás representantes de la sociedad resultan completamente extraños al fraude y, por ello, no podrían ser encausados asumiendo -desde luego- que desconocían la acción dolosa, de tal manera que no habrían ordenado ni consentido en ella. Por lo tanto, en este supuesto, sólo podría abrirse instrucción contra el funcionario directamente responsable.

Improcedencia de la acción penal cuando ocurra el pago.

Una de las verdaderas novedades que trae el Código Penal aparece en su artículo 270, según el cual no procede la acción penal si el agente paga el tributo dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que conoce el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente.

Como dijimos antes, el legislador parece prescindir de la importancia de los medios fraudulentos empleados y se centra únicamente en la prestación dineraria, de tal manera que satisfecha ésta, el delito ya no resulta perseguible o, quizás más certeramente, se asume que nunca existió, a pesar que hubiera mediado dolo y perjuicio para el acreedor, lo que resultaría sin sanción penal. Este tratamiento difiere del que se otorga, por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio donde no basta la restitución del bien para truncar la acción penal.

Por lo tanto esta regulación especial para el delito de defraudación tributaria permite apreciar que para el legislador no tiene, por sí mismo, carácter destructivo del tejido social. No atribuye la misma condición que a otras conductas antijurídicas penales, lo que conduce a pensar que su inclusión está orientada esencialmente a lograr el pago de los débitos tributarios.

Parece evidente que el legislador estima -como un gran número de personas- que el delito tributario no tiene el mismo negativo peso específico que otras modalidades delictivas y que para la sociedad resulta suficiente que se satisfaga el monto debido al que se da, casi, el trato civil de una cuenta por pagar. Repárese en que esta posibilidad sólo está diseñada en favor de quienes cuentan con los medios económicos para cumplir el requisito del pago y evitar, así, la justicia penal. Al respecto resulta significativo el tratamiento simétrico que el artículo 215 otorga en el caso de libramientos indebidos. Dicho artículo reprime a quien gira un cheque cuando no tiene provisión de fondos o autorización para sobregiro, entre otros casos. No procede la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha de requerimiento.

La similitud de soluciones pone en claro la consideración básicamente económica que el legislador ha tomado en cuenta permitiendo la misma salida para el caso de ambas situaciones. En cambio no se ha contemplado esa posibilidad para los otros delitos tributarios los cuales -aparentemente- son considerados por el legislador como más graves.

De otro lado, debe observarse que el paralelismo establecido por el legislador permitiría al agente evitar la acción penal en el concurso de los delitos mencionados. En efecto, si para la cancelación de un tributo, cuyo importe se ha disminuido fraudulentamente, el contribuyente entrega a la entidad recaudadora un cheque girado contra una cuenta sin fondos, se configuraría, por un lado, el delito de defraudación tributaria y, por otra parte, el de libramiento indebido. No podrá encausarse al agente por ninguno de tales delitos si él satisface la obligación económica.

Sin embargo, al margen de lo criticable que pudiera ser el temperamento adoptado, es evidente que la redacción del texto legal ha sido poco feliz. En efecto, ¿cuál es el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente? Con arreglo al procedimiento que contempla el Código Tributario tal requerimiento se materializa en la acotación que notifica la entidad administradora del tributo. Ahora bien, en determinados impuestos debido a deficiencias de los organismos correspondientes, la acotación suele formularse tres o cuatro años después de haberse hecho exigible el tributo, de manera que además del importe de éste se han generado recargos y reajustes (indexación).

No obstante, de acuerdo con el artículo 270 del Código Penal para lograr la improcedencia de la acción basta que el agente pague el tributo ya que el texto no contiene la menor referencia a los recargos, multas o reajustes. En este caso, lo técnico habría sido que el legislador aludiera a la deuda tributaria que es un concepto comprensivo del conjunto de las sumas debidas. En consecuencia, con arreglo a la

norma legal vigente, la improcedencia de la acción puede lograrse con el pago del tributo consignado en la acotación, el mismo que por el tiempo transcurrido y en razón del proceso inflacionario será generalmente una suma diminuta.

Por otra parte, ¿cuáles son los alcances exactos de la expresión "requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente"? En otras palabras, ¿se refiere el Código a la acotación que formula el órgano administrador? En nuestra opinión, no necesariamente. En efecto, por las razones que expresamos en su momento el contribuyente tiene derecho a impugnar administrativamente la exigencia fiscal. En caso de confirmarse la acotación el proceso puede llegar hasta el Tribunal Fiscal con cuyo pronunciamiento el expediente regresa a primera instancia donde se suele emitir la "resolución de cumplimiento". Por lo tanto, sólo en ese momento -concluida la reclamación- puede producirse el requerimiento cuyo pago permitirá evitar la acción penal.

Es evidente que la suma debida no es -de manera inevitable- la consignada en la acotación, de forma que para ejercer este derecho el agente puede esperar la resolución del Tribunal Fiscal. Conviene advertir que, a diferencia del proceso civil, en lo contencioso tributario la autoridad competente para resolver está facultada para hacer un nuevo examen completo de los aspectos del asunto controvertido, hayan sido o no planteados por los interesados (Código Tributario artículo 120). En consecuencia, a raíz de la reclamación la exigencia que se formule al contribuyente podría resultar sensiblemente superior a la consignada en la acotación, caso en el cual esta mayor suma sería la cancelable para evitar la acción penal.

Nosotros consideramos que ello es así aún cuando el contribuyente impugne la resolución del Tribunal Fiscal ante la Corte Suprema ya que la posibilidad del pago se franquea ante el requerimiento de la autoridad administrativa, el mismo que -como se explicó antes- se alcanza al concluir esta vía.

Sin embargo, como quiera que para interponer el recurso de revisión ante la Corte Suprema es necesario pagar o afianzar la deuda, quedaría sin resolver la situación de aquel contribuyente que ocurre ante la Corte Suprema afianzando la obligación. En este caso se habría agotado la vía administrativa y podría iniciarse la acción penal (pues no existiría pago sino afianzamiento). No obstante ¿cómo podría el juez instructor abordar la causa si se encuentra pendiente un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la existencia o no de la deuda? Para guardar un mínimo de coherencia la acción penal, en este caso, sólo podría iniciarse después que la Corte Suprema establezca que, en efecto, existe un tributo impago. Desde luego si al recurrir en revisión el contribuyente paga la deuda tributaria (que es una de las posibilida-

des para acceder a la vía judicial) la acción penal resultaría improcedente.

Adviértase que las reflexiones sobre este punto confirman que antes de iniciar la acción penal debe agotarse la vía administrativa. En efecto si para lograr la improcedencia de tal acción puede pagarse el tributo y la cuantía de éste sólo queda firme con el pronunciamiento del Tribunal Fiscal, resulta evidente que la mera acotación por la entidad administradora no bastaría para formular la denuncia penal.

La prescripción.

Como antes se indicó, el delito de defraudación tributaria es reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años. Ahora bien, según el artículo 80 del Código Penal:

"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de la libertad".

Por lo tanto, en este delito el término prescriptorio es de cuatro años.

Según el artículo 82 del mismo Código los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

"2. En el delito instantáneo a partir del día en que se consumó".

La obligación tributaria es siempre una obligación de dar (usualmente una cantidad de dinero) que debe cumplirse en fechas que no pueden exceder de límites precisos contemplados en la ley. En consecuencia si, por ejemplo, el Impuesto a la Renta debe pagarse el 31 de Marzo del año (1) y un contribuyente, mediante fraude incumple este deber, el plazo de prescripción penal empezaría a correr a partir del día siguiente. En este caso el término prescriptorio concluirá el 31 de Marzo del año (5).

Sin embargo la prescripción administrativa contemplada en el Código Tributario -que es también de cuatro años- empieza a computarse "desde el 1° de Enero siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración jurada anual respectiva ...". Si la declaración debe presentarse hasta el 31 de Marzo del año (1) la prescripción se iniciaría el día 1 de Enero del año (2) y concluiría el 31 de Diciembre del año (5).

En consecuencia, debido a la distinta forma de cómputo, la prescripción administrativa resulta más larga que la prescripción penal, de tal manera que en el ejemplo propuesto la entidad acotadora podría válidamente exigir el pago del tributo de abril a diciembre del año (5), pero para entonces la acción penal ya habría prescrito.

Consideraciones sobre la pena.

En la hipótesis de que el autor del delito de defraudación tributaria sea condenado a pena privativa de la libertad el Juez, de acuerdo con el artículo 57 del Código Penal, puede suspender su ejecución siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

"1. Que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años".

Como ya se indicó el delito de defraudación tributaria es sancionable, precisamente, con un pena máxima de cuatro años.

"2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito".

De las normas transcritas se sigue que en este delito existirá siempre la posibilidad de que el Juez ordene la suspensión de la pena, lo que constituye un nuevo elemento que permite interpretar que el legislador no considera al defraudador tributario como especialmente peligroso. Por lo tanto, puede vaticinarse que, en los hechos, ningún omiso sufrirá pena corporal efectiva ya que el procedimiento puede evitarse con el pago del tributo y en caso de haberse seguido la acción penal el juzgador tiene la posibilidad de imponer sólo pena de multa y cuando la pena sea de prisión ésta puede suspenderse.

La reparación civil.

El Juez está obligado a establecer la reparación civil que se determina conjuntamente con la pena. Según el artículo 93 del Código Penal la reparación comprende:

"1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor".

"2. La indemnización de los daños y perjuicios".

Como antes se indicó la deuda tributaria está integrada por el tributo propiamente dicho, los recargos y los reajustes del tributo (indexación). Si ello es así, el contribuyente que hubiera pagado el íntegro de la deuda (aunque después de los 10 días de requerido) al ser condenado ¿debe también pagar la reparación civil? El Código Penal no ha recogido una regulación que sobre este punto contiene el artículo 166 del Código Tributario:

"No habrá lugar a reparación civil en los delitos tributarios cuando la administración fiscal haya hecho efectivos los tributos y sanciones administrativas correspondientes, que son independientes de la sanción penal a que este título se refiere".

Como quiera que el Código Penal no contiene ninguna excepción, de la letra de la ley se desprendería que además de las sanciones administrativas que exija la entidad acotadora, el contribuyente o responsable, en la hipótesis de ser condenado se vería obligado a pagar además la reparación civil. Considerando lo elevado de las sanciones administrativas actuales y la cuantía de la indexación parecería desmesurado exigir esta concurrencia de obligaciones. Ciñéndose a la orientación "economicista" que el legislador ha impreso en el caso de este delito, estimamos que -al margen de la literalidad- podría interpretarse que se mantiene vigente la mencionada regulación del Código Tributario, pues si bien no ha sido recogida expresamente tampoco ha sido derogada. En caso de una interpretación contraria, el equilibrio podría ser logrado por los jueces fijando la reparación civil en una suma simbólica, cuando comprueben que han sido pagados el tributo y las sanciones administrativas.

La "Liberalización" de la Propiedad de la Tierra

Guillermo Figallo A.

Abogado. Profesor Principal de la PUC.

A los once años de vigencia de la Constitución que nos rige y después de quince años de paralizada la aplicación de la Ley de Reforma Agraria No. 17716, como coronación de una intensa campaña publicitaria dirigida contra ésta, el Poder Ejecutivo, en uso de las potestades delegadas por la Ley No. 25327, ha dictado el Decreto Legislativo No. 653, de 30 de julio de 1991 denominado "Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario".

Este cuerpo legal se inserta dentro del marco del "pragmatismo" político del actual Gobierno, basado en una rígida interpretación de los principios de "pluralismo económico", "libre empresa" y "economía de mercado" del modelo económico de la Constitución, dejando de lado las excepciones y los límites sociales que también consagra¹. Además, concede al término "inversión" un sentido amplísimo abarcando temas como el régimen de la propiedad y demás derechos reales sobre la tierra, la regulación del uso agrario, de las aguas, la expropiación de las tierras eriazas de las Comunidades Campesinas y Nativas, el régimen laboral y la organización de los agricultores².

No opinaremos acerca de la discutible validez de semejante interpretación sobre los alcances y extensión de las facultades delegadas, lo que sin duda será materia de debate en el Congreso, dado que algunos parlamentarios han manifestado su discrepancia al respecto. Solamente analizaremos el contenido de

las normas del mencionado Decreto Legislativo sobre la propiedad de la tierra, para determinar si se encuentran sustentadas en la Constitución del Estado y cumplen el objetivo de lograr la "liberalización del mercado de tierras" o si, enmascaran un intento de restauración del "viejo régimen" agrario sepultando la Reforma Agraria.

El Decreto Legislativo pretende ampararse en el principio del pluralismo económico enunciado por el artículo 112 de la Constitución³ y establece sustancialmente:

- el acceso a la propiedad de la tierra a cualquier persona natural o jurídica;
- la regulación de los derechos reales sobre las tierras rústicas por las disposiciones del Código Civil y supletoriamente por las del Decreto Legislativo 653;

1.- EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LA TIERRA.

El Decreto Legislativo 653 deroga expresamente el artículo 883. del Código Civil de 1984 que reconocía un régimen propio de los Derechos Reales sobre predios rústicos⁴ y todas las normas de la Ley de Reforma Agraria No. 17716 que lo establecían. Se trata de un retorno al sometimiento de los predios rústicos a los mismos principios y normas que regulan las relaciones jurídicas sobre los predios urbanos

1. Constitución artículo 115.: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social".

2. El Decreto Legislativo No. 653 consta de seis Títulos que comprenden setentiocho artículos, diecisiete Disposiciones Complementarias, cinco Disposiciones Transitorias y cinco Disposiciones Finales.

3. El artículo 112. de la Constitución contenido en el Capítulo I "Principios Generales" del Título III "Del Régimen Económico" dice lo siguiente: "El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestorias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características".

4. Código Civil, artículo 883.: "Los derechos reales sobre predios rústicos se rigen por la legislación sobre la materia".

pasando por alto el hecho evidente de que no son de la misma naturaleza.

Los autores del Decreto Legislativo, ignoran que el Código Civil de 1984 no contiene norma alguna aplicable a las relaciones derivadas del uso y trabajo de la tierra, debido a los notables avances de la Constitución peruana de 1979 que dedica íntegramente al Régimen Agrario el Capítulo VII del Título III sobre el Régimen Económico, reconociendo la identidad del Derecho Agrario como una rama autónoma del Derecho dotada de principios propios fundados en razones de carácter técnico-social.

El salto cualitativo con relación al derecho de propiedad de la tierra como bien de producción por excelencia, que significó el reconocimiento de su función social por la Constitución Mexicana de Querétaro, como conquista de una revolución campesina, y de la Constitución de la República Democrática de Weimar, como remedio de las secuelas sociales negativas derivadas de la Revolución Industrial y que se encuentra consagrado universalmente, es considerado como el momento del nacimiento del Derecho agrario contemporáneo. Este principio, adoptado por primera vez en nuestra Constitución de 1933 como el "deber de usar la propiedad en armonía con el interés social", ha sido reproducido por la Constitución vigente (artículo 124. y 157.).

Resulta así que las normas del Código Civil de 1984 no pueden ser aplicadas a los predios rústicos, por cuanto en su concepción no han tenido en cuenta las características de éstos. De ahí que al haber derogado la Ley 17716 que desarrollaba los principios y normas contenidas en el Capítulo VII del Título III de la Constitución, el Decreto Legislativo 653 se ha visto obligado a dedicarle a los derechos reales sobre la tierra, el Título II, denominado "De la propiedad y sus limitaciones", el que consta de los siguientes Capítulos: I) De la Propiedad Agraria; II) De las Limitaciones al Derecho de Propiedad; III) Del fraccionamiento de predios rústicos; IV) De la adjudicación de tierras rústicas; V) Del cambio de uso; y VI) Del abandono de las tierras rústicas.

Por consiguiente, el primer aspecto a analizar del Decreto Legislativo 653, desde el punto de vista jurídico, es el relativo a su Constitucionalidad.

Nuestra Carta Fundamental se ocupa de la propiedad en general, en dos sedes distintas. La primera, dentro del Título I "De los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona", en el artículo 2. inciso 14., que dice: "Toda persona tiene derecho a la propiedad

y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes"; y la otra, en el artículo 124, Capítulo II "De la Propiedad", del Título III "Del Régimen Económico". Además, dedica a la propiedad sobre la tierra, en especial el artículo 157. del Capítulo VIII de dicho Título III.

El enunciado del artículo 2. inciso 14. responde a la faceta "personalísima" de la propiedad, que consiste en el derecho de todo ser humano al uso y disfrute de los bienes necesarios para la subsistencia y su realización como persona humana; y se encuentra en concordancia con el segundo párrafo del artículo 124. que establece el deber del Estado de promover "el acceso a la propiedad en todas sus modalidades". En cambio, el contenido del artículo 124. obedece a la vertiente socio-económica de la propiedad conformada por los conceptos de función social, límites y reserva legal, como instrumentos jurídicos de la actividad económica.

Como el propio Decreto Legislativo reconoce y lo establece expresamente la Constitución, el derecho de propiedad, tiene "limitaciones"⁵. Pero además, se establece que "la propiedad debe ser usada en armonía con el interés social". Vale decir, que ha dejado de ser considerada como "un espacio jurídico vacío" donde reinaba la voluntad del propietario como soberano absoluto.

Explicando el mantenimiento de dicha frase -que viene de la Constitución de 1933, en el artículo 124. de la actual Carta Fundamental, como equivalente de la "función social", no obstante que "en un análisis rigurosamente técnico" pueden establecerse diferencias entre las dos expresiones -el ponente de la Comisión Principal, Ernesto Alayza Grundy señaló que ésta significa "la obligación que tiene el titular de cualquier derecho de propiedad de usar el bien respectivo considerando y respetando el derecho de la sociedad a ese bien", agregando que "las formas de cumplir el interés social son múltiples y la forma de cumplirlas queda entregada a la ley".

De ello se desprende que la "armonía" con un fin societal, es un elemento central del derecho de propiedad. De modo que su titular sólo goza de un poder condicionado a la satisfacción económica y social, superando la concepción de la función social como una fórmula genérica y vaga que resumía los límites externos del derecho público, o a lo más era una proclamación esencialmente verbal con fines productivistas. La función social resulta un nuevo límite del derecho de propiedad, que trasciende las tradicionales limitaciones negativas impuestas a la propiedad por el derecho privado (relaciones de vecindad y servidumbres) o en resguardo del interés público

5. "La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades".

"La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad." (Constitución, Título III "Del Régimen Económico", Capítulo III "De la Propiedad", artículo 124.).

(impuestos, expropiación, servidumbres administrativas). Ella impone obligaciones positivas de hacer al propietario. No recae sobre la esencia de los bienes sino sobre su utilización. El fundamento de la propiedad se torna inseparable de su finalidad y, por ende, exige el uso racional del bien.

Nadie discute que conforme al artículo 112. de la Constitución; "el Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería que la ley señala". Pero, sucede que el artículo 157. de la misma Carta establece como excepción a dicho principio general, inherente a la propiedad agraria que; "El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquier otra forma asociativa". Resulta, pues evidente que las otras formas de propiedad privada de la tierra que no sean la "asociativa" no se encuentran garantizadas por la Constitución y que no todas las personas jurídicas pueden ser propietarias de tierras en el Perú, salvo que se entiende la Constitución de acuerdo con el procedimiento que ella misma establece⁶. De modo que, resultan violatorios del artículo 157. de la Constitución los dispositivos del Decreto Legislativo 653 que permiten el acceso de "cualquier" persona jurídica, inclusive aquélla que es una "forma asociativa" a la propiedad de la tierra. El fundamento indudable de la norma constitucional es que no debe ocurrir nuevamente que, bajo la apariencia de una o varias personas jurídicas de capitales, un pequeño grupo de propietarios ausentistas puedan apropiarse de grandes extensiones de tierras como lo permite el Decreto Legislativo 653 en sus artículos 2., inciso b, artículo 5., artículo 12. último acápite, artículo 16. último acápite⁷, artículo 19., artículo 36., artículo 37., artículo 44. segundo acápite.

Se encuentra unánimemente admitido por la doctrina que la propiedad asociativa responde a la modalidad de la sociedad de personas en las que se une en la persona de los socios el capital y trabajo, o sea que la empresa pertenece a los trabajadores total o mayoritariamente, en oposición a las sociedades de capitales en que los no trabajadores son dueños absolutos de la empresa y "alquilan" la fuerza de trabajo.

CONDUCCION DIRECTA

Es indiscutible que el artículo 157. de la Constitu-

ción establece como requisito esencial para que el Estado garantice la propiedad de la tierra que ésta debe ser conducida directamente por su dueño. Sin embargo, el artículo 6. del Decreto Legislativo 653 extrae el segundo acápite, que contiene la definición de la conducción directa, a fin de que leída fuera del contexto del mencionado artículo 157. y olvidando que el primer acápite que exige que la tierra sea conducida directamente por sus propietarios, se llegue a la aberración jurídica (lamentablemente no existe otro calificativo) de que puede haber conducción directa por un arrendatario o cualquier otra persona distinta al propietario vaciando de su contenido el concepto de conducción directa.

Es sabido que el caso de conducción indirecta por Antonomasia es el arrendamiento y que solamente pueden conducir directamente el bien los propietarios, pues "conducir", "manejar" o "usar" es uno de los poderes del propietario y cuando éste lo ejerce personalmente hay conducción directa. Si cede la conducción, manejo, o uso a otra persona, el propietario conduce indirectamente o es poseedor mediato de acuerdo con la terminología del Código Civil. La calificación del arrendamiento como una forma de conducción directa es incurrir en una "contradictio in abstracto".

Semejante absurdo acaba en el contrasentido de que no obstante que el acápite segundo del artículo 6. considera que el arrendatario debe cumplir los requisitos de la conducción directa, el segundo acápite del artículo 8. le niega todo derecho de acogerse a los beneficios sobre calificación y adjudicación de tierras.

Creemos que, en algunos casos excepcionales, por aplicación de otros principios, tales como la tutela de los derechos de los menores, insanos, inválidos, vejez u otros casos semejantes, puede admitirse el arrendamiento debidamente regulado.

A mayor abundamiento, los estudiosos de todos los sectores coinciden en que el arrendamiento de predios rústicos no es beneficioso para el progreso de la agricultura, debido a que el arrendatario no tiene interés en realizar inversiones, degrada la tierra sometiéndola a una explotación irracional y el propietario se convierte en terrateniente ausentista. En los países donde se permite el arrendamiento de la tierra, se encuentra rigurosamente reglamentado en defensa del arrendatario. Su reimplantación por el Decreto Legislativo 653 de acuerdo a las normas del Código Civil, que deja libradas sus estipulaciones a la libre voluntad de las partes por no haberlo previsto no

6. Es de advertir que dentro del sistema económico constitucional la propiedad privada de la tierra, que es un recurso natural, representa una excepción a la norma general contenida en el artículo 118. que declara que "los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación" y no faculta su adjudicación en propiedad a los particulares.

7. El último acápite del artículo 16. del Decreto Legislativo 653 "da fuerza de ley" al Decreto Supremo No. 18-91-AG que faculta la conversión de las "empresas campesinas y asociativas" en cualquiera de las formas empresariales previstas en la Ley General de Sociedades, es decir, en sociedades anónimas, colectivas, en comandita y cualquier otra forma de sociedad mercantil.

contribuirá al desarrollo del agro y consolidará la actual explotación de los campesinos sin tierras atendiendo contra el espíritu del artículo 159o. de la Constitución que persigue la promoción integral del hombre del campo.

EL LATIFUNDIO

El artículo 159. de la Constitución otorga a la Reforma Agraria el carácter de institución necesaria hasta alcanzar el desarrollo económico y social de la Nación y, en primer lugar, "prohíbe el latifundio", sin excepción alguna, como la expresión de una estructura agraria defectuosa e injusta.

El aspecto más saltante del latifundio es su dimensión espacial. De ahí que el Derecho agrario establezca una limitación a la extensión territorial de la que puede ser propietaria una persona. Debido a que el latifundio es expresión de dominación económica, social y política, razón por la que no cabe admitir formas legales que tras el velo de la "persona jurídica" oculten la concentración de la tierra en pocas manos.

Mientras el latifundio tradicional o hacienda serrana ha merecido la condena unánime de todos los sectores del pensamiento, el latifundio llamado industrial tuvo sus defensores quienes lo denominaban eufemísticamente "gran propiedad". Así la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de Reforma Agraria elaborado por la Comisión para la Reforma y la Vivienda⁸ presidida por Pedro Beltrán, indiscutido líder del liberalismo y propietario de un latifundio algodonero, proclamaba sus ventajas desde el punto de vista económico debido a "la eficiente producción que alcanzaba mediante el empleo de métodos que exigían fuertes inversiones y técnicas avanzadas" sosteniendo que "En este caso la concentración de la tierra obedece a la necesidad de alcanzar magnitudes que permitan el uso más económico de los recursos productivos, tierras, aguas, capital y trabajo, que es vital tratándose de la producción exportable que debe competir en los países con recursos naturales más favorables y que emplean métodos agrícolas más avanzados". Consideraba, asimismo, que el mantenimiento y existencia de esta clase de empresas era "una exigencia planteada por el desarrollo económico".

Sin embargo, la Comisión no pudo dejar de reconocer que dicha modalidad de "gran propiedad de tipo empresarial presenta serios inconvenientes de carácter social" tanto de orden interno (condiciones de trabajo insatisfactorias, trabas al desarrollo de la vida comunal y cívica en los establecimientos de la Hacienda, obstáculos a la organización sindical de los trabajadores) como externo (obstáculos para la cons-

titución de la pequeña y mediana propiedad y la extrema dependencia de grandes sectores de la población respecto de los propietarios que se encuentran en la posición de monopolizar la oferta de trabajo). En síntesis como se ha dicho, la gran propiedad es la negación del derecho de propiedad.

La más avanzada doctrina contemporánea coincide con la identificación del sistema de latifundio con toda gran propiedad en pocas manos. El gran maestro italiano de Derecho privado Emilio Romagnoli abundando en la condena de la "gran propiedad" dice: "Cuando la propiedad de grandes extensiones de tierra agrícola está concentrada en pocas manos y la gran mayoría de personas que desarrollan actividades agrícolas no está formada por propietarios se crea normalmente una situación de "cuasimonopolio" de la propiedad territorial. Las graves desigualdades debidas al carácter monopolítico de las grandes propiedades, inclusive cuando hay una racional gestión capitalista que asegura un buen nivel de productividad de la tierra y una adecuada retribución del trabajo agrícola, son siempre susceptibles de aspectos negativos desde el punto de vista social."

De ahí que la ineficiencia técnico-económica no pueda ser considerada como la única característica del latifundio.

El Decreto Legislativo 653 amplía los límites inafectables llegando casi a duplicarlos cuando la propiedad de la tierra es a título individual (de 150 has. de tierras de cultivo bajo riego en la región de la Costa que era límite fijado por la Ley 17716 a 250 has). Pero, no considera suficiente esta ampliación en un país que se caracteriza por la escasez de tierras de cultivo ya que reduce notoriamente la posibilidad de difusión de la pequeña propiedad como lo establece el inciso 2. del mismo artículo 159. de la Constitución, sino que facilita la burla de la prohibición del latifundio, estableciendo que para el caso que el titular de la tierra sea una persona jurídica, cualquier socio, asociado o participacionista posea una parte alícuota que sumada a la que tenga por cualquier otro título no exceda del límite individual. (artículo 120.)

Ello significa que en una sociedad familiar entre padre e hijos, hermanos u otros parientes el límite inafectable se podría multiplicar por el número de socios bastando que hubiera, por ejemplo, una familia de 6 miembros para que pudiera concentrar mediante la constitución de una sociedad anónima 1,500 has. de tierras de cultivo bajo riego en la Costa.

En cambio, priva a los arrendatarios, incluso a los que conducen unidades familiares o minifundios, de los beneficios de la Reforma Agraria retrocediendo

8. La referida Comisión fue designada en el año 1956 por el Presidente Manuel Prado y fue presidida por Pedro Beltrán, indiscutido líder del liberalismo peruano y propietario del latifundio Montalván en Cañete.

aún más atrás que la Ley 15037 que asimiló a los pequeños arrendatarios de extensiones no mayores de 15 has de tierras de cultivo bajo riego y 30 has. de secano a la condición de los feudatarios reconociéndoles derecho preferencial a la adjudicación de las parcelas que conducían.

COMUNIDADES CAMPESINAS Y TIERRAS ERIAZAS.

El Decreto Legislativo dedica el Título III a las "Tierras Eriazas" declarando que su propiedad "sin excepción" pertenece al Estado. De este modo subrepticio, sin debate alguno, de un solo plumazo, el Decreto Legislativo despoja a las Comunidades de sus tierras eriazas (artículo 23.) para promocionar su adquisición por capitalistas nacionales y extranjeros a los que permite constituir latifundios (hasta 2.000 has. de tierras agrícolas bajo riego) no solamente con las tierras irrigadas sino con aquéllas en las que hayan ejecutado obras de drenaje (artículo 31.) y sin que sean consideradas para los efectos del límite inafectable aquéllas de las que ya sean propietarios.

El Estado en todo momento ha respetado de modo uniforme el derecho de las Comunidades Campesinas sobre las tierras eriazas que se encontraban dentro de sus linderos. Cuando se debatió en el Congreso la Ley General de Comunidades No. 24656, hubo un intento de privarlas de ellas, el que fracasó ante la protesta popular incluso de los prelados de la Iglesia Católica del Sur del Perú.

MERCADO LIBRE DE TIERRAS

El Decreto Legislativo 653 no contiene ninguna novedad en lo relativo al derecho que tienen los propietarios de tierras de disponer libremente de ellas. La norma de la Ley de Reforma Agraria que prohibía el fraccionamiento y venta de parcelas de tierras rústicas menores a tres hectáreas (artículo 93.) ha sido reproducida por el referido Decreto Legislativo (artículo 7.).

En cuanto a las tierras expropiadas por la Reforma Agraria, tanto la Ley 15037 como la Ley 17716 establecían que su adjudicación se haría a campesinos peruanos mediante contrato de compra-venta a plazos (veinte y veinticinco años con reserva de dominio en garantía del pago del saldo del precio pudiendo el adjudicatario cancelarlo antes de su vencimiento y levantar la reserva). Este sistema fue modificado por la XV Disposición Transitoria de la Constitución que condonó la deuda de los beneficiarios de la Reforma Agraria.

El Decreto Legislativo ha restablecido el sistema de las indicadas leyes.

Debe advertirse sin embargo, que el Decreto Legislativo permite a los extranjeros ser beneficiarios de la Reforma Agraria contrariando el principio universalmente admitido de que sólo los nacionales pueden tener acceso a bienes adquiridos con Fondos Públicos. No prohíbe tampoco que puedan ser adjudicatarios quienes ya son propietarios de tierras rústicas despojando de su sentido social a la Reforma Agraria.

HIPOTECA DE PREDIOS RUSTICOS

Con relación a la posibilidad de que las tierras puedan ser hipotecadas, el Decreto Legislativo 653 permite que puedan ser afectadas con la referida garantía real los predios mayores de cinco hectáreas los que constituirían un patrimonio familiar forzoso, cualquiera que sea el origen o finalidad del crédito objeto de la garantía. De este modo deroga el Decreto Legislativo 02 que permitía la hipoteca de las tierras de propiedad individual cualquiera que fuera su extensión, tutelando a los pequeños propietarios de tierras que no excedan de la referida extensión. En cambio, también lo deroga con relación a la propiedad asociativa sobre la que no facultaba la hipoteca a favor de personas privadas y abre las puertas a los prestamistas para que impongan condiciones leoninas a los agricultores y éstos no puedan liberarse del gravamen.

SUPRESION DE LAS AREAS NATURALES PROTEGIDAS

El Decreto Legislativo 653 no sólo deroga las disposiciones de la Legislación sobre Reforma Agraria sino normas del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales paradójicamente aprobado por Decreto Legislativo No. 611, promulgado el 08 de setiembre de 1990, a inicios del actual Gobierno, entre ellas se encuentra el artículo 71. del Código que prohibía desarrollar actividades para aprovechamiento energético o de recursos naturales no renovables en el ámbito de las áreas naturales protegidas. Con ello priva de todo sentido la categoría de "área natural protegida", cuya existencia, no es compatible con la realización de actividades altamente contaminantes.

Resulta así que lamentablemente el Decreto Legislativo no significa un paso adelante que supere los vacíos y contradicciones de la legislación agraria dictada durante los últimos cincuenta años sino más bien contiene normas relacionadas con la propiedad de la tierra manifiestamente inconstitucionales.

¿Cómo y por qué se desarrollan los pueblos?

Carlos Alberto Montaner
Abogado. Periodista y Escritor.

Hace muchos años el gran periodista Henry Hazlitt escribió un breve libro titulado **Una lección de economía**, en el cual volcaba una serie de observaciones inteligentes sobre cómo se crean las riquezas, cómo se malgastan y cómo se conservan. Hazlitt probablemente no sabía matemáticas financieras, pero haciendo uso del sentido común y de la capacidad de análisis que había podido desarrollar a lo largo de muchos años como comentarista del **Wall Street Journal**, del **New York Times** y por último de **Newsweek**, consiguió concretar una docena de criterios fundamentales que deberían inscribirse en los despachos de todos los empresarios y hombres públicos que de alguna manera participan destacadamente en el proceso económico.

Por supuesto, estoy citando a Hazlitt para acogerme a este precedente, y poder compartir con ustedes ciertas reflexiones sobre desarrollo económico, concebidas pese a mi pobre formación tanto en las ciencias empresariales como en la economía convencional. Les confieso que para mí es difícil entender hasta un manual elemental como el de Samuelson, y no digamos otros libros técnicos que requieran una buena formación matemática. Salí del bachillerato sin poder descubrir el enigma de las ecuaciones de segundo grado o la razón que anima la neurótica secuencia de los logaritmos. Nunca pude enterarme el por qué o el para qué de aquellas misteriosas operaciones.

Mi formación es otra: la literatura, la historia, las humanidades y las ciencias sociales, pero estas últimas sólo en la medida en que se alejan de los esquemas cuantitativos o de las fórmulas pretendidamente científicas. Es decir, ni siquiera soy un científico social.

Una vez realizada esta humilde confesión, la segunda revelación que voy a hacerles es la siguiente: en verdad, las razones en las que se asienta el crecimiento y el desarrollo económico de las socieda-

des tienen muy poco que ver con los conocimientos matemáticos y, probablemente, menos aún con eso a lo que llamamos ciencia. Más bien yo diría que para entender el fenómeno del desarrollo, o el de la involución, es preferible llevar en las alforjas un poco de filosofía, otro tanto de psicología y una dosis mucho mayor de lecturas relacionadas con la historia. De ahí que resulte una ingenuidad mayúscula confiar la economía sólo a los economistas, pensando que estos valiosos profesionales puedan darle un vuelco radical a la situación de una sociedad cualquiera. De ahí -también- la frustración que suele producirse cuando los grandes economistas no consiguen arreglar los problemas. En realidad no es culpa de ellos: el mal es mucho más profundo.

Me doy cuenta, sin embargo, que este acercamiento al tema puede ser visto con desdén en los medios académicos, y en especial entre las diversas escuelas de economistas. A partir de fines del XVIII, cuando las especulaciones sobre economía comenzaron a adquirir el carácter de ciencia, se han ido estructurando tendencias y enfoques que, con frecuencia, pretenden dar soluciones al problema del desarrollo, pero acaso ignorando con sus visiones particulares el carácter multidisciplinario que debe tener el análisis del proceso de creación de riqueza.

De esta suerte, no es extraño que a menudo algún bien intencionado economista intente demostrarnos que mediante el keynesianismo, el monetarismo o la puesta en práctica del pensamiento liberal de mis admirados Von Hayek o Von Mises -por sólo citar tres ejemplos entre otros 50 que se pudieran aportar-, se consigue el milagro del despegue económico o del desarrollo fulminante y continuado.

Por supuesto, yo no niego que hay escuelas y tendencias económicas más acertadas que otras, ni se me ocurriría afirmar que es inútil jugar con ecuaciones algebraicas para establecer la masa idónea de dinero circulante y determinar la velocidad a que el

signo monetario debe moverse de mano en mano. Lo que quiero decir es que estos aspectos, en realidad, son demasiado particulares para precisar las razones que explican por qué -por ejemplo- Singapur crece este año nada menos que al 9%, mientras la economía de Argentina probablemente decline varios puntos porcentuales.

Los recursos naturales

Y la mención de los dos países que acabo de citar nos lleva de la mano al primer elemento que hay que tomar en cuenta para explicarnos el crecimiento y desarrollo de los países, aunque sólo sea para descartarlo de inmediato: los cacareados recursos naturales. No hay duda que Argentina es el gigante mejor dotado de América Latina. Toda la Comunidad Económica Europea cabe cómodamente en su superficie de casi tres millones de kilómetros cuadrados. Los recursos argentinos, su capacidad como país agricultor y productor de minerales, sus infinitos pastos, adecuados como pocos para la ganadería, su rica plataforma marina, sus costas, sus ríos navegables, todo favorece a la Argentina, y ya sabemos la descorazonadora situación en la que ese país se encuentra.

Pero en el otro extremo de la balanza nos encontramos con un pequeño enclave, atiborrado de personas, cuya superficie total probablemente sea menor que la ciudad de Buenos Aires, y sin embargo los singaporenses, sin petróleo, sin agricultura, sin riquezas naturales, triplican el per cápita de los argentinos y mantienen unos niveles de prosperidad de rango europeo.

No es necesario abrumarlos con una docena de ejemplos de parecidas características para demostrar que los recursos naturales no son, ni con mucho, el elemento clave del desarrollo. Sin embargo, sería necio negar que esos recursos naturales, empleados de una manera correcta por la sociedad, multiplican tremendamente la capacidad de desarrollo. Si Argentina, en los últimos 30 años, se hubiera conducido como Singapur, hoy sería, probablemente, el país más rico del planeta. Las suyas, como las de todas las naciones, son **riquezas potenciales**, no "habas contadas". A las habas siempre hay que cosecharlas.

No obstante su limitadísima influencia, y sólo con el ánimo de eliminarla, he querido comenzar por la riqueza natural, porque se trata del único elemento concreto entre los que determinan, aunque sea potencialmente, el grado de intensidad del desarrollo. Pero a partir de este factor, el resto de las causas fundamentales de la prosperidad de los pueblos se inscriben en el territorio de la imaginación. Nosotros no podemos inventar una bolsa carbonífera, o un territorio apto para la siembra de maíz, pero sí podemos crear, con nuestra fantasía, con nuestras emociones, con nuestra inteligencia y con nuestras destrezas, el resto de los elementos que determinan el grado de

riqueza que ostentan las naciones. De la conjugación de estos factores, de la suma, la resta y del orden en que se articulan, es que depende la gradación que observamos en el planeta entre los niveles de desarrollo que exhiben las diferentes sociedades y pueblos.

El marco jurídico

Pero ¿cuál parece ser entonces el primer gran requisito para que sean posibles la prosperidad y el desarrollo? Si ya hemos desechado los recursos naturales, ¿acaso el número de personas educadas sería lo primordial? Me temo que no. Y precisamente vuelve a ser Argentina el caso que mejor demuestra el escaso peso relativo del capital humano como causa directa y primordial del desarrollo. Probablemente no hay pueblo en América Latina mejor instruído que el argentino. Casi con toda seguridad no hay graduado universitario en nuestro continente mejor formado que los naturales de ese país. Y sin embargo, los resultados están a la vista.

Para hallar respuesta a esta pregunta quizás la fórmula más sencilla sea preguntarnos ¿qué distingue y qué tienen en común las naciones más desarrolladas del planeta? Evidentemente, no es la raza, porque los singaporenses y los habitantes de Hong Kong son asiáticos, mientras los suizos y norteamericanos se inscriben en esa clasificación extraña de "caucásicos". También pudiéramos añadir que son los negros trinitarios, de Trinidad y Tobago, los ciudadanos que en América, al margen de Canadá y Estados Unidos, han conseguido un mayor índice de desarrollo. De manera que debemos rechazar la raza como condición para escalar los primeros puestos del planeta.

Tampoco parece muy aceptable aquella explicación que hace unas cuantas décadas diera Max Weber sobre el origen religioso de las diferencias económicas. En su momento pareció una propuesta acertada e inteligente, pero una mirada profunda nos revela que no hay gran diferencia entre los alemanes protestantes y los católicos, y sí la hay, sin embargo, entre los propios católicos del norte de Italia y los del sur.

Y es que, probablemente, el primer rasgo que emparenta a las naciones más desarrolladas es de otro tipo: es el **jurídico**. Digámoslo un poco más elaboradamente: el ingrediente básico en la consecución de la prosperidad es el Estado de Derecho y la estabilidad política e institucional que éste sea capaz de fomentar. Sólo se puede alcanzar un alto grado de riqueza si existe un marco jurídico adecuado, con leyes que se respetan, con tribunales que velan por el cumplimiento de las normas, con sentencias que se ejecutan y con un marco constitucional claro, sólido y al margen de los vaivenes políticos.

Es muy sencillo de entender: las actividades económicas no son otra cosa que transacciones que se

realizan y viven en la atmósfera del derecho. Se produce, se vende, se compra, se trabaja, se proyecta bajo la protección de un manto jurídico, de una red hecha de leyes justas y de instituciones capaces de administrarlas correctamente. Si ese fascinante mundo de la imaginación es firme, equitativo y funcional, la atmósfera tendrá todos los elementos nutritivos necesarios para que los demás factores que entran en juego en el proceso productivo se conjuguen adecuadamente y generen un monto creciente de riquezas. Eso, precisamente, es lo que tienen en común Estados Unidos, Suiza, Alemania, Suecia y cualquiera de los países que han conseguido un alto grado de desarrollo económico.

Es obvio: los empresarios, para poder crecer necesitan tener estrategias a corto, medio y largo plazo. Todo eso significa riesgos. Riesgos que aumentan en la medida en que el tiempo va añadiendo factores de incertidumbre, en la medida en que el comportamiento de la sociedad se hace imprevisible por la inexistencia de un Estado de Derecho consolidado.

¿A quién se le ocurriría -por ejemplo, y vuelvo al doloroso caso de Argentina- comenzar a sembrar eucaliptos en ese país para desarrollar una industria papelería dentro de diez años? ¿Quién puede, en medio de los cataclismos sociales de la nación, hacer proyectos a medio o a largo plazo? Sólo se invierte con confianza, y se espera a recoger pacientemente el fruto del trabajo, en aquellas sociedades en las que se destierra el sobresalto social y la ley y el derecho se imponen por encima de todos los ciudadanos.

No puede olvidarse que el crecimiento es siempre el producto de un ciclo de ahorro e inversión que se debe suceder ininterrumpidamente a lo largo de extensos períodos. No es posible el enriquecimiento fulminante de la sociedad. Estados Unidos -por citar el caso más conocido- a lo largo del siglo XIX, cuando comenzó a asentarse su supremacía, creció al modesto ritmo del 2% anual. Incluso, el súbito despegue de los pequeños Países de Nueva Industrialización - los cuatro famosos dragones de Asia-, es el producto de unas cuantas décadas de ininterrumpida gestión económica y de estabilidad política, aunque esa estabilidad, en el caso de Corea, sólo sea parcial y discutible.

De manera que es el marco jurídico lo que alienta las transacciones económicas de lenta maduración, porque la confianza en el futuro hace posible las ilusiones y concede los necesarios períodos para que los más caros sueños de las personas consigan llevarse a cabo.

Es tal la mentalidad que llega a prevalecer en el ciudadano que tiene la dicha de vivir en un Estado de Derecho absolutamente consolidado, que no me resisto a relatar una anécdota que me sucedió hace muchos años y que, de forma parecida, también le ha

ocurrido a infinidad de cubanos que emigraron a los Estados Unidos.

Alguna vez, intentando explicarle a un azorado norteamericano -que nada entendía de cuestiones políticas- cómo la revolución de Castro despojó violentamente de un laboratorio de productos farmacéuticos a la familia de mi esposa, empresa que con gran esfuerzo habían conseguido levantar, mi apiadado interlocutor me preguntó, sin la menor dosis de sorna: "¿Y por qué no llamaron a la policía y denunciaron lo que estaba sucediendo?"

En aquel momento yo pensé que mi amigo norteamericano era casi un idiota, pero con los años he descubierto que esa reacción no era del todo extraña en una persona que había tenido el privilegio de vivir permanentemente protegida por leyes que no cambiaban arbitrariamente y que no estaban sujetas a ese flagelo de la prosperidad, el desarrollo y la armonía que son las revoluciones.

Causas morales

Bien, ya hemos apuntado que el Estado de Derecho constituye eso a lo que pudiéramos calificar de verdadera atmósfera en la que es posible que germinen el desarrollo y la prosperidad. Sin embargo, aún cuando ese marco jurídico sea común a todas las naciones desarrolladas, esa circunstancia no garantiza por sí misma que las naciones consigan enriquecerse.

Veamos ahora las causas morales. Examinemos los valores que contribuyen a determinar el éxito o el fracaso de los grupos humanos. Porque, si bien es cierto que el Estado de Derecho es la condición **sine qua non**, ¿cómo explicarnos la diferencia que existe, por ejemplo, en el grado de desarrollo que exhiben los suizos con relación, digamos, a los italianos? Incluso, seamos más precisos y observemos que dentro de la misma Suiza podemos ver diferentes niveles de desarrollo entre los cantones alemanes, los franceses y los italianos. Y estamos hablando de un país que ostenta un marco jurídico común, mas, sin embargo, se observan diferencias perceptibles entre los distintos grupos que lo forman. Algo similar pudiera decirse con relación a España. En el norte de España los catalanes y los vascos tradicionalmente han tenido un grado mayor de prosperidad que sus conciudadanos andaluces o extremeños. ¿Por qué?

Eso quiere decir algo bastante obvio que no suele aparecer en los manuales de economía: eso quiere decir que los grupos humanos producen y trabajan con arreglo a ciertos valores y creencias, y que éstos varían sustancialmente, modificando, de paso, la cantidad y la calidad del trabajo que se desarrolla.

Hay grupos humanos en los que son muy importantes la seriedad, la puntualidad, la vocación por la

nosotros nos admira que ese archipiélago sin recursos naturales y atestado de gente ha logrado convertirse en la segunda economía del mundo, y probablemente será la locomotora económica más enérgica y poderosa del siglo XXI. Pues bien, a mediados del siglo pasado, Japón era todavía un imperio medieval, de lotos, sombrillas y samurais, movido por pura tracción animal. Producían como se producía en Europa en los siglos XIV o XV, y vivían de no muy diferente manera. Era un país de tradiciones milenarias y de unas arraigadísimas formas de vida ancladas en la tradición y el culto a la historia.

Pero un día, un día de 1853, el Comodoro Perry ancló su flotilla en una bahía del sur de Japón y reclamó la apertura de esos puertos al comercio internacional. Fue una bárbara imposición de Occidente. Fue una terrible violación de la soberanía japonesa. Fue un atropello tremendo a la cultura japonesa.

Pero ese pueblo, lejos de amilanarse ante lo que le proponían los cañones del militar norteamericano, decidió jugar la carta de la occidentalización y adaptar sus costumbres y su modo de producir al nuevo modelo de sociedad que, casi por la fuerza, le estaban imponiendo.

Cuarenta años más tarde los japoneses ya lanzaban la gran reforma de los Meiji, y cuando despuntaba el siglo, ya habían sido capaces de crear una impresionante marina, vencedora del imperio ruso, y de apoderarse de una buena parte del "know how" de la época. En 1905 Japón ya había alcanzado el modelo de desarrollo occidental.

Este ejemplo debe ser tomado en cuenta por los latinoamericanos, puesto que no podemos, a un tiempo, admirar la tremenda creatividad y productividad del pueblo japonés, y reclamar para nosotros nuestro derecho a no cambiar de actitudes, valores, creencias y metas. Una de dos: o es bueno copiar sin temor el modelo de los pueblos exitosos, aunque tengamos que recurrir a una especie de **cirugía ética**, o es perjudicial, y entonces lo que han hecho Japón, Singapur o Hong Kong es censurable.

Admitamos, como hipótesis de trabajo, que es conveniente y deseable buscar el mayor grado de desarrollo, aunque tengamos que modificar ciertos aspectos de nuestra idiosincrasia. En ese caso, lo que hay que preguntarse es si esto es posible, y si lo es, cómo conseguirlo.

Creo que sí es posible lograr la transformación de la conducta laboral de una sociedad, aunque admito que debe tratarse de una tarea tan larga como difícil. Sin embargo, hoy sabemos, con toda certidumbre, que es posible enseñar valores y actitudes, y que para ello tanto la escuela como los medios de comunicación pueden ser extraordinariamente útiles. Si

una sociedad cualquiera llega a creer en ciertas cosas fundamentales, y esas creencias se convierten en artículo de fe o en revelaciones casi axiomáticas, seguramente tendrán consecuencias en el comportamiento de ese grupo humano.

De manera que aquí sí está muy claro que el huevo precede a la gallina. Y el huevo es la creencia: tan pronto como estemos convencidos que el camino más corto y recto hacia el triunfo es el del cambio sustancial en nuestra escala de valores, de lo que se tratará entonces, es de crear los mecanismos educativos para que esa creencia se convierta en un modo de comportamiento.

Por ejemplo, si nosotros creemos que es imprescindible la consolidación de un marco jurídico previo para que la productividad aumente y la convivencia sea pacífica y grata, no hay duda que tenemos que educar ciudadanos respetuosos de las leyes y de las normas democráticas. ¿Se hace esto en nuestra sociedad? ¿Se educa a nuestros niños y jóvenes en el culto al respeto a las normas y en la práctica del ejercicio democrático? ¿Se les enseña, desde pequeños, a votar por cosas simples y a respetar los resultados de la elección?

Desgraciadamente nuestras escuelas fatigan a los estudiantes con la acumulación de información que, a veces, resulta totalmente inútil, mientras se descuida la instrucción requerida para construir ciudadanos útiles para las tareas cívicas. ¿Se les inculca en las escuelas a los niños y jóvenes la necesidad de cumplir horarios, de respetar normas, de observar los compromisos establecidos? ¿Se les enseña a avergonzarse cuando se contravienen las reglas, cuando se violan los plazos y horarios, cuando se rompen sin motivo los compromisos?

Como sabemos, la axiología nos enseña que los valores son duales. A cada valor positivo le corresponde uno negativo. Y no puede concebirse la pasión por la puntualidad o por el rigor sin aprender a rechazar, simultáneamente, la impuntualidad o la dejadez.

Todo eso y mucho más tendrían que enseñarlo en las escuelas y proclamarlo a los cuatro vientos los medios de comunicación, hasta conseguir que nuestras sociedades se comporten de otro modo, y que de una manera espontánea y natural acaben produciendo con mayor eficacia.

Estoy seguro que cuanto digo tiene un aire de irrealidad o de sueño de visionario, pero me parece todo lo contrario: se trata de una cuidadosa reflexión basada en el análisis concreto de nuestras posibilidades. En última instancia, nuestro problema no es falta de capital, ni de talento, ni de recursos naturales. Nuestro problema radica en la imperiosa necesidad de adecuar nuestras costumbres, valores y creencias

a las costumbres, valores y creencias de los pueblos más exitosos del planeta. Y no hay otro camino para lograr ese objetivo que el de la información, la instrucción y la persuasión de quienes pudieran verse afectados por estos razonamientos.

El sistema económico

No obstante, como último epígrafe de estos papeles, conviene acercarse a lo que quizás se parezca más a una reflexión típicamente económica. ¿Qué tipo de organización económica le conviene más a las sociedades empeñadas en producir exitosamente? ¿Es preferible optar por los esquemas socialdemócratas que proclaman que el objetivo del Estado es procurar un grado mínimo de bienestar social para la mayor parte de los ciudadanos, y que no vacilan en intentar corregir mediante leyes y decretos lo que ellos consideran que son "distorsiones" del mercado?

¿O es preferible optar por una economía liberal en el sentido europeo del término, y en la cual se subrayen las responsabilidades individuales, se limite al mínimo la injerencia del Estado en la vida de los ciudadanos, y se deje al libre mercado todo el juego de transacciones económicas, aún a sabiendas que es posible que en ese proceso se produzcan desigualdades notables entre los miembros de la sociedad?

Personalmente me inclino a pensar que la opción liberal suele producir un mayor grado de riqueza que la socialdemócrata, y me acojo con entusiasmo a una definición concisa del mercado, recientemente recogida de una revista española: "el mercado es una densa convergencia de raciocinios. No hay azar en el mercado. Hay confluencias y síntesis de innumerables actos deliberados e inteligentes, estimulados por intensos e inextinguibles dinamismos vitales. El orden que crea la economía de mercado no es caótico, sino multirracional. En la libre fijación de los precios, de las inversiones, confluyen los razonamientos de millares de consumidores y asalariados, y de millares de empresarios y ahorradores. Es una galaxia de cálculos que desembocan en resultados sencillos. Son inmensas muchedumbres, aguzando el ingenio para incrementar las rentas personales y el producto bruto de todos".

Como principio general, me parece que todo lo que entorpece el libre juego del mercado acaba por ser antieconómico. Sin embargo, estoy dispuesto a admitir que las sociedades prósperas, después que han creado una cierta cantidad de riquezas, pueden permitirse el lujo de ser menos eficientes, con el objeto, a cambio de esto, de proteger los intereses de los más débiles. Sólo que cuando los estados pobres -por ejemplo, los de América Latina- se proponen y se

exigen asignar a los menos favorecidos bienes y prestaciones para los que no existen recursos disponibles, se producen la inflación, el empobrecimiento, la mutilación de la capacidad de desarrollo de las empresas y, en consecuencia, se agrava aún más la situación de los pobres. Esa tragedia la hemos visto muchas veces en América Latina por la manifiesta incapacidad de los demagogos y políticos populistas, empeñados en repartir una riqueza que aún no ha sido creada.

Sin embargo, pese a todo lo anterior, me permito decir que de todos los elementos que hemos analizado, y que componen la clave del desarrollo y la prosperidad, tal vez el menos importante es ése que atribuye a liberales o a socialdemócratas la supremacía como modelo económico para la creación de riquezas. Nadie en sus cabales puede negar el éxito de una sociedad como la sueca, organizada dentro de lo que se conoce como estado de bienestar social. Pero tampoco nadie, bien informado, puede negarle al liberalismo de Margaret Thatcher la enérgica recuperación de la economía británica, tras varias décadas de declinante práctica socialdemócrata.

En última instancia, se pueden conseguir altas cotas de prosperidad tanto dentro de unos esquemas como de otros. Y es que el resultado final de nuestro esfuerzo descansa, en una enorme proporción, sobre las leyes e instituciones que nos hayamos dado, sobre nuestras creencias, valores y actitudes, y luego, y en menor medida, sobre la variante o modelo queelijamos dentro del espectro que nos ofrece la democracia.

Como todos habrán podido comprobar, ni siquiera me he detenido a analizar el modelo marxista. En 1990, tratar de ponderar sus virtudes, tras el colapso de los regímenes de Europa del Este y de la tambaleante Unión Soviética, me parecería una broma de mal gusto, y especialmente ahora, cuando los derrotados marxistas admiten el fracaso de su ideología y descubren que la libertad es también un componente en la lucha por el desarrollo y la prosperidad.

Racionalmente sólo nos es dable elegir entre las pocas variables que nos ofrece la economía de mercado. Ya sólo queda, a la izquierda, la gloriosa y cuestionable socialdemocracia, y, a la derecha, el también glorioso, e igualmente cuestionable liberalismo. Yo no estoy muy seguro que la historia haya terminado, como dice Fukuyama, pero lo que sí parece claro es que en el momento presente no se vislumbra un mejor modelo que el que nos brinda cualquiera de estas dos opciones disponibles. En todo caso, como he dicho a lo largo de estos papeles, el desarrollo está en otra parte. Fundamentalmente, en nuestras cabezas.

* Nota: El presente artículo se presentó como ponencia en el "Encuentro por la Libertad" realizado en Lima en el mes de marzo de 1990.

¿A qué o a quién se debe el abogado?

Thémis-Revista de Derecho, concedora de los escasos espacios con los que cuenta el estudiante de Derecho, donde pueda manifestar Opinión que, a su vez sea adecuadamente difundida, pone nuevamente a disposición de los alumnos de la Facultad, la presente sección.

"¿A quién o a qué se debe el abogado?" es la, para algunos, tramposa y sofisticada pregunta que formuló Thémis en esta ocasión. Es que acaso el abogado se debe a ¿algo o a alguien?. Diversas fueron las respuestas que se suscitaron, cada una de ellas denotó personales modos y estructuras de pensamiento. Aquí las opiniones.

Esta es una interrogante que tarde o temprano los hombres y mujeres relacionados con el Derecho nos hacemos, ya sea en nuestra etapa de estudiantes o en el ejercicio profesional propiamente dicho.

Partamos del hecho que el abogado debe guardar ciertas valoraciones éticas, poniéndolas en práctica constantemente, siendo su mayor aspiración el procurar una administración de justicia sin distinguir condición económica, social o cultural. Sin embargo, esta valoración ética no debe llevarnos a pensar en ideas abstractas, imposibles de alcanzar. Creo que en un país como el Perú, tan lleno de problemas en el área judicial, si iniciamos con nuestro ejemplo el renacer del sentido de la abogacía como una práctica transparente, leal y dinámica, mucho de lo malo se irá revirtiendo.

El abogado debe ser un verdadero apóstol de la justicia, un hombre íntegro que abra el surco de la honestidad en el ejercicio forense, y un hombre leal a sus principios y convicciones personales.

Aldo Gabriel
Vela Zegarra
Cuarto Ciclo

Si el fin del Derecho es la justicia; el abogado, al ser un profesional del Derecho y un ser social, tiene como objetivo hacer que se logre tal fin. Ahora bien, justicia es un término demasiado abstracto y fácil de ser interpretado de acuerdo a los intereses personales. Es así que debemos entenderla como aquel conjunto de principios que se encuentran consagrados en los Derechos Humanos, entendidos como aquellos derechos básicos insuspendibles y válidos para todos en cualquier momento y lugar, los cuales van a inspirar todo el sistema. El abogado entonces, debe tener a los Derechos Humanos como principios rectores, cuando asesore, litigue, es decir, en todo momento.

Además al encontrarse inmerso en la Sociedad tiene un rol social que cumplir como es el de lograr una sociedad más justa; pero también tiene un rol político como es el de impulsar las reformas legales cuando éstas no responden o contribuyen a lograr una sociedad más justa en la que los Derechos Humanos sean protegidos y respetados.

Alcides Chávarry
Cuarto ciclo

Marita Puertas
Sexto ciclo

Actualmente el abogado es considerado como un sujeto que interviene en la solución de conflictos personales, amparándose en la ley y obteniendo por ello beneficios económicos. Por eso, la mayoría de personas piensa que el abogado es un sujeto que se debe al dinero, ya que solucionando o no los problemas, el abogado siempre va a obtener beneficios económicos. Esta es una apreciación negativa que la gente tiene y que no va acorde con la finalidad de nuestra profesión.

En realidad, el abogado tiene una función trascendental que es la de ser un medio para alcanzar la justicia, y hoy más que nunca, por nuestra vida social, debe ser visto con esta función y no como una persona con un fin lucrativo. De esta forma, es nuestro deber, como futuros profesionales, ser abogados alternativos que proporcionen a la gente soluciones legales cada vez más justas a sus problemas.

Paul Neil
Herrera Guerra
Cuarto ciclo

El hombre es por esencia un ser social". Utilizando esta premisa es claro entonces que tendremos que afirmar que el abogado es el ser "socializador" o con "responsabilidad socializadora" por excelencia. Esto es lógico si aceptamos que sin Derecho no existe Sociedad, o por lo menos "convivencia" normada en base a criterios que se presumen de justicia.

Es así que el abogado cumple un rol protagónico, principalmente a través de las normas que pueda crear o "interpretar creativamente" (función "Micro") y la defensa de sus "clientes" (función "Macro"). Ambas funciones nos revelan la importancia económico-social del profesional del Derecho.

Sin embargo, el hombre es también, sin duda, un ente individual, o mejor dicho con "individualidad". Esto que en principio parece contradictorio, es en realidad necesario y complementario, pues permite conceptualizar al abogado en espe-

cial, como un ser con "polaridades" (bi-polar) que, aunque no contrapuestas, pueden ser conflictivas (caso "interés" propio-presión social). Es deber de todo abogado -ergo a lo que se debe- el perfeccionar y desarrollar de manera equitativa ambas "esferas". Sin embargo, el ir hacia el "deber ser" es, sin lugar a dudas, la más difícil y libre de las decisiones.

Jose Antonio
Delmar Lissa
Tercer ciclo

El abogado tiene un doble compromiso: se debe a su cliente y se debe a sus principios.

Como profesional asume una carga de responsabilidad con relación a su cliente; esto es, un máximo deber de diligencia que lo compele a proveer a éste de todos los medios posibles para que pueda ver

satisfecho aquel interés o intereses que originalmente lo indujeron a requerir de sus servicios.

Es indispensable, sin embargo, aclarar que este deber, a nuestro entender, encuentra un límite absoluto e intransgredible en aquel punto en donde el afán diligencioso pueda comprometer los principios del abogado.

Creencias, valores, convicciones, escrúpulos, etc., conforman esos principios que deben servir como el basamento sobre el cual se moldeen sus actos.

Traicionar estos principios, trastocarlos por falsas exigencias o seductores "preceptos" tales como el dinero, la "notoriedad" o el facilismo legal, no ocasionará más que convertir los actos del abogado en insignificantes productos de desecho.

Enrique Felices S.
Tercer ciclo

Comentarios Ex-Miembros Thémis

La memoria, el recuerdo; Otrora fascinantes objetos de estudio que cautivaran, en su momento, a sabios y filósofos, y, aún hoy misterios de irresistible atractivo para médicos, estudiosos y poetas. El alma humana se embelesa al descubrir tan mágica forma de resistir el embate de los tiempos y acude entonces presurosa a su cita con el recuerdo. En aquel rincón del pasado le esperan la vivencia reconfortante, la anécdota aleccionadora, la experiencia gratificante, que devuelven, todas, al espíritu el vigor y la energía que la confrontación con lo cotidiano nos roba a cada instante.

Thémis no resulta, de manera alguna, ajena a este fenómeno. En las líneas siguientes se somete a la recordación de sus ex-miembros que, sin embargo, honran aún a la revista con su decidido apoyo y desinteresada amistad.

José Daniel Amado V.

Comité Directivo Junio 84 - Julio 86

“Thémis debe vivir...’
había escrito uno de
los miembros de la
revista en un artículo
publicado en 1967;
esa frase se convirtió
en el lema de
nuestro proyecto.”

“Thémis (...) ha
sabido mantener un
mismo estilo a través
del tiempo, como
sólo ocurre con las
verdaderas
instituciones. Es eso
lo que nos permite,
aún a sus miembros
más antiguos,
reconocer en sus
páginas a la misma
revista que
orgullosamente
contribuímos a
forjar.”

Para quienes tuvimos el privilegio de trabajar en la segunda época de Thémis desde su gestación, la publicación de su vigésimo número es indudablemente un evento extraordinario. Mucho ha caminado la revista desde que a fines de 1984 se reunió por primera vez el que después sería su primer Comité Directivo, integrado por Jackie Chappuis, Eduardo De Rivero, Fernando Arias Stella, Gustavo López Ameri y quien escribe estas líneas, para discutir el proyecto de editar una revista jurídica dirigida exclusivamente por estudiantes.

Fue en esa primera reunión que se decidió retomar la labor que veinte años antes había iniciado la generación de Domingo García Belaúnde, Baldo Kresalja, Miguel Vega Alvear, Jack Batievsky y Jorge Vega Velasco, entre otros, que a decir verdad había sido para nosotros fuente de inspiración desde el principio. “Thémis debe vivir...” había escrito uno de los miembros de la revista en un artículo publicado en 1967; esa frase se convirtió en el lema de nuestro proyecto.

Pocos conocen el importante rol que cumplió Alfredo Ostoja en la orientación de nuestros primeros esfuerzos. Su experiencia editorial, su devoción por lo académico y sobre todo su fe incondicional en nuestro proyecto, fueron elementos determinantes en la publicación del primer número de Thémis Revista de Derecho. Fueron también muy provechosos los consejos que recibimos de Hernando de Soto sobre el importante tema del financiamiento. El apoyo que recibimos de Domingo García Belaúnde, uno de los gestores de la primera época, fue imprescindible, como también lo fue el de Manuel de la Puente, quien nos confió un notable artículo inédito que marcó el estilo doctrinario de la Revista.

La aventura de los meses siguientes a la aparición del primer número se puede resumir en nuestros esfuerzos por difundirla y por obtener los recursos necesarios para garantizar su continuidad. Poco a poco, Thémis logró captar el interés de nuestros compañeros, profesores y autoridades universitarias. Fue así que se publicó, no sin cierto retraso, el segundo número, el cual mantuvo el esquema de reunir artículos jurídicos de profesionales y académicos, junto con ensayos de alumnos de la Facultad.

Nuestro trabajo en los siguientes números que nos tocó dirigir fue igualmente interesante y aleccionador. Quizás la más importante decisión que tomó el primer Comité Directivo fue la de autoimponernos la tradición de dejar la revista al terminar nuestros estudios en la Facultad. Ello nos obligó a buscar cuidadosamente a nuestros sucesores entre los alumnos de los ciclos inferiores y nos permitió continuar ligados a Thémis el tiempo

escasamente necesario para que el segundo Comité Directivo se hiciera de las riendas de la revista.

El resto es historia. *Thémis* maduró y se consolidó definitivamente bajo el mando de nuevas y entusiastas generaciones. Lo que es más importante, ha sabido mantener un mismo estilo a través del tiempo, como sólo ocurre con las verdaderas instituciones. Es eso lo que nos permite, aún a sus miembros más antiguos, reconocer en sus páginas a la misma revista que orgullosamente contribuimos a forjar.

Beatriz Boza D.

Comité Directivo Julio 86 - Julio 87

“Además de promover la difusión de las ciencias jurídicas, *Thémis* entrena a sus miembros en el arte de trabajar en equipo.”

Ver que el tiempo, cariño y esfuerzo dedicado ponen en movimiento una organización que trasciende nuestra propia gestión es una satisfacción difícil de igualar: es el premio al trabajo realizado, es ver como un sueño se vuelve realidad.

Que *Thémis* llegue de manera ininterrumpida a la publicación del número 20, en momentos tan críticos por los que atraviesa el Perú, pone de manifiesto la calidad académica y humana de los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, es una muestra de las bondades del trabajo en equipo y nos enseña que con esfuerzo y dedicación podemos tener un impacto en el mundo que nos rodea.

Thémis no sólo es editada y producida por estudiantes de Derecho, cuya labor ya les ha hecho ganar el reconocimiento de la comunidad jurídica tanto nacional como extranjera, sino que es el foro para la difusión de valiosas contribuciones redactadas también por estudiantes de Derecho que reflejan el alto nivel de la formación jurídica que se imparte en nuestra Facultad.

Además de promover la difusión de las ciencias jurídicas, *Thémis* entrena a sus miembros en el arte de trabajar en equipo. Sólo en virtud del esfuerzo concertado de sus miembros ha podido alcanzar *Thémis* el lugar que hoy ocupa. La trayectoria, sin embargo, no ha sido fácil. Supone un constante afán de superar diferencias personales, implica una entrega desinteresada y un compromiso con el rol que nos toca cumplir en la sociedad en que vivimos. Lograr que una agrupación de personas que se renueva anualmente funja como un ente organizado, que se trabaje por el mero “amor a la camiseta” y que la obra subsista los abatares de la crisis es una tarea de titanes. Eso es *Thémis*, fortaleza, compromiso, vocación de servicio y, sobretodo, obra.

“Cada generación ha trazado sus propias metas y a su manera ha buscado alcanzarlas. La constante ha sido la experiencia compartida. (...) Esa es la mística de *Thémis*...”

Cada generación de *Thémis* ha tenido que lidiar con dificultades propias de su tiempo. Cada generación ha trazado sus propias metas y a su manera ha buscado alcanzarlas. La constante ha sido la experiencia compartida. Es por ello que aunque las palabras pasen la obra queda y, con ella, el espíritu de entrega y servicio comprometido. Esa es la mística de *Thémis*, ese es el elemento humano que hace de *Thémis* algo tan especial. El hecho que nuestros “tataranietos” nos inviten a compartir sus logros y experiencias, que piensen en los “viejos” y nos hagan sentir parte de la organización es sólo otra manifestación del calor humano que le da a *Thémis* ese carácter tan singular.

Quienes en algún momento estuvimos a cargo de la revista tenemos la suerte de sentirnos "padres de la criatura" y de ver cómo quienes tomaron la posta han sabido cumplir con creces el encargo. Me siento orgullosa de ver que Thémis celebra su vigésima aparición en escena.

La publicación del número 20 de Thémis marca una época. Nos hace recordar que hay mucho por hacer. Nos enseña el camino a seguir. Y reaviva nuestras esperanzas. Aprendamos de su ejemplo y hagamos que nuestros sueños se vuelvan realidad.

Fernando Cantuarias S.

Comité Directivo Julio 87 - Julio 88

THÉMIS: SIETE AÑOS DE PRESENCIA ININTERRUMPIDA EN EL AMBIENTE JURÍDICO NACIONAL

Cuando los actuales directivos de la Revista me invitaron a escribir unas líneas en relación al doble acontecimiento que significa, por un lado, que THÉMIS celebre en estos días 7 años de trabajo ininterrumpido; y por otro, la publicación de su vigésima edición, la cual es dirigida exclusivamente por estudiantes, mi primera impresión fue ¡y qué cosa novedosa puedo decir en torno a este acontecimiento! Sólo después de largos momentos delante de la computadora, donde cada párrafo que escribía terminaba siendo borrado por huachafo o incoherente, fue que decidí que el mejor tributo que se le podía hacer a THÉMIS era contarle al público el esfuerzo que significa para cada miembro de la revista el editar un número.

Recuerdo aquellos días cuando junto con cinco compañeros y amigos me tocó la responsabilidad de dirigir la Revista y pude comprobar en carne propia que la gente muchas veces no llegaba a entender lo difícil que era editar una revista en nuestro país. Como ejemplo recuerdo que a mucha gente le llamaba la atención que THÉMIS fuera editada trimestralmente. Siempre se me decía "si la revista tiene artículos de sobra, ¿por qué no la editan mensualmente?".

Creo por ello que es importante contarle a nuestro público, en pocas líneas, todo lo que hace THÉMIS para entregarle periódicamente una revista de calidad.

En primer lugar, considero que vale la pena explicar cuál es la estructura de la Revista. THÉMIS es una institución muy peculiar. THÉMIS, Revista de Derecho, es un órgano de la ASOCIACION JURIDICA THÉMIS, la cual se encuentra conformada por antiguos y actuales miembros de la Revista. Sin embargo, su organización, dirección y funcionamiento compete única y exclusivamente a estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta es una constante desde nuestra acta de fundación allá por el año de 1965 (en su primera época). Los "viejos" miembros de la Asociación (ex-alumnos de la Facultad de Derecho) sólo colaboramos en lo que los actuales directivos de la Revista tengan a bien encargarnos. Este es un elemento muy importante para comprender el reto que significa editar una revista como THÉMIS, y a ello habría que agregar el hecho que sus miembros, por obvias razones, carecen de conocimientos periodísticos.

.....
"...los siete años de trabajo institucional de Thémis han significado un esfuerzo agotador de sus miembros, el cual muchas veces ha sido incomprendido. Felizmente, la propia necesidad de trabajar unidos ha servido para ir consolidando cada día la situación privilegiada que Thémis ha logrado dentro del campo de las publicaciones jurídicas."
.....

En segundo lugar, debemos comprender lo difícil que resulta para jóvenes estudiantes, ya bastante recargados académica y profesionalmente, el tener que reunirse, por lo menos semanalmente, para "coordinar" todas las actividades que deben desarrollarse para editar la Revista. Decidir la estructura del número, a quién se va a invitar, cursarles las cartas, para luego perseguirlos y convertirse en sus sombras para que entreguen sus artículos a tiempo; paralelamente, encargarse de conseguir el financiamiento -cosa por lo demás muy difícil por el temor que existe en las empresas de apoyar instituciones de estudiantes-, comprar el papel, verificar que las ventas de números anteriores se desarrollen normalmente, etc., etc. Finalmente, hay que entrar a imprenta, lo que exige dedicación exclusiva en muchos casos para corregir los machotes, revisar la composición, escoger el color del número y corregir cualquier error en la edición definitiva. Pero allí no queda la cosa, hay que preparar el sistema de ventas y promoción, escribir las cartas de agradecimiento y repartirlas, para luego regresar al mismo trajín que significa preparar la edición del siguiente número. Todo este trabajo diario se ha venido realizando los últimos 7 años (en su segunda época), dirigido por igual número de Comités Directivos, los cuales se suceden al abandonar los que la dirigían las aulas de la Facultad.

Conjuntamente con esta labor de edición, THÉMIS desarrolla una serie de actividades extra-académicas como la preparación de conversatorios, forums y trabajo institucional en nuestra Facultad; a la par que ha establecido contactos con instituciones similares en Latinoamérica, siendo uno de los fundadores del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes (COLAPJE), cuya presidencia está actualmente en manos de THÉMIS.

Como hemos podido apreciar en estas cortas líneas, los siete años de trabajo institucional de THÉMIS han significado un esfuerzo agotador de sus miembros, el cual muchas veces ha sido incomprendido. Felizmente, la propia necesidad de trabajar unidos ha servido para ir consolidando cada día la situación privilegiada que THÉMIS ha logrado dentro del campo de las publicaciones jurídicas.

Válganme estas líneas finales para rendir un justo homenaje a los miembros de la Revista que me antecedieron, por el ejemplo de trabajo que dejaron, y a los que me sucedieron, por demostrar que con esfuerzo, trabajo y dedicación todo se puede.

César Parodi M.

Comité Directivo Diciembre 87 - Julio 89

"Aún no todos los estudiantes de nuestra facultad comprenden que pueden y deben cambiar su papel de consumidores a productores del pensar legal."

"Un día no lejano, el actual Consejo de THÉMIS desaparecerá para dejar paso a las nuevas promociones. 'Renovarse es vivir' dijo José Enrique Rodó, y THÉMIS debe vivir"

Cada vez que leo esta frase, me convengo más que en ella está reflejada mucho de lo que entiendo es la "magia" de THÉMIS. Veinte números, siete Comités Directivos, alrededor de ochenta estudiantes. Siete años han transcurrido en esta segunda época, y THÉMIS sigue viviendo -a veces sobreviviendo-, sigue creciendo y va adquiriendo perdurabilidad, solidez.

Y en este continuo vivir, cada Comité Directivo ha venido poniendo toda su voluntad y esfuerzo en aportar ideas nuevas, crear, promover y

buscar diferentes maneras de contribuir al debate y a la difusión del pensamiento jurídico en nuestro país.

Sin embargo, queda todavía mucha tarea por realizar. Aún no todos los estudiantes de nuestra facultad comprenden que pueden y deben cambiar su papel de consumidores a productores del pensar legal. Tarea bastante ardua, pero que el tiempo y el modo con el que viene siendo conducida la revista me hacen asegurar que será coronada con éxito.

Felicito al actual Comité Directivo, a todos los integrantes de "la criatura" en general, por este número 20, por estos maravillosos siete años. Y que siga THÉMIS ..., la renovación ..., la vida.

* El significado de THÉMIS, en: THÉMIS No. 6 Año 3, 1967. Tomado de Presentación THEMIS No. 1 segunda época, 1984.

Carlos Garatea G.

Comité Directivo Julio 89 - Julio 90

Thémis Nº 20: ¿Cuestión de números?

I

“Quienes hemos pasado por esta revista mantenemos un recuerdo cariñoso y nostálgico de lo vivido en ella, con todas las discusiones, ideales, errores, alegrías y amistades presentes en nosotros. Acompañados de la admiración y el respeto por quienes nos antecedieron y de la esperanza por quienes nos sucederían.”

En nuestro despertar como seres humanos descubrimos la existencia de un “afuera”. Es el mundo marcando sus reglas y cobijando sus “cosas”. Nuestro cuerpo reconoce sus límites, mientras los sentidos y nuestras facultades nos ofrecen ordenar esa aparente sensación de caos. Encontramos perfumes y melodías, distinguimos el “otro” del “yo” y el “allá” del “aquí”. Aprendemos, rápidamente, que las “cosas” pueden ser agrupadas y numeradas empleando nuestra capacidad de abstracción. Nacen conceptos abstractos que la escuela bautizará con el nombre de “números”. Nuestros maestros, le darán luego forma demostrándonos que “una manzana” es igual a “1 manzana” pero distinto de “3 manzanas”. Es un proceso maravilloso y casi mágico pues de contar con los dedos -que vemos y sentimos- pasamos a convivir con entes ideales e insensibles (piense en 0.5, 1/2, -8 o en 3.1416) que viven en nuestro intelecto.

Pero “afuera” los hombres actuamos de manera distinta según sea el número que tengamos al frente. Es curioso, pues parecen haber escapado a la realidad en busca de un nuevo hogar. Por ejemplo, hemos llegado a servirnos de ello en nuestro intento por comprender al tiempo (años, meses y días los han adquirido ya) y a celebrarlos de distinta manera (no es igual una fiesta de 15 que de 16 o de 11). ¿Por qué lo hacemos? ¿Qué hay en ellos? Entonces, ¿Qué decir de Thémis 20?

II

Sin duda, el tiempo es el fenómeno sensible que sostiene a los números. Kant decía que los números están fundados en una sucesión de unidades. Y, San Agustín ante la pregunta ¿qué es el tiempo? respondió: “si no me lo preguntan, lo sé, pero si me lo preguntan, lo ignoro”.

Es nuestra conciencia quien nos dice que el tiempo existe, permitiéndonos distinguir el ayer del mañana y el futuro del presente. Nos coloca en un brinco constante de un estado a otro, en una sucesión que permite al "hoy" -por más violento que sea su paso -afirmar el ayer asegurando el mañana. Ocurre que son partes inseparables de un todo conocido con el nombre de tiempo.

La sucesión vive en esos brincos, en ese transcurrir, donde los números tienen un orden y un sentido propio. Cuyo ser no puede ser ajeno al tiempo que lo implica; hacerlo, sería negar el tiempo y los propios números. Por ello, no podemos pensar el 20 sin 19 o sin 25.

En esta marcha ineludible, la memoria y los recuerdos permiten que el pasado sobreviva con nosotros a lo largo del presente, despertando ilusiones y esperanzas hacia el porvenir. Con Thémis nos sucede lo mismo. Quienes hemos pasado por esta revista mantenemos un recuerdo cariñoso y nostálgico de lo vivido en ella, con todas las discusiones, ideales, errores, alegrías y amistades presentes en nosotros. Acompañados de la admiración y el respeto por quienes nos antecedieron y de la esperanza por quienes nos sucederían.

Así, no podemos extender un saludo de felicitación al solitario número 20. El es sólo un punto. No es cuestión de números más o números menos, se trata de vida, de tiempo y esfuerzo en esta tarea que sí aplaudimos honestamente. Y agradecemos que a los "viejos miembros" nos devuelvan la ilusión de un próximo número.

Nota: El 21 los espera.

Verónica Zavala L.

Comité Directivo Diciembre 89 - Diciembre 9

“ La tradición en Thémis no es hacer lo que los otros hicieron, sino, poner a los retos del momento el esfuerzo y la voluntad desplegados por aquellos que nos antecedieron .”

Thémis ha llegado al número veinte. Cualquier persona que lee o colabora regularmente con esta publicación sabe el esfuerzo que significa su edición para un grupo de estudiantes universitarios que no cuentan con apoyo oficial alguno. ¿Por qué Thémis ha logrado existir durante siete años, y mejorar cada vez, y otras buenas ideas dejan de existir al cabo de poco tiempo? Esta es una pregunta que no tiene una respuesta única. Para mí, la explicación tiene mucho que ver con algunos valores que existieron desde el principio y que cada grupo que entró a Thémis hizo propios y los transmitió a sus sucesores.

Uno de estos es la forma de entender la tradición. La tradición en Thémis no es hacer lo que los otros hicieron, sino, poner a los retos del momento el esfuerzo y la voluntad desplegados por aquellos que nos antecedieron.

En los cuatro años que estuve en Thémis pude notar que cada uno de los cuatro grupos que dirigieron la revista tenía una idea diferente de lo que debía aportar. Pasar de la semestralidad a la trimestralidad e incorporar a gente de los ciclos inferiores a la revista, hacer forums en los

“más difícil que lograr una buena gestión es asegurar la continuidad de la revista.”

que los miembros de Thémis fueran panelistas al lado de los más destacados profesores de la facultad, afrontar el reto de ser un miembro activo del Colapje, democratizar la toma de decisiones al interior de la revista, cambiar el sistema de ingresos y organizar el II encuentro del Colapje, son algunos de los retos que vi enfrentar. Si bien son retos que tienen poco en común, todos fueron recibidos con el mismo entusiasmo y alcanzarlos significó esfuerzos similares. De esta manera, poniéndose metas que parecen pequeñas Thémis creció. Otro punto, también importante, fue comprender que para que Thémis tuviera una identidad, dados los constantes e inevitables cambios de personas al interior, era de vital importancia transmitir a los miembros nuevos la tradición, historia, valores e ideales de la revista.

Muchas frases se acuñaron y fueron repetidas después: “Hay que asegurar la sucesión en la revista”, “la buena gestión de un Comité Directivo se ve mucho después que éste se fue”, “más difícil que lograr una buena gestión es asegurar la continuidad de la revista”. Esto, aunque no lo parezca, es cierto. Hacer que los nuevos miembros hagan propios la ética e ideales de la revista, es mucho más difícil que sacar cuatro buenos números en un año. La continuidad también se asegura a través de la confianza y camaradería. Confianza en las capacidades y vocación por el trabajo de los otros, para delegarles el trabajo; y camaradería para que el trabajo sea ameno. Con reglas tan simples como éstas es posible llevar a la realidad los sueños más imaginativos y, al mismo tiempo, hacer un bien a alguien. En nuestro caso, los beneficiados fueron los estudiantes y estudiosos del Derecho. Creo que ese es el mensaje que debemos sacar de la edición del número veinte. Hacer las cosas bien, aquí y ahora, es posible.



SOUTHERN PERU

TOQUEPALA - CUAJONE - ILO

COBRE

DESARROLLO Y BIENESTAR

La producción y exportación de cobre por Southern Peru, significa:

- Divisas para el país • Impuestos al Erario nacional
- Trabajo estable y bien remunerado a 6.000 peruanos • Educación gratuita para 9.000 alumnos
- Viviendas dignas y atención de salud a miles de trabajadores y sus familias

El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores.

Alejandro Falla Jara

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.
Jefe de Prácticas del Curso de Derechos Reales

Luis Pizarro Aranguren

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.
Jefe de Prácticas del Curso de Derechos Reales

INTRODUCCION

Resulta frecuente encontrarnos, de manera cotidiana en todo tipo de esferas de los más diversos sectores, con severas críticas al Poder Judicial en el Perú.

Hablar, o escuchar, de juicios interminables, de trámites engorrosos y multiplicantes, de lentitud, de expedientes perdidos, de altos costos legales y "extralegales", o de razonamientos judiciales arcaicos o arbitrarios, nos ha dejado, hace tiempo, de escandalizar para convertirse en la caracterización (o caricaturización) de nuestros órganos de Administración de Justicia.

Precisamente, bajo ese desolador contexto, el objetivo del presente trabajo se encuentra en resaltar el carácter innovador de dos Resoluciones emitidas recientemente por tribunales peruanos, las cuales enfrentan de manera creativa y ejemplar, una de las anomalías más graves en las decisiones judiciales: Las ínfimas indemnizaciones que cotidianamente conceden.

1. PRESENTACION DE LAS RESOLUCIONES

a. CASO 1: GRUPO PERUANO VS. DAIMLER BENZ A.G.

Como producto de intensa correspondencia telegráfica desde antes del mes de agosto de 1981, la empresa alemana de automóviles Daimler Benz A.G. (conocida mundialmente como Mercedes Benz), acordó, en marzo de 1982, con un grupo de inversionistas peruanos (en adelante "el Grupo Peruano"), otorgarle su representación general en el país, cuando se cumplieran ciertos supuestos obligatorios, como por ejemplo la compra de un terreno de 15,000 metros cuadrados o la adquisición de un importante stock de repuestos.

En estricto cumplimiento de los referidos supuestos, el Grupo Peruano incurrió en elevadas inversiones por los más diversos conceptos, teniendo en consideración la importancia económica que significaba asumir la representación en el país de una de las más prestigiosas compañías de automóviles en el planeta.

No obstante ello, la empresa alemana consideró inconveniente formalizar el negocio con el Grupo Peruano, decidiendo otorgar su representación a un segundo inversionista.

Como consecuencia, el Grupo Peruano recurrió al Poder Judicial peruano para obtener una indemnización, logrando de la Corte Suprema una sentencia favorable.

EXP. N° 462-89

LIMA

Lima, siete de enero de Mil novecientos noventa y no. VISTOS; en discordia; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que por carta del veintisiete de agosto de mil novecientos ochentinueve de fojas doscientos ocho, los actores en unión de otras personas formularon una oferta de contrato a la demandada Daimler Benz A.G., la que a solicitud de ella fue objeto de sucesivas prórrogas y de intenso intercambio de correspondencia telegráfica entre las partes, sobre las condiciones del negocio y contrato a concertar, concretándose al efecto reuniones en febrero de mil novecientos ochentidos como consecuencia de las cuales la firma demandada, en marzo de dicho año, por télex corriente en traducción oficial a fojas doscientos diecinueve se dirige al grupo inversionista ofertante, manifestando en el mismo la voluntad de la demandada que dicho grupo asuma su representación general en el Perú cuando se cumplie-

ran ciertos supuestos obligatorios para ambas partes, tres de los cuales eran de cargo de los actores y su grupo y los dos restantes eran de cumplimiento a cargo de la ofertada; que en ejecución de sus prestaciones el grupo demandante ha incurrido en elevadas inversiones y gastos para el negocio, sin que la demandada atendiera las suyas, pues decidió modificar los alcances de la representación privándola de su carácter para dar intervención a un tercero sobre bases diferentes a las convenidas en el punto cuatro del citado documento que contiene el convenio de bases, negándose en consecuencia a suscribir el contrato de representación en los términos acordados, reflejados en dicho télex, a raíz de las cuales se frustraron las inversiones efectuadas cuyo cumplimiento ha reconocido en forma expresa la demandada al contestar la demanda, lo mismo que se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que demanda indemnización por daño emergente, económico y moral y por el lucro cesante dejados de percibir; que alegando la demandada en su contestación que si bien los actores cumplieron con los presupuestos a su cargo previos al otorgamiento de la representación quedaron los puntos cuatro y cinco del télex pendientes de acuerdo, sosteniendo por tanto que no llegó a concluirse el contrato por falta de conformidad sobre todos sus extremos, de suerte que las inversiones ejecutadas por los demandantes se hicieron en la fase de la negociación precontractual y de resultas de ello la indemnización reclamada es extracontractual, por lo que dedujo la excepción de prescripción; que en este orden de ideas la controversia se centra en la existencia o no de una relación jurídica contractual entre las partes, para cuya determinación debe estarse no sólo a las voluntades documentadas sino a los actos ejecutados que permiten ilustrar los alcances de la correspondencia cursada, advirtiéndose a estos fines que el télex de fojas doscientos diecinueve pone de relieve la existencia de acuerdos firmes en lo que atañe a su contenido y decisión de las partes de suscribir el contrato de representación cuando la demandante hubiera cumplido sus tres prestaciones y ello puso fin a las tratativas existentes hasta entonces, como se advierte de su propio texto, en la que la demandada se obliga a asegurar con un convenio las inversiones de los actores y todo ello aparece refrendado, pues por actos de la demandada posteriores al télex supradicho ella consideraba que el mismo recogía determinados acuerdos firmes ya establecidos conducentes al contrato futuro, porque de otro modo no se explica el que por los documentos de fojas doscientos veintidos, doscientos veinticinco y doscientos treinta y cinco expresara su conformidad con proyectos de instalaciones, sugiriera la compra adicional de un terreno de quince mil metros y la edificación de dos mil metros cuadrados e indicase que enviara determinados planos de edificación, agregando textualmente la demandada que la firma definitiva del contrato sólo dependía de la edificación y construcción según sus conceptos de planos que enviaría para su revisión por los acto-

res, de donde se colige que respecto de los puntos contenidos en el télex existía conformidad y consentimiento mutuo sobre deberes de cumplimiento recíproco en que uno se corresponde con otros, pues carecerían de sentido las exigencias de la demandada si ella misma no tenía ni asumía obligaciones a cambio, o dependían de futuras tratativas, y si que si bien esas obligaciones mutuas apuntaban a un contrato futuro pendiente de firma no por ello quedan excluidas de la órbita contractual en la que la doctrina más moderna incorpora los llamados convenios de base, contratos preparatorios, contratos para contratar que implican poner fin a negociaciones sobre las estipulaciones ya acordadas, sin perjuicio de continuar negociaciones sobre otros puntos complementarios o de detalle que de momento no pueden fijarse; que estos acuerdos previos en cuanto derivan de un vínculo asumido libre y voluntariamente para regular negociaciones jurídicas patrimoniales, en modo alguno pueden marcarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la que por esencia no surge de declaraciones de voluntad sino de circunstancias accidentales que no revelan voluntad de vínculo jurídico entre sujetos, como sí ocurre en el caso de autos; debiendo destacarse además que mientras la responsabilidad extracontractual nace con el daño no querido, en la contractual el daño es provocado por incumplirse la previa relación querida, de manera que en el caso sub-litis no es dable sostener responsabilidad extracontractual ni tampoco culpa pre-contractual o incontractando, toda vez que el télex y las conductas posteriores revelan que las partes ya habían contraído en firme ciertas obligaciones recíprocas de preceptiva observancia conducentes al contrato definitivo, cuyo resarcimiento no puede tener connotación extracontractual cuando el daño deriva de incumplimiento de compromisos; que la inejecución de los mismos no puede en el caso de autos considerarse como actos o conductas faltos de la buena fe que debe presidir las negociaciones, porque el télex en cuestión había puesto fin a las tratativas sobre un contenido ya determinado para el contrato futuro; y por tanto el examen de las conductas debe practicarse en relación con ese contenido cuya existencia no se discute y si él creaba la obligación de firmar el contrato sobre ciertas premisas ya fijadas cuando se cumplieran prestaciones que se admite que se cumplieron, es coherente que el incumplimiento de celebrar el contrato no puede calificarse como culpa leve, por omisión de diligencia debida en la negociación o en la ejecución sino a deliberada intención de no cumplir la obligación asumida para así poder dar cabida en el negocio a un tercero en términos diferentes de los comprometidos con los actores, a quienes de conformidad con el artículo mil trescientos veinte del Código Civil de mil novecientos treintiseis, el incumplimiento de la obligación de la demandada no solamente debe resarcírseles el daño patrimonial provocado, sino la ganancia que era de legítima expectativa y repararles el perjuicio moral irrogado a su imagen empresarial; que en estos extremos, si bien la sentencia de vista

contempla una adecuada indemnización por gastos inmobiliarios y capital paralizado en función de la prueba actuada, no ocurre lo mismo al fijar en trescientos mil dólares por un año por lucro cesante, en cincuenta mil dólares la indemnización por (.....) tal de seiscientos treintiocho mil quinientos dólares y cien mil dólares la indemnización por la pérdida en la operación con el grupo Lohmann que se demandaron por ochocientos noventa y tres mil novecientos dólares, extremos en que resulta evidente que se omitió evaluar la magnitud y responsabilidad del negocio determinado por el capital objeto de inversión, el porcentaje de ganancia, así como que son siete el número de empresarios demandantes, por lo que resulta atendible compensar adecuadamente dichos perjuicios, que no es susceptible de prueba en monto preciso, todo con arreglo al artículo mil trescientos veintitres del Código Civil derogado y artículos mil trescientos veintidos y mil trescientos treinta del Código Civil vigente debiendo valorarse equitativamente en base a los criterios expresados, fijándose prudencialmente en novecientos mil dólares el lucro cesante, en cincuenta mil dólares para cada uno de los demandantes por daños personales y morales y en doscientos mil dólares por la pérdida en la operación Lohmann; que si bien el artículo mil trescientos treinticuatro del Código Civil actual establece que en caso de obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiere ser determinado por resolución judicial incurre en mora el demandando desde que es citado con la demanda, lo que implica una actualización con intereses del valor de la reparación a la fecha de la sentencia, y que dicho artículo es de aplicación para todas las demandas interpuestas con posterioridad a la entrada en vigor del citado código, también es cierto que tales intereses no han sido expresamente solicitados en la demanda como pretensión de la misma aunque hayan sido reclamados al adherirse los actores al recurso de nulidad, por cuyas razones se trata de un punto no demandado ni controvertido que no puede ser materia de resolución judicial en este procedimiento sin perjuicio del derecho de los actores para que hagan valer su pretensión conforme a Ley: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas quinientos noventa, su fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos ochentiocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas quinientos treinticinco, fechada el veintidós de marzo del mismo año, declara infundadas las excepciones de incompetencia, prescripción y falta de personería; y fundada en parte la demanda de fojas dos y ordena que la empresa Daimler Benz A.G. pague a los demandantes la suma de doscientos dieciséis mil ciento veintiun dólares por gastos inmobiliarios y quinientos dieciocho mil quinientos treinta dólares por capital paralizado; declararon **HABER NULIDAD** en la propia resolución de vista en los extremos que manda

pagar trescientos mil dólares por lucro cesante, cincuenta mil dólares por daño personal y moral y cien mil dólares por pérdida en la operación con el grupo Lohmann, reformándola: **FJARON** en novecientos mil dólares por lucro cesante, cincuenta mil dólares para cada uno de los demandantes por daño personal y moral, y doscientos mil dólares por pérdida en la operación con el grupo Lohmann y en consecuencia, **MANDARON** que la empresa Daimler Benz A.G. pague a los actores la cantidad total de **dos millones ciento ochenticuatro mil seiscientos cincuentiun dólares**; o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día de pago; dejándose a salvo el derecho de los actores para el cobro de intereses; sin costas; en los seguidos por Jorge León Adrianzen y otros con Daimler Benz A.G. sobre indemnización; y los devolvieron.- Interviniendo el doctor Gallegos Guevara de conformidad con el artículo ciento veintitres de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

BELTRAN RIVERA
PORTUGAL RONDON
PERALTA ROSAS
GALLEGOS GUEVARA

b. CASO 2: FLORENTINA RIVERA VS. AMADOR SALAZAR Y VALENTINA TRUCIOS

Fruto de un accidente automovilístico por negligencia, se produjo la muerte de una persona, cuya madre interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios, obteniendo del Juez de Primera Instancia de Lima el pago de I/. 8,000.00 (Ocho mil Intis Y 00/100) como monto reparador por la vida de su hijo.

La Corte Superior de Lima, en histórica decisión judicial, resolvió concederle la suma indemnizatoria de US\$ 5,000.00 (Cinco Mil Dólares Americanos) considerando procedente la actualización de la deuda al tipo de cambio de una moneda dura, en razón de nuestra devaluación monetaria.

EXP. Nº 2227-90.

Lima, veinte de mayo de mil novecientos noventa y no.-

VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el señor Ramírez Jiménez; con los acompañados; por sus fundamentos y **CONSIDERANDO** además: Que el objeto de la pretensión contenida en la demanda de fojas dos no es el cobro de una deuda de dinero con suma líquida, sino el resarcimiento del daño por la pérdida de una vida humana producida en las circunstancias analizadas por el juzgador; Que por ende, la fijación del monto indemnizatorio no puede limitarse al

Se omite la transcripción de los votos en discordia.

señalamiento de la suma de dinero que aparece solicitada nominalmente en la demanda y que por el transcurso del tiempo y la devaluación monetaria ha devenido diminuta, pues resulta ofensivo al sentimiento de justicia, que por la muerte de un ciudadano peruano se ordene el pago de ocho mil intis, monto que no cubre ni siquiera el valor de la hoja que contiene esta sentencia, por lo que actualizarlo no constituye un pronunciamiento ultra petita, que produzca la nulidad de la misma; Que el sentimiento de justicia que fluye del aforismo jurídico "Suum Cuique Tribuere" (dar a cada cual lo que es suyo) resulta defraudado evidentemente, con la grave consecuencia de crear insatisfacción en los familiares de la víctima, frustración y pérdida de confianza en la Justicia por parte de la Nación, todo lo cual alienta la explicación y justificación de la violencia que afecta al Perú y que es necesario evitar; Que la Doctrina y Jurisprudencia de otros países que han sido afectados igual que el nuestro por problemas inflacionarios, han resuelto estos reclamos desde la perspectiva de entender que estas pretensiones constituyen "OBLIGACIONES DE VALOR", las que se explican de la siguiente manera: "Cuando la inflación se agudiza, el dinero pierde sus funciones económicas más importantes, deja de ser el signo universal del valor para convertirse en una ridícula caricatura...la aplicabilidad del principio nominalista no puede ser invocada en el ámbito de las obligaciones de valor ya que en ellas el dinero no debe considerarse como el objeto propio de la prestación comprometida, sino en función de medida de valores, por lo que no podrá mantenerse la identidad formal de tales valores cuando la moneda haya sufrido alteraciones en su poder adquisitivo...corresponde propiciar el reajuste en el cumplimiento de las deudas de valor señalando expresamente que ese criterio de reajuste debe regir verbigracia, el resarcimiento de los daños en materia contractual y extracontractual, la expropiación, las prestaciones alimentarias y de previsión y las situaciones jurídicas similares en que medie obligación de restituir..." (Enrique Carlos Banchio, Obligaciones de Valor, Ediciones Lenner, mil novecientos sesenticinco, Buenos Aires); que, si no aceptáramos el distingo entre deudas de valor y deudas de dinero (pues lo cierto es que la Doctrina no la admite pacíficamente) necesariamente tendríamos que concluir con el profesor Argentino Alberto Spota que "...debemos desprendernos de este distingo. Si dejamos de lado todo ello y afrontamos directamente el problema desde el punto de vista de la justicia, de la equidad, yo creo, entonces, que llegamos a la solución que más satisface las exigencias de la conciencia jurídica, en esta materia"; Que además, una solución al tema tiene sustento jurídico en nuestra propia legislación, pues la indemnización por responsabilidad extracontractual tiene carácter total, sin limitaciones, ya que el artículo mil novecientos setenta del Código Civil señala que en el caso de daño objetivo por utilización de un bien riesgoso (como sucede en el presente caso) el causante está obligado a repararlo íntegramente, sin

establecer la diferencia que aparece en el tema de la responsabilidad contractual (artículo mil trescientos veintiuno) entre daño previsto e imprevisto, siempre que sea consecuencia directa e inmediata del hecho, por lo que la devaluación monetaria es un daño que igualmente debe ser indemnizado por el demandado; Que, para fijar el monto indemnizatorio actualizado debe evaluarse el valor reclamado por la demandante al momento de interponerse la demanda, comparándolo con algún parámetro de actualización como los señalados en el artículo mil doscientos treinticinco del Código Civil; por lo que para el caso adoptamos una moneda dura como el dólar al tipo de cambio vigente en la época; que para ese mismo fin, debe considerarse el hecho probado de que la víctima coadyuvó al resultado fatal como se desprende de la primera conclusión del atestado policial obrante a fojas cincuentiocho del acompañado, y que el monto a fijar debe ser aleccionador, para evitar que cunda en la ciudadanía la idea de que causar la muerte de una persona por negligencia en las pistas del Perú es un hecho anecdótico que puede ser superado con un pago diminuto; todo esto con el afán de que se tome conciencia del problema y que todos actuemos con más cuidado en nuestra conducta diaria, cumpliendo con el precepto del Derecho que Justiniano nos enseña: "Alterum Nom Laedere" (no causar daño a nadie); y de conformidad con el artículo octavo del Título Preliminar del Código Civil que ordena que los jueces administremos justicia aún cuando se presenten lagunas en el sistema jurídico por defecto o deficiencia de la ley: **CONFIRMARON** la sentencia de fojas cuarentiuno-cuarentidos su fecha treinta de mayo último que declara infundada la excepción de falta de personería deducida a fojas veintidos; y fundada la demanda de fojas dos; y en consecuencia que don Amador Iván Salazar Trucios y doña Valentina Trucios Pardo abonen en forma solidaria y mancomunada a doña Florentina Rivera Maldonado, por concepto de indemnización, la **REVOCARON** en la parte que fija el monto indemnizatorio en la suma de ocho mil intis, el que fijaron en la suma de intis equivalente al precio de cinco mil dólares americanos según tipo de cambio venta vigente al momento del pago; la **CONFIRMARON** en lo demás que contiene; y los devolvieron.-

ARESTEGUI CANALES
ROMERO DIAZ
RAMIREZ JIMENEZ

2. UBICACION DEL PROBLEMA

Los pronunciamientos judiciales presentados contienen diversos temas cuya riqueza jurídica justifica trabajos independientes; no obstante ello, lo que para nuestros fines resulta central en las resoluciones, es la **inédita magnitud y conformación de los montos indemnizatorios**.

3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y MONTO INDEMNIZATORIO

La existencia de daños es consubstancial a la vida en sociedad. Todo daño, sea cual fuere su origen, implica una pérdida (económica, las más de las veces), que es sufrido, en forma inmediata por alguien: "la víctima". Ante esta situación toda sociedad se ve obligada a optar. Algunas veces, opta por "no hacer nada", lo que implica obligar a la víctima a SOPORTAR todo el peso del daño; en otras ocasiones califica la situación como injusta y provee un mecanismo (sistema de responsabilidad civil), por medio del cual la víctima sea LIBERADA de la pérdida sufrida. En este último nivel, la sociedad se enfrenta a una nueva elección: si lo que se busca es liberarla de la pérdida, a quién (o a quiénes) debe TRASLADARSE esa pérdida, o, lo que es lo mismo, quién (o quiénes) "pagará(n) la cuenta". Surge aquí la figura del "responsable". El panorama de las posibles alternativas es vasto: la pérdida puede trasladarse a un sujeto, a un conjunto de sujetos, o a toda la sociedad; puede trasladarse al sujeto que causó el daño o al que lo causó culpablemente; puede optarse por trasladarla al sujeto que causó el daño, siempre y cuando fuera más rico que la víctima, o trasladarla al sujeto que resulte elegido a través de un sorteo, o bien por condenar a "pagar la cuenta" a todos los consumidores del producto o servicio cuya actividad generó el daño; y las posibilidades continúan.

Además de ello, toda sociedad debe elegir el mecanismo de administración más adecuado al sistema ideado: quién, cómo y cuándo se realizará el traslado (de ser el caso) de la pérdida, a través de procedimientos judiciales o de naturaleza diferente.

En todo caso, la sociedad debe elegir, elección que no estará exenta de consideraciones "políticas" y más precisamente ideológicas.

Nuestra sociedad no ha sido ajena al dilema por la presencia de los daños. En algunos casos ha optado por "no hacer nada" (por ejemplo los daños ocasionados en la competencia comercial). En otros casos - los más- ha optado por liberar a la víctima (total o parcialmente) del daño sufrido (artículos 1321, 1969 y 1970), concediéndole una indemnización que se concreta en un monto dinerario (forma más usual), cuya entidad será -en principio- equivalente a la pérdida económica sufrida o suficiente para compensar a la víctima por los daños no patrimoniales experimentados. Con ello, nuestros legisladores han optado claramente por darle al sistema de responsabilidad civil una función -y no la única- resarcitoria.

La determinación de los responsables, de los sujetos a los cuales se va a trasladar la pérdida, ha sido guiada por la búsqueda de dos objetivos: la prevención de los daños y la difusión del costo de los

accidentes (esto último, inorgánicamente plasmado en las normas del Código Civil).

De allí que, por ejemplo, se haga responsable tanto al sujeto que culpablemente causó el daño (artículos 1321 y 1969 del Código Civil), como al sujeto cuya actividad riesgosa o peligrosa fue el origen del daño (artículo 1970 del Código Civil): En ambos casos, la pérdida será trasladada a quienes más fácilmente podrían evitar la producción de los daños, siendo más diligentes en su actuar, controlando el nivel de actividad a desarrollar o invirtiendo en sistemas de seguridad.

La determinación concreta del responsable, de la víctima y del monto indemnizatorio, ha sido encomendada al aparato judicial y a los operadores del Derecho.

De la breve descripción anterior, se puede fácilmente deducir, **el importante rol que cumple el monto indemnizatorio al interior de nuestro sistema de responsabilidad civil**. Por un lado, el monto representa para la víctima, la "liberación" de la pérdida ocasionada por el daño; por otro, representa para el responsable (que es quien lo paga) una presión de tipo económico que pretende desincentivar futuras conductas generadoras de daños, tanto en él, como en aquéllos que pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias ("intimidación indemnizatoria").

Es así pues, que a través del otorgamiento de los montos indemnizatorios, por medio de los procesos judiciales, se concretan dos de las funciones de nuestro sistema de responsabilidad: la resarcitoria y la preventiva.

4. PROCESOS JUDICIALES Y EL MONTO DE LAS INDEMNIZACIONES

-¿Cómo son los montos indemnizatorios hoy día en el Perú?

-¿En la práctica cotidiana, las indemnizaciones conferidas a las víctimas en los procesos judiciales, las liberan efectivamente de las pérdidas sufridas?

-Los montos indemnizatorios que son condenados a pagar los responsables, ¿representan una presión económica eficiente que los incentiva a una mayor diligencia?.

Veamos algunos datos. Tomando una muestra de 68 expedientes resueltos por la Corte Suprema entre el periodo comprendido en los años 1986 y 1989, cuyo objeto era la indemnización por los daños ocasionados por la pérdida de una vida humana, los montos concedidos por la Corte, convertidos al dólar norteamericano (mercado paralelo tipo de cambio

venta, vigente a la fecha de expedición de la sentencia) dan como resultado el siguiente cuadro:

Años	1986	1987	1988	1989
\$				
5,000-7,500		1		
1,400-5,000		1		
900-1,400	2	5	1	
300-900	2	10	5	
50-300	1	6	19	3
10-50			1	7
0-10				4

Si bien estos datos son limitados (cantidad de expedientes consultados, años tomados en cuenta, etc), no exageramos al decir que son representativos de una tendencia generalizadora en el Poder Judicial: otorgar indemnizaciones irrisorias, carentes de todo sentido de realidad. Está demás preguntarse por la efectiva "liberación" de las víctimas; suele ser frecuente en estos expedientes, dado lo exiguo del monto conferido, que la víctima demandante no cobrada, esto es, que abandone el expediente en ejecución de sentencia... "victoria pírrica" sería un calificativo correcto. Tampoco tiene sentido preguntarse por la eficiencia de la presión económica que se ejerce sobre el responsable, en vista de su futura conducta... resulta más "barato" causar el daño que prevenirlo.

El origen de esta tendencia se ubica en dos hechos:

a) La continua subvaluación a que son sometidos los daños y sus consecuencias; y

b) El desconocimiento total del efecto de la inflación en los procesos judiciales.

5. LAS SENTENCIAS RESEÑADAS Y EL MONTO INDEMNIZATORIO

a. EL CASO 1 FRENTE AL PROBLEMA DE LA SUBVALUACION DE MONTOS INDEMNIZATORIOS

El procedimiento judicial entre el Grupo Peruano y la Daimler Benz A.G., finalizó con una sentencia fundada a favor de los demandantes ascendiente a la suma de US\$ 2'184,651. Veamos la conformación de los montos en las distintas instancias.

DECIMOSEXTO JUZGADO CIVIL DE PRIMERA INSTANCIA DE LIMA (EXP. N° 238-85)	TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR (EXP. N° 1675-88)	PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA (EXP. 462-89)
DEMANDA INFUNDADA Y FUNDADA EXCEPCION DE PRESCRIPCION EXTINTIVA	\$216,121 (Gastos Inmobiliarios) \$518,530 (Capital Paralizado) \$300,000 (Lucro Cesante) \$50,000 (Daño Moral)	\$216,121 (Gastos Inmobiliarios) \$518,530 (Capital Paralizado) \$800,000 (Lucro Cesante) \$350,000 (Daño Moral) \$200,000 (Pérdida de Operación)
	\$1'084,651	\$2'184,651

Debemos resaltar, por evidente contraste de las sentencias que generalmente expiden los tribunales peruanos, los criterios utilizados para conformar el monto finalmente sentenciado.

Adviértase en la Sentencia de la Corte Suprema, principalmente, las sumas considerablemente elevadas asignadas a los conceptos de lucro cesante, daño moral y pérdida de operación, que en realidad son establecidos con un alto grado de discrecionalidad por la Corte, teniendo en consideración su dificultad de probanza.

De ello se desprende como consecuencia, más allá del análisis técnico jurídico que amerita la Resolución, una clara intención de valorar en forma equitativa los altos daños ocasionados al Grupo Peruano por parte de la empresa alemana.

b. EL CASO 2 FRENTE AL PROBLEMA DE LA DEVALUACION DE LA MONEDA

De la misma manera como la Resolución correspondiente al Caso 1, enfrenta creativamente el problema de la subvaluación de los montos, la resolución objeto del presente caso" soluciona en forma imaginativa la dificultad originada por la constante pérdida del valor adquisitivo de la moneda debido al proceso inflacionario.

En efecto, conforme se aprecia de su lectura, la Corte Superior de Lima, reconociendo expresamente que la suma de 1/8,000 resulta absolutamente exigua para compensar los daños producidos a raíz de la muerte de un ser humano, decide reajustar el monto indemnizatorio compensando la pérdida de valor de la moneda nacional, revalorizándolo de acuerdo al comportamiento de la moneda norteamericana.

* Los datos presentados, forman parte de una investigación en proceso realizada por Alejandro Falla bajo el título de "Accidentes, Indemnización y Procesos Judiciales".

** A la fecha de elaboración del presente trabajo el procedimiento se encuentra para sentenciar en la Corte Suprema.

6. CONCLUSIONES

Esperamos que el camino abierto por las dos Resoluciones anteriormente reseñadas, se convierta en una tendencia generalizada al interior del Poder Judicial.

Dicho camino podría empezarse a construir por la propia Corte Suprema, confirmando y hasta ampliando el monto conferido por la Corte Superior de Lima (Tercera Sala) en el caso de Rivera Vs. Salazar, actualmente bajo su competencia.

No queremos terminar sin antes formular una aclaración. No creemos que el problema de la responsabilidad civil en el Perú, se reduzca a la amplitud de los montos indemnizatorios concedidos en los procesos judiciales; sostener ello sería participar de una visión reduccionista y miope del problema, pues éste trasciende al asunto de los montos otorgados por las Cortes; está relacionado con la estructura misma de los procesos judiciales, con su duración y costos, y más profundamente tiene que ver con el modelo adoptado, pero todo eso es "harina de otro costal"...

Agosto, 1991

"El Derecho de Retracto en el Código Civil Peruano de 1984"

Fabián Novak T.

Tesis sustentada el 3 de enero de 1991 ante los Dres. Jorge Avenadoño, Jack Biggio, Fernando Cantuarias. Sobresaliente.

La Institución del Retracto ha despertado siempre una intensa inquietud intelectual y un apasionado debate en torno a su regulación.

La explicación de esto, quizás se encuentre en el carácter social de este derecho, que lo ha conducido a romper con una serie de principios jurídicos, a atentar en algún caso contra lo económicamente beneficioso y a enfrentarse con múltiples excesos en su aplicación.

El trabajo realizado, busca precisamente analizar cada una de las disposiciones del Código Civil sobre esta materia, planteando las deficiencias advertidas en la regulación de este derecho, las dificultades que presentan algunos retractos en su aplicación, la inconveniencia de legislar algunos de ellos, los vacíos legislativos existentes y las contradicciones que a nivel de jurisprudencia se han presentado.

El primer capítulo, está dedicado así a analizar conceptos preliminares, como la definición misma del retracto, las teorías existentes sobre su real alcance y efectos, las implicancias del término "retracto" y, asimismo, el fundamento y justifi-

cación de su regulación. Sobre este último punto, el autor comienza por fundamentar y justificar la presencia del derecho de retracto en el actual Código, sustentado en la idea que el Derecho no se realiza totalmente en los individuos, considerados en forma aislada, ni puede fundar sus mandatos en el instinto egoísta del hombre, ya que, en tal caso, su fuerza no llegaría más allá de la creencia en la propia ventaja. De igual forma, enfrenta con su afirmación muchas de las críticas que desde la Escuela Económica del Derecho se han formulado, sosteniendo, en abierta discrepancia con ella, que el retracto en la mayoría de los casos implica una mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, una disminución de los conflictos judiciales, la consolidación del dominio en una sola mano, así como la desaparición de estados de indivisión.

El segundo capítulo, destinado al análisis de la naturaleza jurídica del retracto, plantea también una tesis innovadora.

En este punto, el autor se aparta de las tesis clásicas formuladas al respecto por la gran mayoría de los tratadistas nacionales y extranjeros. Niega que las características de persecutoriedad, preferencia y oponibilidad, presentes en el retracto, sean suficientes para afirmar su naturaleza real. Niega también cualquier intento por concebir el retracto como un derecho de naturaleza obligacional. Critica los clásicos intentos de gran parte de los juristas de agrupar toda institución

jurídica bajo estas dos categorías y de entender como eclécticas, aquellas que no se enmarcan dentro de ellas. Plantea así, que el retracto sea entendido como un derecho autónomo de sustitución personal, es decir, como un derecho que, no siendo real ni obligacional, permite a su titular colocarse en lugar de otra persona, asumiendo sus derechos y obligaciones en una relación contractual.

El tercer capítulo, aborda los caracteres del derecho de retracto; y, asimismo, un estudio sobre las características de su plazo, tales como su cómputo, naturaleza, ámbito de aplicación, carga de la prueba y otros. En este punto, el autor sostiene que el plazo del retracto debe entenderse como uno de caducidad, en discrepancia con algunos autores nacionales; plantea también, en clara discrepancia con la doctrina mayoritaria y con la Exposición de Motivos Oficial del Derecho de Retracto, que el aviso de la transferencia del bien al retrayente debe ser efectuado por el vendedor, y no por el comprador, ni por ambos; postula asimismo, una modificación integral del artículo 1596 del Código Civil, tras una crítica a la fórmula alternativa consagrada.

Por último, en el mismo capítulo, explica los motivos que justifican la modificación del artículo 1597 del mismo cuerpo de leyes.

El cuarto capítulo, está dedicado a estudiar cada uno de los contratos en los cuales es factible el ejercicio del retracto, analizando en

el caso específico de la compraventa, diversos supuestos como la venta ineficaz, la venta nula, la venta anulable, la promesa de venta, la venta con pacto de retro, la venta sujeta a condición suspensiva, la venta a plazos y otros. Sostiene que el retracto sólo es posible de ser ejercitado en los contratos onerosos, y su improcedencia en el contrato oneroso de renta vitalicia y en las mal llamadas ventas por expropiación forzosa.

Analiza extensamente la posibilidad de ejercitar el retracto en el contrato de permuta de cosas genéricas, llegando a la conclusión de que ni por la redacción del artículo 1593, ni por la remisión al 1603, es posible tal ejercicio; razón por la cual concluye en la necesidad de modificar el primer artículo mencionado, permitiendo que este derecho pueda ser ejercitado respecto a toda transmisión onerosa que admita la sustitución. De igual forma, critica el carácter forzoso de la garantía exigida por el artículo 1598, proponiendo su modificación por una garantía de carácter voluntario pendiente de la voluntad del vendedor.

Por último, el quinto capítulo, se avoca al estudio de cada uno de los retractos legislados en el actual Código. Entre las propuestas más saltantes, destacan la de suprimir el retracto en favor del arrendatario, al atentar contra el desarrollo de una economía inmobiliaria; la de comprender a los coherederos dentro del retracto de condóminos pese a la distinción que la doctrina formula entre condóminos y comuneros; la de entender por coherederos, para efectos del retracto, a los coherederos propiamente dichos, a los legatarios a título universal y a los legatarios universales; la de postular tres situaciones de excepción en las cuales, a criterio del autor, no debería ser procedente el retracto en favor del litigante; el establecer luego de un análisis minucioso, que el retracto en favor del usufructuario se circunscribe básicamente al usufructo testamentario, al no ser posible ser ejercitado en el usufructo legal en favor de los padres, ni ser

comúnmente utilizado en el usufructo convencional. Sostiene también la imposibilidad de ejercitar el retracto en el caso del usufructo imperfecto o cuasiusufructo. Discrepa con el legislador al afirmar que el retracto consagrado por el artículo 1599 en su inciso 6, no logra el propósito para el cual fue legislado; esto es, extinguir la servidumbre, ya que ésta, sostiene, es un gravamen real que subsiste a cualquier transferencia y donde la confusión no es causal de extinción.

Finalmente, propone la modificación del inciso 6 del artículo 1599 del Código Civil y, asimismo, plantea una reformulación integral del orden de los siete incisos del mismo artículo, justificando un nuevo orden de preferencia entre retrayentes.

Debe reconocerse que el autor de la tesis ha efectuado una profunda investigación, desarrollando con brillantez los temas abordados y planteando interesantes aportes y conclusiones. De ahí que, por esto y por la original manera de formular su exposición a través del examen de sus conclusiones, el Jurado haya calificado el grado del señor Novak con la merecida mención de Sobresaliente.

Jack Bigio Chrem

“Pago de Remuneraciones durante la Suspensión de la Relación Laboral: Las Manifestaciones del Salario Social”

Luis Vinatea R.

Tesis sustentada el 21 de diciembre de 1990, ante los Dres. Ernesto de la Jara, Javier Neves y Emilio Morgado. Sobresaliente.

El estudio elaborado por Luis Vinatea parte de dos preguntas sencillas, que constituyen un punto de arranque para una interesante reflexión en profundidad, sobre una cuestión esencial en el Derecho del Trabajo: si el salario es contraprestación

por el trabajo cumplido: ¿cómo justificar el pago de remuneración cuando no hay prestación laboral? ¿y cuál es el fundamento de ciertas retribuciones que no tienen su causa directa en la prestación laboral?. La respuesta está en la teoría del salario social, que constituye el verdadero eje de la tesis.

La investigación contiene tres capítulos, en los que se aborda, sucesivamente, el salario (concepto, significación, naturaleza jurídica y estructura), la interrupción de la jornada y suspensión de la relación laboral (analizándose en cada caso la naturaleza, características, fundamentos y causas), y los aspectos salariales del régimen de suspensiones e interrupciones en nuestra legislación. El desarrollo del trabajo, en cada uno de sus capítulos, ha sido realizado, desde mi punto de vista, con propiedad y precisión.

La cuestión abordada pone al descubierto -como hace notar el autor- la propia razón de ser del Derecho del Trabajo y sus distancias, en aspectos claves, del Derecho Civil: el sinalagma no da cuenta completa de la naturaleza salarial, sino que hace falta acudir al carácter protector del ordenamiento laboral para encontrar fundamento correcto a la continuidad y suficiencia de la remuneración. La afirmación es adecuadamente verificada en el estudio de Luis Vinatea, a través del detallado análisis de cada uno de los supuestos de suspensión de la relación e interrupción de la jornada, admisibles en la teoría jurídica y presentes en nuestra normativa o planteadas por nuestra jurisprudencia, en los que aparecen con nitidez los alcances y los límites de la teoría del salario social.

En mi concepto, la tesis constituye un significativo aporte al esclarecimiento de su importante tema, elaborada sobre la base de una bibliografía moderna y plural, y dirigida, además, a facilitar una adecuada regulación legislativa de la materia en nuestro medio, mediante la formulación de una interesante propuesta normativa.

Javier Neves Mujica

ACTUALIDAD

1. Amado V. José Daniel
Zonas Francas Industriales en el proyecto de Ley General de Comercio Exterior.
En Thémis N° 12.
2. Bernaldes B. Enrique
Estatización del Sistema Financiero.
En Thémis N° 9.
3. Blumewitz Dieter (RFA)
La Prohibición Universal del uso de la fuerza y la lucha contra el terrorismo internacional.
En Thémis N° 7.
4. Borea O. Alberto
Estatización del Sistema Financiero.
En Thémis N° 9.
5. Bustamante B. Alberto
Concertación para el Desarrollo.
En Thémis N° 13.
6. Bustamante B. Luis
La Descentralización Política en la Regionalización.
En Thémis N° 11.
7. Cano G. Gabriel
El Papel de la Policía en la Protección de los Derechos Humanos.
En Thémis N° 16.
8. Cárdenas Q. Carlos
Los Decretos con fuerza de Ley.
En Thémis N° 6.
9. Cisneros V. Luis Jaime
Reflexiones Universitarias desde 1990.
En Thémis N° 15.
10. Ciurlizza Javier
Apuntes sobre la Autonomía de los Gobiernos Regionales.
En Thémis N° 14.
11. Cornejo R. Enrique
Hacia una Política Integral de Desarrollo de Exportaciones.
En Thémis N° 12.
12. Child Jack (USA)
Conflictos Interestatales en América Latina y la Búsqueda de Soluciones: Cinco casos ilustrativos.
En Thémis N° 10.
13. Dañino Z. Roberto
Inversión Extranjera: La tentación pendular y otras opciones.
En Thémis N° 8.
14. De Belaúnde L. de R. Javier
Antecedentes de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.
En Thémis N° 18.
15. De los Heros P.A. Alfonso
Entrevista: Política Laboral.
En Thémis N° 19.
16. Eguiguren P. Francisco
El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del artículo 211 inciso 20 de la Constitución.
En Thémis N° 6.
Los Derechos y Garantías Constitucionales: Balance de su desarrollo y vigencia en diez años de Régimen Constitucional.
En Thémis N° 16.
17. Elías L. Enrique
Conceptos Jurídicos sobre la Acción Terrorista frente a un Estado Democrático y sobre la calificación del Terrorismo como Delito Común.
En Thémis N° 7.
18. Fernández Arce César
Entrevista: El Poder Judicial.
En Thémis N° 18.
19. Fernández C. Julio
Actualización de Deudas Pecuniarias - Implicancias Civiles.
En Thémis N° 14.
20. Figallo A. Guillermo
La "liberalización" de la Propiedad de la Tierra.
En Thémis N° 20.
21. García-Sayán Diego
La Paz es Posible.
En Thémis N° 7.
22. González Izquierdo Jorge
Entrevista: Liberalismo y economía de mercado en el Perú.
En Thémis N° 20.
23. Gros E. Héctor
Mecanismos Jurídicos para la Seguridad Regional en América Latina.
El Caso del Tratado de Tlatelolco.
En Thémis N° 10.
24. Grupo de Investigación de Thémis.

- Aproximación al Conflicto Ara-
be-Israelí.**
En Thémis N° 11.
Indexación y Derecho.
En Thémis N° 14.
25. Guillaume Gilbert
**Entrevista: Funcionamiento del
Sistema Jurisdiccional en el
Orden Internacional.**
En Thémis N° 17.
26. Guzmán-Barrón S. César
**Rol del Comercio Exterior en el
Desarrollo del País.**
En Thémis N° 12.
27. Hernández B. Luis
**Breves Comentarios sobre el
Reajuste del Tributo y de las
Multas.**
En Thémis N° 14.
28. Medrano C. Humberto
**Delito de Defraudación Tributa-
ria.**
En Thémis N° 20.
29. Mercado J. Edgardo
**La Delimitación de las Regio-
nes.**
En Thémis N° 11.
30. Montoya A. Carlos
**Vigencia de la Constitución en
la Administración de Justicia.**
En Thémis N° 16.
31. Muñoz B. Italo
**La Conversión de la Deuda
Externa en Inversión.**
En Thémis N° 2.
32. O'Phelan P. Fernando
**Aproximación Jurídica al deterio-
rio de las relaciones entre el
Perú y el Banco Mundial.**
En Thémis N° 8.
33. Pacheco B. Rosario
**Los Decretos de Urgencia y un
vacío en la Constitución de
1979.**
En Thémis N° 6.
34. Paniagua C. Valentín
**Descentralización y Regionali-
zación.**
En Thémis N° 11.
**Terrorismo y Tribunales Milita-
res.**
En Thémis N° 15.
35. Peschiera B. Alejandro
**La Ley de "Nacionalización" vs.
Decisión 220 de la Comisión
del Acuerdo de Cartagena.**
En Thémis N° 9.
36. Ramacciotti de Cubas Beatriz
**La Antártida como Zona de
Paz.**
En Thémis N° 10.
37. Reyna S. Rodolfo
**Democracia, Modernidad y De-
recho.**
En Thémis N° 16.
38. Romero B. Inés
**La Concertación Social y sus
Límites Jurídicos y Políticos.**
En Thémis N° 13.
39. Ruiz-Eldredge Alberto
La Constitución y la Paz.
En Thémis N° 15.
40. Saldaña C. Mario
**Crisis y Mutación Constitucio-
nal.**
En Thémis N° 15.
41. Thémis
**Apreciaciones Universitarias
sobre el Derecho.**
En Thémis N° 16.
42. Ugaz S.M. José
**El Indulto para Procesados y el
Perro del Hortelano.**
En Thémis N° 18.
43. Valle-Riestra G.O. Javier
**Estatización del Sistema Finan-
ciero.**
En Thémis N° 9.
44. Vega A. Miguel
**Estatización del Sistema Finan-
ciero.**
En Thémis N° 9.
2. Hutchinson Tomás
**El Derecho Administrativo:
Concepto y Naturaleza.**
En Thémis N° 13.
3. Leroux de B. Cristine (Francia)
**Jurisdicción Judicial y Jurisdic-
ción Administrativa en Francia.**
En Thémis N° 3.
4. Litan Robert (USA)
**Elaboración de Leyes a Nivel
Administrativo y Análisis Eco-
nómico: Una Perspectiva Nor-
teamericana.**
En Thémis N° 3.
5. Ludwig K. Franz (RFA)
**Autonomía Municipal para el
Fortalecimiento de la Democra-
cia.**
En Thémis N° 3.
6. Olivares M. Gustavo y Villegas
del S. Gustavo
El Poder Contralor.
En Thémis N° 3.
7. Paniagua C. Valentín
**La Publicidad y Publicación de
las Normas del Estado. (El
caso de los Decretos Supre-
mos no Publicados).**
En Thémis N° 6.
8. Quiroga L. Aníbal
**El "Estado de las Autonomías"
español como modelo para la
Regionalización en el Perú.**
En Thémis N° 9.
9. Rodríguez-Farge R. Marco
**Sobre la Actividad Empresarial
del Estado y la compraventa de
empresas de su propiedad.**
En Thémis N° 16.

AERONAUTICO

1. De la Lama E. Miguel
**Notas sobre la Regulación del
Transporte Aéreo de Sustan-
cias Radioactivas.**
En Thémis N° 5.
2. Garland C. Juan
**Derecho Internacional y Dere-
cho Aeronáutico: Repercusio-
nes de la Invasión Iraquí a**

ADMINISTRATIVO

1. Bustamante B. Alberto
**Instituciones para un Gobierno
Abierto.**
En Thémis N° 8.
**La Contratación del Estado en
el Perú.**
En Thémis N° 14.

Kuwait en la Aeronáutica Civil.
En Thémis N° 18.

3. Gildemeister M. Alfredo
El Problema Aéreo con Estados Unidos: Las Quintas Libertades.
En Thémis N° 4.
4. Gildemeister R.H. Alfredo
Contratos: Transporte Aéreo: Pérdida de Equipaje: Responsabilidad del Porteador: Daños. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 3.
5. Ostoja L.A. Alfredo
Los Convenios de Navegación Aérea entre el Perú y los Estados Unidos.
En Thémis N° 1.
6. Vega S. María del Carmen
La Ley de Aeronáutica Civil: 22 años de retraso.
En Thémis N° 11.

AGRARIO

1. Figallo A. Guillermo
La "liberalización" de la Propiedad de la Tierra.
En Thémis N° 20.
2. Torres y Torres L. Carlos
El Régimen Legal del Trabajo Agrario.
En Thémis N° 5.

CIVIL

a) ACTO JURIDICO

1. Amado V. José Daniel
El Estado de Necesidad como Vicio de la Voluntad.
En Thémis N° 1.
La Conocibilidad del Error.
En Thémis N° 4.
Las Declaraciones de Voluntad Impropias en la Teoría del Acto Jurídico.
En Thémis N° 10.
2. Arana C. Carmen
La Interpretación del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano de 1984.
En Thémis N° 9.

3. Lohmann L. de T. Guillermo
Ensayo sobre el Error en los Testamentos.
En Thémis N° 7, primera parte.
En Thémis N° 8, segunda parte.
4. Muñoz W. Jorge
Algunas Notas sobre la Simulación en nuestro Código Civil.
En Thémis N° 13.
5. Taboada C. Lizardo
Causales de Nulidad del Acto Jurídico.
En Thémis N° 11.
6. Vidal R. Fernando
Apuntes Preliminares para el estudio de la Representación en el Código Civil.
En Thémis N° 13.

b) CONTRATOS

1. Benavides de la P. Alfonso
La Forma en los Contratos Nominados del Código Civil de 1984.
En Thémis N° 8.
2. Benavides T. Eduardo
La Aplicación de la Excesiva Onerosidad de la Prestación en nuestro país: Riesgos y posibilidades.
En Thémis N° 7.
3. Bullard G. Alfredo
Contratación en Masa. ¿Contratación?
En Thémis N° 15.
4. Cantuarias S. Fernando
Conclusión del Contrato de Arrendamiento de duración indeterminada.
En Thémis N° 11.
5. De Trazegnies G. Fernando
Paradojas de la Modernidad: El Contrato de Enganche.
En Thémis N° 20.
6. Del Aguila Lorena
Retracto. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 2.
7. Falla J. Alejandro
El Vencimiento del Plazo y la continuación en el uso del bien

- en el contrato de Arrendamiento.**
En Thémis N° 14.
Los Decretos Supremos de Urgencia y la Corte Suprema: El caso de la normatividad especial sobre arrendamientos. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 17.
8. Forno F. Hugo
La Celebración del contrato por medio de Subasta.
En Thémis N° 17.
9. Jara F. Humberto
El Derecho de Retracto: Dos comentarios.
En Thémis N° 9.
10. López-Ameri C. Gustavo
Nulidad de contrato. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 2.
11. Miranda B. Guillermo
Acerca de los Dilemas y las Artes para concluir un contrato de Arrendamiento a "Plazo Fijo". (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 18.
12. Mosqueira M. Edgardo
La Venta del Bien Ajeno en el Código Civil Peruano.
En Thémis N° 8.
13. Nalvarte R. Cosme
Aspectos Sociales de la Contratación Privada en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 8.
14. Peschiera B. Alejandro
Una Aproximación al Saneamiento por Evicción en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 14.
15. Pinasco L. Vittorio
Cumplimiento de Contrato. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 2.
16. Taboada C. Lizardo
¿Ha optado el Código Civil peruano por el Voluntarismo en materia contractual?
En Thémis N° 17.

17. Torres M. Miguel
El Carácter Contractual de la Prenda y la Posibilidad de ser un Contrato de Prestaciones Recíprocas.
En Thémis N° 4.
- c) **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**
1. Cantuarias S. Fernando y Lerner V.M. Nicolás
El Divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 9.
2. Cymrot Mark, Gorman Thomas y Scott Teresa
Embargo de Bienes de Extranjeros en los Estados Unidos.
En Thémis N° 20.
- d) **FAMILIA**
1. Barrera T. Carlos (Colombia)
La Sociedad de Gananciales: Supervivencia de la Sociedad Questaría en el Derecho Civil Moderno.
En Thémis N° 3.
2. Cantuarias S. Fernando
Derecho de Alimentos en favor del Hijo Alimentista. (Jurisprudencia comentada).
El Divorcio: ¿Sanción o remedio?
En Thémis N° 18.
3. Cantuarias S. Fernando y Lerner V.M. Nicolás
El Divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 9.
4. Cornejo Ch. Héctor
Familia y Derecho.
En Thémis N° 2.
5. Flores Nano Lourdes
La Bigamia y los derechos del Cónyuge putativo supérstite en la Sucesión Intestada.
En Thémis N° 5.
- e) **OBLIGACIONES**
1. Boza P. Guillermo
Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 6.
2. Cárdenas Q. Carlos
La mora del deudor en las Prestaciones de no Hacer.
En Thémis N° 12.
3. De la Puente y Lavalle Manuel
Pago de Intereses Usurarios. Abriendo el Debate.
En Thémis N° 15.
4. Fernández Julio
Actualización de Deudas Pecuniarias - Implicancias Civiles.
En Thémis N° 14.
5. Gadea R. Eugenio
Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo.
En Thémis N° 5.
6. Gago P. Horacio
Obligaciones Genéricas en el Código Civil Peruano.
En Thémis N° 6.
7. Grupo de Investigación de Thémis
Una Aproximación al Saneamiento por Evicción en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 14.
8. Izquierdo A. Ignacio (España)
A propósito de la promulgación del Código Civil Peruano.
En Thémis N° 4.
9. Osterling P. Felipe
El Proyecto del Código Civil y el Derecho de Obligaciones.
En Thémis N° 1.
Mora del Deudor.
En Thémis N° 8.
10. Rivadeneyra S. Juan y Quiroga L. Aníbal
Las Obligaciones Facultativas.
En Thémis N° 5.
- f) **PERSONAS**
1. Boza D. Beatriz
La Persona Jurídica sin fin de Lucro. ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?
En Thémis N° 11, primera parte.
- La Persona Jurídica sin fin de Lucro: Su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña.**
En Thémis N° 12, segunda parte.
2. Carpio V. Donato
Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 3.
3. De Belaúnde L. de R. Javier
Los Derechos de la Personalidad y la Interpretación Judicial. Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, tres años después.
En Thémis N° 10.
4. De la Puente y Lavalle Manuel
Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una S.A.
En Thémis N° 2.
5. Jara F. Gonzalo
¿Son las Personas Jurídicas sujetos de Sanción Penal?
En Thémis N° 8.
6. Luna Victoria L. César
El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles.
En Thémis N° 5.
7. Vázquez F. Roberto
Daño a la Estética de la Persona.
En Thémis N° 19.
- g) **REALES**
1. Avendaño V. Jorge
Transferencia de Propiedad mueble en el nuevo Código Civil.
En Thémis N° 2.
La Posesión Ilegítima o Precaria.
En Thémis N° 4.
2. Boza D. Beatriz
La Tradición: Elemento Necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables.
En Thémis N° 4.
Sistema de Transferencia adoptado por el Legislador Pe-

- ruano de 1984.
En Thémis N° 6.
3. Bullard G. Alfredo
¿Es el acreedor prendario un poseedor?
En Thémis N° 4.
La Prescripción Adquisitiva y la prueba de la Propiedad Inmueble.
En Thémis N° 7.
 4. Calderale Alfredo
La Fianza General en el Código Civil Peruano de 1984 y en los Sistemas de Derecho Continental.
En Thémis N° 17.
 5. Cantuarias S. Fernando
Venta de los Bienes Prendados.
En Thémis N° 4.
 6. Cárdenas Q. Carlos
Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú. Su Importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles.
En Thémis N° 3.
 7. Cueva M. Carlos
Hipoteca en garantía de una Obligación Futura o Eventual.
En Thémis N° 5.
 8. Chávez T.L. Octavio
El Interdicto de Adquirir y el hecho de la Posesión.
En Thémis N° 10.
 9. Ferrari C. Arturo
La "Propiedad" como un obstáculo para el desarrollo de la Hipoteca en el Perú: Análisis Histórico y Social.
En Thémis N° 19.
 10. Maisch V.H. Lucrecia
Los Derechos Reales en el nuevo Código Civil Peruano, 1984.
En Thémis N° 2.
 11. Mosqueira M. Edgardo
La Venta del Bien Ajeno en el Código Civil Peruano.
En Thémis N° 8.
 12. Oquendo H. Sergio
Posesión de Buena Fe y Resci-
- sión: Virtualidad de un conflicto.**
En Thémis N° 17.
13. Pizarro A. Luis
La Hipoteca: Una vieja garantía con modernas perspectivas.
En Thémis N° 17.
 14. Schwartz G. Pedro
La ética del derecho de propiedad privada: La propiedad para el creador y el descubridor.
En Thémis N° 17.
 15. Schwartzmann L. Víctor Carlos
Las Hipotecas Ocultas.
En Thémis N° 4.
 16. Torres M. Miguel
El carácter contractual de la prenda y la posibilidad de ser un contrato de prestaciones recíprocas.
En Thémis N° 4
 17. Wong A. Julio Martín
El Precario.
En Thémis N° 15.
- h) REGISTROS PUBLICOS**
1. Cárdenas Q. Carlos
Conveniencia legal de la implantación del Catastro en el Perú. Su Importancia en la transferencia de Bienes Inmuebles.
En Thémis N° 3.
 2. Jara F. Humberto
Los Registros Públicos y su Importancia en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 3.
- i) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**
1. De Trazegnies G. Fernando
La Difamación y la Calumnia en el Código Civil de 1984.
En Thémis N° 8.
 2. Falla J. Alejandro y Pizarro A. Luis
El Problema de los Diminutos Montos Indemnizatorios: Dos casos ejemplares y esperanzadores. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 20.
 3. Mercado N. Edgardo
- Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual.**
En Thémis N° 10.
4. Zavala L. Verónica
¿Hacia un Derecho Feminista? Patronos masculinos de conducta en la Responsabilidad Extracontractual.
En Thémis N° 18.
- j) SUCESIONES**
1. Flores Nano Lourdes
La Bigamia y los derechos del cónyuge putativo supérstite en la Sucesión Intestada.
En Thémis N° 5.
 2. Lohmann L. de T. Guillermo
Ensayo sobre el Error en los Testamentos.
En Thémis N° 7, primera parte.
En Thémis N° 8, segunda parte.
- CONSTITUCIONAL**
1. Abad Y. Samuel
La Acción de Amparo contra sentencias: ¿Una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada?
En Thémis N° 2, primera parte.
En Thémis N° 3, segunda parte.
 2. Aguirre R. Manuel
Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica.
En Thémis N° 3.
Las "sentencias" del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la Crítica.
En Thémis N° 7.
La Razón Principal del fracaso del Tribunal de Garantías Constitucionales.
En Thémis N° 20.
 3. Amado V. José Daniel
Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú.
En Thémis N° 20.
 4. Blumewitz Dieter (RFA)
El Derecho Constitucional y la

- Manifestación Pública.**
En Thémis N° 4.
5. Boza D. Beatriz
Los Votos en blanco y viciados en un Régimen Electoral de voto obligatorio.
En Thémis N° 3.
 6. Bustamante B. Alberto
Instituciones para un gobierno abierto.
En Thémis N° 8.
 7. Cárdenas Q. Carlos
Los Decretos con fuerza de ley.
En Thémis N° 6.
 8. Cauvi A. Juan José
Amparo contra Ley.
En Thémis N° 14.
 9. Delgado-Güembes César
Perspectiva de la Comisión Permanente.
En Thémis N° 14.
 10. Eguiguren P. Francisco
El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del artículo 211 inciso 20 de la Constitución.
En Thémis N° 6.
Los derechos y garantías constitucionales: balance de su desarrollo y vigencia en 10 años de régimen constitucional.
En Thémis N° 16.
 11. Fernández S. Francisco
La evolución del constitucionalismo en España: de la polarización a la integración.
En Thémis N° 14.
 12. Godoy P. Yuri
Los decretos de urgencia: Intentos de regulación legislativa.
En Thémis N° 17.
 13. Guadalupe T. Luis
Inviolabilidad domiciliaria: ¿Hábeas Corpus o Amparo?
En Thémis N° 16.
 14. León P. Ricardo
Algunos problemas del amparo a propósito de su proyecto modificatorio.
En Thémis N° 13.
 15. Ludwig K. Franz (RFA)
Autonomía Municipal para el fortalecimiento de la Democracia.
En Thémis N° 3.
 16. Montoya A. Carlos
Vigencia de la Constitución en la administración de Justicia.
En Thémis N° 16.
Una Opinión sobre la Jurisprudencia Suprema amparada en los Decretos de Urgencia.
En Thémis N° 19.
 17. Olivares M. Gustavo y Villegas del S. Gustavo
El Poder Contralor.
En Thémis N° 3.
 18. Pacheco B. Rosario
Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979.
En Thémis N° 6.
 19. Paniagua C. Valentin
La Publicidad y Publicación de las Normas del Estado. (El caso de los Decretos Supremos no Publicados).
En Thémis N° 6.
 20. Quiroga L. Aníbal
El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser.
En Thémis N° 4.
La Casación Civil y la Tutela Jurídica de las personas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.
En Thémis N° 15.
 21. Ruiz-Eldredge Alberto
La Constitución y la Paz.
En Thémis N° 15.
 22. Ruiz-Giménez Joaquín (España)
Entrevista: Defensor del Pueblo.
En Thémis N° 6.
 23. Saldaña C. Mario
Crisis y Mutación Constitucional.
En Thémis N° 15.
 24. Snyder Frederick (USA)
Estado de Sitio y Estado de
 - Derecho en Argentina: Política y Retórica de la Reivindicación.**
En Thémis N° 4.
 25. Triveño Ch. J. Gladys
La Distribución Exclusiva a la luz del mandato constitucional de la Libre Competencia.
En Thémis N° 19.

INTERNACIONAL

1. Amado V. José Daniel
Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú.
En Thémis N° 20.
2. Blumenwitz Dieter (RFA)
La Prohibición Universal del uso de la fuerza y la lucha contra el Terrorismo Internacional.
En Thémis N° 7.
3. Boza D. Beatriz
Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros.
En Thémis N° 16.
4. Cremades Bernardo
El Procedimiento Arbitral en los Negocios Internacionales.
En Thémis N° 11.
5. Child Jack (USA)
Conflictos Interestatales en la América Latina y la Búsqueda de soluciones: Cinco casos ilustrativos.
En Thémis N° 10.
6. Dañino Z. Roberto
Inversión Extranjera: La tentación pendular y otras opciones.
En Thémis N° 8.
7. Garland C. Juan
Derecho Internacional y Derecho Aeronáutico: Repercusiones de la Invasión Iraquí a Kuwait en la Aeronáutica Civil.
En Thémis N° 18.
8. Garland I. Gonzalo
El Consejo Consultivo Empresarial Andino y la Concertación en el Grupo Andino.
En Thémis N° 14.

9. Gros E. Héctor
Mecanismos Jurídicos para la Seguridad Regional en América Latina. El caso del Tratado de Tlatelolco.
En Thémis N° 10.
10. Intervención del Representante Permanente del Perú ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la situación en Centroamérica
Ponencia Peruana ante el Consejo de Seguridad.
En Thémis N° 3.
11. Muñoz B. Italo
La Conversión de la Deuda Externa en Inversión.
En Thémis N° 8.
12. O'Phelan P. Fernando
Aproximación Jurídica al deterioro de las Relaciones entre el Perú y el Banco Mundial.
En Thémis N° 8.
13. Ostojia L.A. Alfredo
La Autonomía del Crédito Documentario.
En Thémis N° 12.
14. Pardo S. Fernando
Los Buenos Oficios y la Mediación...Algunas Precisiones.
En Thémis N° 20.
15. Pérez Alejandra (Costa Rica)
Problemas del acceso a la Administración Formal de Justicia en Centroamérica.
En Thémis N° 13.
16. Ramacciotti de Cubas Beatriz
La Antártida como Zona de Paz.
En Thémis N° 10.
El Derecho Internacional en la Frontera del siglo XXI: Hacia una protección global del Medio Ambiente.
En Thémis N° 17.
17. Torres P. Narghis
Contra toda ley humana: El caso del terrorismo ante el Derecho Internacional.
En Thémis N° 17.
18. Townsend E. Andrés
- Entrevista: Comunidad Latinoamericana de Naciones: Parlamento Latinoamericano.**
En Thémis N° 8.
19. Vera E. Germán
Derecho del Espacio y la Costumbre Internacional.
En Thémis N° 19.
- LABORAL**
1. Alburquerque Rafael
Despido, retiro y causa justa.
En Thémis N° 11.
2. Arbulú A. Luis
Vigencia del PROEM.
En Thémis N° 10.
3. Azabache César
Apuntes sobre la aproximación al tema de los niveles de Negociación Colectiva.
En Thémis N° 13.
4. Boza P. Guillermo
Contratación Temporal por Aumento en la Producción. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 19.
5. Bustamante B. Alberto
Concertación para el Desarrollo.
En Thémis N° 13.
6. Daza P. José Luis
La Negociación Colectiva en las normas de la Organización Internacional del Trabajo.
En Thémis N° 11.
7. De Buen Néstor
Entrevista.
En Thémis N° 10.
8. De la Torre Ugarte Carlos
Traslado del Trabajador de acuerdo a la Jurisprudencia. (Comentario de Jurisprudencia).
En Thémis N° 12.
9. De los Heros P.A. Alfonso
Entrevista: Política Laboral.
En Thémis N° 19.
10. De Rivero S. Eduardo
Naturaleza Jurídica del contrato de trabajo y la formulación de la relación de trabajo.
En Thémis N° 3.
11. Ermida U. Oscar (Uruguay)
Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias actuales.
En Thémis N° 8.
12. Ferro D. Víctor
Adelanto de beneficios sociales con efecto cancelatorio.
En Thémis N° 2.
La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano.
En Thémis N° 19.
13. García G. Fernando
Aplicabilidad del Derecho Laboral al Contrato de Trabajo desde su celebración.
En Thémis N° 1.
14. Giglio Wagner y Niederauer Correa Alcione (Brasil)
Entrevistas sobre temas de Laboral.
En Thémis N° 9.
15. Herrera V. Ricardo
La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del Indubio Pro Operario?
En Thémis N° 18.
16. Leguía G. Joaquín
Reflexiones sobre el artículo 32° de la Ley 24514.
En Thémis N° 5.
17. Neves M. Javier
Normas y Principios del Derecho del Trabajo.
En Thémis N° 6.
La Estabilidad Laboral en la Constitución.
En Thémis N° 9.
Autonomía convencional e intervención estatal.
En Thémis N° 15.
Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales.
En Thémis N° 19.
18. Pasco C. Mario
Negociación Colectiva: Un enfoque Metodológico.
En Thémis N° 1.

Magistratura del Trabajo.

En Thémis N° 3.

Controversias y Conflictos Laborales.

En Thémis N° 6.

Retroactividad de la Ley Laboral.

En Thémis N° 9.

La Negociación Colectiva en el Sector Estatal.

En Thémis N° 15.

19. Romero B. Inés
La Concertación Social y sus límites jurídicos y políticos.
En Thémis N° 13.

20. Saldaña C. Mario
Crisis y Mutación Constitucional.
En Thémis N° 15.

21. Salmón G. Elizabeth
La Negociación Colectiva en el Sector Textil.
En Thémis N° 14.

22. Torres y Torres L. Carlos
El Régimen Legal del Trabajador Agrario.
En Thémis N° 5.

23. Villarán C. Gilda
La dimensión olvidada de la estabilidad en el empleo.
En Thémis N° 11.

24. Vinatea R. Luis
Caducidad de la acción de calificación de despido: Su suspensión en razón de la "continuidad en el proceso". (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 14.

MERCANTIL

1. Bullard G. Alfredo y Cantuarias S. Fernando
Títulos Valores: Conversión en Moneda Extranjera y Aceleración Automática de los vencimientos. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 6.

2. De la Puente y Lavalle Manuel
Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una S.A.
En Thémis N° 1.

Posibilidad de estipular el pago de intereses en un pagaré.

En Thémis N° 6.

3. Delgado C. Jorge
Los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil.

En Thémis N° 7.

Algunas consideraciones acerca de la utilidad y el dividendo en las Sociedades Anónimas.

En Thémis N° 10.

4. Flores P. Pedro
De los actos de comercio a la noción jurídica de empresa en la realidad peruana.

En Thémis N° 7.

5. Gubbins B. María L.
La Sociedad Anónima Abierta en la Ley General de Sociedades.

En Thémis N° 6.

6. Luna-Victoria L. César
La Sociedad Anónima por dentro.

En Thémis N° 10.

7. Medrano C. Humberto
Responsabilidad Tributaria de los Directores de las Sociedades Anónimas.

En Thémis N° 7.

8. Ostoja L.A. Alfredo
La Autonomía del Crédito Documentario.

En Thémis N° 12.

9. Picasso S. Rafael
Una Introducción a la Bolsa de Valores.

En Thémis N° 7.

10. Vidal R. Fernando
La Oferta Pública de Valores.

En Thémis N° 9.

11. Zegarra M. Juan Manuel
Mercantilismo y Certex.

En Thémis N° 16.

PENAL

1. Bocanegra José
El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Peruano. (Con

algunas anotaciones al Proyecto del Código Penal Peruano).

En Thémis N° 2.

2. Bovino Alberto
Culpabilidad, Cultura y Error de Prohibición.

En Thémis N° 15.

3. Elías L. Enrique
Conceptos Jurídicos sobre la Acción Terrorista frente a un Estado Democrático y sobre la Calificación del Terrorismo como Delito Común.

En Thémis N° 7.

4. García-Sayán Diego
La Paz es Posible.

En Thémis N° 7.

5. Jara F. Gonzalo
¿Son las Personas Jurídicas sujetos de Sanción Penal?

En Thémis N° 8.

6. Lamas P. Luis
Sanción Penal y Patrimonio Cultural.

En Thémis N° 4, primera parte.
En Thémis N° 5, segunda parte.

7. Opiniones de la Facultad
El Aborto por Violación.

En Thémis N° 18.

8. Roy Freyre Luis E.
Entrevista: Terrorismo.

En Thémis N° 7.

9. San Martín C. César
La Coerción Personal en la Investigación Policial del Delito: Análisis Crítico.

En Thémis N° 10.

10. Ugaz S.M. José
La Nueva Ley de Extradición, visión crítica a partir de un proceso.

En Thémis N° 12.

El Indulto para Procesados y el Perro del Hortelano.

En Thémis N° 18.

PROCESAL CIVIL

1. Abastos José M.
Boleta Única de Litigante. (Ju-

risprudencia comentada).
En Thémis N° 2.

2. Baca Wilbert
Poder Judicial y Realidad.
En Thémis N° 14.
3. Cymrot Mark, Gorman Thomas
y Scott Teresa
Embargo de Bienes Extranjeros en los Estados Unidos.
En Thémis N° 20.
4. Chávez T.L Octavio
El interdicto de Adquirir y el Hecho de la Posesión.
En Thémis N° 10.
5. Grupo de Investigación de Thémis
Acción Cambiarla y Vías Procesales. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 10.
6. Mejorada Ch. Martín
¿Es Posible dictar una Medida Cautelar al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil?
En Thémis N° 20.
7. Monroy G. Juan
Transacción Extrajudicial y Precedencia del Recurso de Nulidad contra el Auto Confirmatorio que deniega la Ejecución. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 7.
El Proceso Civil en un Libro sobre Prescripción y Caducidad.
En Thémis N° 10.
Apuntes para un Estudio de la Plus Petición en la Doctrina y el Procedimiento Civil Peruano.
En Thémis N° 18.
8. Pérez Alejandra (Costa Rica)
Problemas de acceso a la Administración Formal de Justicia en Centroamérica.
En Thémis N° 13.
9. Quiroga L. Aníbal
La Casación Civil y la Tutela Jurídica de las Personas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.
En Thémis N° 15.

10. Silva V. José Antonio
Los Fundamentos Científicos del Derecho Procesal.
En Thémis N° 14.
11. Velasco G. Francisco
Las Resoluciones Inapelables.
En Thémis N° 2.
12. Zolezzi I. Lorenzo
Proceso Civil y Realidad Social.
En Thémis N° 15.

ROMANO

1. Catalano Pierangelo (Italia)
Entrevista: Derecho Romano.
En Thémis N° 3.

TRIBUTARIO

1. Del Busto V. Jorge
La Ética Tributaria.
En Thémis N° 12.
2. Gildemeister R.H. Alfredo
Exención y Exoneración. (Jurisprudencia comentada).
En Thémis N° 2.
3. Hernández B. Luis
Solución al Problema de la Doble Tributación en el caso de las Empresas Multinacionales Andinas.
En Thémis N° 2.
El Procedimiento Contencioso Tributario y la facultad de Reexamen.
En Thémis N° 8.
Breves Comentarios sobre el Reajuste del Tributo y de las Multas.
En Thémis N° 14.
El Impuesto de Solidaridad: La Evasión Tributaria y la Reforma de la Administración Tributaria.
En Thémis N° 20.
4. Hernández M. Carmela
Las Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario Peruano.
En Thémis N° 8.
5. Medrano C. Humberto
Responsabilidad Tributaria de los Directores de Sociedades

Anónimas.
En Thémis N° 7.
Delito de Defraudación Tributaria.
En Thémis N° 20.

TURISTICO

1. Villa-García N. Manuel
El Derecho Turístico, un Nuevo Derecho Autónomo.
En Thémis N° 5.

ENTREVISTAS

1. Arróspide Ramón
En Thémis N° 16.
2. Avendaño V. Jorge
En Thémis N° 14.
3. Barbagelata Héctor Hugo y Plá Rodríguez Américo
En Thémis N° 18.
4. Bernaldes B. Enrique
Estatización del Sistema Financiero.
En Thémis N° 9.
5. Catalano Pierangelo (Italia)
Derecho Romano.
En Thémis N° 3.
6. De Buen Néstor
Temas de Derecho Laboral.
En Thémis N° 10.
7. De los Heros P.A. Alfonso
Política Laboral.
En Thémis N° 19.
8. De Trazegnies G. Fernando
Cicerón responde sobre la Crisis Peruana.
En Thémis N° 14.
Entrevista.
En Thémis N° 15.
9. Fernández Arce César
En Thémis N° 18.
10. Giglio Wagner y Niederauer Correa Alcione (Brasil)
Derecho Laboral.
En Thémis N° 9.
11. González Izquierdo Jorge
Liberalismo y Economía de

Mercado en el Perú.
En Thémis N° 20.

12. Guillaume Gilbert
En Thémis N° 17.
13. Gutiérrez Gustavo
En Thémis N° 16.
14. Jarama Sinesio
En Thémis N° 16.
15. Kemelmajer Aída
En Thémis N° 13.
16. Leon Barandiarán José
En Thémis N° 2.
17. Murgas T. Rolando
En Thémis N° 12.
18. Reale Miguel (Brasil)
Tridimensionalismo jurídico.
En Thémis N° 5.
19. Roy Freyre Luis E.
Terrorismo.
En Thémis N° 7.
20. Ruiz-Giménez Joaquín (España)
Defensor del Pueblo.
En Thémis N° 6.
21. Sarthou Helios
En Thémis N° 11.
22. Townsend E. Andrés
Comunidad Latinoamericana de Naciones: Parlamento Latinoamericano.
En Thémis N° 8.
23. Valle-Riestra G.O. Javier
Estatización del Sistema Financiero.
En Thémis N° 9.
24. Vega A. Miguel
Estatización del Sistema Financiero.
En Thémis N° 9.

FILOSOFIA

1. Alzamora V. Mario
El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino.
En Thémis N° 7.

2. De Trazegnies G. Fernando
El Derecho Civil y la lógica: los argumentos a contrario.
En Thémis N° 12.
Entrevistas: Cicerón responde sobre la crisis peruana.
En Thémis N° 14.
3. García B. Domingo
Tridimensionalismo jurídico: Balance y perspectivas.
En Thémis N° 2.
4. Ibscher Gred
Los Regímenes Democráticos en la mira del filósofo Demócrito (s. V. a.C.).
En Thémis N° 5.
5. Mac Lean U. Roberto
"El Otro Sendero" y el Derecho. Una perspectiva desde la generación del 50.
En Thémis N° 8.
6. Reale Miguel (Brasil)
Entrevista: Tridimensionalismo jurídico.
En Thémis N° 5.

JURISPRUDENCIA

1. Abastos José M.
Boleta Unica de Litigante.
En Thémis N° 2.
2. Boza P. Guillermo
Contratación temporal por Aumento en la Producción.
En Thémis N° 19.
3. Bullard G. Alfredo y Cantuarias S. Fernando
Títulos Valores: Conversión en moneda extranjera y aceleración automática de los vencimientos.
En Thémis N° 6.
4. Cantuarias S. Fernando y Lerner V.M. Nicolás
El Divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado.
En Thémis N° 9.
5. Carpio V. Donato
Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta.
En Thémis N° 3.
6. Cymrot Mark y Gorman Thomas
El Descubrimiento de pruebas en el extranjero: Minpeco S.A. vs. Nelson Bunker Hunt.
En Thémis N° 16.
7. Del Aguila Lorena
Retracto.
En Thémis N° 2.
8. Falla J. Alejandro
Los Decretos de Urgencia y la Corte Suprema: El Caso de la Normatividad especial sobre Arrendamientos.
En Thémis N° 17.
9. Falla J. Alejandro y Pizarro A. Luis
El Problema de los Diminutos Montos Indemnizatorios: Dos casos Ejemplares y Esperanzadores.
En Thémis N° 20.
10. García-Montúfar S. Juan
En Thémis N° 13.
11. Gildemeister R.H. Alfredo
Exención y Exoneración.
En Thémis N° 2.
Contratos: Transporte Aéreo: Pérdida de Equipaje: Responsabilidad del Porteador: Daños.
En Thémis N° 3.
12. Grupo de Investigación de Thémis
Acción Cambiaria y Vías Procesales.
En Thémis N° 10.
13. López-Ameri C. Gustavo
Nulidad de Contrato.
En Thémis N° 2.
14. Miranda B. Guillermo
Acerca de los Dilemas y las Artes para concluir un Contrato de Arrendamiento a "Plazo Fijo".
En Thémis N° 18.
15. Monroy G. Juan
Transacción Extrajudicial y Procedencia del Recurso de Nulidad contra Auto Confirmatorio que deniega la Ejecución.
En Thémis N° 7.
Concepto de Desistimiento.
En Thémis N° 11.

16. Pasco L. Mario
Título Valor endosado en Blanco.
En Thémis N° 15.
17. Pinasco L. Vittorio
Cumplimiento de Contrato.
En Thémis N° 2.
18. Vinatea R. Luis
Caducidad de la Acción de Calificación de Despido: Su Suspensión en Razón de la "Continuidad en el Proceso".
En Thémis N° 14.

VARIOS

1. Avendaño V. Jorge
THEMIS, cinco años de su Segunda Epoca.
En Thémis N° 15.
2. Baca Wilbert
Poder Judicial y Realidad.
En Thémis N° 14.
3. Bolsa de Valores de Lima
La Mesa de Negociación: Mayor Presencia de los Instrumentos de Corto Plazo en el Mercado de Recursos Financieros.
En Thémis N° 15.
La Privatización de Empresas y el Rol del Mercado de Valores.
En Thémis N° 19.
4. Bernales B. Enrique
La Ley 24723 y su Aplicación.
En Thémis N° 13.
5. Blume Ricardo
Los Abogados y el Teatro.
En Thémis N° 17.
6. Caillaux Z. Jorge
Reflexiones a Propósito del Derecho Ambiental.
En Thémis N° 12.
7. Canelo D. Gherman
El papel de la Policía en la Protección de los Derechos Humanos.
En Thémis N° 16.
8. Cantuarias S. Felipe
El Sistema Peruano de Conversión de Deuda Pública Externa en Inversión.
En Thémis N° 15.
9. Caravedo M. Leopoldo
Armarse - Aymarse: La Ley
En Thémis N° 13.
10. Cisneros V. Luis Jaime
Reflexiones Universitarias desde 1990.
En Thémis N° 15.
11. Comentarios de Ex-Comités Directivos a Propósito de la Publicación N° 20 de Thémis.
En Thémis N° 20.
12. Cornejo Ch. Héctor
Cómo educa la Universidad Católica.
En Thémis N° 1.
13. De Trazegnies G. Fernando
Paradojas de la Modernidad: El Contrato de Enganche.
En Thémis N° 20.
14. De Rivero S. Eduardo
Golpe de Estado y Revolución: Una Aproximación al Fenómeno del Cambio en el Derecho.
En Thémis N° 20.
15. Díez-Canseco N. Luis José
Señora: Nuestro Detergente lava Más Blanco. La Publicidad Comparativa.
En Thémis N° 18.
16. Fernández Cruz Gastón
El Fundamento de la Responsabilidad Civil Deportiva.
En Thémis N° 19.
17. Garatea G. Carlos
Hasta Luego.
En Thémis N° 17.
18. García B. Domingo
Nuestro Nombre.
En Thémis N° 1.
Thémis, hace veinte años...
En Thémis N° 4.
19. García Montúfar S. Guillermo
Apuntes de Derecho Minero Común - Atribuciones Comunes de los Titulares de Derechos Mineros.
En Thémis N° 13.
20. Garland I. Gonzalo
El Consejo Consultivo Empresarial Andino y la Concertación en el Grupo Andino.
En Thémis N° 14.
21. Ghersi Enrique
El Costo de la Legalidad.
En Thémis N° 19.
22. Guerra G. Jorge
Las Políticas sobre Población en el Perú.
En Thémis N° 19.
23. Hampe M. Teodoro
Vida Académica en la Facultad de Derecho: Setenta Años de Historia (1917-1987).
En Thémis N° 12.
24. Interdonato Francisco S.J.
El Sentido de la Teología en la Carrera de Abogado.
En Thémis N° 18.
25. Kresalja R. Baldo
In Memoriam Alfredo Ostoja.
En Thémis N° 16.
26. León P. Ricardo
Libertad de Cátedra: ¿Monopolio Docente?
En Thémis N° 16.
27. Montalbetti Mario
Aspectos Lingüísticos de la Crisis.
En Thémis N° 14.
28. Montaner Carlos Alberto
Cómo y Por qué se desarrollan los Pueblos.
En Thémis N° 20.
29. Montoya A. Carlos
¿Existe un Derecho Judicial Peruano?
En Thémis N° 9.
30. Moscoso V. Martín
Última Llamada a Escena.
En Thémis N° 15.
31. Olaechea A.C. José Antonio
El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas.
En Thémis N° 11, 1era. parte.
En Thémis N° 12, 2da. parte.

32. Olaechea Manuel P.
El Abogado.
En Thémis N° 4, primera parte.
En Thémis N° 5, segunda parte.
33. Olaya N. Mauricio
Funciones de las Marcas y su Relación con la Figura del Consumidor.
En Thémis N° 18.
34. Opiniones de la Facultad
¿A qué o a Quién se debe el Abogado?
En Thémis N° 20.
35. Pérez Alejandra (Costa Rica)
Problemas de Acceso a la Administración Formal de Justicia en Centroamérica.
En Thémis N° 13.
36. Primer Congreso Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes.
En Thémis N° 13.
37. Revista ABA Journal
Responsabilidad Profesional.
En Thémis N° 16.
38. Revista Lecciones y Ensayos.
La Contribución del Sistema Jurídico a la Consolidación de la Democracia: Experiencias Nacionales. (El caso argentino).
En Thémis N° 17.
39. Reyna S. Rodolfo
Democracia, Modernidad y Derecho.
En Thémis N° 16.
40. Rivadeneyra S. Juan
¿Jurisdicción Arbitral?
En Thémis N° 11.
41. Sagüés Néstor Pedro
Partidos Políticos y representación Política.
En Thémis N° 17.
42. Segundo Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes.
En Thémis N° 17.
43. Serrano S. Ramón

Discurso a los Abogados Jóvenes.

En Thémis N° 13.

44. Soria Carlos
Ley de Bases para el Desarrollo Rural de la Amazonía.
En Thémis N° 17.
45. Thémis
Apreciaciones Universitarias sobre el Derecho.
En Thémis N° 16.
46. Thémis
In Memoriam Francisco Interdonato.
En Thémis N° 20.
47. Valdivia Juan Carlos
Derecho y Política.
En Thémis N° 16.
48. Zegarra M. Juan Manuel
Mercantilismo y Certex.
En Thémis N° 16.

RESEÑAS

a) THEMIS N° 6

1. Delgado C. Jorge
El Reparto de Utilidades Ficticias en la Sociedad Anónima.
Tesis reseñada por el Dr. Enrique Elías L.
2. Giles P. Carlos
La Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero.
Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores Nano.
3. Ramírez del Villar Eduardo
Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito.
Tesis reseñada por el Dr. Alfredo Ostojá L.A.
4. Torres M. Erick
Negociaciones Contractuales y Responsabilidad Precontractual.
Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores Nano.

b) THEMIS N° 7

1. Brigneti S. María
El Subcontrato.

Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.

2. Nalvarte R. Cosme
El Carácter Social del Contrato en el Código Civil de 1984.
Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.
3. Olcese C. Bruno
El contrato de participación.
Tesis reseñada por el Dr. César Luna-Victoria L.
4. Sanguinetti Wilfredo
El contrato de locación de obra frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.
5. Valdivia A. Renato
Fundamentos doctrinarios de la extradición.
Tesis reseñada por el Dr. Marcial Rubio C.

c) THEMIS N° 8

1. Avendaño A. Francisco
Especialidad y extensión de la Hipoteca.
Tesis reseñada por el Dr. Edgardo Mercado N.
2. Gallo Z. Fernando
La tenencia de la tierra en la comunidad campesina de Simirís.
Tesis reseñada por el Dr. René Ortiz C.
3. Halperin G. Jorge
El modelo de utilidad.
Tesis reseñada por el Dr. Baldo Kresalja R.
4. Mosqueira M. Edgardo
Venta de bien ajeno.
Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.
5. Pacheco V. María del Rosario
Los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1984.
Tesis reseñada por el Dr. Francisco Eguiguren P.

d) THEMIS N° 9

1. Benavides T. Eduardo
La excesiva onerosidad de la

- prestación.**
Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores Nano.
2. Ludowieg A.C. Rosa María
El comercio compensado y su aplicación en la legislación peruana.
Tesis reseñada por el Dr. Gonzalo García Calderón.
 3. Marchese Q. Bruno
La casación de los procesos civiles por la Corte Suprema de Justicia.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
 4. Pareja P. Piedad
Atribuciones constitucionales del Presidente de la República.
Tesis reseñada por el Dr. César Valega G.
- e) THEMIS N° 10
1. Avendaño A. Dora
La hipoteca mobiliaria.
Tesis reseñada por el Dr. Edgardo Mercado N.
 2. Boza P. Guillermo
Autonomía convencional e intervención estatal en el modelo constitucional peruano de negociación colectiva.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.
 3. Guevara G. Jorge
Propiedad agraria y derecho colonial: El caso de la Hacienda Santotis, Cuzco (1543-1822).
Tesis reseñada por el Dr. René Ortiz C.
 4. Puppi R. Liliana
Los principios generales del Derecho y su aplicación en el Derecho Civil peruano.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
- f) THEMIS N° 11
1. Ferrando Enrique
La entrega de títulos valores: análisis del artículo 1233° del Código Civil.
Tesis reseñada por el Dr. René Ortiz C.
2. Gago P. Horacio
Obligaciones genéricas: elementos y problemática.
Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.
 3. Mauricio V. Maritza
La fecundación artificial: Estudio Jurídico de la fecundación in vitro. Especial incidencia en el Derecho de Familia.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
 4. Tamayo L. Giulia y Vásquez S. Roxana
Violencia y Legalidad.
Tesis reseñada por el Dr. Jorge Price.
- g) THEMIS N° 12
1. Abad Y. Samuel
La Acción de Amparo contra resoluciones judiciales y la problemática de las vías previas y las vías paralelas.
Tesis reseñadas por el Dr. Francisco Eguiguren P.
 2. Eyzaguirre Rolando
La declaración de muerte presunta y el reconocimiento de existencia en el Código Civil de 1984.
Tesis reseñada por el Dr. Enrique Becerra P.
 3. Peschiera R. José Manuel
La múltiple nacionalidad de las Personas Naturales.
Tesis reseñada por el Dr. Miguel de la Lama E.
- h) THEMIS N° 13
1. Camaiora Ana Lucía
La Importancia del marco legal de funcionamiento y racionalización de la Actividad Empresarial del Estado: el caso de la regulación integral propuesta en el período 1980-1985.
Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores Nano.
 2. Espá G.A. Alfonso
La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el nuevo orden mundial de la In-
- formación y Comunicación.**
Tesis reseñada por el Dr. Miguel de la Lama E.
3. Pazos B. Juan
Régimen de nombramiento y remoción del Gerente de la Sociedad Anónima en el Perú.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.
- i) THEMIS N° 14
1. Bullard G. Alfredo
La relación jurídico-patrimonial.
Tesis reseñada por el Dr. Fernando de Trazegnies G.
 2. Cantuarias S. Fernando
Crítica al sistema de transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles registrados en el Código Civil de 1984.
Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.
 3. Pegorari R. Carla
La interpretación constitucional.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
- j) THEMIS N° 15
1. Balta V. José
La Concertación Social.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.
 2. Gadea R. Raúl Eugenio
La Intervención de terceros en el proceso.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
- k) THEMIS N° 16
1. Franco P. Julio César
Naturaleza, alcances y límites del poder disciplinario del empleador.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.
 2. Rivadeneyra S. Juan
El Contrato de Corretaje. (Aspectos sustantivos, legislación comparada y legislación extranjera).
Tesis reseñada por el Dr. Carlos Cárdenas Q.

l) THEMIS N° 17

1. Alzamora T. Ana
Problemática Actual en torno a la Inscripción de los Nacimientos.
Tesis reseñada por el Dr. Walter Albán P.
2. Lozada F. Arcadio
Conveniencia de establecer la Reserva de Ley en el Ordenamiento Constitucional Peruano.
Tesis reseñada por el Dr. César Landa A.

m) THEMIS N° 18

1. Belaúnde P. Leonor
La Prescripción Extintiva en la Perspectiva Procesal Civil.
Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.
2. Castro J. Luis Alberto
Estudio de la Exoneración Tributaria y su empleo en el Derecho Peruano.
Tesis reseñada por el Dr. Francisco Ruiz de Castilla y Ponce de León.

n) THEMIS N° 20

1. Novak T. Fabián
El Derecho de Retracto en el Código Civil Peruano de 1984.
Tesis reseñada por el Dr. Jack Bigio C.
2. Vinatea R. Luis
El Pago de Remuneraciones durante la Suspensión de la Relación Laboral: Las Manifestaciones del Salario Social.
Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.

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 deberán entregar dos ejemplares.

Thémis agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

La preparación del presente número de Thémis, se inició con la participación de los ex-miembros del Comité Directivo: Roberto Mac Lean M., Guillermo Miranda B., Mario Pasco L., Gladys Triveño Ch. Asimismo colaboraron los siguientes ex-miembros de la revista: Arturo Ferrari C, Mercedes Martínez C, Pilar Pizarro B, Silvia Ruiz, Ma. del Pilar Torres F.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlota Lombardi de Zavala, Badra Gustin, Armando Lazarte, Filiberto Tarazona, Silvia Granda, Marina Pacheco, Wally Jolly, María Ysimura, Fiorella Alvarado, Renata Alvarado, Gloria Quincot, Paula Calderón, Ana María Asmat, Ismael Pinto, César Rodríguez, Francisco Navarro, Elvira Suito, Patricia Carreño, Luisa Cuya, Luis Isasi C, Carmen Morales de Isasi, Javier Ghezzi, Gianella Morales, Alvaro Rojas, Carlos Oviedo.

