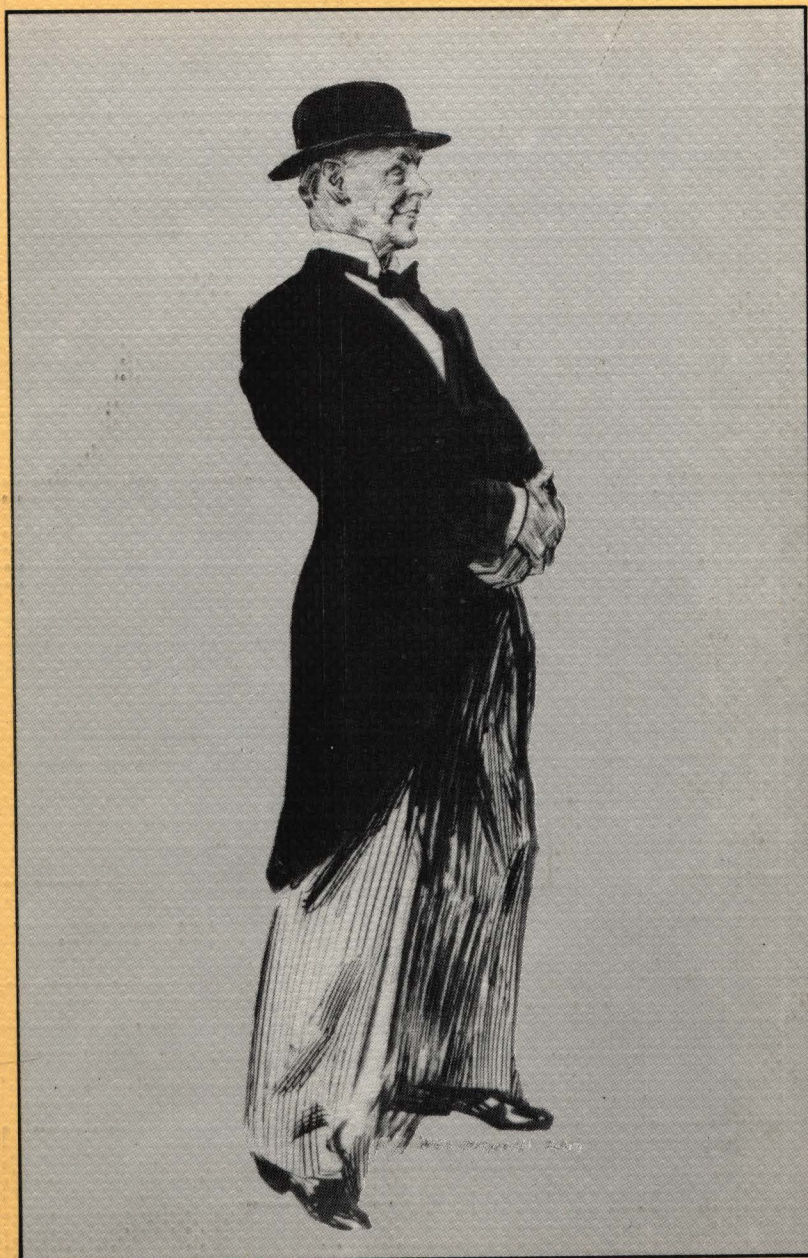


THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevistas a Néstor P. Sagüés, Augusto Mouchard y Guillermo Alarcón
Jorge Avendaño • Francisco Fernández Segado • Felipe Osterling • Luis Hernández
Roberto M. López Cabana • José C. Ugaz • Juan A. Barria • Francisco Avendaño
Samuel Abad • Gorki Gonzáles M. • Juan C. Cortés

THEMIS

Revista de Derecho

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

COMITE DIRECTIVO

**Juan Carlos Alvarado O., Elizabeth Briones G., Carlos Cornejo V.,
Natalie Díaz S., Paul Duclos P., Enrique Felices S.**

MIEMBROS

**Luis Abramovich A., Manuel Barrios A., Héctor Calero R.,
Christian Carbajal V., Augusto Cauti B., Enrique Ferrand R.,
Corina Gonzáles B., José Juan Haro S., Beatriz Llanos C.,
Juan José Martínez O., Pedro Ramírez P.,
Sara Sotelo A., Mariella Trujillo W.**

COMITE CONSULTIVO

**Jorge Avendaño V., Carlos Cárdenas Q., Manuel de la Puente L.,
Baldo Kresalja R., Elvira Méndez Ch., Juan Monroy G., Javier Neves M.,
Fernando de Trazegnies G.**

DIAGRAMACION

Cecilia Segami

Impresión: Santa Micaela S.R.L.

**LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS**

**© Asociación Civil Themis - Revista de Derecho
Casilla Postal 110711 - Lima 11
Correo Electrónico: THEMIS @ PUCP.PE**

**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**

THĒMIS

Revista de Derecho

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

5

Samuel B. Abad Yupanqui

Congreso Constituyente: ¿El Fin Justifica los Medios?

15

Francisco Fernández Segado

Reflexiones en Torno a la Composición del Tribunal Constitucional en España

29

Felipe Osterling Parodi

El Equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo

37

Entrevista a Néstor P. Sagüés

43

Entrevista a Augusto Mouchard Ramírez

49

Juan Aníbal Barria García

Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes

63

Jorge Avendaño Valdés

El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos

67

Gorki González M.

El Derecho a la Intimidad y la Informática

79

El Nuevo Sistema Privado de Pensiones

85

Francisco Avendaño Arana

La Extensión de la Hipoteca

95

Luis Hernández Berenguel

La Compensación en el Código Tributario Peruano Vigente

103

José C. Ugaz Sánchez-Moreno

El Delito contra la Libertad de Trabajo

107

Roberto M. López Cabana

Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación Social por la Difusión de Noticias

117

Juan Carlos Cortés

La Huelga en los Servicios Esenciales y el Decreto Ley 25593

123

Carlos Cornejo Vargas

Límites al Contenido Negocial

129

Elizabeth Briones Gómez

Jurisprudencia Comentada

Acerca de la Confusión, la Protección al Titular de la Marca y al Público Consumidor

137

Página Universitaria

139

Reseñas de Tesis

Presentación

El presente es, sin duda, uno de los momentos destinados a dejar más profunda huella en el devenir jurídico de nuestro país. A las trascendentales modificaciones que se han venido operando en los últimos meses en los ámbitos económico y social, se ha sumado recientemente la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y se sumarán, en un futuro próximo, otras importantes normas y una renovada Constitución.

Dentro de la tradición que nos ha inspirado, en estos casi diez años de existencia de THEMIS - Revista de Derecho, no podíamos ser ajenos a tan relevantes cambios, por lo que en esta edición hemos querido centrar nuestra atención en temas de especial actualidad y de innegable interés general.

Entre ellos, la implantación del Sistema Privado de Pensiones en el Perú, del que se ocupan dos reveladoras entrevistas realizadas por miembros de nuestra revista a los doctores Augusto Mouchard Ramírez, actual superintendente de AFPs, y Guillermo Alarcón, Presidente del Directorio de una AFP.

Con la intención de contribuir al debate constitucional, incluimos también, una entrevista al constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés; y los trabajos del destacado jurista español Francisco Fernández Segado -el que desarrolla un interesante estudio sobre la composición del Tribunal Constitucional de España-; de Samuel Abad Yupanqui quien -en un excelente ensayo- pone de relieve los desaciertos en que se ha incurrido al elaborar la futura Constitución; de Felipe Osterling Parodi que -con su vasta experiencia parlamentaria- plantea la necesidad de un real equilibrio de poderes; y de Gorki Gonzáles, joven investigador de nuestra Facultad, quien se ocupa del derecho a la intimidad y la informática.

La presente edición incluye, asimismo, interesantes artículos de autores extranjeros, entre los que se encuentran los aportes del internacionalista chileno Juan Barria, quien destaca la importancia de la inmunidad de jurisdicción de los estados y de sus bienes; y de Roberto López Cabana, reconocido civilista que aborda, con la solvencia que lo caracteriza, el tema de la responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la difusión de noticias.

Entre los autores nacionales que colaboran con nosotros en esta oportunidad se encuentran Jorge Avendaño Valdés, Decano del Colegio de Abogados de Lima, quien desarrolla un novedoso enfoque a propósito del Registro Predial y la seguridad jurídica en los predios rústicos; Luis Hernández Berenguel que se ocupa del panorama legislativo de la Compensación Tributaria; y José C. Ugaz Sánchez-Moreno que aborda el tratamiento del Delito contra la Libertad de Trabajo. A ellos se suman Juan Carlos Cortés y Francisco Avendaño Arana, catedráticos jóvenes de la Universidad Católica.

No podemos dejar de mencionar la iniciativa de Carlos Cornejo Vargas y Elizabeth Briones Gómez, miembros de nuestra revista que se encargan, el primero, de analizar la problemática planteada por el establecimiento de topes salariales al contenido del convenio colectivo de trabajo, y la segunda, de presentarnos un comentario de jurisprudencia sobre Derecho Marcario.

Finalmente, creemos que la edición del presente número resulta ocasión propicia para saludar al Doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena por su elección como nuevo Decano de nuestra Facultad y, al mismo tiempo, aunarnos al deseo de éxito en su gestión, la que esperamos sea de beneficio para nuestra Universidad y para toda la comunidad jurídica nacional.

Julio de 1993.

El Comité Directivo

Congreso Constituyente: ¿El Fin Justifica los Medios?

Samuel B. Abad Yupanqui
Profesor de Derecho Constitucional
de la PUC.

«Artículo 16.- Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución»

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 26 de agosto de 1789

La elaboración de la nueva Carta Política se inscribe dentro de un proyecto abruptamente explicitado el 5 de abril, y constituye -como veremos- un instrumento destinado a legitimar la ruptura constitucional, plasmando determinadas reglas no admitidas por la Constitución de 1979 tendientes a fortalecer un gobierno personalista.

A tal conclusión puede llegarse a través del análisis del procedimiento empleado para elaborar el nuevo texto constitucional, de los alcances de la función fiscalizadora del Congreso, así como del examen y evaluación de las instituciones plasmadas en el anteproyecto: excesivo fortalecimiento del Poder Ejecutivo, reelección presidencial inmediata, atribución de disolver el Congreso, entre otras.

Y es que, la intención de contar con una Carta en el más breve plazo -el cronograma oficial anuncia que el 28 de julio ya la tendremos- ha conducido, entre otros aspectos, a que la metodología empleada resulte accesoria y sólo persiga producir aceleradamente el instrumento político que se desea. Por lo demás, es obvio que el método utilizado, incidirá decisivamente en el contenido sustantivo del nuevo texto.

Asimismo, resulta evidente que el trabajo constituyente se está llevando a cabo al margen de la población. En efecto, la ciudadanía se encuentra desinformada de lo que está sucediendo, así como de los alcances y efectos de las normas aprobadas. Ello determina la carencia de un verdadero *clima constituyente*, y la limitada posibilidad de formar opinión respecto al futuro ejercicio del referéndum para aprobar el texto constitucional.

En este sentido, pretendemos en las líneas que siguen evidenciar las limitaciones de este Congreso, tanto en su función constituyente como fiscalizadora, los lineamientos generales de la tercera versión del anteproyecto aprobado por la Comisión de Constitución (El Peruano, 1 de julio de 1993), así como plantear la necesidad de modificar aspectos medulares del mismo.

I. Nueva Constitución: un camino equivocado

En rigor no era necesario contar con una nueva Carta Constitucional, bastaba efectuar algunas reformas puntuales al texto de 1979, especialmente en lo que se refiere a la estructura del Estado. «La

elaboración de una nueva Constitución sólo se justifica cuando los cambios políticos y sociales producidos en un país, conllevan la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos que no son compatibles con los contenidos en la norma constitucional existente»¹. No obstante, por razones claramente políticas se optó por elaborar una nueva Carta, la décimosegunda de nuestra agitada vida republicana.

Pese a la intención de elaborar algo nuevo, al que no son ajenos los afanes de la mayoría -incluido algunos de sus aliados- de una mal entendida figuración histórica, es indudable que la realidad evidencia que lo que se viene gestando no puede evitar repetir en muchos casos lo que la Carta de 1979 establecía. Y es que la pretendida necesidad de innovar artículos e instituciones, se enfrenta con las bondades del texto de 1979, que no puede ni debe ser dejada de lado.

1. Un proceso acelerado, sin modelo y sin previa definición de principios

Uno de los retos de quienes elaboraron esta Constitución, debió consistir en buscar las causas profundas de la crisis política e institucional que caracteriza al país -donde se ubica lo sucedido el 5 de abril-, para elaborar una reforma capaz de superarla.

Ligado a ello, hubiera sido fundamental que la Comisión de Constitución antes de ingresar al análisis y aprobación de los artículos de la nueva Carta, definiera los principios que la identifican y el «modelo de sociedad»² al que se aspira (respeto irrestricto de los derechos fundamentales; definición de la forma de gobierno que se postula -presidencial o semipresidencial-; opción por una particular forma de Estado -unitario y descentralizado-, etc). Así, en base a pilares previamente definidos, hubiera sido más sencillo construir el edificio constitucional con el que se quiere contar. Sin embargo, tales aspectos no se tomaron en cuenta.

Para esta difícil tarea, la *teoría constitucional* debió dar luces sobre el contenido y alcances de las

instituciones, uniéndose a ella el examen reflexivo de nuestra realidad. Una labor de tal naturaleza, con un contenido necesario mas no exclusivamente *académico*, no puede efectuarse de manera apresurada y en tan breve tiempo; en ella debe primar el análisis, evaluación y reflexión. Ha de tomarse en cuenta, que un *pragmatismo* mal entendido -como en los círculos oficiales se viene exigiendo-, viene obviando tan indispensable labor.

La realidad, en todo caso, hace patente que se está imprimiendo una enorme celeridad al trabajo constituyente, sin una profunda reflexión sobre las consecuencias de lo que va siendo aprobado. La opinión de un sector de la ciudadanía corrobora tal afirmación; efectivamente, en una reciente encuesta realizada, el 48.8% de las personas entrevistadas consideró que el anteproyecto había sido elaborado muy rápidamente³.

2. El Pleno del CCD: enmendando errores de una Comisión

Si recordamos el proceso de elaboración de la Carta de 1979, veremos que la Asamblea Constituyente (1978-1979) trabajó no sólo con una Comisión Principal (integrada por 25 representantes), sino a la vez con 14 Comisiones Especiales, cada una de ellas encargada de elaborar por lo menos un título de la futura Carta. Las ponencias de las indicadas Comisiones Especiales, de mayoría y de minoría, fueron presentadas a la Comisión de Constitución y ella elaboró, primero, un anteproyecto y después un proyecto, que luego de ser publicado para recibir las sugerencias de la ciudadanía y de las instituciones sociales, fue enviado al Pleno para su debate y posterior aprobación. Todo ello estuvo claramente regulado tanto en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, como en las «normas adicionales que regirán el debate constitucional»⁴.

Experiencias similares se han presentado en otros países. En Italia, la elaboración del texto constitucional se inició por la «Comisión de los 75», organizada en otras tres subcomisiones (derechos, organización del Estado, relaciones económicas y sociales)⁵. En España, una subcomisión de 7 perso-

1. *Debate Constitucional*, N°1, Lima: Comisión Andina de Juristas, 18 de febrero de 1993, p.1

2. DE OTTO Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1989, p.44

3. La citada información la hemos tomado de *IMASEN Confidencial*, N° 10, Lima, junio de 1993, p.20. Se trata de una encuesta realizada entre el 25 y el 26 de mayo de 1993 a 400 personas mayores de edad pertenecientes a distritos de la Gran Lima (incluye Callao y pueblos jóvenes).

4. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Anexos y Ponencias*, Tomo II, pp.13-21.

5. PIZZORUSSO Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, traducción de Javier Jiménez Campo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Tomo I, p.91

nas se encargó de elaborar un borrador o ponencia, que luego de ser publicado fue debatido por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, para después ser enviado al Pleno, y seguir con un trámite similar en el Senado⁶. Asimismo, en Colombia se llevó a cabo un estrecho trabajo en Comisiones y Subcomisiones (derechos, ordenamiento territorial, Congreso y administración de justicia, por ejemplo)⁷.

Desde el inicio del actual proceso de reforma constitucional se empleó un procedimiento incoherente. Se optó porque la Comisión de Constitución aprobara por *trozos* o por capítulos aislados la nueva Carta y luego ellos sean elevados al Pleno del CCD. Ante este irregular modo de aprobación, el «Frente Independiente Moralizador» y el «Movimiento Democrático de Izquierda» presentaron sendas *mociones* destinadas a regular un procedimiento adecuado, que fueron rechazadas por la mayoría. Sólo posteriormente, cuando uno de sus aliados -el movimiento «Renovación»- reiteró la moción, se corrigió lo que venía sucediendo.

En efecto, ante los constantes cuestionamientos efectuados, el Pleno del CCD, que ya contaba en agenda con tres capítulos adicionales de la nueva Carta para ser debatidos, decidió variar la metodología adoptada. A través de una moción aprobada por unanimidad (14a. sesión, del 19 de marzo), se acordó «aplazar el debate y votación final en los trabajos constitucionales por el Pleno en tanto la Comisión Permanente de Constitución y Reglamento no haya aprobado la totalidad de los capítulos del proyecto de nueva Constitución». De esta manera, se corregía la actitud de la Comisión de Constitución. Dicho acuerdo, que aunque tardó fue positivo, ha dejado pendiente una interrogante ¿qué pasará con el capítulo sobre derechos fundamentales aprobado por el Pleno el 22 de febrero?

3. El único capítulo aprobado por el Pleno del CCD: ¿ya hay un *trozo* de Constitución?

Producto de la falta de un ordenado método de trabajo, el primer capítulo del anteproyecto relativo a derechos fundamentales, llegó a ser aprobado por el Pleno del CCD. ¿Ello significa que ya se cuenta con parte del texto de la nueva Constitución?

Según el Reglamento del Congreso Constituyente, que ha evidenciado gruesas limitaciones, lo

aprobado por el Pleno sólo puede ser reconsiderado si se solicita «hasta la sesión siguiente»; más aún, su aprobación requiere «dos tercios del número hábil» (10a. disposición complementaria). Es decir, tal capítulo permanecería inalterable; eso haría pensar que ya se cuenta con un *trozo* de la nueva Constitución.

De ser así, no sólo no habríamos avanzado sino que en determinados aspectos se habría retrocedido pues dicho texto contiene algunas normas cuestionables. Así por ejemplo, entre otros aspectos, elimina un párrafo de la Carta de 1979 relativo a la igualdad entre varón y mujer, repite una norma que ha permitido interpretaciones indebidas respecto a la libertad física y que pudo ser mejorada, incluye a la legítima defensa como derecho fundamental, y eleva a nivel constitucional la figura del abuso del derecho. Sin embargo, la Comisión de Constitución no le ha interesado ello y ha eliminado dos artículos aprobados por el Pleno: aquel que reconoce la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas (art. 3) y el art. 4 de la Carta vigente.

A nuestro juicio, el Pleno del CCD debe revisar dicho capítulo íntegramente e incluir los artículos eliminados por la Comisión de Constitución (arts. 3 y 4 de la Carta de 1979). Ello significa que la atadura reglamentaria, producida como consecuencia de la desordenada manera como se ha venido trabajando, tendrá que ser modificada.

4. Leyes constitucionales: un «doble juego»

El actual contexto jurídico y político aconsejaba esperar a que la Carta que se viene elaborando sea aprobada, sometida a referéndum, promulgada y publicada para recién a partir de ahí contar con nuevas reglas constitucionales. De otro lado, ha de recordarse que por expresa decisión del CCD la Constitución de 1979 se encuentra vigente.

No obstante, el CCD ha «creado» la figura de las leyes constitucionales, no previstas por la Carta de 1979, que gozan de la más alta jerarquía normativa y vienen modificando muy rápidamente -entran en vigencia al día siguiente de su publicación- dicha Constitución. Así por ejemplo, el 20 de marzo se publicó la quinta *ley constitucional*, que modificó el art. 91 de la Carta, permitiendo adquirir la nacionalidad peruana con menos de dos años de permanencia en el país. Existe, además, un proyecto, pen-

6. GUNTHER Richard, *El proceso constituyente español*, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº 49, 1986, p.39 y ss.

7. SACHICA Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10 ed., Bogotá: Temis, 1992, p.34.

diente de debate en el Pleno del CCD, elaborado como consecuencia de la denuncia por la desaparición de diez personas en una universidad nacional y la consiguiente formación de una Comisión Investigadora, que de ser aprobado y publicado se convertiría en la sexta ley de esta naturaleza.

A través de las leyes constitucionales se sustrae a todo debate público, a toda posible participación ciudadana, materias -por ejemplo, la adquisición de la nacionalidad-, que deben ser abordadas por el CCD en el proceso de reforma constitucional. De esta manera, el Congreso Constituyente se contradice, y genera inseguridad jurídica, pues de haber sido consecuente con la declaración de vigencia de la Carta de 1979, sólo hubiera podido modificarla siguiendo, en todo caso, un trámite similar al que ella establece y no con normas que nuestro ordenamiento jurídico no permite.

Debe tomarse en cuenta que en Italia, cuya Constitución, a diferencia de la nuestra, si admite la figura de las leyes constitucionales, se trata de normas adoptadas por cada una de las Cámaras (Congreso bicameral), en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y que en la segunda votación deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de miembros de cada Cámara, pudiendo incluso ser sometida a referéndum (art. 138). Es decir, como expresa Pizzorusso, el procedimiento de elaboración de tales normas guarda diferencias con las leyes ordinarias por su mayor rigidez⁸.

En el Perú, en cambio, a través de las leyes constitucionales, creación del CCD que la Carta de 1979 jamás contempló, se viene modificando -sin visos de rigidez- la Constitución vigente y sustrayendo a todo debate nacional cualquier materia. El *doble juego* efectuado -proceso constituyente en marcha y paralelamente expedición de este tipo de normas- demuestra nuevamente lo accesorio que para el CCD resulta seguir un adecuado y democrático método de trabajo constituyente.

5. La ausencia de clima constituyente: ¿y el consenso?

La forzada marcha hacia un proceso constituyente que no ha sido reflejo de la voluntad de la ciu-

dadanía, su prácticamente nula información y participación, no está permitiendo que interiorice lo que se viene gestando. Ello, ha traído como consecuencia la falta de un verdadero *clima constituyente*. Esta expresiva frase utilizada por Pablo Lucas Verdú al evaluar el proceso constituyente español⁹, es indicativa de lo que está sucediendo en el país.

En efecto, si se examinan los resultados de recientes encuestas veremos que sólo el 10.3% de las personas asegura estar informada del contenido del anteproyecto de Constitución. El 53.8% afirma estar poco informado y el 34.5% carece de información. De otro lado, la mayoría considera que en el anteproyecto no se han recogido las opiniones de la población (62 %); sólo el 28.8% entiende que han sido escuchadas.

La distancia entre la labor constituyente y la ciudadanía, exige entonces un *real debate nacional* para poder contar con un texto que trate de responder a las expectativas de la sociedad, y que en consecuencia no siga manteniendo la brecha permanente entre la labor de nuestros representantes y la población. Todo ello es mucho más preocupante porque al final se espera que el texto constitucional sea aprobado por referéndum. Más aún, si una amplia mayoría de los encuestados entiende que aquél ineludiblemente debe llevarse a cabo (81.3%)¹⁰.

Y es que no debe perderse de vista que «el objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende, la estabilidad y regularidad del Estado de Derecho»¹¹. La ausencia de un verdadero *clima constituyente* viene demostrando que esta necesidad no se encuentra presente. El cronograma oficial anunciado para la acelerada aprobación del nuevo texto constitucional, tampoco lo garantiza.

II. Fiscalización: un Congreso que no investiga

Sin embargo, la moción aprobada por la mayoría del CCD el 24 de mayo, ha nulificado las atribuciones de la Comisión que investiga la desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, en la medida que exista un proceso abierto ante la jurisdicción militar.

8. PIZZORUSSO Alessandro, ob. cit., tomo II, p.219

9. LUCAS VERDU Pablo, *Singularidad del proceso constituyente español*, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N°1, 1978, p.10.

10. IMASEN Confidencial, N° 10, Lima, junio de 1993, pp.20-21.

11. LUCAS VERDU Pablo, ob. cit. p.24.

Dicha «decisión» señala que la Comisión Investigadora debe observar lo dispuesto por el art. 233 inc. 2 de la Carta de 1979 «por existir un proceso penal en trámite en el fuero privativo militar». Agrega que el personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y Sistema de Defensa Nacional, citados por dicha Comisión, serán representados por sus Comandantes Generales, Director General de la Policía Nacional del Perú y Jefes de Organismos integrantes del Sistema de Defensa Nacional.

De esta manera, se someten las atribuciones de dicha Comisión a las funciones de un Tribunal Militar -nulificándose su labor fiscalizadora-, al impedirle citar *libremente a todos* los sujetos denunciados por violaciones de derechos humanos.

A ello se agrega la decisión final del Pleno del CCD adoptada el sábado 26 de junio en horas de la madrugada, por 39 votos contra 13, al aprobar el dictamen en minoría presentado por los integrantes de la alianza «Cambio 90-Nueva Mayoría». De acuerdo a dicho dictamen, de la labor desarrollada por la Comisión Investigadora no logra acreditarse los hechos denunciados, disponiendo además que la justicia militar se pronuncie sobre el particular por ser el órgano competente para ello. Así, nuevamente el Pleno del CCD abdica de su función investigadora.

Asimismo, existe un proyecto de ley constitucional (Nº 595/93), con dictamen favorable de la Comisión de Defensa y Orden Interno, según el cual «los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú y demás personal que integra el Sistema de Defensa Nacional, cualquiera sea su situación militar o policial, que participen en acciones contra los delincuentes terroristas, están sujetos exclusivamente al Fuero Privativo Militar». El referido proyecto trata de evitar que una Comisión Investigadora pueda citar a tales personas, llegando al extremo de indicar que la jurisdicción militar conocerá de «los delitos militares y comunes».

1. Una «interpretación» política

La «interpretación» del art. 233 inc. 2 de la Carta de 1979, acogida en la moción de 24 de mayo, desconoce y vulnera el núcleo esencial del art. 180 del texto fundamental -referido al nombramiento y atribuciones de las Comisiones Investigadoras-, vaciándolo de contenido.

En efecto, cuando el art. 180 dispone que pueden nombrarse Comisiones de Investigación sobre «cual-

quier asunto de interés público» no fija ninguna limitación a la materia a abordar, bastando que ella, a juicio del Parlamento, goce de *interés público*, así los hechos cuestionados sean de conocimiento simultáneo por un órgano jurisdiccional.

Tampoco se ve afectado el principio de separación de poderes pues tales Comisiones persiguen fines distintos a los de un proceso judicial. En el primer caso, se trata de obtener información para su eventual aplicación a alguna de las funciones del Congreso -v.g. responsabilidad política-; y en el segundo, el juzgamiento y resolución jurisdiccional de conflictos concretos. Las Comisiones no desarrollan labor jurisdiccional -no dictan sentencia-, y por ello mal pueden *avocarse* funciones que en rigor no ejercen.

El «problema» suscitado no es nuevo en el país. Con anterioridad se presentaron situaciones similares que no impidieron la labor de investigación del Congreso, tal como sucedió con la Comisión que investigó la masacre de los penales. Una particularidad del caso actual, es que el «conflicto» se ha presentado al haberse iniciado un proceso ante un órgano de la jurisdicción militar, *con posterioridad a* la presentación de la denuncia y formación de una Comisión Investigadora. En este caso, el grave precedente fijado, es que bastaría presentar una simple denuncia ante los órganos jurisdiccionales -incluso por los mismos sujetos denunciados- para evitar o restringir una investigación parlamentaria.

Asimismo, la tendencia en el derecho comparado -que inspira el art. 180 de la Carta de 1979- no encuentra incompatibilidad entre la investigación parlamentaria y la existencia de un proceso judicial. Así sucede en Inglaterra, Estados Unidos, Italia y España, entre otros. En este último caso, por ejemplo, la labor efectuada por la Comisión de Investigación de Radio Televisión Española coincidió con la tramitación de varios procesos por corrupción¹².

2. ¿Una decisión definitiva?

A todo ello se suma que frente a la inconstitucional y arbitraria decisión de la mayoría, nuestro ordenamiento jurídico no concede mecanismos de impugnación. En efecto, ante tal «interpretación» que nulifica la atribución de una Comisión Investigadora, priorizando la labor de la jurisdicción militar, ¿tendremos que aceptar que la mayoría del CCD sea juez y parte?. Si se discute el significado y los límites de dos normas constitucionales -el art.

12. SANTAOLALLA Fernando, *Derecho parlamentario español*, 2ª ed., Madrid: Espasa Calpe, 1990, p.425.

233 inc. 2 y el art. 180- que brindan atribuciones a órganos distintos ¿no sería lógico que un tercero imparcial resuelva ése probable conflicto y determine la adecuada interpretación constitucional a seguir?

En países democráticos, como Alemania, Italia y España, existen procesos especiales -llamados *conflictos constitucionales de competencia o conflictos entre órganos constitucionales*- que permiten a un Tribunal Constitucional resolver casos como el que ahora se ha suscitado. Ello «significa el reconocimiento que la división de poderes está jurídicamente y no sólo políticamente garantizada»¹³. Ahí, la arbitraria decisión de una mayoría no sería firme y definitiva, pues cabría una eventual revisión por un órgano especializado y autónomo -el supremo intérprete de la Constitución- que resolvería en definitiva un «problema» de tal naturaleza.

En el Perú, no se cuenta con instituciones similares. Incluso el anteproyecto constitucional elimina al Tribunal de Garantías Constitucionales, evitando así el posible control de los actos inconstitucionales cometidos por los poderes públicos. La reforma constitucional -creemos- no sólo debería mantener al TGC, sino además darle la atribución de resolver conflictos como el suscitado para evitar la vigencia irremediable de tales actos.

III. Un anteproyecto a reformar

La aspiración de quienes elaboraron el anteproyecto de nueva Carta Política, cuya tercera versión ha sido recientemente publicada, debió ser la de robustecer a nivel constitucional la institucionalidad democrática y garantizar a plenitud los derechos de las personas. No obstante, aquel documento se encuentra muy distante de tal aspiración, y requiere en varios aspectos ser reformulado.

1. Un texto recortado y sin preámbulo

La falta de una adecuada metodología de trabajo y el apresuramiento por aprobar el anteproyecto constitucional en un término preestablecido -se dice que el 28 de julio-, ha conducido a la publicación de un texto carente de preámbulo, apresuradamente recortado, con errores -una fe de erratas se publicó el 2 de julio-, e incluso en ocasiones incoherente.

La Carta de 1979 ha sido criticada por ser *reglamentarista*, y eso ha conducido equivocadamente a que parte de la discusión constitucional se haya centrado en el número de artículos que debe tener una Constitución, lo cual olvida que lo central e importante no es ello, sino precisamente las materias que todo texto constitucional debe contener. Por lo demás, el propio anteproyecto en muchos casos eleva a jerarquía constitucional supuestos que estaban en la ley. Esto sucede, por ejemplo, al regular el proceso de amparo cuando dispone que aquél no procede contra «resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular», aspecto que ya está previsto en el art. 6 inc. 2 de la Ley 23506. Creemos, siguiendo a Biscaretti di Ruffia, que «la solución mejor parece estar en el justo medio»¹⁴. Y es que no puede pensarse que una opción no reglamentarista a ultranza sea la más adecuada. De ser así, se corre el riesgo que el legislador pueda cambiar en la práctica el contenido del texto constitucional a través de leyes ordinarias.

De otro lado, la falta de un preámbulo denota una seria omisión, pues en él se plasman los principios y valores que inspiran al texto constitucional y el modelo de sociedad que se aspira construir, sirviendo además como fuente de interpretación de las restantes normas constitucionales. Asimismo, es confusa la regulación del capítulo sobre el sistema electoral. Así por ejemplo, si nos detenemos en los motivos que determinan la nulidad de un proceso electoral nacional veremos que un primer supuesto se presenta «cuando los votos nulos y en blanco superen las tres quintas partes del total de votos emitidos», y un segundo caso «cuando los votos emitidos, en sus dos terceras partes son nulos o en blanco». De otro lado, de la lectura del articulado se desprende en varios casos la ausencia de conocimiento jurídico constitucional. Esto sucede, por ejemplo, cuando se considera a la legítima defensa como un derecho fundamental olvidando que su lugar es el Código Penal.

2. Derechos fundamentales disminuídos

En términos generales el anteproyecto reitera parte de los derechos previstos por la Carta de 1979, en contados casos efectúa adiciones, en otros serias restricciones y exclusiones, abriendo además

13. ARAGON REYES Manuel, prólogo al libro de Angel GOMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.20.

14. BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1987, p.255.

la puerta para posibles limitaciones discrecionales. Y es que en realidad, no tenía sentido modificar la parte dogmática de la Constitución para ampliar o introducir nuevos derechos; para hacerlo bastaba el art. 4 de la misma o incluso el art. 105. En cambio, sí era «necesario» modificarla para reducirlos o eliminarlos, tal como ha sucedido en materia de derechos sociales, con la ampliación de los supuestos en los que cabe aplicar la pena de muerte y al haber eliminado los arts. 3, 4 y 105 de la Constitución de 1979.

Una seria limitación se presenta cuando el art. 3, desde una visión privatista, dispone que «La Constitución no ampara el ejercicio abusivo del derecho». Con ello establece una cláusula general de limitación que puede conducir a vaciar de contenido a los derechos fundamentales. ¿En manos de quién estará definir que es «ejercicio abusivo de un derecho fundamental»? ¿qué criterios empleará para ello?, ¿cuándo habrá ejercicio abusivo de la libertad de expresión, opinión o del derecho de huelga? ¿cuáles serán sus consecuencias y efectos? ¿podrá abusarse de todos los derechos fundamentales? Elevar a rango constitucional esta figura, trasladándola del Título Preliminar del Código Civil, donde debió permanecer, puede permitir imponer *limitaciones adicionales y arbitrarias* a las previstas expresamente por cada uno de los artículos del texto constitucional, o aquellas que surgen de un conflicto entre derechos fundamentales, o las que admite un régimen de excepción¹⁵. Como advierte Antonio Rovira, constitucionalizar una norma de tal naturaleza y ubicarla en el marco de los derechos fundamentales resulta muy peligroso pues «se convierte en un arma que en manos del Estado puede llegar a prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental»¹⁶. Por lo demás, en el panorama del derecho constitucional comparado, la tendencia es la de rechazar normas de tal naturaleza¹⁷.

Asimismo, los mecanismos de participación política -referéndum, revocación, iniciativa legislativa popular y rendición de cuentas- requieren de varias

precisiones, así como de una ley que los regule para poder ser efectivamente ejercitados. Por cierto, no ha sido incluido el veto popular de leyes que inicialmente la alianza oficialista había propuesto introducir.

De otro lado, la restricción de los derechos sociales, fruto de una opción neoliberal, ha reducido los alcances de algunos derechos, entre ellos la educación -restringiendo la gratuidad de la enseñanza- y reduciendo la estabilidad laboral -«adecuada protección contra el despido arbitrario» señala la norma-, supuesto que permitiría en caso de despido injustificado la simple indemnización económica y no la reposición del trabajador.

Tema fundamental es el referido a la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y terrorismo, que será aplicada por tribunales militares. Semejante norma, que a nuestro juicio debe ser eliminada, contradice el segundo párrafo del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impide extender dicha pena a aquellos delitos en los cuales no sea aplicada. Aprobar una norma de tal naturaleza traería como resultado la denuncia total a dicha Convención -no caben denuncias parciales-, y las graves consecuencias que ello puede generar tanto en el plano interno como a nivel de la comunidad internacional.

3. Fortalecimiento del Presidente de la República: ¿y el gobierno de gabinete?

El anteproyecto fortalece al Presidente de la República, quien no sólo cuenta con las atribuciones que tenía en la Carta de 1979, sino además con la posibilidad discrecional de promulgar parcialmente las leyes, disolver el Congreso y gozar de la reelección inmediata. Es decir, cuenta con aquellas atribuciones que no le otorgaba la Constitución vigente, y que como consecuencia del golpe del 5 de abril y de la apertura de un proceso constituyente, ha logrado plasmar en el nuevo texto. Se consagra

15. Cfr. ABAD YUPANQUI Samuel, *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*, Thémis Nº21, Lima, 1992.

16. ROVIRA Antonio, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona: Ed. Península, 1983, p.220.

17. Como excepción puede mencionarse el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), producto de la funesta experiencia nacional socialista, que admite en determinadas condiciones la privación de ciertos derechos fundamentales como consecuencia de su ejercicio abusivo siempre que así lo disponga el Tribunal Constitucional. La norma alemana ha sido objeto de intensas críticas y casi no ha sido aplicada (Hans JOACHIM FALLER, *Defensa constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal Alemana*, Revista de Estudios Políticos, Nº7, Madrid: CEC, 1979, p.55). El anteproyecto, en cambio, cuenta con mayor amplitud y vaguedad que el texto alemán, pues por un lado se refiere a todos los derechos fundamentales, sin precisar expresamente el órgano que determinará cuando existe ejercicio abusivo de un derecho, o cuáles son sus efectos.

así un mal precedente y una inadecuada práctica gubernamental de graves consecuencias para el sistema democrático: provocar la ruptura del orden constitucional para luego establecer reglas de juego en beneficio propio.

De otro lado, la propuesta inicial de un sector de la mayoría -más no del Presidente de la República- de contar con un «gobierno de gabinete» no se ha plasmado en el anteproyecto. Efectivamente, al Presidente del Consejo de Ministros sólo le corresponde ser un simple «portavoz» de la política del gobierno, obviamente después del Presidente de la República, quien por cierto tiene la atribución de nombrarlo y removerlo así cuenta con la confianza del Parlamento.

Asimismo, la intención de centralizar el poder ha conducido a la eliminación de las Regiones y, en consecuencia, a carecer de un nivel intermedio de descentralización que coordine eficazmente los niveles central y local. Las limitadas competencias de las Municipalidades, y la designación por el Presidente de un Prefecto en cada uno de los departamentos -denominado en las dos versiones preliminares «Intendente»-, es una prueba cabal de este afán centralista.

Por su parte, tanto el control jurisdiccional como el parlamentario han sido regulados inadecuadamente lo cual puede conducir a su debilitamiento. En efecto, si examinamos el primero, en concreto el control constitucional, resulta inconveniente la eliminación del Tribunal de Garantías Constitucionales, endosándole sus competencias a una Sala especializada del Poder Judicial, cuyos magistrados se encuentran sometidos a ratificaciones judiciales cada cinco años. A ésta última, si bien se le otorgan las atribuciones que antes tenía el TGC, no se le dota de otras competencias que le permitirían un adecuado control. Asimismo, se elimina el art. 236 de la Carta vigente que consagra como atribución judicial el control difuso, lo que podría permitir que la ley que lo regule pueda limitar o restringir su aplicación.

Respecto al control parlamentario no sólo se ha olvidado precisar como una atribución expresa del Congreso la facultad de control -que aunque implícita en otros países en nuestra realidad habría que explicitarla-, sino que no se aclara de modo uniforme el significado de la frase «dar cuenta al Congreso», prevista por ejemplo en materia de decretos legislativos, convenios internacionales y Régi-

men de Excepción. Además, del mayor *período de enfriamiento* de la moción de censura, que se propone sea debatida y votada entre el cuarto y décimo día de su presentación. A todo ello, se une la existencia de un Parlamento débil que puede ser disuelto «en caso de grave controversia», situación que se agudizaría si se llega a contemplar la renovación por tercios y la revocación del mandato, instituciones que sólo son mencionadas pero que carecen de un mayor desarrollo.

4. ¿Economía social de mercado?

El anteproyecto si bien mantiene la definición de una *economía social de mercado*, a lo largo de sus diversos artículos no es consecuente con tal enunciado, consagrando un Estado subsidiario y una economía de mercado. Así por ejemplo, entre otros aspectos, no contempla como causal para disponer una expropiación el interés social; limita la intervención del Estado en la actividad empresarial; elimina el art. 132 de la Carta de 1979 que permite la intervención de empresas en situaciones de crisis grave o de emergencia; consagra la absoluta estabilidad de los contratos impidiendo su excepcional alteración por razones de interés social; elimina el interés social como límite al ejercicio de la actividad empresarial; y olvida declarar que el Perú es una República basada en el trabajo, norma prevista por el art. 79 de la Carta vigente.

Toda Constitución moderna debe contener las pautas generales, más no petrificar un sistema económico determinado. Ella debe ser lo suficientemente flexible para que los distintos gobiernos elegidos democráticamente puedan optar por variar de rumbo en el marco del respeto al pluralismo político. Como señala Bassols Coma, «los preceptos constitucionales de signo económico (se conciben) como cláusulas abiertas y expansivas que en última instancia son rellenadas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa y administrativa encargada principalmente de la gestión de la política económica»¹⁸. El anteproyecto desconoce esta característica.

III. Reflexiones finales

No debe pensarse que una Constitución resolverá por sí misma los problemas que afronta el país. Un texto constitucional cumple una determinada función. En efecto, «el Derecho Constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporcio-

18. BASSOLS COMA Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985, p.42.

na a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas»¹⁹. Una Carta no debe petrificar la opción política de «moda» en la actual coyuntura, y tampoco, por cierto, puede pretender que cuando ella sea aprobada se logre inmediatamente «democratizar y pacificar al país».

El método utilizado para elaborar la Carta, evidencia que para la mayoría aquel constituye un problema accesorio, lo fundamental es plasmar en el más breve plazo las «reformas estructurales», el proyecto político personalista que se quiere instrumentar. Por ello, no resulta extraño que pese a la celeridad que viene imprimiéndose en la confección del texto constitucional, no se haya definido la forma en que habrá de efectuarse el referéndum para aprobar la nueva Constitución. Ello es particularmente importante pues han existido varias experiencias de falta de objetividad en este tipo de instituciones.

De otro lado, quienes pensaron que el CCD podía ser un órgano autónomo e independiente que no sólo reformaría el texto constitucional sino, además, fiscalizaría al Gobierno, garantizando el *equilibrio de poderes*, habrán constatado que esto no es así. Con la moción aprobada el 24 de mayo y el dictamen sobre la detención y desaparición de diez personas en una universidad nacional, la intención de la mayoría de no fiscalizar al Gobierno y someter su autonomía a las Fuerzas Armadas se ha hecho evidente. Ello, por lo demás, no contribuye a fortalecer la institucionalidad democrática ni la legitimidad de este Congreso.

Es obvio que el anteproyecto publicado refleja la opción política del régimen, se trata de una suerte de «Constitución-programa de gobierno». Incluso, los hechos del 13 de noviembre de 1992 han tenido consecuencias en la normativa constitucional. Los alcances del derecho de insurgencia cuyo titular es el pueblo conforme al art. 82 de la Carta de 1979, ahora han sido restringidos a la «civilidad». Se trata así de evitar que hechos similares vuelvan a repetirse, subordinando cualquier intento insurgente de las Fuerzas Armadas.

Definitivamente la participación, reflexión, opinión y propuestas de la ciudadanía, de la comunidad académica y de las instituciones sociales resultan fundamentales para la necesaria reformulación del anteproyecto constitucional, que requiere para su aprobación el *máximo de consenso posible*. Una Constitución ha de elaborarse para satisfacer las expectativas de la ciudadanía en general y no para petrificar una opción política o a un gobierno determinado. De lo contrario, existirán grandes posibilidades que el documento aprobado se convierta en un texto *nominal*, ajeno a la realidad existente, de limitada subsistencia y que a corto o mediano plazo será reemplazado. La experiencia cercana de Argentina y Chile da cuenta de ello. En el primer caso, la reforma constitucional de 1949, tachada de inconstitucional, fue dejada sin efecto en 1956 por otro Gobierno declarándose vigente la Carta de 1853²⁰; y en el segundo, la Carta pinochetista de 1980 ha sufrido intensas modificaciones luego del retorno a la institucionalidad democrática. Y es que en realidad *el fin no justifica los medios*.

Lima, 6 de julio de 1993

19. HESSE Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.21.

20. BIDART CAMPOS Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1985, p.84.

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS**

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Tel.: 335524
Fax: (51-14) 332696

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ **ABOGADO - NOTARIO PUBLICO**

HORARIO DE ATENCION

Invierno: 9:00 a.m. - 1:00 p.m.

2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano : 8:30 a.m. - 12:30 p.m.

1:30 p.m. - 4:30 p.m.

**Begonias 656 Of. 29 "A" - San Isidro Telfs: 422120 - 408128 Fax: 427232
420181 - 412946**

Reflexiones en torno a la Composición del Tribunal Constitucional en España

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

El origen de la Jurisdicción Constitucional no siempre coincide con el inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos la institución de la *judicial review* no sólo surge casi al unísono que el propio código constitucional, sino que admite ser considerada como algo consustancial a la Constitución (recordemos al respecto la célebre afirmación del Juez **Charles Evans Hughes**: "Vivimos bajo una Constitución; más la Constitución es lo que los jueces dicen que es") en Europa, por el contrario, no sucederá así.

En el fondo de esta divergencia se sitúa la antitética concepción que de la Constitución se tiene en Europa y América.

En Estados Unidos, el Estado se constituye originariamente sobre el principio de legitimidad democrática, presentándose la Constitución como la emanación directa de la soberanía popular. En Europa, por el contrario, el Parlamento se afirma como un órgano que representa al pueblo ante el Rey y al que, en consecuencia, se le puede encomendar sin temor la definición y la defensa de los derechos ciudadanos frente a quien, históricamente, aparece como la única amenaza potencial. A ello se unirá el influjo de la doctrina de la infalibilidad parlamentaria, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general. Fruto de todo ello será la atribución, especialmente en Francia, de un cierto control de constitucionalidad a órganos políticos.

La primera postguerra marcará un giro radical. Bajo el influjo de **Kelsen**, el constitucionalismo de

esa época comenzará a acoger el instituto del control de constitucionalidad, bien que bajo prismas radicalmente diversos de los que regían en Norteamérica. Por de pronto, frente al llamado "**control difuso**" americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución, el modelo kelseniano plasma en un "**control concentrado**" que se confía a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Bien es verdad que no serán tan sólo estas meras apariencias externas (de una pluralidad de órganos legitimados para juzgar acerca de la inconstitucionalidad frente a un sólo órgano) las que distingan la jurisdicción constitucional concentrada de la difusa, sino muy profundas divergencias estructurales que responden a filosofías dispares.

Hoy, sin embargo, la doctrina se muestra cada vez más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa sistema americano -sistema austriaco. Así, **Pizzorusso** ha sostenido que es posible combinar ambos sistemas y aún evolucionar hacia un sólo sistema común.

En la segunda postguerra, nos encontramos con un generalizado desenvolvimiento en Europa de los Tribunales Constitucionales, que **Taylor Cole** concibe como productos de la reacción frente a un tenebroso pasado. Sin embargo, la nueva dimensión esencial del marco de referencia de la constitucionalidad de las leyes vendrá dada por la ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse a un orden de

valores subyacente en la Constitución que vincula a todos los poderes del Estado y hacia los que éste debe orientar su potestad normativa.

Gottfried Dietze ha llegado a afirmar que en nuestro tiempo la libertad individual sin la revisión judicial parece impensable, mientras que **Mauro Cappelletti** ha acuñado como título de una de sus obras la expresión “La Jurisdicción Constitucional de la libertad”.

2. La búsqueda de una instancia idónea

Una de las más arduas cuestiones que presenta el control de la constitucionalidad de las leyes es la de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. Ello nos conduce a la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la Jurisdicción Constitucional, que a juicio de **Taylor Cole**, es lo que más ha preocupado siempre en Europa.

Haciendo omisión del Tribunal Supremo norteamericano y de los órganos que asumen la función de control en la Europa de entreguerras, nos referimos ahora a los rasgos comunes que se desprenden de algunos de los órganos más significados de la Justicia Constitucional en Europa (y específicamente, del Tribunal Constitucional Federal, de la *Corte costituzionale* italiana, del Tribunal Constitucional austriaco, del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo constitucional francés, bien que teniendo presente respecto de este último que su naturaleza se aproxima más a la de un órgano político que a la de uno jurisdiccional).

La primera cuestión que la doctrina se planteó en torno al tema que nos ocupa fue la de determinar las razones por las que en Europa se prefirió elegir un órgano *ad hoc* al que encargar en exclusiva el control de la constitucionalidad, antes que atribuir esa función a un órgano judicial ya existente.

Cappelletti ha abordado detenidamente este tema. Nosotros nos haremos eco tan sólo de una de sus consideraciones, la que tiene como destinatarios a los jueces. Los magistrados europeo-continetales, señala el profesor italiano, son por lo general magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de las leyes, dado que ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de “simples intérpretes” y de fieles servidores de las leyes, además que tales magistrados están habituados por decenios e interpretar la ley con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del

policy-making decisions que está en cambio inevitable implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Junto a esta argumentación, no podemos dejar de referirnos al influjo que ejercerá en la opción por un órgano único de control el pensamiento kelseniano. El propio jurista vienés abordará el estudio de los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un Tribunal Constitucional.

Parte **Kelsen** de que no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones; por el contrario, la organización de la Jurisdicción Constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Ello no será obstáculo para que **Kelsen** efectúe algunas consideraciones de alcance y valor generales.

Así, en primer término, entiende que el número de miembros de los Tribunales Constitucionales no deberá de ser muy elevado.

En segundo lugar, en lo que al modo de reclutamiento de los magistrados se refiere, considera que no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el Jefe del Estado o el Gobierno. Quizá, apunta **Kelsen**, podrían combinarse ambas fórmulas.

En tercer término, el que ha sido considerado como “el jurista del siglo XX” subraya especialmente la conveniencia de una cualificación técnica de los magistrados. En la Jurisdicción Constitucional deben tener lugar adecuado los juristas de profesión.

En cuarto lugar, el fundador de la Escuela de Viena se inclina por la conveniencia de excluir de la Jurisdicción Constitucional a los miembros de instancias políticas.

Por último, **Kelsen** rechaza todo posible influjo político en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, admite como posible el que los especialistas, consciente o inconscientemente, puedan dejarse influir por consideraciones políticas. Si este peligro fuera particularmente notorio, el jurista vienés se inclina por aceptar, más que una influencia oculta, y por tanto incontrolable, de los partidos políticos, una forma de participación legítima de éstos en la formación del Tribunal, por ejemplo, cubriéndose una determinada parte de los jueces del Tribunal a través de una elección parlamentaria en la que se habrá de tener en cuenta la fuerza relativa de los

diferentes partidos.

En cualquier caso, **Kelsen**, en su conocida controversia con **Carl Schmitt**, rechazará la consideración de éste que la Justicia Constitucional no conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia.

En todo caso, no podemos por menos de admitir que esa polémica entorno a la "**politicidad**" del juez constitucional está permanentemente abierta.

El punto de partida clásico de esta controversia es la cuestión de la tensión entre Política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial.

Por nuestra parte, creemos con **Heinrich Triepel** que es preciso partir de la clásica consideración que el Derecho Público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ...etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Consiguientemente, la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de *a living constitution*, una constitución viva, viviente, acorde, en definitiva, con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la judicial review sería una mera utopía.

Cappelletti ha llegado a admitir que, en ocasiones, la hermenéutica constitucional es una actividad más próxima a la actividad del legislador y del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Ahora bien, esta consideración, por lo demás cierta, no puede hacernos incurrir en el extremo opuesto de pensar que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se han de adoptar por motivos de oportunidad o conveniencia política; de ser así se incurriría en lo que, en una obra clásica, **Eduard Lambert** denominara "el gobierno de los jueces". Bien al contrario, como advierte **Hans Joachim Fallér**, las decisiones de los Tribunales Constitucionales son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política.

A la vista de cuanto hemos dicho se impone una

reflexión final. La interdependencia entre lo político y lo jurídico contribuirá decisivamente a perfilar la peculiar fisonomía de los Tribunales Constitucionales.

Y **Leibholz**, en similar dirección, significa que el conflicto latente entre el elemento político, en movimiento constante, y el jurídico, preferentemente en inalterable reposo, o para expresarlo de otra manera, entre existencialidad y normatividad, dará tanto al Derecho Constitucional como a la Jurisdicción Constitucional su propia y peculiar impronta.

3. Rasgos estructurales de algunos órganos de la Justicia Constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos ya de centrarnos en los rasgos genéricos que se pueden entresacar del análisis de la composición y estatuto jurídico de los miembros de algunos órganos de la Justicia Constitucional, (Alemania, Italia, Austria, Portugal y Francia).

Ante todo, diremos que el número de miembros integrantes de estos órganos oscila en los cinco órganos estudiados entre los nueve del Consejo Constitucional francés y los dieciséis del Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por los trece del Tribunal portugués, catorce del austriaco y quince de la Corte italiana.

En todos estos órganos participa el Parlamento en la elección. En Alemania, es especialmente destacado su papel, pues los dieciséis miembros del Tribunal son elegidos, por mitad, por el Bundestag y el Bundesrat, y otro tanto cabe decir de Portugal, en donde la Asamblea de la República elige a diez de los trece integrantes del Tribunal.

En Austria, aunque también intervienen las dos Cámaras del Parlamento, el papel preponderante corresponde al Gobierno Federal, quien propone al Presidente, Vicepresidente y seis miembros del total de catorce que integran el Tribunal Constitucional.

En cuanto a Italia y Francia, la composición de sus respectivos órganos de control de constitucionalidad es más equilibrada ya que en su elección participan tres instancias diferentes: el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y las supremas magistraturas ordinaria y administrativas, en Italia. En Francia los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado.

En definitiva, a la vista de la procedencia de los

jueces constitucionales, se aprecia con nitidez una clara primacía parlamentaria. Nosotros destacaríamos asimismo la funcionalidad del procedimiento tripartido italiano, que se vincula, según **Pizzorusso**, a la función arbitral que entre los diversos poderes del Estado cumple la *Corte Costituzionale*.

Esta primacía parlamentaria nos conduce a la **problemática de la influencia de los partidos políticos** en las propuestas de magistrados constitucionales. Hemos de decir al respecto que en una democracia de partidos, el influjo de éstos en ciertas decisiones competen al Parlamento es evidente. Esta circunstancia suscita el temor ante el peligro de politización partidista, que puede propiciar que el Tribunal Constitucional se convierta en una especie de tercera cámara, lo que frustraría de raíz su posible funcionalidad.

A evitar ese peligro se enderezan, sin embargo, un conjunto de mecanismos legales, entre los que debemos referirnos ante todo a la **exigencia de mayorías cualificadas**. La necesidad de alcanzar estas mayorías ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso entre las fuerzas políticas, lo que a su vez conduce a que los magistrados constitucionales puedan gozar de una amplia legitimación parlamentaria.

Ello es importante, pues no cabe ignorar que, como pusiera de relieve **Mortati**, al referirse a los debates constituyentes italianos, un control de constitucionalidad que se llevase a cabo por un órgano que fuese un simple reflejo de las fluctuaciones de la opinión pública, limitándose a registrar la voluntad de los partidos de la mayoría, perdería su razón de ser, lo cual sólo quedará satisfecha cuando se confiera a los jueces una relativa independencia de las fuerzas políticas.

"Una Corte **longa manus** de las Cámaras y de los partidos, ha señalado recientemente el profesor **La Pergola**, sólo es concebible en un régimen asambleario, no en una democracia constitucional".

De cierta importancia en orden a la independencia y calidad de la Jurisdicción Constitucional son el **período de duración del cargo** y la **posibilidad de reelección**.

De la duración del cargo depende, como dice **Albrecht Weber**, la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la Jurisdicción Constitucional. Contra lo que pueda pensarse, la independencia de los jueces constitucionales no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que

podrá garantizarse asimismo por medio de un nombramiento de duración limitada. En todo caso, quizá tenga más trascendencia para la independencia judicial la imposibilidad de reelección.

En cuanto a la elección vitalicia, al margen ya del Tribunal Supremo norteamericano, cuyos miembros desempeñan sus cargos según la conocida fórmula de "mientras observen buena conducta", fórmula defendida por **Alexander Hamilton** en la Convención Constituyente, y respecto de la cual, como recuerda **Charles Evans Hughes**, habría una sorprendente unanimidad de opiniones; al margen, decimos, de este caso, la elección vitalicia se conoce también en Austria, en donde, sin embargo, se fija como límite máximo la edad de 70 años.

En todo caso, no cabe ignorar los graves inconvenientes que se derivan de la duración vitalicia del cargo de juez constitucional. A ellos se ha referido **Zagrebelky**, quien advierte acerca de la dificultad que ello entrañaría para garantizar un mínimo de correspondencia entre las orientaciones del juez constitucional y aquellas otras que emergen de los órganos representativos.

En los órganos de la Justicia Constitucional de los restantes países, el período de nombramiento varía sustancialmente, oscilando de los doce años de los magistrados del Tribunal alemán a los seis del portugués, pasando por los nueve años de los miembros de la Corte italiana y del Consejo Constitucional francés.

Especial interés para la salvaguarda de la independencia del Tribunal tiene asimismo, como ya dijimos, la imposibilidad de reelección de los magistrados constitucionales. La doctrina, en general, se ha inclinado a favor de esta apreciación.

Tanto en Italia como en la Alemania, puede hablarse de una irreelegibilidad absoluta; y a nuestro modo de ver, otro tanto puede decirse de Francia, pese a que el artº 56 de la Constitución de la Quinta República no deje del todo clara esta cuestión, que, como nos recuerda **François Luchaire**, por lo demás, nunca ha sido del todo zanjada.

No sucede así en Portugal, en donde la Ley 28/82, del 15 de noviembre, de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, ha venido a posibilitar la reelección de los jueces del Tribunal, lo que puede comprenderse si se advierte que el período de ejercicio de sus funciones es de tan sólo seis años.

Otro aspecto de interés nos viene dado por la **cualificación técnico-jurídica** exigida para poder acceder como miembro del Tribunal. A este respecto, hemos de decir que la normativa constitucional, o en su caso, de desarrollo constitucional, se nos aparece en todos los países analizados, con la sola salvedad de Francia, como especialmente homogénea. En efecto, siguiendo los consejos de **Kelsen**, se trata de exigir que quienes se incorporan a los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes sean personas dotadas de un determinado bagaje de conocimientos jurídicos. La doctrina ha considerado imprescindible esta cualificación, llegando incluso a considerarla, como es el caso de **Pietro Virga**, como la única circunstancia capaz de evitar que los órganos de la Jurisdicción Constitucional incurran en un acentuado carácter político.

Debemos referirnos por último a la **independencia y *status* jurídico** de los magistrados constitucionales.

Como refiere **Albrecht Weber**, la independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia, unas veces se encuentra explícitamente consagrada, mientras que las más de las ocasiones es fruto de la independencia judicial, constitucionalmente garantizada, de todos los magistrados.

En todo caso, de forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como del **régimen de incompatibilidades**, régimen que tienen, a nuestro juicio, un indudable interés.

Como pauta general, cabe decir que rige la incompatibilidad con el mandato parlamentario o con cualquier otro mandato representativo a nivel estatal, federal o regional. A ello se une la incompatibilidad con cualquier cargo público o actividad profesional.

Sin embargo, la cuestión más polémica se suscita en torno a la **posible incompatibilidad con la pertenencia a partidos** o con el desempeño de cargos o funciones directivas en los mismos.

A este respecto, hemos de decir que en Italia se prescribe la interdicción de toda actividad inherente a una asociación o partido político, lo que debe entenderse en el sentido no tanto de prohibición de afiliación, cuanto en el de prohibición de toda actividad política.

En Austria, la misma Constitución determina que no podrán pertenecer al Tribunal Constitucional personas que sean empleados o funcionarios de cualquier índole de algún partido político.

En Portugal, la Ley 28/82 prescribe que los jueces del Tribunal Constitucional no podrán ejercer ninguna función en los órganos de partidos, asociaciones políticas o fundaciones con ellos conexas, ni desenvolver actividades político-partidistas de carácter público. Asimismo, durante el período de desempeño del cargo de Juez del Tribunal quedará en suspenso la afiliación en partidos o asociaciones políticas.

El reverso de estas situaciones nos lo ofrece Francia. Aquí la situación es enteramente opuesta, pues, como señala **François Luchaire**, nada impide a un miembro del Consejo constitucional desempeñar una determinada actividad política, ni incluso presentarse a unos comicios. En lógica sintonía con ello, los miembros del Consejo pueden limitar en formaciones políticas, bien que un Decreto del 13 de noviembre de 1959 les prohíba ocupar en el seno de un partido o grupo político cualquier puesto de responsabilidad o de dirección.

Lo anómalo de tal situación, ha llevado a **René Chiroux** a referirse a que el *status* de los miembros del Consejo se caracteriza hoy en Francia por su hipocresía, tras lo cual, se inclina por una reforma que asegure una auténtica independencia de los miembros del Consejo.

A nuestro modo de ver, es claro que la independencia de los magistrados constitucionales, como advierte **La Pergola**, sólo se encuentra en su propia conciencia; sin embargo, parece indudable que un estatuto jurídico que propicie una actividad política sin fronteras, chocará de modo frontal con la naturaleza jurisdiccional propia de la función que deben cumplir los Tribunales Constitucionales.

4. El perfil orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931

Hechas estas consideraciones generales de Derecho Comparado, vamos a abordar a continuación, bien que sumariamente, el planteamiento del tema que nos ocupa en la **Constitución de 1931**.

Comenzaremos señalando que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tan-

teos, que a su vez, no son sino la consecuencia última de una serie de contradicciones subyacentes en el propio constituyente.

El confusionismo, que presidiría todo el proceso de construcción jurídica de la institución, propiciaría lo que **Almagro Nosete** ha llamado una "guadiana de soluciones" que afecta a la práctica totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento.

Ya en el seno de la Comisión Jurídica Asesora que elaboraría el texto del Anteproyecto de Constitución, como habría de revelar uno de sus más destacados miembros, el maestro **Posada**, una de las cuestiones en mayor grado debatidas sería la organización del Tribunal.

La confusión la encontramos asimismo, a nivel de enunciación de propósitos, en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución a la Asamblea Constituyente, pronunciado por don **Luis Jiménez de Asúa**, quien manifestaría que el Tribunal de Garantías que creaba el Proyecto era parecido en parte al de Austria, "pero, sobre todo, -dirá el ilustre profesor- es una síntesis del Tribunal Constitucional de Norteamérica, del Juicio de amparo de Méjico y del de Conflictos de Francia". Curiosa síntesis ésta entre órganos y procedimientos de difícil, por no decir imposible, encaje.

Por lo demás, en el debate constituyente se aprecia una falta de convicción acerca de lo que entraña la Jurisdicción Constitucional y un proceso de acentuamiento del componente político del Tribunal.

Finalmente, a la vista del artº 122 de la Constitución y de su ulterior desarrollo en la Ley orgánica del Tribunal, de junio de 1933, cabe hacer las siguientes consideraciones críticas:

En primer término, estamos ante un órgano que con sus veintiséis miembros se presenta como excesivamente amplio y numeroso.

En segundo lugar, su mixtura y heterogeneidad habrían necesariamente de dificultar el cumplimiento de sus, por lo demás, muy dispares funciones.

En tercer término, la independencia del Tribunal de Garantías respecto de otros órganos constitucionales quedaba bastante en entredicho a la vista de su composición. La designación parlamentaria de su presidente; el hecho de que dos de sus miembros no sólo hubiesen de ser elegidos por las Cor-

tes, sino que compatibilizan su función de vocales del Tribunal con el ejercicio del mandato parlamentario, lo que les convertiría en juez y parte; en fin, la intervención gubernamental en el nombramiento de los Presidentes del Tribunal de Cuentas y del Alto Cuerpo consultivo de la República, ambos miembros natos del Tribunal de Garantías...; todo ello, en definitiva, hacía dudar muy seriamente de la independencia real de los miembros de este órgano.

En cuarto lugar, la inexigencia constitucional de una mínima cualificación técnica respecto de los vocales del Tribunal de Garantías, circunstancia que se haría más patente aún tras la elaboración de la Ley de junio de 1933, haría posible, como recordaría don **Niceto Alcalá Zamora**, que "los partidos todos convirtiesen la holgura discrecional para designar los vocales en apasionamiento sin límites para imprimir, mediante aquellos, a la institución, una manifiesta tendencia política".

Por último, como reconocería el maestro Posada, los vocales representantes de las Regiones habrían de constituir el portillo principal por el que se introdujo el factor político en el Tribunal.

A la vista de las precedentes consideraciones, no debe extrañarnos que los partidos, en la línea de hiperpoliticismo que les caracterizó durante la Segunda República, hicieran de las elecciones de vocales del Tribunal campo abonado para su enfrentamiento político.

El Tribunal de Garantías se convertiría de este modo en una nueva arena política, y las primeras elecciones de vocales representantes de las Regiones, celebradas en septiembre de 1933, corroboran cumplidamente esta apreciación.

5. El debate constituyente y la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos de centrarnos ya en la **configuración del Tribunal Constitucional** tal y como se contempla en el artículo 159 de la Constitución y en su preceptivo desarrollo en la Ley Orgánica 2/79, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Conviene comenzar poniendo de relieve que, en alguna medida, **el debate constituyente** sobre el título IX del código fundamental reproduce situaciones ya planteadas con anterioridad en los procesos constituyentes de otros países europeos. El profesor **De Vega**, a este respecto, ha llegado a hablar de un verdadero mimetismo en relación con el

proceso constituyente italiano.

El análisis de los debates constituyentes nos muestra que en ningún momento se esgrimieron argumentos contrarios a la institución. Las enmiendas tuvieron un carácter fundamentalmente técnico, afectando a cuestiones de detalle, circunstancia que quizá pueda explicarse por el generalizado consenso en torno al tema por parte de las dos grandes formaciones parlamentarias, UCD y PSOE.

De otro lado, conviene indicar, de la misma manera que hace **Giancarlo Rolla**, que en los trabajos constituyentes la influencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República fue esporádica y del todo marginal. **Peces-Barba**, miembro de la Ponencia constitucional, pondría de relieve a este respecto, en el Pleno del Congreso de los Diputados, cómo el sistema de elección por el que optaba nuestro código constitucional suponía un indudable progreso sobre los viejos sistemas de elección corporativa, en clara referencia a la Constitución de 1931, afirmación con la que estamos plenamente conformes.

En cualquier caso, el trasfondo de los debates constituyentes iba a dejar entrever una polémica ya tradicional en la literatura jurídico-política: la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal, cuestión que **Mauro Cappelletti** ha considerado como el "**formidable problema**" del control judicial de constitucionalidad, y que se suscita al abordar la función y la legitimidad democrática de unos individuos (los jueces) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores o "predilecciones personales" los recipientes relativamente vacíos de conceptos tan vagos como "libertad", "igualdad", "sensatez", "ecuanimidad" y "proceso conforme a derecho".

Nos detendremos -dada su trascendencia, aun cuando con brevedad- en este "**formidable problema**".

En su conocida obra "Democracia y desconfianza", **John Hart Ely** se ha planteado la misma temática al advertir cómo la función central de la revisión judicial es al mismo tiempo su problema nuclear, que no es otro sino el que un órgano que ni ha sido elegido, ni es políticamente responsable, se dirige a los órganos representativos del pueblo indicándoles que no pueden gobernar como quisieran.

A la vista de esta problemática, un amplio sector

doctrinal, a cuyo frente se sitúa el propio **Cappelletti**, entiende que es de todo punto necesario evitar un error muy difundido: el de identificar democracia con representatividad popular. La legitimación o "investidura democrática" del juez, significa el profesor italiano, no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, del hecho de que representa a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. Si proyectamos esta idea hacia el juez constitucional, podremos afirmar con **Leopoldo Elia** que la legitimación de un Tribunal Constitucional no deriva de la elección popular, sino de la función que desempeña, de custodia de la Constitución, lo que nos conduce a una legitimación *secundum quid*.

Mas aún, **Vezio Crisafulli** considera inevitable la ausencia de legitimación democrática en estos órganos, pues sólo así podrá asegurarse la indispensable neutralidad política del juez constitucional. Y **Gustavo Zagrebelsky**, en análoga dirección, puntualiza que la inclusión de un componente político en los órganos de la Justicia Constitucional no debe pretender explicarse como un intento de dotar el órgano de la legitimación democrático-representativa.

Bien al contrario, añadiremos nosotros, la presencia de ese componente político (que, por ejemplo, se detecta en el papel dominante de los órganos políticos con vistas a la elección de magistrados) se justifica por las propias peculiaridades de la hermenéutica constitucional.

La **interpretación constitucional**, como ya hemos tenido ocasión de advertir, es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el Juez **Holmes** afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.

En la misma línea, los profesores mejicanos **Carpizo y Fix-Zamudio** han puesto de relieve que no es posible desconocer que la función de la revisión judicial es en parte política aunque se ajusta a criterios y procedimientos jurídicos. Y entre nosotros, **Lucas Verdú** ha precisado que la diferenciación de la interpretación constitucional respecto de la del derecho positivo ordinario se ha ido acentuando con el devenir del tiempo, al pasarse de una consideración estrictamente formal apoyada en los postulados teóricos de la rigidez constitucional y de la

* Ver Precepto en el Anexo

supremacía de la Constitución, a una estimación del conjunto de valores que inspiran el orden constitucional democrático, a una postura de defensa de estos valores, a la tendencia a realizarlos y, en definitiva, a cumplir una misión integradora del Estado a través de la institución que examinamos.

En definitiva, pues, el elemento político, presente de una u otra forma en la Jurisdicción Constitucional, tiene su razón de ser no tanto en la búsqueda de un mecanismo de legitimación democrática, cuanto en la propia peculiaridad de la labor que realizan estos órganos.

6. El artículo 159 de la Constitución de 1978

Retornando de nuevo al **artº 159 de nuestra magna carta política***, hemos de decir, a la vista de su contenido, que nos hallamos ante una norma que, desde una óptica comparada, se sitúa a mitad de camino entre aquellos preceptos, en exceso casuistas, acaso en algún momento reglamentistas, cual sucede con los artículos correspondientes de las Constituciones austríaca y turca, y aquellos otros que apenas si se circunscriben a trazar un somero diseño del órgano que nos ocupa, al objeto que sea el legislador ordinario quien lo perfila, cual sería el caso de los preceptos equivalentes de la Ley Fundamental de Bonn y de los textos constitucionales de Grecia y Portugal. Quizá el precepto más equiparable al nuestro sea el artº 135 de la Constitución italiana.

Entrando ya en el análisis del perfil orgánico de nuestro Tribunal, abordaremos, sucesivamente, el número de magistrados que lo integran, su origen tripartito, los mecanismos que sirven de contrapeso frente a una hipotética politización partidista y, por último, nos referirnos a cómo ha operado la normatividad vigente en la realidad de los nombramientos de jueces constitucionales.

7. El número de miembros del Tribunal Constitucional

Hemos de convenir con **Kelsen** en que el número de miembros de un órgano como el que analizamos no ha de ser demasiado elevado, dado que su función no es la discusión de cuestiones políticas, sino la interpretación de la Constitución. Por otro lado, como indicara el profesor **Tomás Villarroya**, al número reducido puede contribuir a la formación de un espíritu corporativo que dote al Tribunal de cohesión y prestigio, y a sus fallos, de la mayor autoridad y calidad posibles.

El número de doce magistrados puede considerarse, a nuestro juicio, mesurado y prudente; es similar, como ya tuvimos ocasión de ver, al de otros órganos análogos en Europa; sin embargo, ofrece un aspecto polémico: se trata de un número par, cuestión ya advertida en el debate constituyente, en el que los senadores **Sánchez Agesta y Ollero Gómez** alzaron sus voces en pro de la conveniencia de un número impar -quince por ejemplo- de magistrados. Con ello se hubiera soslayado la dificultad de un posible empate a votos, que parece conducir irreversiblemente al "voto de calidad" del Presidente, a fin de salir del posible *impasse* a que pudiera llegarse.

Entre la doctrina, **Almagro Nosete**, situándose en una posición minoritaria, ha relativizado la importancia de esta cuestión. Por nuestra parte, creemos que aún siendo cierto que las múltiples variantes a que responde la expresión de voluntad de un órgano colegial, no pueden ser puntualmente previstas en sede normativa, es evidente que el número par de magistrados aumenta de modo considerable el peligro de empate a la hora de adoptar una decisión por parte del órgano en cuestión.

En caso de empate, la Ley Orgánica del Tribunal ha recurrido al **voto de calidad** del Presidente, circunstancia no sólo anómala, sino que, como ha puesto de relieve el profesor **Alzaga**, puede complejizar y politizar en exceso la elección del Presidente del Tribunal.

El tema, por lo demás, presenta una hondura jurídica mayor, al conectarse con la posición jurídica de igualdad de los magistrados, lo que ha preocupado especialmente a la doctrina italiana.

Por lo demás, no estamos ante una hipótesis puramente especulativa o de laboratorio, sino que, como es sabido, en tres ocasiones, una sentencia se ha tenido que decidir en atención al voto de calidad del Presidente.

Dada la imposibilidad de modificar el número de magistrados, a salvo, claro es, una reforma constitucional, nosotros nos inclinaremos, al igual que hace **Giustino D'Orazio** en Italia, por la conveniencia de un sistema que atribuyera un contenido jurídico concreto a la paridad de votos, en vez de hacer depender el fallo de la voluntad presidencial. Esta es, por ejemplo, la fórmula alemana, por cuya virtud, "en el supuesto de empate de votos, no cabe constatar una infracción de la Constitución".

Se opta, pues, por una presunción de constitucionalidad de la norma recurrida, salvo que una mayoría de jueces constatare formalmente que la norma fundamental ha sido conculcada.

8. El origen tripartito de los magistrados

Abordaremos ahora la cuestión del **origen tripartito** de los integrantes del Tribunal. Como es sabido, en la propuesta de los magistrados intervienen los restantes órganos constitucionales, esto es, el Gobierno, las dos Cámaras y el Consejo General del Poder Judicial. En principio, esta circunstancia, abstractamente considerada, hay que juzgarla positiva, pues, como señala **García Pelayo**, con ella se acentúa la significación integradora del Tribunal.

Ahora bien, la crítica se torna en negativa a la vista del modo específico como se reparten los magistrados entre los diversos órganos constitucionales, dado el excesivo peso de los órganos políticos en la elección.

Si atendemos al hecho que las relaciones entre los distintos poderes se canalizan en un régimen parlamentario a través de los partidos, puede vislumbrarse la posibilidad, en verdad preocupante, de que un sólo partido con una significativa mayoría en ambas Cámaras, y que a la vez forma Gobierno, pueda llegar a controlar el nombramiento de los magistrados constitucionales, lo que pondría en grave peligro esa función de equilibrio constitucional que ha de desempeñar nuestro supremo intérprete de la Constitución. A todo ello habría que unir una consideración adicional: la minusvaloración del Poder Judicial.

A la vista de todo ello, nuestra doctrina ha advertido acerca del peligro de politización. Politización, diríamos nosotros, que debe entenderse no como la total ausencia de valoración política de las cuestiones que se someten al Tribunal, sino como la posible metamorfosis de la naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de ser declaraciones de conocimiento jurídico a configurarse como expresiones de voluntad política.

Este es el caso del profesor **Trujillo**, que ha mostrado su preocupación por las posibles coloraciones políticas que pudieran acompañar a los compromisos que han de preceder a las correspondientes propuestas del nombramiento. El propio **Burdeau**, refiriéndose de modo específico a nuestro Tribunal, ha significado que por su composición, es un órgano de dominante política.

Bien es verdad que no faltan juicios opuestos, entre los que se encuentra el del profesor **La Pergola**, quien considera que el diseño de nuestro Tribunal Constitucional es uno de los rasgos más felices del conjunto del texto constitucional. Entre nosotros, el profesor **De Esteban** se muestra conforme con esa "dominante política" a que se refiriera **Burdeau**, rechazando toda concepción "purista y asexuada" del Tribunal, por entender que éste debía reflejar de alguna manera la composición de fuerzas en el Parlamento a fin de hacer válidas jurídicamente las pretensiones mayoritarias de cada momento que no excedan de una interpretación adecuada y progresiva de la Constitución.

Por nuestra parte, quisiéramos efectuar **varias consideraciones** en torno a la cuestión que ahora nos ocupa.

En primer lugar, en Europa, los órganos de la Justicia Constitucional se nos presentan como órganos de carácter técnico, pero, en buena medida, de designación política, esto es, por órganos de naturaleza política. Es el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y ello no ha propiciado -el caso alemán es patente- una politización de estos órganos.

En segundo lugar, parece indudable que el Tribunal Constitucional interpreta un Derecho, como es el Constitucional, de claro contenido político. A ello hay que añadir que en muchas ocasiones las demandas planteadas ante el mismo son la formulación en términos de *litis* jurídica de cuestiones o conflictos políticos, lo que tiene como consecuencia que sus decisiones, aún orientadas y fundamentadas en parámetros y valores jurídicos, tengan una significación y unos efectos no sólo para el ejercicio de las actividades políticas del Estado, sino también respecto de las posiciones de los partidos políticos. Por todo ello, parece comprensible que los órganos políticos, y aún la misma clase política, deseen hacer oír su voz en el momento de la elección de los magistrados, posibilitando al mismo tiempo que las personas propuestas, además de un elevado bagaje de conocimientos técnico-jurídicos, posean una cierta sensibilidad política.

En tercer término, no podemos ignorar que nuestro código constitucional ha diseñado un órgano relativamente homogéneo, lo que no hubiera sido posible de intervenir en la elección de sus miembros órganos ajenos a los del Estado (bien regionales o autonómicos, bien corporaciones sociales...etc.), o de no exigirse indiscriminadamente una especialización técnico-jurídica. Este rasgo de la homoge-

neidad del Tribunal, que lo aparta radicalmente del Tribunal de la Segunda República, nos parece un dato enormemente positivo.

En cuarto término, afirmar apriorísticamente que el diseño actual del Tribunal conduce de modo inexorable a su politización ni parece razonable, ni se puede sustentar en una fundamentación mínimamente objetiva.

En quinto lugar, creemos que el Tribunal Constitucional debe responder, en términos generales, a las corrientes de opinión existentes en el país; debe sintonizar con el sentir social; no puede ser un órgano desvinculado de la sociedad, y desde este punto de vista, estamos de acuerdo con el profesor **De Esteban** en la inconveniencia de una concepción "purista y asexuada" de los magistrados, lo que no debe entenderse en el sentido que propugnemos una perfecta sintonía del Tribunal con las mayorías parlamentarias en cada momento existentes; sería un grave error que el Tribunal reflejara miméticamente el perfil político-parlamentario; ello le convertiría en una especie de tercera Cámara.

En último término, pensamos que lo importante no es tanto buscar un modelo ideal, que creemos no existe, sino conseguir un acuerdo mayoritario entre las diferentes fuerzas políticas por virtud del cual éstas se comprometan a admitir que, independientemente de cualquier coyuntura política concreta, el principio rector que habrá de regir las propuestas de magistrados habrá de ser el de la búsqueda de un consenso lo más amplio posible en torno a las personas de los propuestos.

A cuanto acabamos de exponer hemos de añadir que tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto un conjunto de frenos u obstáculos que se oponen al peligro de vinculación partidista de los magistrados constitucionales. A esos mecanismos vamos a pasar a referirnos a continuación.

Seis son los **mecanismos legales** que se orientan en la dirección apuntada:

- a) La exigencia de una mayoría cualificada de 3/5 para las propuestas provenientes del Congreso, del Senado y, desde la Ley Orgánica 6/85, también del Consejo General del Poder Judicial.
- b) El largo período de 9 años de desempeño del cargo de magistrado.
- c) La renovación parcial del Tribunal.
- d) La irreelegibilidad inmediata de los miembros

del Tribunal.

- e) La exigencia constitucional de una cierta cualificación técnico-jurídica para poder ser propuesto magistrado.
- f) La concreción de un estatuto jurídico para los magistrados similar al de los miembros del Poder Judicial, en el que tiene un peso específico propio el régimen de incompatibilidad.

Nos referiremos ahora, de modo sumario, a los cinco primeros mecanismos, dado que el estatuto jurídico de los magistrados, como ya dije al principio de mi intervención, aún no ha sido objeto de estudio en esta investigación.

9. La exigencia de una mayoría cualificada para la elección

La **exigencia de una mayoría cualificada**, para que puedan quedar formalizadas las propuestas de magistrados del Congreso, Senado y, tras la Ley Orgánica 6/85, del Consejo General del Poder Judicial, es un requisito que se sitúa en la línea ya seguida en Alemania, Italia y Portugal.

Entre nosotros, esta determinación, contemplada por la Constitución respecto de las propuestas formuladas por el Congreso y por el Senado, fue acogida con un juicio unánimemente positivo. Su función, desde luego, es clara: propiciar que las personas propuestas lo sean con un amplio respaldo parlamentario. **Giustino D'Orazio** ha señalado al respecto que con este requisito se trata de posibilitar una "despolitización de la elección, o mejor, una politización equilibrada o neutralizada".

Es evidente que para conseguir el respaldo de una mayoría tan amplia será preciso, normalmente, un entendimiento entre mayoría y oposición; con ello, se propiciará un acuerdo entre las diferentes formaciones políticas, o por lo menos, entre las de mayor peso específico.

Una exigencia de esta naturaleza suscita problemas de diferente naturaleza, a los que nos referimos en detalle en el trabajo de investigación que presentamos al Tribunal, aunque ahora sería excesivamente prolijo enumerarlos. Tan sólo diremos que todos ellos encuentran cumplida respuesta legal en la Ley Orgánica 2/79.

10. El período de desempeño del cargo

El segundo de los mecanismos a que queremos referirnos es el del **largo plazo de desempeño del cargo**, que la Constitución concreta en nueve años,

con lo que opta por idéntica solución que la seguida en Francia e Italia.

Con ello, se acoge un período temporal bastante más dilatado que el que rige para las Cámaras, lo que, como fácilmente puede comprenderse, acentúa la independencia del Tribunal, introduciendo al unísono un elemento de continuidad que debe posibilitar una cierta coherencia jurisprudencial. Como al efecto advierte **García Pelayo**, la duración en el cargo de los magistrados los hace independientes de las coyunturas o contingencias políticas de los portadores de los órganos que intervienen en su nombramiento.

De otro lado, con tan dilatado plazo se asegura una experiencia estimable por parte de los magistrados, lo que a su vez, coadyuva positivamente al logro de ese predominio de la racionalidad sobre la pasión que, como destaca **Sánchez Agesta**, debe caracterizar sus sentencias. No en vano el Tribunal afirma, trata de reafirmar un principio de legitimidad jurídica, nomocrática, en definitiva, constitucional.

11. La renovación parcial del Tribunal

El tercero de los mecanismos a que hemos de referirnos es la de la **renovación parcial del Tribunal**. Como es sabido, el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Estamos ante una fórmula clásica, aunque lo cierto es que en el Derecho comparado, tan sólo la encontramos en Francia, bien que, desde luego, en Italia el Tribunal no se renueva en bloque, sino conforme termina el plazo de ejercicio de su función cada magistrado, lo que, en todo caso, también coadyuva a evitar cambios bruscos en la composición de la *Corte Costituzionale*.

A nuestro entender, al solución constitucional contribuye positivamente a una doble finalidad de un lado, evitar cambios bruscos en la composición del Tribunal, dándole continuidad; de otro, posibilitar al unísono que las nuevas mayorías parlamentarias tengan un reflejo atemperado --pero un reflejo al fin y al cabo-- en el perfil del Tribunal Constitucional, circunstancia esta muy conveniente si se tiene presente la correlación entre dinámica social, valores constitucionales y hermenéutica constitucional, y asimismo, la asunción por parte del órgano titular de la Jurisdicción Constitucional de un papel de mediador de intereses.

El sistema de renovación parcial del Tribunal, unido a la pluralidad de las fuentes de procedencia electiva de los magistrados, planteaba al legislador constituyente numerosos problemas de derecho

transitorio a los que nos referimos en nuestro trabajo de investigación, pero a los que -por la propia limitación temporal a que debemos ajustarnos- es imposible aludir aquí.

12. La irreelegibilidad inmediata de los magistrados

El cuarto de los mecanismos legales que debemos analizar es el de la **irreelegibilidad inmediata de los magistrados**.

La polémica en torno a la reelegibilidad o irreelegibilidad de los magistrados constitucionales ya se suscitó en los debates constituyentes, en los que una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista propugnó que se incorporase al texto constitucional una cláusula por la que se impidiese la reelección de los miembros del Tribunal. También en el Senado se suscitará el tema, aun cuando en la alta Cámara se defenderían posiciones enfrentadas.

Varias eran las alternativas posibles: irreelegibilidad absoluta, irreelegibilidad inmediata, reelección indefinida y limitación de la reelección a una sola vez consecutiva.

Si atendemos al Derecho comparado, habremos de recordar cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la *Corte Costituzionale* italiana y en el Consejo constitucional, existe un principio que actúa como constante: la irreelegibilidad absoluta.

Nuestro Código constitucional no abordaría el tema, que, sin embargo, sí sería contemplado por la Ley Orgánica 2/79, que opta por la irreelegibilidad inmediata, con una sola salvedad: que se hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años. A nuestro modo de ver, se acoge una solución por entero satisfactoria, aun cuando no fuese admitida por la totalidad de las fuerzas políticas en el curso del debate en sede orgánica.

La norma en cuestión suscita diferentes problemas interpretativos, como el de su operatividad real, siendo de reseñar que estamos en presencia de una limitación subjetiva, esto es, que existe en función de la persona, siendo indiferente el órgano del que provenga la propuesta. Otro problema de interés es el del período que ha de transcurrir para que pueda entenderse desaparecida esta limitación, que nosotros consideramos debe ser de tres años.

En cuanto a la excepción legalmente establecida, que posibilita que los magistrados que no hubieran ocupado el cargo por un plazo no superior a

tres años puedan ser reelegidos inmediatamente, está inspirada en la Ordenanza francesa 58-1067, que establece idéntica previsión, y se comprende a la perfección si se advierte que aún en caso de reelección esos magistrados no permanecerán como miembros del Tribunal por más de doce años, período idéntico, por ejemplo, al que rige para los magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Quizás convenga recordar asimismo que en Alemania, la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 sobre el Tribunal Constitucional Federal, que estableció la irreelegibilidad absoluta, vinculó ésta con la publicidad de la *dissenting opinion*, también admitida por el artº 164 de nuestra Constitución. Es éste, a nuestro juicio, un nuevo argumento que nos muestra la funcionalidad de este mecanismo legal a efectos de su contribución en pro de la independencia real de los jueces constitucionales.

Debemos de efectuar una última consideración. La irreelegibilidad inmediata no quiebra la continuidad del Tribunal, pues ésta se halla garantizada por la doble circunstancia del largo plazo de desempeño del cargo y de la opción por una renovación parcial, que no total, del Tribunal. Al mismo tiempo, la irreelegibilidad, aunque sea tan sólo inmediata, evita la inercia ínsita a todo proceso de reelección indefinida y soslaya la petrificación del Tribunal. En definitiva, contribuye a fortalecer su independencia y, de este modo, constituye un freno frente a la vinculación partidista de los jueces constitucionales.

13. La cualificación técnico-jurídica para el acceso al cargo

Debemos abordar finalmente un quinto y último mecanismo orientado a la salvaguardia de la independencia del Tribunal y a su correlativa despolitización. Nos referimos a la exigencia constitucional de una **cualificación técnico-jurídica** para poder ser propuesto juez constitucional.

Ya **Kelsen** consideraba de la mayor importancia otorgar en la composición de estos órganos un lugar adecuado a los juristas de profesión, tal y como ya indicamos.

En tal exigencia, subyacía toda una filosofía en torno a este tipo de órganos, que debían presentarse como órganos técnicamente cualificados. **Leibholz**, tras significar que el juez constitucional debía tener una comprensión más amplia y elaborada de la política y de las fuerzas sociales actuantes en ella, que el juez ordinario, reclamaba como necesario un procedimiento de nombramiento de esos jue-

ces que garantizara a la par su competencia profesional.

En el Derecho comparado, como ya dijimos, es norma común la exigencia de unos determinados requisitos tendentes a garantizar un conocimiento técnico-jurídico para el acceso a los Tribunales Constitucionales. Se puede decir con **Zagrebelky** que mientras la elección de los jueces constitucionales por órganos de señalada naturaleza política contribuye a la elección de personas dotadas de la necesaria sensibilidad política, la exigencia de esta cualificación garantiza la imprescindible tecnicidad de los Tribunales Constitucionales.

La determinación del artº 159.2 de que los miembros de nuestro Tribunal Constitucional sean nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, está inspirada por el artº 135 de la Constitución italiana, bien que éste presente diferencias de matiz importantes, como, por ejemplo, circunscribir la exigencia de un determinado período de ejercicio del cargo (20 años) tan sólo a los Abogados.

A la vista de las previsiones del artº 159.2 de la Constitución y del artº 18 de la Ley Orgánica del Tribunal, se imponen algunas consideraciones.

De entrada, y desde una perspectiva histórica, es patente el avance experimentado respecto a 1931. Nuestros legisladores han optado por una fórmula peculiar y que, al margen ya de su inspiración en otros modelos foráneos, nos ofrece unos perfiles propios y, a nuestro juicio, no excesivamente afortunados.

La primera reflexión que se impone es la gran amplitud con que se contemplan estos requisitos. El profesor **Rubio Llorente** ha llegado a decir que el constituyente podía haber prescindido de la enumeración limitativa de las categorías profesionales sin que ello alterara el contenido de la norma. La generalidad de los términos utilizados cubre, en efecto, la totalidad de las profesiones jurídicas. Ello, qué duda cabe, que, como advirtiera **Trujillo**, puede favorecer las relaciones de lealtad-devoción hacia las fuerzas políticas que postulan las respectivas candidaturas.

En todo caso, hemos de reconocer con **García Pelayo**, que aunque los límites son muy amplios, se trata de límites al fin.

Por otro lado, es preciso señalar que la realidad nos muestra que hasta la fecha la competencia de las personas elevadas al Tribunal Constitucional está fuera de toda duda. A este respecto, desde una perspectiva empírica, quizá convenga constatar que nuestro Tribunal, en lo que a su composición se refiere, se ha ajustado a lo que en 1959 escribiera el norteamericano **Taylor Cole**, y un cuarto de siglo más tarde refrendara en Europa el francés **Louis Favoreu**, esto es, que los Tribunales Constitucionales europeos se caracterizan por una muy significativa presencia de profesores universitarios. Pues bien, nuestro Tribunal no sólo sigue esa orientación en lo que a su composición se refiere, sino que en él se acentúa sensiblemente.

En efecto, un 65% de sus miembros han sido o son profesores universitarios de disciplinas jurídicas, más aún, si atendemos a los quince magistrados propuestos hasta ahora por el Congreso, el Senado y el Gobierno, veremos cómo un total de trece han sido o son catedráticos de Universidad. **Favoreu** ha justificado tal circunstancia en la independencia intelectual y moral de este profesorado, apreciación con la que coincidimos por entero.

14. La praxis de la elección de los magistrados

Queremos para terminar referirnos a lo que revela la praxis de las elecciones de Magistrados constitucionales en estos años.

Si algún rasgo se puede entresacar de la **composición inicial** del Tribunal éste es el del consenso entre las dos grandes formaciones políticas, UCD y PSOE, en lo que al nombramiento de magistrados se refiere, consenso que se extendería no sólo a los propuestos por las Cámaras, sino también a los propuestos por el Gobierno y, unos meses después, a los elegidos por el Consejo General del Poder Judicial.

El "talón de Aquiles" de la negociación entre UCD y PSOE residiría en la no ampliación del consenso a otras fuerzas parlamentarias co-protagonistas del proceso constituyente. Esta circunstancia se traduciría en el debate parlamentario en torno a las pertinentes propuestas de magistrados. En él, el diputado comunista **Jordi Solé Tura** defendería la conveniencia de una decisión unánime por parte de la Cámara en supuestos como el que ahora nos ocupa, o por lo menos, una decisión que contase con el mayor respaldo posible, lo que no se produciría, obviamente. Los magistrados propuestos por la Cámara baja lo sería por un número de votos que rondó los 250, cuando sólo entre UCD y PSOE

totalizaban 289 escaños.

Las circunstancias expuestas darían lugar a que en los medios de comunicación se hablara de "mal consenso", que se produce cuando los acuerdos del Gobierno con la Oposición sacrifican posiciones de principios e inmolan a hombres también de principios en aras de la componenda y del prorrato de influencias.

Como ya indicamos antes, el acuerdo centrista-socialista se mantendría incluso para los dos magistrados que restaban por designar por el Consejo General del Poder Judicial, que lo serían en noviembre de 1980, permaneciendo un mes después cuando el Congreso procedió a elegir a don **Antonio Truyol** en sustitución del dimitido don **Aurelio Menéndez**.

Pierre Bon, analizando lo acaecido en España en este primer período, establecería una equiparación con Alemania, al significar que la mayoría cualificada exigida en ambos países había conducido a similares actitudes por parte de las dos grandes formaciones políticas.

El equilibrio a que venimos refiriéndonos quebraría a fines del año 1982, tras la muerte de don **Plácido Fernández Viagas**, quien sería sustituido por el Consejo General del Poder Judicial por don **Francisco Pera Verdaguer**, magistrado de talante más conservador, propuesto en enero de 1983.

Por esas mismas fechas, tenía lugar el primer sorteo para la renovación del Tribunal, en el que resultaba elegido el grupo de magistrados constitucionales propuesto por el Congreso. A partir de este momento, se perfilaban dos actitudes: la del Grupo Socialista, que se inclinaba por la renovación parcial de los magistrados cesantes (manteniendo a dos y cesando a otros tantos), y al del Grupo Popular, que propugnaba o la renovación total o, alternativamente, la reelección de los cuatro magistrados que habían de ser renovados.

La paralización de importantes recursos que afectaban a no menos trascendentes temas de Estado no propició el entendimiento; por el contrario, las discrepancias se acentuaron aún más si cabe.

Don **Manuel García Pelayo** abogaba en marzo por la neutralidad del Tribunal, aduciendo que no podía convertirse en una tercera cámara. Sin embargo, habría que esperar hasta fines de septiembre para que -con siete meses de retraso- las propuestas quedaran formalizadas, optándose, como

es sabido, por la reelección en bloque de los cuatro magistrados.

En este intervalo, el instituto de la *prorogatio* se reveló como de especial utilidad, pues de no haberse admitido en la Ley Orgánica del Tribunal, éste habría quedado funcionando con tan sólo ocho magistrados, lo que le habría privado de fuerza moral para enfrentarse con algunos de los temas pendientes; recordemos, por ejemplo, que poco antes que se produjese formalmente la renovación del Tribunal, éste fallaba acerca de los recursos previos de inconstitucionalidad presentados contra la LOAPA.

La segunda renovación parcial del Tribunal, en febrero de 1986, afectaría a los magistrados propuestos por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial; a estos magistrados se uniría la elección de otros dos, uno propuesto por el Congreso, y otro por el Senado, que habrían de sustituir a otros tantos magistrados que, previamente, habían solicitado su cese.

Como rasgo general de todos estos nombramientos, señalaríamos tan sólo la quiebra del consenso, al menos entre las dos grandes fuerzas político-parlamentarias, así como la desvinculación del Gobierno de todo compromiso con otras formaciones políticas distintas de la gubernamental a la hora de proceder a elegir a los dos magistrados a que tenía derecho.

Todo ello nos muestra que se ha iniciado una dinámica en verdad preocupante. No es que las propuestas deban formularse por unanimidad (ello, desde luego, sería una hermosa utopía), pero sí parece deseable que las candidaturas que se propongan vengan respaldadas por el más amplio elenco parlamentario.

Es evidente a nuestro entender, que la iniciativa de las propuestas debe corresponder al partido con más apoyo parlamentario, pero no es menos patente la conveniencia de la negociación con otras formaciones y, a ser factible, la propuesta consensuada. Lo contrario podría conducir a una dinámica de progresiva politización de las propuestas con el consiguiente peligro de desacreditación de la institución, circunstancia que hasta el momento, afortunadamente, no se ha producido.

Hemos de poner punto final a nuestra exposición. Y lo vamos a hacer con la esperanza con que **Mauro Capelletti** cierra su clásico libro sobre "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado". Esperanza en la Justicia Constitucional que expresa la vida misma, la realidad dinámica de la sociedad y el devenir de la Constitución en su acomodo a la realidad social concreta.

ANEXO

TITULO IX Del Tribunal Constitucional

Art. 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (2).

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

El Equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo

Felipe Osterling Parodi ¹

Profesor de Derecho Civil de la PUC

Señala el maestro Bidart Campos que la imagen del estado de derecho corresponde al propósito de garantía y seguridad que persigue el constitucionalismo clásico.

Recuerda al respecto la doctrina de Locke, que reputaba al Estado como una garantía para limitar su propia actividad.

Garantía y seguridad son conceptos fundamentales sin los cuales resulta imposible concebir la armonía en una sociedad organizada. El origen mismo del Estado se sustenta en el pilar de la seguridad, porque refleja aquella certeza que las libres aspiraciones individuales gozan del decidido e incuestionable respeto del poder soberano, que Rousseau concebía como el producto del contrato social, contrato en virtud del cual todas las personas convenían en someter y entregar sus respectivos derechos individuales al soberano, para recibir de él los mismos derechos pero respaldados por la fuerza del Estado, con la garantía y la seguridad de que este órgano velaría por el ejercicio de los mismos.

El Perú republicano es un país constitucionalista. Su tradición reconoce en favor del pueblo, desde la Constitución de 1823, la vigencia del poder constituyente, es decir, el poder de constituir al Estado soberano para garantizar y asegurar a las personas el libre ejercicio de sus derechos individuales. El ejercicio del poder constituyente es precisamente lo que Rousseau denominaba el contrato

social, reconociendo que el poder del pueblo es necesariamente superior al del poder constituido.

Es el poder constituyente el que declaró en el Perú la vigencia del estado de derecho, entendido éste como el autosometimiento al ordenamiento jurídico legítimamente instituido. Este ordenamiento no tiene otra finalidad que la de garantizar la libertad de las personas dentro de un régimen de convivencia pacífica, armoniosa y digna.

Kelsen ha sostenido que el estado de derecho no postula un orden estatal con contenido específico, sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico. Dentro de este pensamiento, un Estado totalitario se adecuaría a la figura del estado de derecho, si previamente formula su propio ordenamiento legal. Aún cuando Kelsen parece presentar, con sugestiva claridad, un argumento incuestionable desde el punto de vista formal, no es posible admitir, en concepto de quien habla, que estado de derecho es cualquiera en que un Estado se somete a reglas preestablecidas. Es indispensable reconocer que a aquella apreciación le falta un elemento al cual ningún pueblo puede renunciar, y es el de la "legitimidad" del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, no hay estado de derecho sino sólo de "hecho" o de "facto" cuando las reglas y normas a las cuales se somete determinado Estado, no proceden de los poderes legítimamente constituidos, pues la legitimidad y, por consiguiente, el

1. Ponencia presentada por el doctor Felipe Osterling Parodi, el 13 de mayo de 1993, con motivo de su incorporación como Miembro de Número a la Academia Peruana de Derecho.

derecho, sólo pueden emerger de la voluntad del pueblo y no de la fuerza de un gobernante. En este caso existirá, indudablemente, un ordenamiento jurídico y esas normas continuarán siendo imperativas, pero no habrá estado de derecho. Sólo existirá un estado de facto sin fundamento constitutivo, sin el respaldo del poder constituyente.

El estado de derecho en el Perú se sustenta en instituciones políticas propias de una democracia representativa, orientadas a garantizar un Estado soberano y justo, sometido a procedimientos y reglas dirigidas a autolimitar el ejercicio del poder.

La Constitución Política peruana consagra la representación popular basada en elecciones libres, la separación de poderes como garantía de control de las funciones del Estado, la jerarquía de normas jurídicas basadas en principios de legalidad y el derecho de petición de los ciudadanos, extensivo a la prerrogativa de control de los poderes públicos, como corresponde a un poder constituyente en su condición de mandante de un poder constituido.

Entre estas instituciones, la división de poderes es una de las más importantes, diría vitales, para la subsistencia del estado de derecho. Montesquieu señalaba que todo hombre que tiene poder, tiende al abuso de ese poder. Y este aforismo, esencialmente cierto, es ratificado permanentemente por la historia. Siendo imposible suprimir el poder, y su ejercicio a cargo de hombres, debía buscarse una técnica para distribuirlo mediante un sistema de controles y frenos; tal es el legado del constitucionalismo inglés, con su mecanismo de pesos y contrapesos entre los poderes, en miras al equilibrio de los mismos (Bidart).

Hoy es incuestionable que no son los poderes los que se separan, sino las funciones que corresponden al poder único y soberano del Estado. Y son esas funciones las que no deben estar en manos de un solo hombre ni poseídas por un solo órgano, pues no sería viable que ese órgano tuviera capacidad para dictar el ordenamiento jurídico y, simultáneamente, ejecutarlo con justicia y decidir sobre su correcta aplicación. Nadie puede ser juez y parte, porque una condición niega la otra. De igual manera, nadie debe detentar la potestad de dictar las leyes a las cuales será sometido y encontrarse investido, al mismo tiempo, de la función jurisdiccional, pues cometería abusos que por acto propio quedarían impunes.

El Perú no es, por cierto, extraño a estos principios. La Constitución consagra como eje político

fundamental de la organización del Estado la separación de sus funciones, señalando entre ellas la ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional.

Es innegable que el avance y desarrollo de las instituciones políticas democráticas ha hecho multiplicar las acciones de los órganos supremos del Estado. Pero nadie podrá pretender en los tiempos modernos en que vivimos que la separación de funciones sea tan rigurosa que el poder legislativo no ejecute, o que el poder ejecutivo no legisle. La potestad de los órganos del Estado, reconocida por las Constituciones contemporáneas, supera el ideal teórico de Montesquieu, asignando a cada uno de los órganos del Estado ciertas funciones que también son propias de los otros. De distinto modo sería imposible evolucionar y garantizar a los ciudadanos el correcto equilibrio entre los poderes y el fiel ejercicio de sus derechos.

Me corresponde destacar, entre esas funciones, las que constitucionalmente le fueron asignadas por el poder constituyente al Parlamento peruano, y que dentro de un régimen de derecho son indispensables para lograr el equilibrio en el ejercicio del poder.

El Parlamento peruano, también denominado en la Constitución Política como Poder Legislativo, ejerce fundamentalmente funciones legislativas y de control. La Carta Política reconoce en favor de este órgano del Estado la atribución de legislar sin más limitaciones que aquellas que impone el poder constituyente. Su sometimiento a la Constitución Política del país es, pues, incondicional. El Poder Legislativo goza así de facultades para actuar en todas aquellas materias que requieren un orden, una regulación o una sanción.

Sin embargo, el régimen político del Perú no es parlamentario. Los regímenes parlamentarios no son producto de una teoría a priori, sino de una evolución histórica que se genera primero en Gran Bretaña y que es imitada después por otras naciones europeas, lo que ha permitido pasar de la monarquía autocrática al régimen parlamentario moderno, a través de dos etapas intermedias: la monarquía limitada y el parlamentarismo orleanista (Duverger).

La Carta Política del Estado institucionaliza para el Perú un régimen presidencialista, en el cual el Presidente es a la vez Jefe del Estado y Jefe de Gobierno, electo por toda la nación, por medio del sufragio universal directo.

Dentro de este régimen, los Ministros de Estado

son los responsables políticos de los actos del Presidente y se constituyen en sus consejeros y colaboradores gubernamentales. Estos Ministros, quienes actúan individualmente o a través del Consejo de Ministros, son a la vez actores de la función pública ejecutiva que corresponde al Jefe de Estado y no meros secretarios, como ocurre en un régimen presidencial clásico.

Y el régimen es presidencialista y no presidencial puro o clásico, porque el Parlamento puede derribar al Gabinete Ministerial con un voto de desconfianza y, a su turno, el Presidente, dentro de las condiciones previstas por la Constitución, puede disolver a la Cámara de Diputados, que actúa como Cámara Política, pero nunca al Senado, que es indisoluble.

En ese orden de ideas, el Parlamento peruano es el órgano fundamental de contrapeso al ejercicio de la función ejecutiva del Jefe de Estado y de sus Ministros, pues a él le corresponde tanto legislar como revisar los actos del Presidente y citar a sus gestores ante la Cámara, para interpelar su actuación en la vida política del país.

Por tradición, el Parlamento peruano es bicameral. Antiguo es el debate sobre la conveniencia del monocameralismo. Este debate continúa teniendo gran actualidad en aquellos países en los cuales su historia u organización política no justifica una tradición bicameral.

Conocido es que el sistema bicameral debe estar básicamente destinado a cumplir una función vital de equilibrio y armonía en los estados federales, ya que en ellos la primera Cámara política representa la unidad de la nación, en tanto que la segunda permite la representación de los estados, a través de sus respectivos delegados.

Considero que en el Perú la experiencia del bicameralismo ha sido y sigue siendo expresión de un proceso de madurez política.

El debate de los proyectos de ley en ambas Cámaras ha permitido tradicionalmente superar en forma debida las proposiciones aventuradas o ligeras, haciendo posible dar respuesta responsable al país sobre sus exigencias. Cabe aquí recordar el debate parlamentario que se suscitó en el segundo semestre de 1987 y en los primeros meses de 1988 respecto al proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre estatificación del sistema bancario, financiero y de seguros. El proyecto se aprobó en pocas horas por la Cámara de Diputados. Fue el Senado de la

República el que a través de debates que duraron varias semanas, y pese a enfrentarse a una mayoría adicta al Poder Ejecutivo, logró que se aprobara un proyecto de ley que, en la realidad de los hechos, resultó inaplicable.

Justo es reconocer, desde luego, que el bicameralismo ha sido también en ocasiones causa de la lentitud y el retraso en la discusión de los asuntos que atañen al Parlamento. Pero tal lentitud y retraso no justifica, en mi opinión, el sistema unicameral.

Por otra parte, una razonable distribución de funciones entre ambas Cámaras determinaría que, salvo el sistema bicameral para legislar, no se entrecruzaran atribuciones parlamentarias.

No propicio para el Perú, desde luego, ni una segunda Cámara Aristocrática, ni una segunda Cámara Federal. Pero sí insisto en una segunda Cámara Democrática. Creo que continúa vigente el pensamiento de que la dualidad de cámaras es necesaria para la democracia liberal. Una cámara única puede ser, paradójicamente, o muy poderosa o muy débil, y podría conducirnos al "régimen de asamblea". Como señala Maurice Duverger, la convención nacional, en Francia, era un instrumento de la dictadura jacobina: más que dominar al Gobierno, estaba dominada por él.

Dice el propio Duverger que la segunda cámara, la llamada "Cámara de Reflexión", "al controlar las decisiones de la primera, evitaba las medidas precipitadas, descuidadas, rápidas, y aseguraba un mejor trabajo parlamentario". Pero agrega que "el defecto esencial de todos los Parlamentos es la lentitud y no la precipitación y añadir un freno parlamentario agravará el mal que precisamente sería necesario corregir". Según Duverger "una disposición adecuada del trabajo interno de la asamblea asegura toda la "reflexión necesaria".

Esos argumentos desconocen, para la realidad peruana, dos hechos esenciales.

El primero, que la experiencia en nuestro país enseña que cuando el origen de un representante está circunscrito a un ámbito geográfico determinado, llámese provincia, departamento o región, ese representante usualmente actúa cautelando intereses territoriales, bien sea por el impulso de fines generosos, como sería el desarrollo y bienestar de la circunscripción a la que representa, bien sea impulsado por fines egoístas, como sería su eventual reelección. Si la medida adoptada por el Parlamento

a nivel nacional afecta desfavorablemente a su territorio, entonces el representante podrá tener dificultades con sus electores, inclusive para visitar su propia circunscripción. Si la medida, por el contrario, es favorable a él, será recibido en olor de multitud. Se pierde así la macrovisión requerida para afrontar y resolver los problemas nacionales, la misma que suelen poseer los representantes electos en distrito electoral único por todo el país. Estas deformaciones del quehacer político son propias de la condición humana. Y el texto constitucional, por más sabio que pretenda ser, no es capaz de cambiar tal condición.

En segundo lugar existe la errónea creencia, muy divulgada por cierto, de que el Parlamento es una "fábrica de leyes". Craso error. El Parlamento es un foro de debate político, donde los representantes expresan las opiniones ideológicas y programáticas de las comunidades a las que pertenecen. El Parlamento es un ente fiscalizador de los actos del Poder Ejecutivo, lo que constituye misión indispensable para el debido contrapeso en el ejercicio del poder. El Parlamento también es, desde luego, un ente legislativo. Pero esta última función está auto-limitada, en los tiempos modernos, por la delegación que suele otorgarse al Poder Ejecutivo para legislar.

El Poder Ejecutivo usualmente está integrado por personas afines, a diferencia del Parlamento donde existe mayoría y oposición, y esta última, con frecuencia, variopinta. Por ello carece de mérito, como muchas veces se trata de hacer ver, que el Poder Ejecutivo, en uso de la facultad delegada para legislar, produzca leyes en abundancia y sin discrepancias.

El Poder Legislativo se reserva, a su vez, la capacidad de legislar en aquellas materias que considera que no deben ser objeto de delegación. Y bien merece la pena, en estos casos, el sacrificio del tiempo en aras a dictar leyes prudentes y ponderadas, fruto de la reflexión.

Mi experiencia parlamentaria me conduce ineludiblemente, inevitablemente, a propiciar la subsistencia del sistema bicameral, con 40 miembros en el Senado de la República y 120 miembros en la Cámara de Diputados, más aún si consideramos que los principales países sudamericanos optan por dicho sistema, con excepción de la República del Ecuador, cuya experiencia, según sus propios protagonistas, ha sido negativa.

El régimen político del Perú, por otra parte,

reconoce al Parlamento la autonomía e independencia que corresponde a un verdadero órgano de control. Los parlamentarios peruanos, a su turno, no están sujetos a mandato imperativo de acuerdo con la propia Constitución Política.

Esta autonomía, conferida al Parlamento como ente integrado y a cada parlamentario en forma individual, hace posible que cualquier representante esté facultado a solicitar a los Ministros de Estado y a los órganos de la administración, los informes que estime necesarios para llenar su cometido, y a su vez, el Congreso o cada Cámara por separado puede nombrar comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público, siendo obligatorio comparecer al requerimiento de dichas comisiones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Otra muestra de autonomía reconocida por la Carta Política es la organización que corresponde al Parlamento, la misma que se decide mediante los reglamentos que el propio Congreso aprueba, los que tienen fuerza de ley en todo el territorio de la República.

Para garantizar aún más dicha autonomía en relación a los demás órganos que ejercen funciones del Estado, los parlamentarios no pueden ser procesados ni detenidos sin previa autorización de su respectiva Cámara, salvo por delito flagrante.

Estas características son, y en ello coinciden los principales constitucionalistas, premisas fundamentales de un Parlamento autónomo e independiente, de cuyo ejercicio depende el verdadero equilibrio del poder.

En doce largos años de vigencia de la Constitución Política de 1979, se ha madurado acerca de los errores y virtudes de las instituciones políticas del Perú. Y por ello considero indispensable que el Pleno del Congreso Constituyente, al margen del importante debate sobre la unicameralidad o bicameralidad, reflexione sobre las experiencias que ha tenido el Perú en su intento histórico por descentralizar la gestión pública del gobierno unitario.

Pero cualquiera que sea la opción que se adopte, las características de autonomía e independencia del Parlamento no están, no pueden estar, en tela de juicio. Tal como concibo las funciones del Congreso de la República, podría intentarse fórmulas para agilizar su trabajo, garantizando su eficiencia al servicio del país, pero nunca se podrá, por una sana democracia, restringir los atributos y poderes que

por naturaleza le corresponden a este órgano dentro de un régimen presidencialista como el que existe en el Perú.

La Comisión de Constitución del Congreso Constituyente ha aprobado hace pocas semanas un precepto que permite al Poder Ejecutivo disolver el Congreso de la República cuando surja "crisis extrema o discrepancias insalvables entre el Ejecutivo y el Legislativo"

Creo que se está incurriendo en un grave error, posible de ser rectificado por el Pleno del Congreso Constituyente.

El derecho de disolución del Parlamento es propio de los regímenes parlamentarios y no de los presidencialistas. Y este derecho, en los regímenes parlamentarios, está usualmente circunscrito, cuando existe bicameralismo, a la disolución de la Cámara política. Siempre se trata del ejercicio de un derecho con muchas restricciones, para no generar inestabilidad política.

En los regímenes parlamentarios el Parlamento puede censurar a todos los miembros del gobierno, incluyendo al Jefe de Gobierno. No ocurre lo mismo en los regímenes presidencialistas. Aquí el Jefe de Gobierno, esto es el Presidente de la República, es políticamente irresponsable. La responsabilidad es asumida por los Ministros. Por tanto, la posibilidad parlamentaria de derrumbar a un gabinete no alcanza al Jefe de Gobierno, o sea al Presidente de la República.

Caso contrario ocurre, por ejemplo, en Francia. Aquí el Presidente de la República es Jefe de Estado, no Jefe de Gobierno. Y quien dirige el Gobierno es el Primer Ministro, quien sí puede ser censurado por el Parlamento.

Por ello la facultad que se está concediendo al Poder Ejecutivo de disolver un Congreso unicameral genera un profundo desequilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, otorgándole facultades excesivas al Presidente de la República. La necesidad de que el Consejo de Ministros deba aprobar tal medida, en nada enerva la facultad presidencial, pues usualmente el gabinete está integrado por personalidades afines al Presidente de la República.

Las causas para disolver el Parlamento son, por otra parte, de tal vaguedad, que puede apelarse a ellas sin mayor trámite. Las expresiones "crisis extrema" o "discrepancias insalvables" son causales

subjetivas cuya calificación corresponderá privativamente al Poder Ejecutivo.

Son propios del libre juego democrático los consensos y los disensos. "Discrepancias insalvables" es un término lato que, al final de cuentas, queda a criterio exclusivo del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la no aprobación por el Poder Legislativo de un proyecto de ley que el Poder Ejecutivo considere de importancia.

Tal subjetividad es muy diferente a la causal prevista por la Constitución de 1979, que autoriza al Presidente de la República a disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros. Aquí hay una causal objetiva y, en esa hipótesis, quedaba el Senado como garante de la vigencia del Poder Legislativo, pues él no puede ser disuelto.

La fórmula aprobada por la Comisión de Constitución, de ser adoptada por el Pleno del Congreso Constituyente, introducirá un claro elemento de perturbación, y sobre todo de desequilibrio, entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y un evidente sometimiento de aquél a éste.

Otro factor de desequilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo sería el de la reelección presidencial inmediata. Es cierto que la decisión sobre esta materia ha sido postergada por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente para debatirla antes de concluir el proyecto de Constitución respectivo. Pero también es verdad que voces autorizadas de la bancada oficialista han propugnado, con énfasis, incorporar esa institución.

En este tema ha puesto especial interés la Comisión Especial que nombró la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima para estudiar la reforma de la Constitución y que estuvo integrada por los señores ex-decanos y presidida por su decano en ejercicio el ilustre jurista y maestro doctor Andrés Aramburú Menchaca.

Dicen los miembros de esa Comisión Especial que, según los reeleccionistas, cualquier tipo de restricción al derecho de elegir es antidemocrático y que por ello debe permitirse que sean sólo los ciudadanos quienes determinen si reeligen o no a un gobernante que se encuentre en el poder al momento de la elección o que ha ejercido la Presidencia de la República en anterior oportunidad. Expresa la Comisión Especial que, ante este argumento, quienes rechazan la reelección sostienen que la demo-

cracia no consiste únicamente en que por la vía del voto los ciudadanos elijan un gobernante, sino que debe ser vista como un sistema integral que busca proteger a la propia ciudadanía del abuso de los gobernantes y de las mayorías. Y agrega que la reelección puede constituir un mecanismo antidemocrático al permitir la permanencia de un gobernante en el poder en lugar de fomentar la alternativa que franquee el verdadero acceso de cualquier ciudadano al gobierno de su país.

El señor decano y los señores ex-decanos señalan con acierto que la razón para permitir o prohibir la reelección no está en la teoría democrática. Los hechos señalan que tan democrático puede ser un sistema que permita la reelección como uno que la prohíba. Y agregan que esto lo demuestran numerosos estados democráticos reeleccionistas y antireeleccionistas.

Más allá de los argumentos jurídicos, expresa la Comisión Especial, debe tenerse presente que en la realidad de nuestro país no existen garantías suficientes de independencia para lograr la transparencia del sufragio y para evitar la injerencia del Poder Ejecutivo en los resultados de un proceso electoral. La gran fuerza de la figura presidencial, la poca eficacia en la fiscalización del uso de los fondos públicos, el fácil manejo del aparato estatal para la publicidad, llevan a concluir, a juicio de la Comisión Especial, que en tanto no exista un mayor desarrollo de las instituciones democráticas es preferible no permitir que una misma persona intente permanecer en el poder.

Adhiero a estas expresiones, pero con una variante respecto a su conclusión final.

Descarto, por las mismas razones que aduce la Comisión Especial, la reelección inmediata. La posibilidad de reelección, luego de transcurrido sólo un período presidencial, como lo establece la actual Constitución, despierta ambiciones inmediatas. Tal vez la fórmula más sabia es permitir la reelección luego del transcurso de dos períodos presidenciales, como lo preceptúa, por ejemplo, la Constitución venezolana.

Prohibir en lo absoluto la reelección, como lo prescriben las Constituciones de México y del Ecuador, no me parece solución adecuada, porque ello constituye un veto de por vida a personalidades distinguidas que pueden haber sido presidentes idóneos para su patria.

Creo que en esta materia debemos buscar un

justo término medio aristotélico, que impida el afán de perpetuidad, pero que permita, luego de una debida sedimentación, la posibilidad de que un ex-gobernante sea nuevamente electo.

Unicameralidad, disolución del Congreso y reelección inmediata del Presidente de la República son los tres temas medulares que, a mi juicio, podrían causar un severo desequilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Pero no son los únicos. Por ello deseo referirme, muy sucintamente por cierto, a otras materias que juzgo de importancia.

Siguiendo la línea de pensamiento de la Comisión Especial nombrada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, a la que antes me he referido, propicio, prescindiendo por cierto de las coyunturas políticas que hoy vive el Perú, regresar al artículo 138 de la Constitución de 1933, cuyo texto es el siguiente:

“Para ser proclamado Presidente de la República por el Jurado Nacional de Elecciones, se requiere haber obtenido la mayoría de los sufragios, siempre que esta mayoría no sea menor de la tercera parte de los votos válidos”.

“Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría requerida, el Jurado Nacional de Elecciones dará cuenta al Congreso del resultado del escrutinio. En este caso, el Congreso elegirá Presidente de la República entre los tres candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos válidos.”

La proposición que formulo tiene como objetivo fundamental evitar la inestabilidad política entre las dos vueltas electorales, que generalmente demanda largas semanas, y habituar al Congreso de la República a buscar consensos y no disensos, puntos de encuentro y no de confrontación.

Como señalan Enrique Bernales y Marcial Rubio (Constitución y Sociedad Política) “El sistema de elección a dos vueltas es en realidad un invento francés reciente que proviene de la IV República y que responde a necesidades políticas muy puntuales”. Duverger no encuentra en la adopción de ese sistema razones jurídicas que lo justifiquen y ensaya más bien una interpretación de tipo político: a) Luchar contra el pluralismo y orientar a Francia hacia un bipartidismo, y b) Forzar a alianzas electorales en las que la sociedad se bipolariza en dos coaliciones electorales, una de derecha y otra de izquierda.

Y agregan Bernales y Rubio que “la segunda vuelta tiene un claro propósito antidemocrático y persigue distorsionar la voluntad popular forzándola a opciones bipolares antagónicas que no corresponden con el espectro pluripartidario e ideológico de la gran mayoría de los pueblos (incluido el francés)”.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el sistema francés de segunda vuelta es aplicable no sólo al Presidente de la República sino también a los Parlamentarios, salvo que éstos hubieran obtenido, en la primera vuelta, el 50% de los votos. El propósito de la doble vuelta, para ambas elecciones, es que quien gane el proceso presidencial pueda alcanzar mayoría en el Parlamento. Las dos vueltas se realizan en Francia dentro de un plazo de ocho días debido a la alta técnica alcanzada en los procesos electorales.

La realidad del Perú, sin embargo, no sólo es muy distinta a la de Francia, sino aquí el sistema de la doble vuelta se aplica sólo para la elección presidencial y no para la parlamentaria.

La segunda vuelta, señalan Bernales y Rubio, al contrario de lo que suponen sus promotores, puede ser causa de agudos conflictos y de mayor inestabilidad.

Toca ahora referirme al artículo 211, inciso 20, de la Constitución de 1979, que prescribe que es atribución y obligación del Presidente de la República dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso.

Recuerdo aquí un cordial debate, a mediados de la década del ochenta, con mi distinguido colega Enrique Chirinos Soto, cuando ambos desempeñábamos la función de Senadores de la República.

Dije aquella vez, en el hemiciclo del Senado, que esa facultad presidencial permitía al Jefe de Estado dejar sin efecto, transitoria y extraordinariamente, leyes de la República, en los casos previstos por la norma constitucional.

Enrique Chirinos Soto, por su parte, expresaba que el precepto tan sólo concedía autorización al Presidente de la República para reglamentar las leyes.

La respuesta a esta afirmación surgía de inmediato: si el inciso 11 del mismo artículo 211 otorga al Presidente de la República la potestad de reglamen-

tar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, principios evidentes de hermenéutica jurídica impiden interpretar, exactamente con esos mismos alcances, el inciso 20. No se trataba pues de reglamentar, en aras al interés nacional, una norma de rango legal. Se trataba de suspender sus efectos.

Me parece recordar que Enrique Chirinos Soto, al concluir el debate, convino con mi interpretación.

La norma es, sin duda, plausible. Razones de celeridad, de emergencia, cuando está de por medio el interés nacional, justifican que el Poder Ejecutivo dicte tales medidas. Pero han surgido problemas en su aplicación.

En primer lugar, ha habido libertinaje por parte del Poder Ejecutivo para apelar a estos llamados “decretos de urgencia”. En centenares de ellos no sólo se ha carecido del denominado “interés nacional”, sino que su contenido ha sido totalmente ajeno a “materia económica y financiera”. Y luego el Presidente de la República -y no me refiero a todos los Presidentes, por cierto- al dar cuenta al Congreso parecería haber pretendido que éste, simplemente, lo archivara.

Fueron esas dos razones, fundamentalmente, las que determinaron que el Congreso de la República, durante el período 1991 - 1992, aprobara una ley de control parlamentario sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo, control que desde luego se refería a la facultad concedida al Presidente de la República conforme al citado inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, el mismo que legítimamente le correspondía dentro de sus atribuciones legislativas y de fiscalización.

Propicio, en suma, la subsistencia del inciso 20, pero limitándolo estricta y enfáticamente a materia económica y financiera, bajo responsabilidad, y con mecanismos que permitan la revisión inmediata de esos llamados “decretos de urgencia” por el Poder Legislativo.

En la búsqueda de los pesos y contrapesos debo referirme a las observaciones del Presidente de la República, en todo o en parte, respecto al proyecto de ley aprobado en el Congreso.

La observación presidencial de todo el proyecto impide, desde luego, que él sea promulgado por el Poder Ejecutivo. El mismo criterio debe seguirse, en mi opinión, en el caso de observación parcial. No me parece razonable que objetados algunos artículos del proyecto de ley, el Poder Ejecutivo pueda pro-

mulgar los artículos no cuestionados. Usualmente el proyecto de ley es un todo orgánico al que no puede recortársele artículos.

Estimo que cuando un proyecto de ley es observado por el Presidente de la República, total o parcialmente, tales observaciones, conjuntamente con todo el proyecto de ley, deben presentarse al Congreso de la República. Y el Congreso, a su turno, no sólo debe tener la facultad de aprobar o desaprobar las observaciones presidenciales, como parece desprenderse del último párrafo del artículo 193 de la Constitución, sino de recrear todo su texto a fin de expedir una norma idónea, tratando de armonizar las posiciones encontradas entre dos poderes del Estado. Recuerdo aquí con claridad cómo nos sentíamos maniatados en el Senado de la República, para rehacer un proyecto de ley conciliando posiciones y enriqueciéndolas, cuando existían observaciones presidenciales.

Y al tratar el tema de las observaciones presidenciales no puedo dejar de referirme, por experiencias relativamente recientes, al proyecto de ley de presupuesto, que constituye una ley autoritativa del gasto público.

Considero que el Poder Ejecutivo debe tener la atribución de observar el proyecto de ley de presupuesto, porque toca a él, en definitiva, recaudar los ingresos del erario fiscal y ejecutar los gastos. Precisa, por ello, establecerse los mecanismos adecuados para evitar los tradicionales apremios que determinan que el proyecto de ley de presupuesto sea aprobado el último día de la legislatura ordinaria. Ambos Poderes del Estado deben concederse los plazos suficientes para que el proyecto pueda ser observado por el Poder Ejecutivo y para que tales observaciones puedan ser debatidas, con amplitud, por el Poder Legislativo.

Y sobre el tema presupuestal agrego, con todo énfasis, que los representantes del Congreso no deben tener iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, tal como lo establece el artículo 199 de la Constitución Política. En aquellas oportunidades en que el Parlamento de la República ha violado la norma constitucional, aprobando un proyecto de ley que crea gasto público -y este proyecto no fue observado por el Poder Ejecutivo como debió ocurrir- la ley, en la realidad de los hechos, nunca se cumplió.

Y era lógico que esto ocurriera. Si es el Poder

Ejecutivo el que debe administrar la hacienda pública, y si cuenta para ello tan sólo con las previsiones de gasto consignadas en la ley de presupuesto, sería absurdo e imprudente exigirle la generación de un desbalance presupuestal.

Planteo, como penúltimo tema, que se preserve la Comisión Permanente del Congreso. La experiencia señala que ella puede operar adecuadamente, en la medida en que sus derechos y obligaciones estén claramente delimitados por la propia Constitución y por la ley. La Comisión Permanente, como se sabe, funciona durante el receso del Congreso. Y cuando se convoca a Legislatura Extraordinaria, que interrumpe sólo parcialmente el receso parlamentario, la Comisión Permanente debe continuar funcionando, pero sin ocuparse de los asuntos materia de la convocatoria a dicha legislatura.

Estimo, finalmente, que el Presidente del Consejo de Ministros debe ser "un ministro sin cartera", para actuar como coordinador entre los demás ministros, de quien es un *primus inter pares*, y ser, a su vez, el permanente interlocutor con el Presidente de la República y vocero del Gobierno ante la opinión nacional. No propicio, en forma alguna, convertir al Presidente del Consejo de Ministros en Jefe de Gobierno. Esta debe ser función que también corresponde al Jefe de Estado, esto es, al Presidente de la República. El Presidente del Consejo de Ministros, en fin, deberá concurrir al Congreso de la República con los otros Ministros de Estado, a fin de debatir con frecuencia, como práctica democrática, las políticas del gobierno y los proyectos de ley más importantes en cada sector.

Quiero concluir expresando que si hoy algún concepto ha logrado patente universal, es el de la democracia representativa. No sólo han quedado atrás los tiempos de las dictaduras totalitarias de cualquier tinte ideológico y los regímenes autoritarios, sino inclusive ha terminado el enfrentamiento Este-Oeste que forzaba a la humanidad a escoger entre regímenes políticos que adherían a concepciones de democracia abiertamente contradictorias. Si algo caracteriza estos finales del siglo XX es el de una revolución pacífica por la democracia y por las libertades ciudadanas.

Por ello, un justo balance, un justo equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, garantizará en nuestra patria estabilidad política y vigencia plena de la democracia representativa.

Entrevista a Néstor Pedro Sagüés

Néstor Pedro Sagüés es actualmente uno de los mas importantes constitucionalistas latinoamericanos cuya opinión es siempre escuchada con suma atención, por distintos auditorios, especialmente en momentos en que se realizan reformas constitucionales.

Argentino de nacimiento, es Abogado y Doctor en Derecho .Su actividad docente la realiza en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina de Rosario, además de ser profesor visitante en diversas universidades latinoamericanas. Además de la labor docente, el Doctor Sagüés se desempeña como Magistrado de la Cámara de Apelaciones de Rosario y asesor de la Academia de la Magistratura de Uruguay.

Aprovechando la visita que realizó a nuestro país, invitado por la Comisión Andina de Juristas, para participar como expositor en las Jornadas Constitucionales organizadas por la institución ya mencionada, pudimos obtener la entrevista que hoy les presentamos, esperando que ella sirva para enriquecer el debate constitucional que hoy vivimos

La presente entrevista fue preparada, realizada y editada por Juan Carlos Alvarado-Ortiz y Juan José Martínez. Realizarla fue posible como consecuencia del apoyo de Laura Puertas y Samuel Abad a quienes desde ya les agradecemos .

La mayoría de la doctrina constitucional se inclina por considerar que en principio una Constitución debe reflejar el consenso. ¿En qué medida ello es cierto y no sólo lo ideal, siendo lo real, la imposición de una voluntad mayoritaria en un momento político determinado?

NPS: Lo ideal es que una Constitución refleje un consenso social, que sea un instrumento para la concordia y no para la discordia, eso como ideal. Ahora bien, naturalmente tal objetivo no siempre se consigue, la Constitución argentina por ejemplo no fue una Constitución, digamos, deseada por la sociedad, por la misma razón que ella no tenía una idea clara de como hacer una Constitución, fue más bien obra de una asamblea constituyente que a la larga y definitiva, resultó útil. En otros casos es necesario tomar decisiones en un sentido o en otro y si esas decisiones no logran consenso, habrá que tomarlas por una decisión o resolución mayoritaria. De todas maneras cuando una Constitución es impuesta por una mayoría a una minoría bastante representativa, es posible que esa Constitución no tenga mayor futuro o prolongación en el tiempo. Nosotros hemos tenido el caso de la constitución de

1949 por ejemplo, que fue decididamente impuesta por un sector mayoritario a otro, que aunque no mayoritario, era un sector importante de ella , y que no duró mas de siete años, siendo en última instancia abolida por un pronunciamiento militar.

¿A través de qué mecanismos se puede reflejar este consenso? ¿Puede ser por medio de una elección?

NPS: Bueno sí, las elecciones generalmente son un indicador sobre lo que piensan los grupos sociales más importantes y activos de la sociedad, pero también las encuestas y los sondeos son indicadores válidos para determinar qué es lo que piensa una comunidad.

Con respecto al tema de los derechos constitucionales y asumiendo la doctrina que sostiene que una constitución debe tener una parte dogmática y otra orgánica. La parte dogmática de la misma, la cual refiere los derechos de las personas, es dividida por el derecho comparado en derechos de preceptividad inmediata y de

preceptividad aplazada. ¿Existe una clara diferencia entre ellos? Con respecto a los segundos, ¿podría una constitución no contemplarlos?

NPS: Hay dos tipos de Constitución. La primera la podríamos llamar *Constitución contrato* y la segunda *Constitución promesa*. La constitución contrato tiene objetivos discretos y realizables a corto y a mediano plazo, son objetivos cuyo cumplimiento normalmente el interesado puede demandar por parte del Estado en los tribunales, si éste no los efectiviza. La Constitución promesa por el contrario, es una Constitución con objetivos a muy largo plazo, que realmente incurre en los vicios del utopismo o del gatopardismo o del enunciado de derechos al estilo de un catálogo de ilusiones. Pienso que una Constitución no debe prometer más que aquello realizable realmente en un período no muy lejano, en su defecto la Constitución se devalúa puesto que al solamente enunciar ilusiones y no objetivos realizables, lo que se provoca es un escepticismo por parte de la comunidad acerca del éxito de la Constitución provocando una devaluación de la Constitución, y en el fondo, incluso, una mentira hacia la comunidad.

¿Existiría, en caso se contemplen derechos de preceptibilidad aplazada, algunos mecanismos procesales para hacerlos efectivos?

NPS: En primer lugar se debe determinar si esos derechos son posibles de otorgarse o si son meras ficciones. Si son ficciones, no procedería reclamo alguno, por ende vamos a suponer que si tienen posibilidades de cumplimiento; en tal caso, la muestra, más avanzada que tiene el derecho comparado es la Constitución de la provincia de Río Negro en la República Argentina que establece el siguiente mecanismo procesal: vencido un plazo razonable para que el legislador instrumente o implemente un derecho constitucional programático, el interesado, (afectado o perjudicado por esa omisión) inicia una "Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" ante el Tribunal Supremo de esa provincia. Si el tribunal detecta o constata omisiones legislativas, le establece un plazo al órgano pertinente para que dicte la norma faltante. Si vencido ese plazo el congreso o la legislatura o quien debe dictar la norma no lo hace, el tribunal trata de cubrir el vacío lagunoso con una solución para el caso concreto y si no puede hacerlo, por ejemplo: si se trata del derecho de constituir un seguro social obligatorio y no es posible que el tribunal cree el instituto de servicio social obligatorio, en tal caso, el tribunal fija una indemnización en favor del perjudicado por la omisión

legislativa en función del perjuicio efectivamente causado por esa omisión.

¿La existencia de un listado de derechos en una constitución se podría considerar como un exceso de reglamentarismo? En todo caso, ¿no sería suficiente una declaración genérica o una mención a la Declaración Universal de los Derechos?

NPS: Sí, hay mucho de redundancia constitucional. Si una constitución se remite a la Declaración de los Derechos Humanos, volver a repetir esos mismos derechos es redundante. La redundancia puede tener un objetivo jurídico-político: enfatizar la vigencia de un determinado derecho. De todas maneras hay que analizar en ese listado de derechos, qué es lo que una sociedad considera importante introducir o resaltar como derechos para ella. Hay derechos que son más importantes para una sociedad que para otra, entonces, se comprende que esa sociedad quiera resaltar ese derecho en particular, el cual puede resultar ser simplemente uno accesorio para la mayoría de las constituciones. Ahora bien, conviene cuidar de no enunciar derechos demasiado gaseosos o abstractos porque esos constituyen a veces meros principios jurídicos o criterios jurídicos y no normas en sentido preciso, es decir, hay que saber diferenciar lo que es un principio jurídico de lo que es una norma jurídica. Un principio es más bien una idea que facilita luego el dictado de normas, pero como idea solamente carece de eficacia jurídica ya que no se podrá demandar su cumplimiento ante tribunales.

Doctor, las normas con contenido económico a partir de las Constituciones de Weimar y de Querétaro se introducen dentro del ordenamiento constitucional y sabemos que la mayoría de países las incluyen en su Carta Magna. ¿Qué resulta más conveniente?, ¿qué en la constitución se plasme un modelo económico?, ¿qué ésta no se pronuncie al respecto? o, ¿qué contenga un conjunto de principios mínimos, generales y de consenso que deban servir de marco económico a la nación?

NPS: Mire, pienso que si bien depende de cada país, no es malo que la Constitución defina algunos principios fundamentales como por ejemplo, la función social de la propiedad, el trabajo como derecho y como deber, la justicia social, etc., porque estos principios pueden luego servir para resolver dudas sobre la constitucionalidad concreta de una norma. Por ejemplo, a la pregunta si es posible que un Estado obligue a alguien a trabajar de determinado modo o en determinada actividad, disfrute su propie-

dad de manera que cumpla con determinado objetivo, o fije cuotas mínimas de producción de trigo, azúcar o de soya, en tal sentido ello podrá enmarcarse dentro de una Constitución que contemple principios "sociales", Constitución que adopta la concepción individualista liberal, por eso, la inclusión de ciertos principios fundamentales en la Constitución, como les dije, función social de la propiedad o justicia social o economía social me parece correcto para resolver dudas posteriores .

Dentro de los temas políticos constitucionales, el vinculado al equilibrio de poderes y la relación poder ejecutivo-legislativo es uno de los más importantes. En la Constitución peruana vigente, la de 1979, se instaura un modelo presidencialista atenuado, puesto que, si bien es cierto, el Presidente de la República es la figura máxima de poder, existe el derecho de censura hacia el gabinete por parte del parlamento. ¿Qué opinión le merece el sistema consagrado en nuestra Constitución?, ¿le parece el más conveniente?

NPS: Sí; a mí me parece que en Perú, lo mismo que en Argentina, no están en condiciones de afrontar un Parlamentarismo al 100 %, de tal modo que el presidencialismo atenuado puede servir como sistema práctico de gobierno. Con este sistema logramos, por ejemplo, repartir en parte el trabajo entre el Presidente y los ministros, que de todas maneras, aunque no lo diga la Constitución, es así en la práctica. La Constitución argentina, que es presidencialista, indica que el presidente nombra y remueve a todos los empleados de la administración pública. Sin embargo, en la práctica, son los ministros y los secretarios los que cumplen esa tarea por cuanto resultaría hoy impensable que el Presidente firme el nombramiento, por ejemplo, de una ordenanza en una escuela. Un presidencialismo atenuado a los fines de descargar parte del trabajo en los ministros así como el control que sobre ellos ejerce el parlamento vía la interpelación o la censura, responde a las necesidades también prácticas de división de trabajo. La duda está en si también procede acentuar entre ministros y Presidente una división de poder político y ello conlleva respuestas que no me atrevería a contestar para el caso peruano. Pienso que en principio no estaría mal. En la práctica, habrá que analizar la realidad de cada país.

¿Cabría instituir un gobierno parlamentarista en algún país latinoamericano en especial? Si fuera ello posible, ¿qué características debería presentar?

NPS: Me parece que un parlamentarismo neto e intenso en Latinoamérica, pese a que teóricamente responde tal vez a un sistema de gobierno más avanzado en cuanto a civilización política, todavía no tendría consenso social y hay que ser conscientes que un modelo teóricamente mejor que otro no tiene garantías de éxito si los protagonistas de ese sistema no lo quieren. El parlamentarismo requiere de parlamentaristas, es decir, personas con voluntad de cumplimiento de ese sistema. Si ello no ocurre así, lo que finalmente tendremos es un sistema parlamentarista en los papeles y las normas pero interpretado y aplicado con mentalidad presidencialista. En resumen, será un sistema presidencialista aunque ello no esté formalmente establecido. Todavía en nuestros países seguimos con la idea de un poder ejecutivo fuerte y creo que mientras que esa base sociológica no cambie, el modelo parlamentarista no será aplicable.

En el contexto de Relación Ejecutivo-Legislativo, uno de los puntos mas polémicos fue el asignarle al Presidente la potestad de disolver el parlamento. La atribución está incluida en el proyecto constitucional en debate. ¿Está usted de acuerdo con ello?

NPS: En un sistema presidencialista no es correcto asignarle esa potestad al Presidente de la República, teniendo en cuenta además, que es un dispositivo que tiende todavía a acentuar más el poder de un presidente que de por sí, en casi toda Latinoamérica, lo tiene de manera abundante . Sería crear un *hiper* poder ejecutivo. Algunos países lo han tenido, como por ejemplo Paraguay, según la constitución de 1967, aunque ahora en la constitución de 1992 lo ha eliminado .

¿Y en caso se produzca una crisis política extrema, tendría el presidente esa facultad ? En todo caso esa situación podría justificar el tomar una medida de esa magnitud?

NPS: Ah, bueno, si la crisis política es muy extrema, en el sentido que entra en juego la persistencia del sistema político, el caos social, o la disolución de la república, entonces nos encontramos frente a un problema de estado de necesidad y sobre ello me remito a un trabajo que he publicado en la revista *Ius et Praxis* aquí en Lima, en donde analizo las distintas alternativas que pueden presentarse. En principio esto significaría un supuesto de evasión de la Constitución y requeriría como mínimo las siguientes circunstancias: en primer lugar encontrarlos en el supuesto que esté en peligro la subsistencia del estado o el caos social; en segundo lugar, la

inevitable necesidad de disolver el congreso, es decir, no hay forma de resolver la crisis sin disolver el congreso y; en tercer lugar, estar seguros que esta medida sea la acertada para controlar la crisis. Si se dieran esas circunstancias, estaríamos frente a una hipótesis extrema de estado de necesidad, pero no creo que algún país en Sudamérica haya estado últimamente tan cerca de ello .

Una de las razones que esgrimió el Presidente Fujimori para disolver el parlamento el 5 de abril, fue la "lentitud e inoperancia del parlamento nacional, la cual obstruía los cambios radicales que necesitaba el país". Sin tomar necesariamente como veraz dicho comentario, el unicameralismo podría darle mayor rapidez y eficiencia al parlamento?

NPS: Sí, para buscar una mayor rapidez en las decisiones parlamentarias un camino podría ser el unicameralismo, otra ruta podría ser el sistema llamado de "Creación abreviada de normas" . El sistema en mención consiste en que el poder ejecutivo remite un proyecto con solicitud de tratamiento urgente y si el congreso o una de las salas no lo expide en 30 días, se presume aprobado y de ahí pasa a la otra sala, en donde también se le presume aprobado (en caso que tampoco se pronuncie en 30 días) por silencio, lo que se llama "aprobación tácita de normas". Un tercer camino, si realmente no hubiera respuesta del parlamento y fuera indispensable expedir una norma, serían los llamados "Decretos de necesidad y urgencia", los cuales si son recatemente empleados, sirven para afrontar situaciones excepcionales en donde fuera necesario que el parlamento emitiera normas de manera muy rápida y éste no las emitiera.

En cuanto a las funciones parlamentarias, aparte de la legislativa, resulta muy importante la función fiscalizadora, la cual se encuentra actualmente en el "ojo de la tormenta" como consecuencia de una denuncia por desapariciones. ¿Cuáles serían los límites de ella y qué objetivo persigue?

NPS: Esta es una función muy importante; fíjese que el parlamento nace en realidad para controlar al rey y para ponerle un tope a su poder, incluso antes que para legislar. Lo que buscó el parlamento en sus inicios y hoy en día mantiene como importante función, fue controlar al ejecutivo. Ahora bien, esa tarea se encuentra en crisis hoy en día por una serie de razones, algunas de las cuales no son imputables al parlamento. Entre las razones más importantes tenemos en primer lugar, el hecho de carecer

de oficinas técnicas, que en cambio tiene el poder ejecutivo, de asesores en el número que sí tiene el ejecutivo, de reparticiones ministeriales, de computadoras y empleados en la medida que los tiene la administración central, etc. En segundo lugar, hay áreas de la administración pública que son secretas o cuasisecretas o que si bien no son secretas, son de difícil acceso o comprensión, salvo para técnicos muy especializados. Imagínense ustedes por ejemplo todo el conocimiento que se necesitará para controlar la realización de una obra pública sofisticada como puede ser una represa, un dique grande, etc., eso por un lado.

Por otro lado, en muchos países el parlamento no ha controlado al ejecutivo porque es más fácil no controlar que sí hacerlo. No ha controlado por que algunas veces el presidente maneja al partido político predominante o a los otros con los cuales llega a acuerdos para evitar la fiscalización. Incluso para algunos congresales la mejor manera de ascender en el partido es no vigilar mucho al presidente, especialmente cuando es jefe del partido, esto ya lo decía Livingston. A todo ello hay que agregar que existe mucha suciedad, mucha inmoralidad especialmente en las sociedades latinoamericanas en donde no es de buen gusto controlar, se ve mal el hacerlo y es más elegante y cómodo no controlar.

Todo ese conjunto de factores ha producido, un poco por hambre y un poco por ganas de comer, que el congreso se hiciera de la vista gorda y no controlase. Para cambiar la situación, lo cual es bastante difícil, porque eso obligaría a cambiar los hábitos sociales, debemos comenzar a exigir una voluntad de control y si ella no existe, por más que imaginemos cuarenta dispositivos, nunca se va a controlar. Si ustedes me dijeran que ya existe voluntad de control y me preguntaran qué deberíamos hacer como siguiente paso, bueno, les contestaría que habría que robustecer ciertas oficinas técnicas del parlamento, lograr que éste pierda menos tiempo en homenajes, pensiones o leyes sin importancia. Habría que crear cuerpos de inspección sobre el ejecutivo y sobre todo, habría que trabajar mucho y tener la voluntad de oponerse al presidente, incluso si éste fuera de su partido, lo cual en Latinoamérica es casi improbable.

Otra de las instituciones cuestionadas y desactivadas como consecuencia de las medidas tomadas el 5 de abril fue el Tribunal de Garantías Constitucionales. En el derecho comparado, existen dos formas orgánicas de control constitucional, por un lado el sistema francés que crea un Tribunal Constitucional autónomo

del Poder Judicial y por otro el sistema de control del Poder judicial vía una sala constitucional en la Corte Suprema. ¿Cuál sistema elegiría usted?

NPS: Esto admite dos niveles de análisis. Uno abstracto o teórico y otro práctico. Desde el primero de los nombrados parecería que un Tribunal Constitucional extrapoder del judicial, es decir, un organismo formado por especialistas más próximos al Poder legislativo que a la Corte Suprema común, que instrumenten y apliquen lo que se llama el cuerpo constitucional, podría ser el sistema más idóneo para lograr el control de la constitucionalidad en comparación con los tribunales comunes, eso en abstracto. En la práctica habrá que ver cómo se designa a los miembros de ese tribunal constitucional, evitando que éste se convierta, por ejemplo, en una sucursal del parlamento o de los partidos políticos. Si la designación es política tendremos un poder "autónomo" que en realidad será una tercera cámara del parlamento, suponiendo una bicameralidad, o un órgano dependiente de él. En resumen, habrá que analizar la realidad de cada país en concreto para determinar que le conviene, qué sistema es el mejor en la realidad concreta. Yo desconfío que en la realidad concreta latinoamericana, con respecto a la clase política, ésta quiera efectivamente tener un tribunal constitucional autónomo. Por eso la idea hay que ponerla bajo la lupa y revisarla con cuidado.

En principio la función por la cual se inicia el Tribunal Constitucional es velar por la constitucionalidad de las normas. ¿Cabría incorporar dentro de sus funciones la de desempeñarse como árbitro en los conflictos entre los distintos poderes de un estado?

NPS: Desde luego que sí. Alguien debe tener la potestad de resolver los conflictos entre poderes de un estado y si no está estipulado por la constitución quién debe hacerlo, hay que inventarlo, porque no puede existir un problema sin solución racional. Si la constitución no plantea una solución, debemos buscarla mediante el derecho consuetudinario constitucional y si en él tampoco encontramos respuesta, tendrá que ser la Corte Suprema, si no hay un tribunal constitucional. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia determinó por vía jurisprudencial que ella es la que asume la función de árbitro.

Pasando a otro tema, una de las novedades que introduce el anteproyecto constitucional es la acción de garantía llamada *Habeas Data*. Asimismo, éste mantiene la acción de *Habeas Cor-*

***pus*, el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la acción Popular. Cuáles son los supuestos en los cuales la acción de *Habeas Data* puede ser aplicable?**

NPS: El *Habeas Data* es un proceso constitucional complejo porque puede tener varios objetivos. En primer lugar, conocer qué es lo que se dice de mí en registros públicos y/o privados, eso depende de la extensión que usted le dé. En segundo lugar puede tener por objeto el que yo actualice lo que se dice de mí en esos registros, por ejemplo si en ellos consta que estoy siendo procesado y ya hay sentencia absoluta o el caso ya fue sobreseído, ello debe constar así en mi registro personal y en cualquier registro en donde ello sea relevante. Un tercer objetivo sería la rectificación de información inexacta que obre sobre mí. Por ejemplo, que se diga que he nacido en Uruguay, cuando yo he nacido en Argentina. En cuarto lugar, puede tener por objeto excluir la llamada información sensible, la cual es entendida como la referida a mis sentimientos o convicciones religiosas, políticas, ideológicas, gremiales o incluso a aspectos de mi privacidad como por ejemplo comportamiento sexual. Esos son los cuatro supuestos en que puede operar el *Habeas Data*. No todos los países lo regulan con la misma extensión o intensidad, pero sí buscan hacer operar el valor verdad o excluir información que pueda violar la intimidad o el principio de igualdad entre las personas. También cabe preguntarse si su poder puede cubrir cualquier registro o solo algunos de ellos (en fichas, *cassettes*, *diskettes*, computadoras etc.), al alcance de cualquiera, varios o uno solo. Es un tema muy lindo y complejo, por cierto, pero de gran desarrollo en el futuro.

El proyecto de reforma constitucional, conforme lo señalado por la Comisión de Constitución, incluye el mecanismo del *referéndum* como instrumento para practicar la democracia directa. ¿No cree usted que ello puede prestarse a subjetividades o manipuleos por parte del Presidente de la República que a la larga pueden ser perjudiciales para el país?

NPS: Si la convocatoria es legítima, honesta y sincera, el *referéndum* puede convertirse en un instrumento importante y útil para la democracia. Nosotros hemos tenido un *referéndum* consultivo con respecto a la solución del conflicto del Atlántico Sur, el Canal de Beagle, y ahí el presidente Alfonsín convocó al pueblo para que opinara sobre la propuesta papal, si estábamos de acuerdo o en contra, y el *referéndum* fue limpio. La gente pudo discutir, votaron muchos, alrededor del 75 % de los electores; la inmensa

mayoría se declaró a favor de la propuesta papal y ello sirvió para terminar un tema espinoso, difícil y controvertido que debía ser consultado. El *referéndum* buscó saber cual era la opinión de la sociedad y finalmente se firmó el tratado, poniendo punto final a la discusión. Fue limpio y honesto .

Finalmente, uno de los temas más polémicos tanto en Argentina como en el Perú es sin lugar a dudas el de la reelección presidencial inmediata, el cual se ha incluido en el actual proyecto constitucional bajo la forma de inmediata pero no indefinida. ¿Bajo que supuestos ésta se podría plantear, o usted la descartaría de plano en países latinoamericanos como los nuestros ?

NPS: Bueno, yo le diría que en principio soy contrario a la reelección presidencial en realidades como las nuestras, básicamente por tres factores: primero porque el presidente tiene mucho poder y con el instrumento de la reelección; tendría el poder del tiempo aparte del poder propio que la Constitución y

la práctica presidencial le da; en segundo término, porque el presidente latinoamericano en general, no está controlado (hay excepciones, pero en la mayoría de los casos no está controlado por el Congreso, ni por el Poder Judicial); en tercer término, porque en Latinoamérica hay una tendencia a la no alternancia o transferencia del poder, y esto permitiría que los presidentes buscasen como primer objetivo de su gobierno el perpetuarse en el poder en lugar de gobernar. Ahora bien, la excepción a lo dicho será, primero, si la sociedad atraviesa una situación crítica muy grave que exigiese la continuidad de un presidente y segundo, que ello ocurra así siempre que la enorme mayoría de la sociedad quisiera la reelección. Pero en tal caso preferiría que se establezca la reelección por una cláusula transitoria en la Constitución y no en una norma permanente. La reelección presidencial puede plantearse, y de hecho ocurre así en sistemas parlamentaristas en donde la diferencia Jefe de estado-Jefe de gobierno permite que ello no constituya un abuso de poder presidencial....



BANCO DE LIMA

GRUPO CREDIT LYONNAIS

Entrevista a Augusto Mouchard Ramírez

Iniciadas, desde el 21 de junio pasado las operaciones a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se ha dado también inicio a una nueva experiencia, aquélla que significa en nuestro medio la implementación del Sistema Privado de Pensiones.

Desde que se conociera este sistema en nuestro país, con la promulgación del Decreto Legislativo No. 724 en noviembre de 1991, se han emitido diversas opiniones sobre las bondades y defectos del mismo. Sin embargo, atendiendo a la innegable actualidad del tema, y a las aún existentes dudas sobre sus ventajas, Thémis-Revista de Derecho, recurriendo a la opinión autorizada de sus protagonistas, pretende brindar algunos alcances sobre el tema.

En ese afán, presenta en las siguientes páginas la entrevista efectuada al Doctor Augusto Mouchard Ramírez, ex-Presidente de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y actual Superintendente de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, quien alcanza sus impresiones sobre los aportes del nuevo sistema, tanto respecto de los beneficios al trabajador como al desarrollo económico del país, entre otros temas.

La presente entrevista fue preparada y realizada por Augusto Cauti Barrantes y Carlos Cornejo Vargas. Para la edición de la misma se contó con la colaboración de la Srta. Mónica Kusuma.

Si partimos de la premisa que muestra al Sistema Privado de Pensiones como un proyecto, que presenta como principal objetivo el otorgamiento de mejores y más dignas pensiones de jubilación al trabajador. ¿Cuáles serían las ventajas que obtendría un trabajador que decidiese afiliarse a una Administradora Privada de Fondos de Pensiones?

A.M.R.: La primera ventaja, es pasar de un modelo de reparto con efecto redistributivo como lo es el Sistema Nacional de Pensiones, a un modelo de capitalización individual no redistributivo; que va a permitir en todo momento saber cómo se están manejando todos los aportes que el trabajador está destinando para su jubilación.

Y, la segunda ventaja es que esos aportes se constituyen en un ahorro obligatorio y generan una renta por las inversiones que realizan las AFP con esos montos.

¿Y qué garantías le ofrece el Sistema Privado de Pensiones al trabajador respecto de sus aportes?

A.M.R.: Al respecto, debe señalarse que hay dos garantías:

La primera, es que el Estado crea la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones para ejercer un control efectivo que permita cautelar los fondos de los trabajadores y, para emitir toda la normativa que ayude a una administración eficaz.

Mientras que la segunda, es que el mismo trabajador controla su estado de cuenta, pudiendo analizar cómo se están invirtiendo esos fondos, a cuánto ascienden y cuáles son los intereses o rentas que esos mismos fondos vienen ganando.

¿Cuáles cree usted objetivamente serían las

desventajas del Sistema Privado de Pensiones?

A.M.R.: Yo no le veo desventajas a este sistema, y por el contrario sí muchas virtudes y, una en especial que es la de otorgar al trabajador al momento de jubilarse una pensión que estará en relación directa al esfuerzo que él ha realizado durante su vida laboral activa.

Si es evidente para todos la crisis económica y administrativa por la que atraviesa el IPSS, a pesar de los esfuerzos de su Presidente Ejecutivo, el Dr. Luis Castañeda Lossio, ¿por qué no apostar decididamente a la reactivación del IPSS y sí hacerlo a la creación de un Sistema Privado de Pensiones?

A.M.R.: Veamos, acá no se puede ignorar que dentro del marco de reestructuración del Estado se ha empezado con el redimensionamiento del aparato estatal, que implica una modernización de la economía. En tal sentido, yo no creo que al IPSS se le esté afectando o quitando algo, sino por el contrario se le está dando la oportunidad de demostrar su eficiencia en la administración de la seguridad social, pero sólo en lo que corresponde al sector salud; pues la parte de pensiones ya no le corresponde, en vista de que ella ha pasado a una Oficina de Normalización que depende del Ministerio de Economía.

Además, en relación al tema no debe olvidarse que en este Sistema Privado de Pensiones se ha establecido un aporte solidario de los trabajadores equivalente al 1% de la remuneración asegurable para transferirlo al IPSS y de alguna manera, subsidiar la situación de aquellas personas que por falta de recursos económicos no pueden por ellas mismas generar su pensión.

Y es que, debemos tener en cuenta que lo que prima acá es el bienestar del trabajador, es decir la jubilación del trabajador, del hombre que está aportando, del hombre que está cotizando y que tiene derecho a una pensión digna, a una pensión que le permita vivir decorosamente.

Ahora bien, debe quedar claro que lo que se está haciendo es romper un monopolio, el monopolio del Estado en el manejo de las pensiones, ¿por qué?; porque en el mundo dicho monopolio ya colapsó. En efecto, en la hora actual el sistema de reparto ha colapsado, inclusive se dice que ya en Japón habría también colapsado, y téngase en cuenta que ello habría sucedido en un país adelantado con tecnología, con disciplina. En suma, el sistema de reparto manejado por el Estado viene colapsando en todo el

mundo y por ello hay problemas en pagarle a los pensionistas.

De otro lado, la pensión de un trabajador no debe estar en función del crecimiento poblacional, de los cambios demográficos, como sí lo está en un sistema de reparto, donde a mayores jubilados habrá menos dinero para cada uno de ellos. De ahí que en el fondo de capitalización individual implementado, Sistema Privado de Pensiones, el trabajador sea el protagonista. Es el mismo trabajador quien cuida sus aportes, asimismo quien los administra a través de una AFP y finalmente es él quien va a determinar como desea recibir su jubilación.

Por otro lado, cuando se habla del IPSS, se ignora que hay un gran sector de la población que no tiene acceso al sector salud del citado Instituto, precisamente los propios aportantes. Téngase presente entonces que el hecho de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones no desvincula al trabajador de la prestación de salud a cargo del IPSS, pues el trabajador estará afiliado al régimen de prestaciones de salud de modo tal, que no es excluyente una cosa con la otra. En ese sentido, poniendo énfasis en el sector salud, estimo conveniente pensar en aquellos peruanos que en este momento no tienen acceso a prestaciones de salud pues es allí donde el Estado tiene que desempeñar un rol protagónico, creando y habilitando infraestructura, concretamente hospitales, pero que no sean -hospitales- exclusivos para una clase determinada ya sea de trabajadores o de empresarios.

Luego, es allí donde está la función del Estado, es allí donde está la razón del redimensionamiento del Estado y, es allí donde el Estado debe dedicar su mayor esfuerzo, a ese sector tan importante y tan descuidado en los últimos años.

Regresando al tema del redimensionamiento del Estado; ¿no cree usted que con la desactivación del IPSS, que hasta el 5 de diciembre de 1992 venía administrando tres regímenes, el Gobierno está optando por una posición, y en tanto ello, interfiriendo en la libre elección de los trabajadores?

A.M.R.: No, esa afirmación no es exacta. Debemos recordar, que no se está desactivando el IPSS, y por ello no se está recortando la libre elección de los trabajadores. Yo me pregunto, ¿qué se va a desactivar, si el IPSS en pensiones ya colapsó?; lo que se recauda no alcanza para pagar las pensiones inmediatas, es decir si se persiste en ese sistema, el

día que un trabajador decida jubilarse no habrá dinero para pagarle dado que hay en ello un efecto piramidal, en donde todo lo que se recauda es para pagar pensiones.

Por lo último mencionado, se puede saber porque las pensiones son tan magras, aunque ello se puede explicar fundamentalmente por dos razones: primero, la tentación del Estado de echar mano a esos fondos destinados a esos fines; y segundo, al tamaño de la población, pues a mayor población, menor pensión.

Entonces no se puede afirmar que se está desactivando algo, cuando ya no quedan ni los escombros de ello. Y es que, esa es la verdad, son escombros, son desechos. El IPSS, en lo que toca a pensiones ha sido ya destruido, ha colapsado totalmente por una serie de políticas demagógicas.

Si tenemos en cuenta que nos estamos moviendo hacia un modelo de libre mercado, donde se supone cada pensionista es libre y sabe mejor que nadie lo que más le conviene. ¿Cuál es la razón por la cual el Gobierno con su acción busca inclinar hacia el Sistema Privado de Pensiones la decisión de los trabajadores?

A.M.R.: El Gobierno no busca inclinar la opción de elegir que tienen los trabajadores, el Gobierno reconoce la plena libertad que tiene el trabajador para decidir entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones.

Como he mencionado antes, lo que está haciendo el Gobierno es, primero romper el monopolio, la exclusividad en la administración de pensiones, teniendo en cuenta que es ese monopolio el que ha llevado a una situación extrema al sistema de pensiones. Al punto que, cuando usted va a un hospital no haya con qué atenderlo y lo manden a la calle a comprar y pagar de su bolsillo, cuando ello corresponderá al Estado. Y es eso lo que se busca combatir, de ahí la imperiosa necesidad de romper monopolios. Basándonos para ello, en un sistema de libre competencia y de eficacia, de eficiencia con eficacia. Ahora, ¿qué tan eficaz es usted para administrar algo? bien, el Gobierno a través de la Superintendencia difunde un sistema; ¿por qué difunde un sistema?, porque el protagonista de ese sistema será el trabajador y como tal tiene libremente la facultad de elegir su AFP. Para esto, tiene que conocer cuáles son sus derechos ante una AFP, así como cuáles son las obligaciones de dicha administradora hacia su persona.

Entonces, nos encontramos ante un régimen totalmente libre, tanto así que si el trabajador, considera que debe quedarse en el Sistema Nacional de Pensiones se quedará y del mismo modo, si considera que es más conveniente el Sistema Privado de Pensiones se trasladará a él.

En todo caso, en qué radican las limitaciones normativas impuestas a la libertad del trabajador, por ejemplo, en caso decida trasladarse de una AFP a otra, o en caso decida regresar del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones.

A.M.R.: Bueno, es que tiene que establecerse un plazo para el buen manejo de los fondos, un trabajador no puede estar pasando del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones, del Sistema Nacional al Sistema Privado. ¿Por qué? porque eso implica todo un procedimiento; cuando se pasa al Sistema Privado hay que emitir un bono, para que acto seguido el trabajador empiece a cotizar individualmente. Entonces, si más adelante estima conveniente regresar al IPSS, hay que volver a rescatar el bono y entregarlo al referido Instituto y con él volver a transferir todos los fondos del trabajador al IPSS, y así, si luego decide volver a regresar hay que realizar de nuevo la emisión del bono, calcular el bono, etc.

Entonces, en ello radica dar un margen de dos años para que el trabajador pueda elegir, pues, en dos años -nosotros- consideramos que el trabajador debe haber tomado pleno conocimiento de los dos sistemas.

En relación a otro tema, se considera que el Sistema Privado de Pensiones debe ser uno de los motores en el desarrollo económico del país. Si ello es así, ¿cómo se ha ponderado la circunstancia que en nuestra realidad, no se presenten ciertos supuestos para el adecuado funcionamiento de un Sistema Privado de Pensiones, sino por el contrario hayan pocas inversiones, recesión, inflación, etc.

A.M.R.: Pero, qué mayor justificación que se den esos factores en el Perú. Abona en ello, que inversionistas extranjeros estén viniendo a participar en las AFP porque comienzan a tener confianza, lo cual es bueno puesto que demuestra la presencia de gente extranjera que confía en que este país está saliendo de una etapa de crisis, que entiende que invertir en el Perú no es echar dinero en un saco roto, y sabe que puede producir en nuestra economía.

Entonces, es por ello que dichos inversionistas quieren, y en el peor de los casos intentan, implementar un sistema donde el ahorro, es decir, el consumo que usted está difiriendo para el momento de su jubilación, sea dirigido hacia la economía, para impulsarla del modo más simple posible. Y es que, al entrar dinero al mercado financiero, las empresas van a encontrar un financiamiento barato, más barato que el propuesto por los bancos y se va a incrementar el mercado de capitales, el movimiento en la Bolsa de Valores, el número de transacciones nacionales e internacionales, generándose con ello un mayor empleo.

Si no, reparemos en el caso chileno.

Ellos empezaron en una situación distinta, ¿no cree?

A.M.R.: Efectivamente, ellos empezaron con una situación que estaba en plena bajada, estaban entrando en toda una crisis, nosotros estamos saliendo de una crisis.

En este momento, la situación es más favorable para nosotros, de lo que les fue a los chilenos en su momento.

En ese caso, el rol de la Superintendencia de AFP es importante, y debe ser eficiente. ¿qué mecanismos plantea la Superintendencia para lograr una eficaz fiscalización del Sistema Privado de Pensiones?

A.M.R.: El primero, es implementar la supervisión en tiempo real, o sea en línea, ¿cómo se logra ello? con dos elementos: el primero, un personal altamente calificado, y en un número sumamente reducido; y, el segundo, una Superintendencia moderna, con equipos y tecnología de punta; denominados equipos de arquitectura abierta, que permiten su interconexión con cualquier tipo de computadoras, y con un lenguaje informático de última generación.

Entonces, la Superintendencia tiene que estar interconectada con todas las Administradoras de Pensiones, con la Bolsa de Valores, con la CONASEV, con el Sistema Financiero en general, para poder ejercer un control de tiempo real, es decir día a día.

Una de las principales críticas que se ha hecho al sistema, entiende que es posible se agoten los fondos ahorrados, a diferencia de lo que sucedió en Chile, máxime, si se toma en cuenta que el sistema no ha previsto, ni establecido el

otorgamiento de una pensión mínima para los jubilados.

A.M.R.: Bueno, efectivamente, en Chile sí se previó una pensión mínima para los jubilados. Pero eso tiene una explicación: la afiliación fue obligatoria a partir de 1980-1981, fue obligatoria para toda persona que se incorporaba a la fuerza laboral activa, así tuviera 60 años.

Y es que si usted, había cotizado muchos años al sistema de pensiones vigente, y después de no trabajar 6 o más meses quería volver a hacerlo obligatoriamente, tenía que ir a una AFP.

En ese caso usted iba a cotizar en un tramo muy corto, en un período muy corto; entonces, sus aportes no iban a garantizar una pensión mínima, es por eso que el Estado, determinó una pensión mínima. La misma, que era cubierta con los aportes efectuados por el trabajador y, en su mayor parte, por un subsidio que daba el Estado.

Ahora bien, en el caso del Perú, es voluntario, es el propio trabajador el que va a determinar a cuánto asciende su pensión conforme a la remuneración que percibe y a sus expectativas de vida.

Si él ve que tiene que cotizar 10 años, 15 años, entonces él decidirá. Con esas cotizaciones, irá incrementando su pensión, tanto más, si con el bono de reconocimiento llega a tener un monto mayor, que puede programar. ¿Cómo lo programa?, Señalando, por ejemplo, la opción de percibir un capital para acto seguido contratar una renta vitalicia que se vaya reajustando de acuerdo al índice inflacionario.

Y es que, en definitiva, al momento de pactar con una AFP, ella alcanza más de una posibilidad y puede ofrecer, por ejemplo, sobre la base del capital acumulado pagar 300 soles mensuales reajustados por inflación, hasta el fallecimiento del trabajador.

En el papel, no cabe la posibilidad, ¿de qué llegado determinado momento se agote el fondo?

A.M.R.: Definitivamente no. Reitero, que el protagonista, es el trabajador; el trabajador dice, yo quiero un retiro programado de tanto, o quiero, un crédito por esa suma para contratar el pago de una renta vitalicia o, quiero renta vitalicia. Y es que el trabajador maneja una serie de opciones, y en base a ellas, toma su determinación.

Entidades importantes en el marco del desarrollo del Sistema Privado de Pensiones, serán las

empresas clasificadoras de riesgo. ¿Cómo definiría usted el rol a desempeñar por éstas, y cuál sería la labor de la Superintendencia frente a ellas?

A.M.R.: Claro, en primera instancia la Superintendencia va a presidir la Comisión Clasificadora de Riesgos, que ésta integrada por un funcionario de alto nivel de la Bolsa de Valores, uno de la CONASEV, otro del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de las mismas AFP, y también del Ministerio de Economía y Finanzas.

Luego, el rol de las entidades mencionadas anteriormente es clasificar riesgos. ¿Cómo se clasifican los riesgos?; se clasifican de acuerdo a la situación económico-financiera de las empresas y a la rentabilidad que la misma viene obteniendo.

Entonces, el rol será, en un primer momento, básicamente de asesoría, para después convertirse en un rol protagónico, porque estas empresas son las que van a clasificar los riesgos y van a decir en qué tipo de instrumentos, conviene más invertir, de modo que el riesgo en dicha inversión sea mínimo.

Asimismo, en relación a este tema, no se debe olvidar que a tal efecto hay todo un portafolio de inversiones; pues ellas no se pueden concentrar en determinado instrumento, al contrario existe toda una gama de instrumentos, con una serie de márgenes y de límites entre ellos, siempre en la búsqueda de un alto rendimiento.

Y, ¿cuál es la relación entre las empresas clasificadoras de riesgos y la Superintendencia de AFP?

A.M.R.: La relación es recíproca, ya que por un lado, la Superintendencia es la que tiene que autorizar a esas empresas para que funcionen como clasificadoras de riesgos; y por el otro, corresponde a éstas últimas, como su nombre lo dice, informar a la Superintendencia la clasificación de los instrumentos del portafolio.

Si efectivamente, las AFP como sucedió en Chile, actúan los primeros 10 o 20 años como

entes de acumulación de capital. ¿Existe la posibilidad que el sistema colapse cuando un mayor número de trabajadores llegue a la edad de jubilación?

A.M.R.: No, ello no es así. Debe tenerse en cuenta, como ya lo dije, que los cambios demográficos no afectan a un sistema de capitalización individual, como sí sucede en el caso de un sistema de reparto.

Un sistema de reparto es aquel en el cual, por simple demagogia si había 100,000 jubilados, se expide una ley para que en el término de 6 meses aumenten a 400,000, manteniéndose el mismo número de aportantes, en cuyo caso cada quien va a recibir la cuarta parte de lo que venía recibiendo. Por ello, en definitiva debe quedar en claro, que los cambios demográficos no inciden en un fondo de capitalización individual, donde la cuota de cada quien sirve única y exclusivamente para el posterior otorgamiento de su pensión de jubilación. Y es que, en un fondo como éste, es el trabajador quien decide.

¿Cuál sería el aporte real y efectivo del Sistema Privado de Pensiones en la superación de la crisis económica por la que atraviesa el país?

A.M.R.: En lo que al aporte real y efectivo se refiere, primero va a dinamizar el mercado financiero, va a dinamizar el mercado de capitales, y a nivel macro va a generar confianza, va a permitir que los inversionistas extranjeros se interesen en traer recursos al Perú. Asimismo, ayudará para que en el Perú no se acuda a financiamiento extranjero para conseguir capital de trabajo, puesto que será el propio ahorro interno, constituido por los aportes de los trabajadores, el que servirá para lograr el mencionado capital de trabajo. De ese modo, se convertirá al trabajador en un capitalista y haciéndosele consciente que su capital está sirviendo además, para generar nuevos puestos de trabajos.

Finalmente, si consideramos el Sistema Privado de Pensiones, es una manifestación del modelo neo liberal. ¿Qué perspectiva le depara usted a ese sistema, dentro de este esquema?

A.M.R.: El mejor, así de simple.

MODELOS

AÑO '93

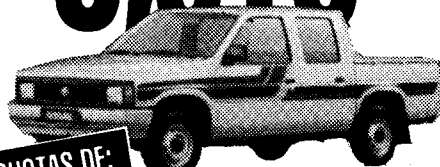
US\$ **3,590** INICIAL



Y 36 CUOTAS DE:
US\$ **310.**

NISSAN SENTRA E16
• MOTOR 1600 cc.
• 11 VERSIONES

US\$ **5,910** INICIAL

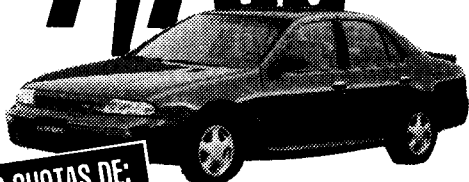


Y 36 CUOTAS DE:
US\$ **508.**

NISSAN PICK UP
4x2 D/C

- 5 VERSIONES-GASOLINERAS (4x4 2,400cc.)
- 4 VERSIONES PETROLERAS (2,700cc.)

US\$ **7,790** INICIAL



Y 36 CUOTAS DE:
US\$ **670.**

NISSAN BLUEBIRD
• MOTOR 2000 cc.
• 4 VERSIONES

US\$ **8,530** INICIAL



Y 36 CUOTAS DE:
US\$ **733.**

NISSAN PATHFINDER
• MOTOR 2400 cc.
• 3 VERSIONES
• 4 PUERTAS

SOLO EN:

SERVICIO INTEGRAL Y REPUESTOS

ALTO DELTA

NISSAN

Lubricado con

Av. Tomás Marsano 280 Surquillo-Telefs.:471641-444123
Comandante Espinar 451 Miraflores-Telefs.:474141-456449

ATENDEMOS: Lunes a Sábado de 8.30 am. a 7 pm. y Domingos de 9 am. a 6 pm.

Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes

Juan Aníbal Barria García*

Profesor de Derecho Internacional Público
Funcionario del Servicio Exterior de Chile

I. Conceptos básicos

La mayoría de los autores coinciden en que la inmunidad absoluta de jurisdicción de los estados ha registrado desde mediados de este siglo importantes transformaciones. Su formulación y extensión, originalmente muy amplias, han disminuido enormemente.

La nueva tesis surgida en gran medida de la práctica judicial de algunas naciones, conocida como "inmunidad restringida o relativa", es fruto del cambio que experimentara la noción de Estado, y más precisamente de su quehacer económico-social; y en seguida de la creciente internacionalización del comercio, en donde las empresas estatales juegan un rol preponderante. Así, es corriente en el mundo de hoy que los estados actúen dentro de otros ordenamientos jurídicos, muy diferentes del propio, lo que trae consigo restricciones de la soberanía territorial, por lo que este concepto no tiene ya el alcance de otrora.

Ahora bien, ¿qué significa la inmunidad de jurisdicción de los estados? En términos simples: que un Estado no se encuentra obligado a comparecer como demandado ante los tribunales de otro país. Empero, bajo esta fórmula, aparentemente sencilla, subyace una estructura normativa compleja.

La inmunidad implica una exención a una carga de aplicación general. Como tal, genera una rela-

ción jurídica: un derecho al beneficiario de exigir la correspondiente excepción; en tanto que, una obligación para la autoridad judicial o administrativa de no ejercer los poderes y atribuciones de que está investido legalmente.

A su vez, la jurisdicción no tiene un contenido estrictamente judicial. En efecto, ella no sólo abarca la facultad de conocer y resolver una contienda, sino también incluye todas aquellas facultades a ejecutivas ejercidas por las autoridades judiciales, administrativas y policiales del Estado territorial. Hay que puntualizar si que la jurisdicción que normalmente comprende la potestad de ejecución de fallo, en el campo de las inmunidades de jurisdicción, es distinta de la inmunidad de ejecución. Tanto es así que la renuncia de la primera, no importa la de la segunda. En suma, la inmunidad de jurisdicción es un privilegio, en cuya virtud el Estado extranjero no está sometido a la competencia de las autoridades judiciales como administrativas de otro Estado.

Lo dicho precedentemente, en modo alguno, entraña la exoneración de la aplicación del Derecho sustantivo. De igual forma como acontece con los agentes diplomáticos, a quienes se les exige observar la legislación del país receptor pese a su inmunidad de jurisdicción; los estados que desarrollan actividades dentro de los límites territoriales de otros estados, igualmente, se sujetan a las normas internas de los estados territoriales. La inmunidad

* Las opiniones del autor son estrictamente personales y no comprometen a la institución donde trabaja.

del Estado tiene, en consecuencia, un carácter típicamente jurisdiccional.

Sobre este particular, conviene retener el comentario del jurista asiático Sompong Suchiaritkul: "En el caso de los estados, la ausencia de inmunidad legal o sustantiva respecto de las leyes territoriales de otros estados se manifiesta claramente en la renuncia a las inmunidades jurisdiccionales, en la sumisión voluntaria a la jurisdicción territorial o en el consentimiento de otro modo prestado para ser atacado ante las autoridades del Estado territorial. A partir de ese momento, se volverán a aplicar normalmente las normas sustantivas y procesales de la legislación nacional, incluidos todos los aspectos de la *lex fori*, que puedan estar o haber estado temporalmente en suspenso por causa de las inmunidades del Estado..."¹.

Es posible colegir de lo expuesto que la inmunidad estatal constituye una excepción a la jurisdicción plena, absoluta y exclusiva del Estado territorial. En este sentido, la opinión del magistrado norteamericano Marshall en el célebre caso "The Schooner Exchange" resulta muy pertinente. Dice: "La jurisdicción de los tribunales es un aspecto de la que la nación posee como Potencia soberana independiente. La jurisdicción de la nación dentro de su propio territorio es necesariamente exclusiva y absoluta. No puede estar sujeta a ninguna limitación que se haya impuesto a sí misma. Toda limitación que se le impusiera, cuya validez derivase de una fuente exterior, supondría una disminución de su soberanía en la medida de esa limitación y la atribución de esa soberanía, en la misma medida, al poder que pudiera imponer tal limitación. Por consiguiente, todas las excepciones al poder pleno y absoluto de una nación dentro de sus propios territorios deben tener su origen en el consentimiento de la nación misma...". Añade luego: "...Dado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen iguales derechos e igual independencia, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios...". Termina su razonar manifestando: "Esa jurisdicción territorial plena y absoluta, al ser por igual atributo de cada soberano y al poder conferir

derechos extraterritoriales, no parece que tenga por objeto a los soberanos extranjeros ni a sus derechos soberanos. Puesto que ningún soberano está subordinado en ningún sentido a otro, y como está vinculado por obligaciones del más alto carácter a no menoscabar la dignidad de otro, cabe suponer que entra en un territorio extranjero sólo con licencia expresa o con la seguridad de que las inmunidades propias de su condición soberana independiente, aún cuando no se hayan estipulado expresamente, le están implícitamente reservadas y le serán reconocidas..."².

El pasaje arriba transcrito, más que fundamentar la inmunidad, reafirma la vigencia y fuerza del principio de la soberanía territorial. Una jurisdicción cede ante otro poder soberano por su propia y libre voluntad, una limitación al principio de la territorialidad no puede presumirse. Sin perjuicio de otras consideraciones -fundamentalmente extrajurídicas- pudieran aconsejar tales restricciones.

Es necesario abordar el consentimiento dado por el Estado extranjero. Desde esta otra perspectiva, la aceptación que puede revestir la firma de una sumisión voluntaria o de una renuncia, e inclusive de una reconvencción, si bien jurídicamente ésta tiene otra significación; impide plantear la cuestión de la inmunidad. Un presupuesto básico de la inmunidad es la falta o ausencia de consentimiento, entonces, si un Estado se somete a una jurisdicción extraña, no puede posteriormente reclamar la inmunidad. Huelga decir que el efecto propio y casi general del consentimiento será que el tribunal del Estado territorial queda autorizado para conocer y fallar la acción emprendida en contra del Estado extranjero, dándosele el trato que se le otorga usualmente a un simple particular.

El Embajador peruano Calle y Calle, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ha formulado una muy interesante observación respecto de este punto: "...El Estado que consiente formalmente en someterse a la jurisdicción de otro Estado lo hace sólo porque reconoce que la materia sobre la que tiene que ejercerse la jurisdicción no menoscaba su soberanía ni sus derechos soberanos. Acepta, pues, la jurisdicción de otro Estado porque tal jurisdicción se aplica fuera de la esfera de los actos de Estado o de gobierno. Además, el principio del consentimiento supone la reciprocidad, puesto que el Estado receptor presume la existen-

1. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional - en adelante "Anuario..."-, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 215.

2. Citado en Anuario...1980, Vol II, Primera Parte, págs. 228 y 229.

cia de un régimen que permite determinar las diversas actividades y el otro Estado presume la existencia del consentimiento al someterse a las normas pertinentes. En la práctica, el Estado que se propone realizar actividades comerciales también se propone observar las normas por las que éstas se rigen³. Hay en esta opinión una explicación en torno al motivo por el cual un Estado presta su asentamiento al juez del foro que, no obstante concordar más con la concepción restringida de la inmunidad, es válida también para la tesis absoluta.

Otro aspecto del consentimiento que amerita examinarse es el referente a su expresión. Si el consentimiento no se presume es porque requiere de pruebas claras y concretas, o por lo menos de un consentimiento activo e inequívoco. Ejemplos: un contrato, un tratado o una declaración ante el juzgado que está conociendo de un asunto determinado. Ciertamente que dicha aprobación que consta por escrito se otorgará generalmente en los dos primeros casos enunciados antes de surgido del litigio, en tanto que después que éste haya nacido se hará la respectiva declaración. Su eficiencia dependerá de si el órgano del Estado que ha prestado su conformidad está o no facultado para ello.

Por su parte, la actuación procesal del Estado será indicativa de su consentimiento sólo en cuanto haya iniciado el juicio, intervenido en el mismo o realizado algún acto conectado al fondo del asunto. Al revés, si su participación se reduce a invocar la inmunidad o alegar un derecho o interés sobre los bienes que son objeto del proceso, se entiende que no hay consentimiento. La Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados Unidos consagró positivamente estas orientaciones. Su artículo 1, párrafo 1 dispone: "El Estado contratante que promueva un procedimiento ante un tribunal de otro Estado contratante o intervenga en él se somete, a los efectos de ese procedimiento, a la jurisdicción de los tribunales⁴ de ese Estado". Esta norma no se aplicará "cuando un Estado contratante alegue, en un procedimiento pendiente ante un tribunal de otro Estado en el que no sea parte, que tiene un derecho o interés respecto de los bienes que son objeto del procedimiento, y las circunstancias sean tales que habría tenido derecho a la inmunidad si el procedimiento se hubiera entablado contra él".

Puede acontecer que no obstante existir consentimiento del Estado extranjero, el tribunal del foro estime que carece de competencia para conocer de la demanda. En definitiva, la normativa procesal será decisiva para determinar si la controversia puede o no juzgarse. Esta situación se dará principalmente en aquellos sistemas jurídicos continentales.

La renuncia y la reconvencción están íntimamente vinculadas con el consentimiento: aquéllas son reflejo de éste. La renuncia equivale a un consentimiento implícito; mientras que la reconvencción formulada por el Estado importa una renuncia, pero si él la promueve significa que previamente ha consentido.

Acerca de la reconvencción, conviene agregar algo más: una tendencia predominante en la jurisprudencia es que la demanda de reconvencción debe estar directamente relacionada con la materia de la demanda original. El proyecto de convención sobre la materia en comento que elabora la CDI postula a este respecto que la reconvencción esté basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal. Tampoco hay en el proyecto mencionado referencia a la cuantía de la demanda principal en relación a la reconvencción.

Es sabido que el beneficiario natural y lógico de la inmunidad es el Estado, y quienes actúan y lo representan externamente: el Gobierno, el Jefe de Estado o soberano. Sobre esto no hay discusión. Se considera que todos los actos que ellos desarrollan son oficiales.

Las dudas se presentan con las subdivisiones políticas de un Estado, tales como los estados miembros de una Unión Federal o estados parcialmente soberanos. La jurisprudencia no es uniforme: hay resoluciones -mayoritarias- que rechazan la alegación de inmunidad, basándose en que estas subdivisiones carecen de personalidad y soberanía internacionales⁴. Otros fallos, por el contrario, han reconocido la inmunidad, amparándose en que estas subdivisiones están bajo control gubernamental del Estado o que se asemejan a los órganos subordinados de un Estado Federal⁵. Nada impide a estas entidades actuar como órganos del Estado, y como tales realizar actos oficiales, respecto de los cuales

3. Anuario...1981, Volumen I, pág. 79.

4. El Relator Sucharitkul menciona numerosos casos de la práctica judicial de varios estados. De ellos, consignamos: "Estado de Ceará c. Dorr y otros" (Francia, 1932); "Molina c. Comisión Reguladora del Mercado de Henequén" (Estados Unidos, 1918); "Schneider c. Ciudad de Roma" (Estados Unidos, 1948); "Somigli c. Estado de San Paulo de Brasil", (Italia, 1910); "Feidman c. Estado de Bahía". Véanse en Anuario...1982, Volumen II, Segunda Parte, pág. 111, nota 251).

habría que aceptar la inmunidad.

Iguales problemas provocan en la práctica judicial los organismos o dependencias del Estado, como Ministerios, servicios o empresas públicas. Un criterio que se está imponiendo es atender a la naturaleza del acto que tales instituciones ejecutan, haciendo abstracción de su pertenencia al gobierno o a su constitución legal, específicamente si tienen o no personalidad jurídica propia, según el derecho interno del Estado respectivo. Estos, bien podrían aceptarse como antecedentes adicionales para concesión de la inmunidad.

Por último, los bienes estatales o que están en posesión o bajo control del Estado tampoco han estado ajenos al debate judicial. Así, embargos preventivos, secuestros y otras medidas cautelares y de ejecución respecto de estas especies, han producido arduas discusiones. Un criterio predominante en la jurisprudencia fue el que expuso Lord Atkin en el caso "The Cristina". Dijo que "no deben iniciarse procesos, sea o no parte en él el soberano, cuyo objeto sea embargar o incautarse de algún bien de su propiedad o del cual el soberano tenga la posesión o control"⁶. De esta forma se expresaba la vinculación existente entre los bienes y la inmunidad de jurisdicción. El dictamen no consideraba la naturaleza y el uso de estos bienes. En la actualidad se aceptan medidas de ejecución respecto de los mismos, salvo que ellos sean parte de la propiedad pública, calificados de *publicis usibus destinata*, esto es, bienes destinados al uso público, a la prestación de servicios públicos o al cumplimiento de fines públicos. Esto, sin perjuicio de haber otra categoría de objetos inviolables conforme al derecho internacional, como los locales diplomáticos o consulares.

Hay que advertir que, si bien esta materia se relaciona con la inmunidad de jurisdicción, ella -más propiamente- forma parte de la inmunidad de ejecución: "Inmunidad del estado con respecto a sus bienes frente al embargo preventivo y el secuestro previos al fallo y a la ejecución de éste"⁷.

2. Historia

El origen del principio de la inmunidad se remonta a la Edad Media, época en que se habría acuñado la máxima *par in parem, non habet imperium*, es decir, los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro. Su autor habría sido Bartolo de Sassoferrato, apareciendo en su obra "Tractatus Represaliarum" en el año 1534⁸. Este aforismo, del que arrancará la doctrina absoluta de la inmunidad, fue ampliándose más tarde a los soberanos extranjeros. Deák dice que "la inmunidad personal quedó fortalecida, además, por el principio constitucional del *common law*, según el cual un soberano no podría obrar aun *vis-a-vis* sus propios súbditos, y que sus actos, por consiguiente, quedaban fuera de la esfera de los tribunales locales"⁹. La circunstancia histórica-política de la identidad de la persona del soberano con el Estado, propia de las monarquías absolutas, hacía imposible juzgar a los reyes.

Se ha enseñado que con anterioridad al siglo XIX, los principales internacionalistas no analizaron en sus escritos esta cuestión. Ello no era sino consecuencia de lo que pasaba en el plano judicial interno. Una vez que comienzan a haber fallos, en los inicios de la centuria pasada y particularmente en el contexto de la navegación internacional, varios autores y entidades científicas se ocuparán de la inmunidad del Estado, v.g.: C.F. Gabba, W.B. Lawrence, J.G. Bluntschli, L. von Bar y el Instituto de Derecho Internacional.

La reseña antes descrita, permite apreciar cómo se perfiló la doctrina de la inmunidad absoluta. Este postulado prevalecía en una era dominada por la filosofía liberal. El *laissez faire* marginaba al Estado de la actividad económica: solamente los particulares actuaban en el comercio y la industria. La función reservada del Estado era la de guardián de la seguridad externa y del orden público interior.

Los argentinos Podestá y J.M. Ruda entregan datos sobre la inserción de la nueva doctrina, que gradualmente va introduciéndose en el mundo aca-

5. Véanse los casos "Sulliman c. Estado de San Pablo", (Estados, 1941) y "Van Heyningen c. Gobierno de las Indias Holandesas", (Australia, 1948), en Anuario...1984, Volumen II, Segunda Parte, pág. 111, notas 252, 253, 254.

6. Citado por S. Sucharitkul en su *Séptimo Informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Documento A/CN.4/388. Asamblea General, Naciones Unidas, pág. 11.

7. Documento A/CN.4/388, Pág. 14.

8. MEDINA O., Manuel, *La Inmunidad del Estado Extranjero*, Revista Española de Derecho Internacional, T. 17, 1964, pág. 241.

9. DEAK, Francis, *Organos del Estado en sus Relaciones Exteriores: Inmunidades y Privilegios del Estado y sus Organos*, Pág. 413, en Max Sorensen *Manual de Derecho Internacional*, Público, México, 1973.

démico y en las relaciones interestatales, desdibujando los trazos del antiguo principio de la inmunidad absoluta. Escriben: "En 1981, el Instituto de Derecho Internacional (sesión de Hamburgo) indicó ciertos casos como únicos en que a su juicio son admisibles acciones reales contra un Estado extranjero: eran las acciones reales con respecto a cosas inmuebles o muebles situadas en el territorio; las acciones fundadas en el carácter del Estado extranjero como heredero o legatario de una persona o como derecho habiente en sucesión abierta en el territorio; las acciones relativas a un establecimiento comercial o industrial o un ferrocarril explotado por el Estado extranjero en el territorio; las acciones con respecto a las cuales el Estado extranjero reconozca la competencia del tribunal, o las que él inicie, o aquéllas en que no oponga excepción de incompetencia, y las demandas reconventionales consiguientes; las acciones emanadas por contratos celebrados con el Estado extranjero en el territorio, cuando la ejecución completa de éste puede ser requerida según cláusula expresa del contrato o según la naturaleza de la acción; y las acciones por daños e intereses provenientes de un delito o cuasidelito cometido en el territorio. Exceptuábanse de la jurisdicción local las acciones emergentes de actos en que el Estado extranjero hubiese obrado como poder público, las acciones provenientes de un contrato celebrado por el actor como funcionario del Estado y las acciones concernientes a deudas del Estado extranjero contraídas por subscripción pública.

La resolución del Instituto de Derecho Internacional sistematizaba ciertas relaciones jurídicas nuevas, que la jurisdicción ponía de manifiesto desde 1979. En efecto, los tribunales de Bélgica y de Italia declarábanse competentes para entender en varios casos en que el Estado extranjero demandado, procediendo como persona jurídica, había realizado operaciones de venta de guano, salitre, potasa, tabacos, etc., e igualmente decidían los tribunales de Alemania y de Austria en otros casos en que se trataba del ejercicio de derechos patrimoniales.

La situación se hizo más apremiante desde 1917 con motivo de la primera guerra mundial y después de ella. Algunos estados realizaban actos de transporte marítimo y aún de comercio en territorio extranjero: aparecieron los "buques de Estado", pues el Gobierno de Washington, ante la necesidad de mantener el intercambio exterior, requisó buques

de bandera enemiga o neutral que se hallaban en puertos norteamericanos sin poder salir. La Unión Soviética confiscó los buques rusos de propiedad privada, y esas naves fueron dedicadas al transporte de mercancías: además la Unión Soviética instaló agencias comerciales en varias capitales europeas. Las actividades consiguientes originaron acciones judiciales a causa de contratos o de cuasidelitos, y los tribunales debieron pronunciarse sobre su competencia. La jurisprudencia fue al comienzo vacilante, sobre todo en casos concernientes a "buques de Estado", sin duda porque durante el curso de la guerra sus operaciones podrían interpretarse como coadyuvantes en la conducción de las hostilidades; pero desde 1918 la jurisprudencia se afirmó en el sentido de considerar que se trataba de actos en que, dada su naturaleza, el Estado actuaba como persona jurídica del derecho privado, y en consecuencia se declararon sucesivamente competentes, en reiteradas ocasiones, los tribunales de Suiza, Francia, Rumania, Italia, Egipto, Grecia, Checoslovaquia, Suecia, etc.¹⁰.

Como se habrá apreciado, el decaimiento de los ideales liberales, llevó a que el Estado ingresara al mercado como un empresario particular cualquiera, realizando actos de comercio, pero siguió invocando la inmunidad de jurisdicción respecto de esos actos como si fueran "oficiales" o "gubernamentales". Esto trajo como reacción que algunos tribunales -Italia, Bélgica y Egipto, especialmente- rechazaran tal excepción, que indudablemente implicaba una desventaja y desigualdad para el particular, persona natural o moral, que contrataba con el Estado extranjero; por lo que comenzaron a distinguir entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*. De conformidad a esta nueva visión, los estados sólo podrían reinvidincar la inmunidad respecto de los actos en que han actuado como poder público; en tanto que, si se asimilaban a los particulares respecto de operaciones patrimoniales, no gozaban de ella.

En las palabras de ilustre jurista italiano Fiore: "...si el Gobierno extranjero hubiese realizado un acto civil o mercantil y hubiese entrado de ese modo en el campo de las relaciones privadas, tendrían nuestros tribunales jurisdicción...cuando los tribunales fallan acerca de lo mío y de lo tuyo no juzgan los actos de soberanía, y el fondo de la cuestión es siempre el mismo, ora sea un Gobierno o una comunidad"¹¹. De esta manera, este autor sintetizó la

10. PODESTA C., L.A., y RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires 1988, Págs. 132 y 133.

11. FIORE P., *Tratado de Derecho Internacional*, Tomo I, Madrid, Pág. 280

teoría de la inmunidad restringida.

Por su parte, Lalive enuncia tres elementos que coadyuvaron a la aparición de esta tendencia restrictiva, a saber: la Unión Soviética, cuya economía totalmente estatizada, monopoliza el comercio exterior. De tal forma, que sus actividades comerciales en el extranjero no son actos privados sino que son soberanos siempre. Luego, la afección de los navíos estatales a servicios comerciales, que a partir de la Primera Guerra Mundial se hace más frecuente. Por último, el reconocimiento contemporáneo del individuo como destinatario directo de la norma jurídica internacional, convirtiéndolo en sujeto de derecho internacional. Este último fenómeno está unido al reforzamiento del principio de la legalidad, según el cual el Estado también está sometido a su propio derecho. En consecuencia, si ahora el Estado igualmente debe responder por sus actuaciones ante sus jueces, y al mismo tiempo el individuo tiene derechos y obligaciones internacionales, no se justificaría una situación de privilegio para el Estado extranjero en un procedimiento local¹².

Ciertamente que la doctrina de la inmunidad restringida no ha estado exenta de reparos. Algunos autores indican que su mayor deficiencia estriba en la ausencia de un límite preciso entre los actos de Gobierno y los actos de gestión. A fin de salvar este obstáculo, se ha recurrido algunas veces a la naturaleza del acto, y en otras ocasiones a la finalidad de la transacción.

Al parecer, la línea que se habría impuesto en la práctica judicial nacional, así como en la literatura especializada, sería la tesis restringida; claro que la norma absoluta de la inmunidad no ha desaparecido totalmente. Al menos, los países socialistas y en desarrollo lo siguen defendiendo. A decir verdad, son pocos los que niegan la vigencia del principio clásico, lo que ha ocurrido es que se ha ensanchado el campo de sus excepciones.

3. Fuentes

El derecho de las inmunidades parece derivarse de la práctica judicial y administrativa de los estados. Los internacionalistas están de acuerdo en que la prueba de la existencia de tal normativa se hallaría en las sentencias nacionales, lo cual habría

configurado un derecho consuetudinario. Después, estarían los dictámenes de los asesores jurídicos de las instituciones oficiales; y finalmente, se ubicarían las escasas leyes y reglamentos internos. Lo aseverado, no elimina la importancia de algunas convenciones particulares.

Extrañamente, pese a lo delicado del tema que nos ocupa, no se registra hasta la fecha ningún pronunciamiento internacional judicial o arbitral. Esta afirmación no puede interpretarse en el sentido que la inmunidad no sea una cuestión regulada por el Derecho Internacional Público, aún cuando debe reconocerse que ella revela conexiones con el Derecho Internacional Privado, específicamente con el capítulo "Conflictos de Jurisdicción"¹³.

El alto volumen de fallos se explica porque el juez del foro decidirá sobre la extensión de su propia competencia. Ahora bien, esta multiplicidad trae aparejado una falta de uniformidad en sus textos. Las conclusiones de esos razonamientos judiciales - muchas veces - son diversos, no obstante acusar los respectivos litigios elementos comunes o semejantes.

La actitud con que enfrenta un magistrado una controversia del tipo de que se trata, estará influida por factores jurídicos y políticos. En cuanto a lo primero, hay razones de orden constitucional. Por ejemplo, en el Reino Unido, ha jugado un papel decisivo la máxima de derecho: "El Rey no puede ser demandado ante sus propios tribunales"; ya que el mismo fue aplicado a los soberanos extranjeros. En los casos "Prins Frederik" y "De Haber c. Queen of Portugal", las Cortes inglesas declinaron su jurisdicción, en atención a que el Estado extranjero personificado en el soberano extranjero, representante de una nación de la que es su autoridad suprema, era igualmente soberano e independiente, por lo que demandarlo importaría una ofensa a su dignidad.

En los órganos jurisdiccionales norteamericanos, en tanto, no es admisible, accionar en contra de los estados Miembros de la Unión. La propia constitución federal estipuló dicha prohibición, luego de una enmienda, la IX, introducida el año 1798.

En cuanto a los sistemas jurídicos de inspiración romanista, la inmunidad de jurisdicción se ha ligado

12. Cfr. LALIVE J.F., "L'immunité de jurisdiction des États et des organisations internationales", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, T.84, Págs. 215 a 218.

13. Véase sobre este punto el interesante trabajo de Avelino León S., titulado "Reflexiones de Derecho Internacional Privado en torno a las Inmunidades de Jurisdicción y de Ejecución", en *Estudios 1984*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago.

generalmente a la competencia.

Respecto de las influencias políticas, ellas no pueden estar ausentes, máxime si en la inmunidad aparece envuelta otra nación. Sucharitkul menciona tres vías de intervención del Poder Ejecutivo en estos juicios: uno, ratificando o verificando una cuestión de hecho como la existencia o no de un estado de guerra; un reconocimiento de gobierno, etc. Dos, puede actuar "en calidad de *amicus curiae*, por conducto de un organismo estatal competente, como el asesor jurídico o el fiscal general, para sugerir que en un caso determinado se conceda o deniegue la inmunidad". En tercer término, el Ejecutivo podrá hacer "una declaración de política general sobre la aplicación del principio de la inmunidad de los Estados, por ejemplo, imponiendo algunas restricciones o limitaciones"¹⁴.

La eficacia de este actuar es relativa, ya que el Poder Judicial, en la mayoría de los países, es independiente del Ejecutivo. Sin embargo, la "sugerencia gubernamental", la mayoría de las veces será acatada, más que nada para no afectar las relaciones entre los estados implicados.

En torno a la importancia del Ejecutivo, es oportuno recordar la famosa "Tate Letter", de 1952, en la que el Asesor Legal del Departamento de Estado, Jack B. Tate, varió la orientación que hasta ese año había seguido la jurisprudencia estadounidense. En resumen, ella disponía que en el futuro la política del Departamento de Estado sería la de la teoría restrictiva.

En lo que respecta a leyes, sin duda que las más significativas son las del Reino Unido, Estados Unidos y Canadá. Chile, en el continente latinoamericano tiene el mérito de ser uno de los precursores de una regulación de los contratos internacionales celebrados por el Estado o sus organismos, instituciones o empresas, permitiendo insertar cláusulas sobre sujeción a una legislación y jurisdicción extranjeras; y admitiendo la renuncia de la inmunidad.

En cuanto a tratados universales que versan sobre la materia en análisis, cabe indicar que como no existe alguno, la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas ha emprendido una encomiable tarea codificadora.

En este rubro, pueden anotarse acuerdos espe-

cíficos o parciales en cuanto a su contenido; o generales -tocan todos los aspectos de la inmunidad-, pero de un ámbito geográfico limitado. Los acuerdos más relevantes se citan a continuación:

a) Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de que gozan los navíos de Estado, suscrita en Bruselas en 1926. Esta, prescribe que los navíos pertenecientes a los estados o explotados por ellos, los cargamentos que les pertenezcan, los cargamentos y pasajeros transportados por navíos del Estado, lo mismo que los Estados que son propietarios de estos navíos o que los explotan, o que son propietarios de estos cargamentos están sometidos, en lo concerniente a las reclamaciones relativas a la explotación de estos navíos o al transporte de estos cargamentos, a las mismas reglas de responsabilidad y a las mismas obligaciones que aquellas, aplicables a los navíos, cargamentos y equipos particulares (art. 1) y que, por lo tanto, para dichas responsabilidades y obligaciones "las reglas que conciernen a la competencia de los Tribunales, las acciones de justicia y el procedimiento, son las mismas que para los navíos de comercio que pertenecen a propietarios particulares y que para los cargamentos particulares y sus propietarios" (art. 2). La convención de Bruselas añade luego que las disposiciones mencionadas precedentemente "no son aplicables a los navíos de guerra, a los *yachts* del Estado, navíos de vigilancia, barcos hospitales, navíos auxiliares, navíos de abastecimiento y otros barcos que pertenezcan a un Estado, o explotados por él y afectados exclusivamente, en el movimiento del nacimiento del crédito, a un servicio gubernamental y no comercial..." (art.3).

En este sentido, debe observarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite ejercer la jurisdicción civil y penal respecto de los buques mercantes y buques de Estado destinados a fines comerciales, lo que no rige respecto de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.

b) El Código de Derecho Internacional Privado, conocido como "Código de Bustamante", firmado en la VI Conferencia Panamericana (1928), contiene cuatro artículos dedicados a las inmunidades. El primero de ellos, el 333, establece la incompetencia de los Tribunales contratantes en demandas contra Estados extranjeros en asuntos civiles y mercantiles, si se ejercita una acción personal, salvo,

14. Anuario...1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 234

una sumisión expresa o una demanda reconven- cional. El art. 334 señala la misma regla y con la misma excepción cuando se ejerciten acciones rea- les y si el Estado ha actuado en el asunto como tal y en su carácter público, no siendo posible la sumi- sión para acciones reales o mixtas sobre bienes in- muebles si lo prohíbe la ley de la situación. El 335 autoriza la competencia de los Tribunales locales si el Estado ha actuado o contratado como persona privada, si esa competencia le corresponde con res- pecto a personas extranjeras, de acuerdo con el Código. Finalmente, el art. 336 declara aplicable la regla del artículo anterior en los casos de los juicios universales.

c) Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, suscrita en Mayo de 1972 y vigente desde junio de 1976. Ella enumera los casos en que un Estado parte se obliga a no invocar la inmunidad jurisdiccional. Es el instrumento multilateral más completo del que se dispone en la actualidad.

Hay, por último, aspectos atinentes a las in- munidades en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Relaciones Consulares y Representación de los Estados en sus relaciones con Organizaciones Internacionales de carácter uni- versal, así como en la Convención sobre las Misio- nes Especiales de 1969.

4. Fundamentos

Se admite que el adagio *par in parem, non habet imperium* constituye el punto de partida de la inmu- nidad de jurisdicción de los estados. La adminis- tración de justicia no podría actuar entre iguales, de soberano a soberano. Hugo Llanos observa que “siendo todos los Estados iguales, ninguno puede estar sujeto a la jurisdicción de otro, sin renunciar a un derecho fundamental. Esta tesis refleja la teoría desarrollada desde Bodin hasta Hegel de que la ley nace de la soberanía, y que entre iguales, si no hay acuerdo, no hay sometimiento”¹⁵. En síntesis, los antiguos principios de igualdad e independencia de los Estados serían los fundamentos prevalecientes.

El autor suizo Lalive indica otro: “la soberanía e independencia del Jefe de Estado extranjero, del príncipe, entraña, por vía de consecuencia necesi-

ria, la imposibilidad de atacarlo ante tribunales extranjeros”¹⁶.

Otro argumento aducido es el de la cortesía in- ternacional o *comitas gentium*. Varios fallos aluden a esta noción extrajurídica. Por ejemplo, el magistra- do Marshall en “The Schooner Exchange” habló del “beneficio mutuo derivado del fomento de las relaciones y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta; el Tribunal de apelaciones de Leopoldville en el caso “De Decker c. República Fe- deral de los Estados Unidos de América” dictaminó que la inmunidad estaría “fundada en una noción de cortesía hacia la soberanía extranjera, que es indis- pensable para un buen entendimiento entre los países, y unánimemente aceptada”¹⁷.

A este respecto, la opinión del relator Sucharit- kul es muy ilustrativa de la influencia que la corte- sía tiene en la posición de los tribunales. Dice lo siguiente: “La noción de *comitas gentium* lleva es- trechamente aparejada la regla subordinada según la cual, en la dirección de las Relaciones Interna- cionales, los Tribunales de Justicia deben abstener- se de fallar o ejercer su jurisdicción de modo que pueda colocar a los órganos políticos del Estado en una situación enojosa, especialmente en sectores que es preferible reservar para las negociaciones políticas...”¹⁸.

Se ha sostenido que otro antecedente de la inmunidad se hallaría en las inmunidades diplo- máticas. Se ha dicho que si se otorga a los Emba- jadores y a los agentes diplomáticos inmunidades de jurisdicción en su calidad de representantes de Estados extranjeros, con mucha más razón los Es- tados que representan deben tener derecho a un trato igual. Una resolución del Tribunal de Apela- ción de Bruselas no aceptó una demanda dirigida contra el Gobierno de los Países Bajos y una em- presa pública holandesa por analogía entre las in- munidades estatales con las diplomáticas. Sus términos fueron: “...considerando, pues, que es preciso sostener con los tratadistas más prestigio- sos que las inmunidades de los Embajadores son la consecuencia del carácter representativo de que es- tán investidos y se basan en la independencia de las naciones, que se entiende que actúan por conducto de aquellos; considerando que los principios del

15. LLANOS M. Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Tomo II, Santiago, 1980, pág. 352.

16. LALIVE, J.F., *op.cit.*, pág. 213 (La traducción es del autor).

17. Anuario...1980, Volumen II, Primera Parte, pág 241, Nota 196.

18. Anuario...1980, Volumen II, Primera Parte, pág 241

19. Anuario...1980, Volumen II, Primera Parte, pág 230

derecho de gentes aplicables a los Embajadores se aplican también con mucho mayor motivo a las naciones que éstos representan...”¹⁹.

La dignidad de los Estados, la utilidad práctica y necesidad funcional, la reciprocidad, son otras bases completarias sobre las que se sustentaría también el principio en estudio.

5. La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho chileno

La temática de la inmunidad ha sido objeto de especial atención por nuestros académicos. La Sociedad Chilena de Derecho Internacional dedicó una jornada, la de 1984, a su estudio y debate. Sin embargo, con anterioridad a esa fecha, otros internacionalistas -como Edmundo Vargas C. y Hugo Llanos M.- escribieron monografías muy documentadas sobre este particular.

La preocupación de la doctrina nacional no es reciente. Ya don Miguel Cruchaga T. en su manual “Nociones de Derecho internacional” comentaba la inmunidad estatal, apoyando la doctrina restringida. A tal fin, recurría a los planteamientos de Fiori, la resolución del Instituto de Derecho Internacional -Hamburgo, 1891-, y concluía expresando: “Los Tribunales nacionales son incompetentes para entender en acciones que se relacionan con actos de soberanía...si hay duda sobre la naturaleza del acto o contrato, la acción no debe ser tramitada por la judicatura nacional...siendo difícil, en la práctica distinguir qué actos de gobierno son propiamente actos de gestión o actos de soberanía, el mejor criterio para distinguir cuando debe admitirse y cuando debe rechazarse la competencia de los Tribunales ordinarios respecto de los actos de un gobierno extranjero, debe ser el mismo que se emplee para decidir cuándo debe admitirse o rechazarse dicha competencia respecto del gobierno nacional;...la regla debe ser...que cuando el Estado en ejercicio de sus funciones, entra en el dominio de las relaciones privadas y asuma, para con los particulares, obligaciones que se hallan por su propia naturaleza bajo el imperio del derecho privado, está obligado a cumplirlas y puede ser compelido a ello por los tribunales...”²⁰. Esta apreciación, clara y enfática, ahorra comentarios.

En cuanto al comportamiento de la magistratura, hay que decir que los casos en que un Estado extranjero ha sido demandado son muy escasos. En

efecto, en 1968, en dos juicios laborales contra las Embajadas de China Nacionalista y Yugoslavia, la Corte Suprema rechazó las correspondientes demandas. En el segundo de estos fallos, hay una alusión a la materia en examen que merece anotarse: “...es un principio de Derecho Internacional, universalmente reconocido que las Naciones Soberanas ni sus Gobiernos, están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países...”(sic).

Más tarde, en 1969, el más alto tribunal de la República, dejó sin efecto las medidas precautorias solicitadas por un agente oficioso en contra del Gobierno de Bolivia, en razón de que “es incuestionable que los Tribunales chilenos carecen de jurisdicción y competencia para decretar medidas precautorias de retención y prohibición de celebrar actos y contratos, o de otra índole, respecto de las mercaderías, maquinarias y cualquier otra clase de carga enviadas a Bolivia, desde el exterior, a través del territorio chileno”.

Pero, sin duda, la más trascendente fue la que dictara en 1975 el máximo tribunal en el proceso “A. Senerman c. República de Cuba”. Ahí, estimó que “entre los derechos fundamentales de los Estados destaca el de su igualdad y de esta igualdad deriva, a su vez, la necesidad de considerar a cada Estado exento de la jurisdicción de cualquier otro. Es en razón de la anotada característica, elevada a la categoría de principio de Derecho Internacional, que al regularse la actividad jurisdiccional de los distintos Estados se ha establecido como límite impuesto a ella, en relación con los sujetos, el que determina que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro”.

La Corte Suprema evacuó estas resoluciones, citándose estrictamente a los lineamientos clásicos de la doctrina de la inmunidad, según se advierte.

Es cuanto a dictámenes jurídicos de la Cancillería: revisadas sus Memorias, es posible ubicar los siguientes informes: N° 11, de 1942 sobre mercaderías pertenecientes a un gobierno extranjero; N° 111, sobre condición jurídica de los bienes de un Estado extranjero, N° 130, sobre un contrato de arrendamiento celebrado por un gobierno extranjero, ambos de 1943; N° 118, de 1972, “la AID goza en Chile de la misma inmunidad de jurisdicción que corresponde al gobierno de su país”; N° 19, de 1976, acerca de normas y prácticas en materia de

20. CRUCHAGA T. Miguel, *Nociones Internas de Derecho Internacional*, Tomo I, Madrid, 3a. Edición, págs. 173 y 174.

inmunidad de jurisdicción de los estados; y N° 95, de 1979 sobre elementos informativos de las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes.

En los documentos administrativos enunciados, no se menciona ninguna de las teorías estudiadas. Sólo los dos últimos pareceres indican que Chile garantiza el respeto del Principio de la Inmunidad de Jurisdicción.

Nuestro país, hasta el año 1978, carecía de una legislación atingente a este asunto, rigiéndose exclusivamente por el Código de Derecho Internacional Privado. La dación del Decreto-Ley N° 2349 reglamentó directamente lo tocante a las inmunidades. Su artículo 1° prescribe: "En virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la Inmunidad de Jurisdicción a menos de estipulación expresa en contrario...". El Art. 2°, por su parte, dispone que el Estado de Chile y sus organismos, instituciones o empresas "podrán renunciar a la inmunidad de ejecución de los contratos referidos en el artículo anterior. Con todo, tal renuncia se entenderá limitada al cumplimiento de sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se haya convenido...". En opinión del profesor Rodrigo Díaz A., estos preceptos "consignan la facultad de renunciar a dos garantías que el derecho internacional público otorga al Estado para el ejercicio de sus competencias internacionales". Sobre el Decreto-Ley en sí, estimará que él "está influido de toda una concepción económica "liberal" que se aleja de posiciones tercermundista que caracterizaron, en parte, la política exterior en el pasado"²¹. Realmente, esta regulación es vanguardista en América Latina.

II. Comentarios al proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas -CDI- inició la codificación de la reglamentación consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus bienes. Esta tarea resultaba indispensable y útil, tanto por la divergencia de apreciaciones existente en la abundante jurisprudencia nacional, cuanto por la carencia

de un tratado de obligatoriedad universal.

Los esfuerzos por plasmar convencionalmente las dispersas reglas de fondo y de forma, no pertenecen exclusivamente a la ONU. Su antecesora, la Sociedad de las Naciones, a través de su Comité de Expertos, había recomendado la realización de esta labor. Ello, sin desconocer ni desmerecer las interesantes propuestas normativas provenientes de entidades técnicas no gubernamentales²².

En cuanto al origen del proyecto en análisis, debemos retrotraernos al año 1977, cuando la Asamblea General por la Resolución 32/151 invita a la CDI a comenzar su trabajo en lo que a las inmunidades estatales se refiere. En virtud de ello, la Comisión establece un Grupo de Trabajo, el que elabora un informe exploratorio. Sobre la base de éste, se incluye el aludido tema en la agenda de la CDI y se designa a un relator especial, cargo que recae en el tailandés Sr. Sompong Sucharitkul, quien había publicado en 1959, una muy completa monografía titulada "State Immunities and Trading Activities in International Law".

El relator, luego de ocho enjundiosos informes, culmina su proyecto, el cual es aprobado en primera lectura en la sesión 1972, del 20 de junio de 1986. Cabe consignar que el primer documento entregado por Sucharitkul a la CDI data de junio de 1979.

Seguramente habrán cambios en las normas de este esbozo de tratado, máxime si la próxima fase consistirá en conocer la opinión de los gobiernos de los Estados miembros. Pero, lo relevante es que ya se cuenta con un texto -aunque sea provisional- que recoge y resume el consenso básico alcanzado por los representantes de los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

El proyecto consta de 28 artículos, los cuales se distribuyen en cinco partes. Seguidamente se expondrán, grosso modo, las principales características de cada uno de estos capítulos:

La Parte I, se denomina "Introducción" y contiene cinco preceptos. El primero versa sobre el alcance del articulado: él se aplica a "la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado". No pareciera útil

21. DIAZ A., Rodrigo, *Normas Internas sobre Contratos Internacionales Celebrados por el Estado Chileno e instituciones del Sector Público*, en "Estudios 1984", Págs. 224 y 225.

22. Merece consignarse el *Proyecto de Convención Interamericana sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*, elaborado por el Comité Jurídico Interamericano.

incluir una disposición de esta naturaleza, toda vez que el ámbito de acción queda perfecta y suficientemente delimitado por el título y el contexto del proyecto. Otro aspecto sobre el cual conviene llamar la atención es el que atañe a la acepción restringida de la jurisdicción, confinando la inmunidad a la jurisdicción de los tribunales exclusivamente. Originalmente se hablaba de la "Jurisdicción de otro Estado".

El art. 2, por su parte, define los conceptos de "tribunal" y "contrato mercantil". Esta disposición sufrió cambios, ya que se eliminaron varios términos que figuraban en las primeras versiones como "Estado territorial", "Estado extranjero", "Inmunidad", "Inmunidades jurisdiccionales", "Bienes de Estado", y "Jurisdicción". Estos, verdaderamente, resultaban superfluos.

Ahora bien, se entiende por 'tribunal', "cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales". Lo que tipifica, entonces, al tribunal es su 'potestad para ejercer funciones judiciales'. De acuerdo al comentario de la CDI, tales funciones "se ejercen en las diferentes fases de un proceso judicial, antes de la incoación o durante la sustentación del mismo, o en la fase final de la ejecución de la sentencia. Tales funciones judiciales pueden comprender el fallo del litigio o la solución de la controversia, la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho. La adopción de medidas cautelares y de ejecución en todas las fases del proceso y las demás funciones administrativas y ejecutivas que suelen ejercer, por sí o por medio de otros, las autoridades judiciales de un Estado en relación con un proceso judicial o en el curso del mismo o de resultados de él..."²³. Por esta vía se ha reducido enormemente la extensión -tradicionalmente más amplia- de la jurisdicción; al limitarla a los tribunales de justicia, eliminando toda referencia a las autoridades administrativas y de policía. Si bien es cierto, que la cuestión de la inmunidad se plantea corrientemente en el ámbito judicial, ello, en modo, significa que no pueda suscitarse en otros contextos.

En cuanto a la segunda definición, ella debe relacionarse con el art. 3 en razón de que éste dicta los criterios que se considerarán para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil o no. A este respecto, dice el art. 3 que "se atenderá principalmen-

te a la naturaleza del contrato, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato". Aquí se produce un vuelco sustancial en el pensamiento del relator, ya que en la primera redacción que propusiera a la CDI para la norma comentada, ésta establecía que "para determinar el carácter comercial de una actividad mercantil o comercial habrá que remitirse a la naturaleza de la ocupación o de la transacción o acto determinado, y no a la finalidad de éste". En todo caso, y no obstante lo ecléctico del contenido de esta nueva versión del art. 3, se privilegia más el criterio objetivo de la naturaleza, lo cual está más acorde con la práctica reciente de los Estados. Hay que añadir, que el art. 12 sobre "contratos mercantiles" igualmente está ligado con los artículos 2 y 3 precitados".

El párrafo primero del artículo 3 determina al alcance de la expresión "Estado".

El art. 4 se denomina "Privilegios e inmunidades no afectadas por los presentes artículos". Como su título lo indica, se persigue proteger los privilegios e inmunidades ya reconocidos convencionalmente. Su párrafo segundo presenta un aspecto interesante: se refiere a los jefes de Estado. Dice: "los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado". Al respecto, resulta oportuno transcribir el comentario del relator: "...la reserva del párrafo segundo del artículo 4 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos..."²⁴.

El art. 5 versa sobre la irretroactividad de estas disposiciones. Su utilidad no se justifica, si se tiene presente lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena de los Tratados de 1969. En todo caso, podría ubicarse en otro capítulo, el de las "Disposiciones Finales".

La Parte II se titula "Principios Generales" y está constituida por cinco normas. Comienza con una declaración de principio que fue el resultado de largas discusiones en el seno de la CDI. Prescribe el art. 6: "Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de

23. Anuario...1986, Volumen II, Segunda Parte, pág. 13.

24. Ibid, pág. 26.

inmunidad respecto a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos (y en las normas pertinentes del Derecho Internacional General)".

La razón de estas discrepancias estribaban en que en opinión de algunos integrantes de la Comisión -descollando entre ellos, el soviético Ushakov- la redacción inicial dada a este precepto- "Todo Estado goza de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado conforme a lo dispuesto en los presentes artículos"-, no enunciaba claramente la norma de la inmunidad, por cuanto su aplicación quedaba supe- ditada al resto de las disposiciones del proyecto. Como éste se relacionaba con el art. 7, los reparos a uno incidían lógicamente en el otro.

El relator ha explicado este proyecto de artículo así : "Al redactar el texto del artículo 6, la Comisión consideró todas las opiniones doctrinales y de otro tipo pertinentes y pudo adoptar una fórmula de transacción por la que se establecía como principio básico la inmunidad, con la reserva de las disposiciones de los presentes artículos que enunciaban las limitaciones del principio básico o las excepciones al mismo. Algunos miembros de la Comisión opinaron que el texto del artículo debía indicar expresamente que la regla de la inmunidad estaba también sujeta a la evolución futura del Derecho Internacional y propusieron que se incluyeran las palabras "y (según lo dispuesto) en las normas pertinentes del derecho internacional general". La expresión "Derecho Internacional General" abarcaba también las normas consuetudinarias del Derecho Internacional, basadas en la práctica judicial ejecutiva y legislativa de los Estados. Era indispensable, a su juicio, que los presentes artículos no frenasen ni bloqueasen la futura evolución de la práctica de los Estados. La inclusión de esas palabras fue considerada superflua, aunque aceptable, por algunos y totalmente indispensable por otros. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión opinaron que la referencia al Derecho Internacional General relativo a las excepciones al principio de la inmunidad hacía inútil todo el proyecto de artículos, que resultaba inadmisibles a falta de excepciones concretas válidas para las futuras partes en él. Finalmente, con ánimo de avenencia, la Comisión decidió incluir estas palabras entre corchetes para señalar este punto a la atención de los gobiernos y solicitar sus observaciones al respecto"²⁵.

El nuevo texto soslaya las discusiones acerca de la naturaleza, alcance y fundamento de la inmuni-

dad. En lo que concierne a su última frase, no parece procedente su inclusión, si se considera que el propósito principal de este proyecto es precisamente codificar la práctica jurídica imperante.

Con respecto a los restantes artículos, cabe indicar que ellos regulan la intervención del Estado en un proceso, y en particular la forma que puede revestir su consentimiento.

De gran importancia es el art. 7. Su párrafo primero impone una obligación de abstención para el Estado del foro, al impedírsele "ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado". Queda en evidencia que si un Estado no formula una oposición clara en el respectivo juicio, no podrá más tarde rechazar la jurisdicción del tribunal.

El párrafo segundo de este artículo explica cuando "un proceso ante un tribunal, se entenderá promovido contra otro Estado". El último párrafo, se encarga de detallar el significado del "Estado demandado". Esta parte podría eliminarse, por cuanto reitera lo expresado en el art. 3.

La Parte III, en cambio, no tiene todavía un encabezamiento definitivo. En efecto, la Comisión no pudo llegar a un acuerdo respecto de las fórmulas "Limitaciones de la Inmunidad del Estado" o "Excepciones a la Inmunidad del Estado", que podrían utilizarse. A juzgar, por la materia que versan los artículos aquí agrupados, sería preferible el título "Excepciones a". Casi todas estas disposiciones - del 11 al 19- impiden invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso iniciado ante un tribunal extranjero, referente a: "Contratos mercantiles", art. 11-; "contratos de trabajo", -art. 12-; "una acción de indemnización por causa de la muerte o lesiones a una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales" -art.13-; "la propiedad, posesión y uso de bienes de un Estado" -art.14-; "patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial" -art. 15-; obligaciones tributarias -art.16-; "participación en sociedades u otras colectividades" -art. 17-;; buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial, -art. 18-; consecuencias de un compromiso arbitral, -art. 19-. En cada una de estas esferas de actuación del Estado, no hay inmunidad. Dicho de otra manera, el Estado está impedido de alegarla.

Sobre estas excepciones, conviene observar que

25. *Ibid*, pág. 17.

prácticamente todas ellas han sido aceptadas por la doctrina. La Convención Europea, a su vez, también las admite, aunque con leves modificaciones de estilo.

Cierra este capítulo, el art. 20, que en el decir del relator especial, "enuncia una reserva general aplicable a cualquier gestión relativa a los posibles efectos extraterritoriales de toda medida de nacionalización adoptada por un Estado que afecte a bienes muebles o inmuebles o cualesquiera otros bienes objetos o no de propiedad industrial. Se entiende generalmente que la medida de nacionalización, en el contexto de este artículo, es adoptada por el Estado en el ejercicio de las prerrogativas del poder público"²⁶.

La Parte IV dedica tres artículos a la inmunidad de ejecución, cuestión que como ha sido dicha es diferente a la inmunidad de jurisdicción. Se reitera así que el consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción no se extiende a las medidas coercitivas.

Esta materia reviste hoy especial importancia, "habida cuenta de la práctica reciente, cada vez más extendida, de que litigantes privados, en particular las empresas multinacionales, traten de resarcirse mediante el embargo de bienes que son de propiedad de países en desarrollo o que éstos poseen o utilizan, tales como cuentas bancarias de las embajadas, fondos de los bancos centrales u otras autoridades monetarias, en procesos incoados en procesos ante tribunales de países industrialmente desarrollados..."²⁷.

El art. 21 merece destacarse porque enuncia el principio de la inmunidad del Estado "respecto de medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución, en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo control". Pero, la norma admite dos excepciones: a) Que dichos bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales -no gubernamentales- por el Estado, pero estos bienes deben tener alguna vinculación con el objeto de la demanda o con el organismo demandado; o b) Que estos bienes hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de una demanda.

Se enumerarán en el art. 23 una serie de bienes, los cuales no podrán ser objeto de ejecución. De

esta forma, se excluye cualquier presunción acerca de que estos bienes sean utilizados o estén destinados a fines comerciales. Se mencionan a los bienes utilizados para las misiones diplomáticas y consulares; bienes militares; bienes del Banco Central; bienes de patrimonio cultural de un Estado, o sus archivos; y bienes de una exposición científica.

Se admite si la renuncia de la inmunidad respecto de los bienes precitados, pero bajo condiciones muy estrictas.

La última parte reza "Disposiciones Diversas", y ella entrega normas, en su mayoría, de carácter procesal como : la notificación del acto de incoación de un proceso -art. 24-; "Fallo en ausencia" -art. 25-; "Inmunidad respecto de medidas coactivas" -art. 26-; Inmunidades procesales y exención de prestar caución, fianza o depósito para el pago de las costas: art. 27.

No obstante la anterior, el art. 28 postula una proposición sustantiva: que los Estados partes de esta futura Convención, apliquen entre ellos sus disposiciones sin discriminación. Empero, no se considerará discriminatorio, si estos Estados por reciprocidad o por acuerdo aplican restrictivamente, o de manera diferente las disposiciones convencionales. Este artículo se inspira en el artículo 47 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

La meritoria investigación llevada a cabo por el relator Sucharitkul y que le demandara prácticamente ocho años muestran acuciosidad, erudición y cautela. Los artículos que se acaban de repasar reflejan con bastante fidelidad el sentir mayoritario de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional.

III. Comentario final

En una incursión teórica a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, aparecerá como uno de los rasgos distintivos: la ausencia de uniformidad conceptual en las decisiones adoptadas en los procesos en que esta importante cuestión de Derecho Internacional se ha planteado. Esto ha llevado a que varios estudiosos lo califiquen de "tema problemático".

Ante una realidad -especialmente judicial- confu-

26. Ibid, pág. 17.

27. Ibid, pág. 18

sa y contradictoria, la iniciativa de la Comisión de Derecho Internacional- y cristalizada por uno de sus integrantes- de bosquejar un cuerpo de normas básicas que sirva de guía general a las autoridades nacionales cuando ejerzan su jurisdicción en conflicto que se produzcan entre estados -término entendido en su acepción más lata- y particular es, desde el punto de vista práctico, de una utilidad manifiesta.

El proyecto propuesto por el Sr. S. Sucharitkul, si bien admite como incontestable la inmunidad del Estado cuando éste actúa en uso de sus prerrogativas públicas, definirá también otras esferas de su quehacer en que, sencillamente, no podrá alegarla en su favor. Y en el evento que surgiesen dudas respecto del carácter mercantil o gubernamental de un acto, se propugna un criterio flexible en su apreciación.

Es indudable que este proyecto incurre en imperfecciones, pero, en su conjunto, el balance es positivo. Las normas están adecuadamente integradas, de forma de salvaguardar los -a menudo-

contrapuestos derechos e intereses aquí envueltos. El notable publicista Charles Visscher reconocía que el meollo del problema de las inmunidades residía en "el deseo de respetar la soberanía extranjera (*par in parem non habet jurisdictionem*), sin sacrificar por ello de un modo demasiado absoluto intereses privados dignos de respeto..."²⁸.

Chile, cuya actual política económica aboga por una mayor apertura de su comercio exterior, debe apoyar este trabajo de codificación. Existen diversas razones para ello: primero, históricamente nuestros autores han mostrado un especial interés y preocupación por este tema, procurando incorporar los avances doctrinarios que surgían en otras latitudes. En seguida, el legislador a través del Decreto-Ley N° 2349, estimuló la contratación internacional de nuestras empresas públicas, al facilitarles su desempeño comercial. Estos elementos -podrían mencionarse otros- ratifican, en consecuencia, un marcado sesgo modernista en el tratamiento de las inmunidades por parte de nuestro ordenamiento jurídico. Esta orientación, es nuestro parecer, debería persistir.

28. DE VISSCHER, C., *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Pág. 265, Barcelona.

El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos

Jorge Avendaño Valdés

Profesor de Derecho Civil de la PUC y
Decano del Colegio de Abogados de Lima

Antecedentes

A raíz de la derogatoria del D.L.17716 (Ley de Reforma Agraria) y de la puesta en vigencia del Código Civil en el sector agrario (Decreto Legislativo N° 653), ha cobrado actualidad el tema de las inversiones y del financiamiento en el agro. Este asunto tiene estrecha relación con el de las garantías reales, en especial la hipoteca agrícola, lo cual, a su vez, se vincula muy cercanamente con el registro de los predios rústicos.

Mediante el Decreto Legislativo N° 495, del 14 de noviembre de 1988, se creó el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares. El Decreto Legislativo N° 496, de la misma fecha, reguló orgánicamente dicho Registro, ocupándose de su denominación, domicilio, fines y legislación aplicable; de la competencia y estructura de su régimen económico-financiero, tributario y de personal.

Los Decretos Supremos 001-90-VC y 002-90-VC, ambos del 16 de enero de 1990, reglamentaron las normas legales antes mencionadas.

Posteriormente, por el Decreto Legislativo N° 667, expedido el 12 de setiembre de 1991, se cambió el nombre del Registro mencionado, al cual se denominó simplemente "Registro Predial". Se creó asimismo, el Registro de Predios Rurales como parte del Registro Predial, el cual quedó así conformado por tres registros:

- a) el de Pueblos Jóvenes,
- b) el de Urbanizaciones Populares y
- c) el de Predios Rurales.

Se estableció expresamente que el Registro de Predios Rurales se registraría por las normas y principios aplicables al Registro Predial.

Este trabajo se refiere precisamente al Registro de Predios Rurales.

Hay que precisar, en primer término, que actualmente hay dos Registros en materia de predios rústicos: el Registro de Predios Rurales, ya mencionado, y el antiguo y clásico Registro de la Propiedad Inmueble, que forma parte de los Registros Públicos¹.

Es necesario señalar, asimismo, que gran parte de los actuales predios rústicos no están hoy inscritos en Registro alguno. Esto es lo que hace imposible en la mayoría de los casos, la constitución de hipotecas y en general dificulta la inversión en el agro, ya que, si bien ningún Registro es constitutivo de derechos y prueba plena de propiedad en nuestro medio, ellos están destinados a amparar a los terceros contratantes de buena fe. Existe pues la llamada fe pública registral. En la medida en que no hay registro de los predios rústicos, la contratación de los terceros se ve perjudicada por la falta de amparo legal.

En el Registro de la Propiedad Inmueble estaban inscritos los antiguos predios rurales anteriores a la reforma agraria. Producida ésta, los predios fueron expropiados, parcelados y luego adjudicados a nuevos titulares. Estos actos no fueron registrados en su mayoría. Después de la reforma agraria muchos predios -pertenecientes generalmente a cooperativas y otras formas asociativas- han sido parcelados y adjudicados informalmente a personas naturales,

1. Esta situación es en realidad transitoria, ya que tanto el art. 5° inc. b) del Dec. Leg. 667 como su Primera Disposición Transitoria, han dispuesto que el Registro de Predios Rurales vaya asumiendo el registro de todos los predios rústicos, incluidos aquellos que ahora están inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble. Por tanto, conforme a la ley es dicho Registro de Predios Rurales al que debe prevalecer en materia agrícola.

lo cual ciertamente tampoco ha sido registrado.

Análisis jurídico

1. El Registro de Predios Rurales (en adelante “el R. de P.R.”) se rige por las normas del Código Civil en todo lo que no haya sido modificado por su legislación. Así lo establece el art. 7º del Dec. Leg. 495, aplicable al R. de P.R. por mandato del art. 3º del Dec. Leg. 667.

Esto significa que se aplican al R. de P.R. los arts. 2011 al 2017 del Código Civil, en especial la norma contenida en el numeral 2014 del Código Civil, que ampara a los terceros de buena fe. Según esta disposición, está legalmente protegido el tercero que de buena fe adquiere un derecho de un titular con derecho inscrito e inscribe su adquisición, aunque después se anule, rescinda o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no consten en el registro.

En consecuencia, para que funcione la protección legal del tercero registral se requiere:

- (a) que haya un titular con derecho inscrito;
- (b) que haya un adquirente a título oneroso de quien es titular con derecho inscrito;
- (c) que este adquirente tenga buena fe e inscriba su adquisición; y
- (d) que la eventual nulidad, rescisión o resolución del derecho del enajenante no resulte de causas que constan en el registro.

Hay antigua discusión sobre este último punto. ¿Qué debemos entender por “causas que constan en el registro”? ¿Cuándo consta en el registro una causa de nulidad o resolución? ¿Sólo cuando ella está registrada?

La respuesta debería ser que la causa consta en el registro sólo cuando ella está registrada o, en todo caso, cuando ella aparece o resulta del asiento registral. Sin embargo, algunos fallos judiciales y una opinión más o menos generalizada en el medio jurídico, han hecho pensar que la causa de invalidez podría constar de los títulos archivados en el registro aunque no aparezcan del asiento ².

El R. de P.R., a pesar de estar regido por el Código Civil conforme se ha señalado anteriormente, ofrece a los terceros una garantía más clara que la descrita. En efecto, el art. VIII de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-90-VC ya citado, repite la norma del art. 2014 del Código Civil, pero precisa que la causa de nulidad o invalidez debe constar “en la partida registral”. Si no es así, el tercero está legalmente protegido, con lo cual el asunto ha quedado resuelto. Es el Registro quien da la seguridad a los terceros, sin necesidad de recurrir a los títulos o contrato que sirven de sustento a las inscripciones.

Podemos pues concluir que la protección legal que ofrece el R. de P.R. es superior, o cuando menos igual, a la que proporciona el Registro de la Propiedad Inmueble.

2. En el R. de P.R. no sólo se inscribe el derecho de propiedad de los predios rústicos, sino también la posesión de los mismos (arts. 22 y ss del Dec. Leg. 667). Esto no sólo contraría, se dice, lo dispuesto en el art. 2021 del Código Civil, sino que puede contribuir gravemente a la inseguridad jurídica, dado que la posesión es una situación de hecho y no un derecho.

La posesión no es un hecho. Es un derecho de naturaleza real. El Código Civil lo regula como el primero de los derechos reales principales (arts. 896 y ss.). La confusión se origina probablemente en una interpretación equivocada del citado art. 896 del Código Civil. Allí se indica que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Esto no significa, sin embargo, que la posesión sea un hecho. Ella es un derecho (“interés jurídicamente protegido” según la doctrina), que importa el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad ³. Ahora bien, ese ejercicio debe ser fáctico, de hecho, lo cual significa que no es necesario ni suficiente que sea “de derecho”.

El Código Civil dice en su art. 2021 que los actos o títulos referentes a la sola posesión no son inscribibles. ¿Contraría esta norma el Dec. Leg. 667? Nada impediría que este último haya derogado el Código Civil en lo tocante a predios rústicos, ya que

2. La discusión debería haber quedado definitivamente zanjada en favor de nuestra interpretación después de la publicación de la Exposición de motivos Oficial del Libro Registros Públicos del Código Civil - El Peruano del 19 de julio de 1987, pero lamentablemente fallos posteriores de la Corte Suprema (por ejemplo la sentencia recaída en la causa N° 1211-91, Primera Sala Civil) hacen que la duda subsista.
3. Los poderes inherentes a la propiedad o atributos del propietario son tres, como se sabe: el uso, el disfrute y la disposición. Quien ejercita uno o más de estos derechos es poseedor.

el Dec. Leg. 667 tiene los mismos efectos que una ley y una ley puede modificar el Código Civil que es otra ley (art. I del Título Preliminar de este último). No creo, sin embargo, que haya derogatoria ni modificación del Código Civil. El art. 2021 de este último hace la excepción de la posesión que ya hubiese cumplido el plazo de prescripción adquisitiva, posesión que es por tanto inscribible.

Esto último es precisamente lo que ocurre para la inscripción de los predios rústicos a que se refiere el Dec. Leg. 667. No toda posesión es inscribible en el R. de P.R., sino solamente aquella que cumple los requisitos del art. 22, esto es, la posesión continua, pacífica, pública y como propietario, durante 5 años⁴. Lo cual quiere decir que en rigor se trata de una posesión que por virtud de la prescripción adquisitiva ya se ha convertido en propiedad. No olvidemos a este respecto que cuando se expidió el Dec. Leg. 667 estaba vigente el D.L. 17716, cuyo art. 8 establecía que la prescripción adquisitiva de los predios rústicos operaba a los 5 años. Este plazo de prescripción ha sido reiterado por la novena disposición complementaria del Dec. Leg. 653 (Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario).

La norma del Dec. Leg. 667 guarda, por lo demás, perfecta concordancia con el art. 2018 del Código Civil, según el cual para la primera inscripción de dominio se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años. ¿Qué son estos títulos? Son los instrumentos que acreditan los actos traslativos de propiedad ocurridos dentro del plazo indicado. De este modo opera la suma de plazos posesorios a que se refiere el art. 898 del mismo Código y, en consecuencia, el poseedor se ha convertido en propietario. Conviene precisar, sin embargo, que lo que brinda seguridad jurídica para los efectos de la inscripción no son los títulos mismos sino el plazo de posesión que ellos acreditan.

Volviendo al Dec. Leg. 667, puede entonces afirmarse que cuando el art. 22 alude a la inscripción de **la posesión**, está refiriéndose en realidad a la inscripción de la propiedad adquirida a través de la posesión.

¿Cómo se prueba la posesión?. A ello se refieren los arts. 26 y 27 del Dec. Leg. 667. Es interesante destacar que los medios probatorios allí previstos se refieren a la explotación económica del suelo (que

es, precisamente, el ejercicio fáctico de un poder inherente a la propiedad: el disfrute).

El art. 22, por otra parte, exige una declaración expresa de que el poseedor no ha tenido vínculo contractual con el propietario del predio, con lo cual se descarta que aquél haya sido un poseedor inmediato. El vínculo contractual sería el "título" a que se refiere el art. 905 del Código Civil, título que caracteriza al poseedor inmediato y descarta la posesión "como propietario".

Es posible concluir entonces que la posesión es un derecho y que no toda posesión se inscribe en el R. de P.R. sino sólo aquella convertida en propiedad por virtud de la prescripción.

3. Un tema adicional es el de la declaración de la prescripción adquisitiva. Del tenor del art. 22 del Dec. Leg. 667 parece inferirse que el R. de P.R. es quien **declara** la prescripción, contrariándose así lo dispuesto en el art. 952 del Código Civil que exige que esa declaración sea judicial.

Esta apreciación, que en mi opinión es equivocada, nace de una concepción de la prescripción adquisitiva que hoy está superada⁵. En efecto, la doctrina clásica concibió la prescripción como un modo de adquirir la propiedad, es decir, de convertir al poseedor ilegítimo en propietario. Actualmente, sin embargo, se le considera **un medio de prueba de la propiedad**. Su verdadera naturaleza jurídica es esta última porque así se la utiliza en prácticamente todos los casos. Muy excepcionalmente la prescripción convierte al poseedor en propietario. Lo usual y frecuente es que ella sirva para que el propietario pruebe o acredite su derecho de propiedad. Si no hubiese la prescripción adquisitiva, la prueba del derecho de propiedad de los inmuebles sería imposible. Estaríamos frente a la famosa "prueba diabólica" de la cual hablaban los romanos. Supongamos que se exige a un propietario que **pruebe** que en realidad lo es. Exhibirá su título de adquisición, pero eso no sería suficiente porque habría que demostrar que su enajenante era propietario, y así sucesivamente. La investigación retrospectiva no se detendría jamás si no existiese la prescripción. Habiendo ésta, no tiene objeto examinar lo ocurrido cuando el plazo ya ha transcurrido. La prescripción sirve así para probar el derecho de propiedad.

4. El requisito de la posesión "directa" es innecesario señalarlo porque está implícito en la posesión "como propietario".

5. Puede verse JOSSERAND, Louis: Derecho Civil, Tomo I, Vol. III, págs. 170 a 179.

El plazo de la prescripción se cumple aun cuando haya habido varios titulares, porque cada uno de ellos puede adicionar a su plazo posesorio el de aquél que le transmitió válidamente el bien (art. 898 del Código Civil).

Cuando un abogado hace un estudio de los títulos de un inmueble, investiga las transferencias ocurridas respecto de ese bien durante el tiempo de la prescripción. Si todas ellas son legalmente inobjetables, el poseedor actual puede sumar a su plazo posesorio el de sus predecesores, con lo cual posee por el tiempo exigido para la prescripción. Esto significa que el poseedor actual es el propietario. Recurrimos entonces a la prescripción para probar la propiedad.

Exactamente igual ocurre cuando se desea matricular un inmueble en el Registro, es decir, inscribirlo por primera vez. Conforme al art. 2018 del Código Civil, ya citado, hay que presentar títulos con una antigüedad de 5 años. ¿Qué hace el Registrador? Estudia las transferencias producidas dentro de ese lapso. Si ellas son legalmente válidas el solicitante es poseedor por cinco años y con ello es propietario. La prescripción ha servido para probar la propiedad.

Pues bien, de la misma manera funciona la prescripción adquisitiva para la inscripción de la posesión en el R. de P.R. de acuerdo al Dec. Leg. 667. No es válido sostener que la prescripción debe ser siempre declarada por un juez. Ya hemos visto que los abogados con gran frecuencia utilizamos la prescripción para probar la propiedad, al igual que los Registradores cuando se trata de matricular un inmueble. En ambos casos la prescripción es utilizada como medio de prueba de la propiedad y la comprobación de que el tiempo de la prescripción ha transcurrido,

es extra-judicial.

Existe una diferencia, sin embargo, entre ambos Registros a propósito de este tema. Cuando se trata de un inmueble que ya está inscrito y lo adquiere otra persona por prescripción, el Registro de la Propiedad Inmueble exige que ésta sea declarada judicialmente. Esto se ajusta a lo que dispone el art. 952 del Código Civil. En el caso del R. de P.R. la situación es distinta: la prescripción puede ser declarada por el Registro pero éste queda obligado a notificar al propietario con derecho inscrito, el cual puede formular la oposición prevista en el art. 24 del Dec. Leg. 667. La falta de declaración judicial de la prescripción se compensa con la notificación al ex-propietario para que pueda elevar el asunto al nivel judicial.

Abundando en esto último, el Dec. Leg. 667 prevé en su art. 23 la notificación de la posesión inscrita al eventual propietario (debería decir "antiguo propietario") y a los colindantes del predio. Si mediara oposición a la inscripción, acompañada de prueba instrumental, el Registrador deberá remitir lo actuado al Juez correspondiente y registrará la oposición en la partida de inscripción del inmueble.

Exactamente lo mismo ocurre cuando el propietario de un inmueble ve afectado su derecho por la matriculación de un predio a nombre de otro en el Registro de la Propiedad Inmueble: debe plantear demanda judicial, la cual eventualmente puede anotarse en la partida registral. El caso recién en este momento se traslada a la esfera judicial.

De todo lo anterior resulta que la seguridad jurídica que brinda el R. de P.R. es superior a la que ofrece el Registro de la Propiedad Inmueble.

El Derecho a la Intimidad y la Informática

Gorki Gonzáles M.¹

Profesor de Derecho Civil de la PUC

Una de las innovaciones de mayor connotación en el proyecto de texto constitucional recientemente publicado para su conocimiento por la opinión pública, es la institución del Hábeas Data.

Desde hace ya varios años que las repercusiones del fenómeno de la informática, en la esfera del derecho a la intimidad, vienen siendo materia de preocupación a nivel de la doctrina y de las legislaciones de diversos países del orbe, sin que en nuestro medio ello haya tenido su debido correlato.

De ahí la importancia del presente trabajo, en el cual el profesor Gorki Gonzáles, realiza un sugerente y exhaustivo análisis doctrinario acerca de la problemática generada por el procesamiento de datos a nivel jurídico para terminar con un balance del texto propuesto por el CCD en materia de Hábeas Data.

1. Una dimensión que se pensó utópica

Uno de los rasgos más característicos de los tiempos modernos consiste en sustentar la idea que el futuro de la ciencia se confunde con el futuro de la humanidad, afirmando, a partir de ello, la solución a las angustias del presente.

Según esta idea las nociones "utopía", "cambio" y "transformación social"² se estrechan, ya que históricamente el término utopía ha servido precisamente para describir sociedades o proyectos políticos anhelados, prototipos de sociedades perfectas, una visión del futuro en positivo.

Sin embargo, esta visión, pronto empezó a verse erosionada por la realidad, por cuanto a medida que avanza el desarrollo de la ciencia y la tecnología, parece segregarse problemas desconocidos que hacen la vida del hombre más precaria aún. De esta realidad, y a propósito de la noción que asociaba conceptos de organización política y modelos de vida social al desarrollo científico, Orwell en "1984"³, prelude, por el contrario, un futuro patético, graficado en la frase "El Gran Hermano está vigilándote".

En efecto en "1984", Orwell define los rasgos del nivel de control social al que se puede llegar en una sociedad del futuro⁴: plantea en forma extrapolada la intromisión desmesurada en la vida cotidiana de las personas ejercida por un Estado omnipotente. Las pantallas de televisión que hacen explícita la vigilancia del "Gran Hermano", son el anticipo grotesco de un futuro deshumanizado que violenta y agrede al ser humano en su integridad. En esa dirección el sentido utópico del futuro que en los tiempos actuales afirma la conjugación de desarrollo científico y felicidad, se trastoca al presentarse en negativo. Y lo que se produce en un esquema social de este tipo es, más bien, deshumanizante, infeliz, sórdido.

Si para Tomás Moro había relación entre "Utopía" y un "País Feliz", al contrario, en la perspectiva orwelliana, en donde el hombre es oscultado en todos sus momentos, gestos, sensaciones, expresiones, etc., la idea de utopía recoge lo relativo al orden, "armonía" y planificación, también explícitos en ella, pero en una versión sombría. Se trata de la utopía en su sentido negativo, una anti-utopía.

1. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC, en el área de Derecho Civil e Introducción al Derecho.

2. SERVIER, Jean. *La Utopía*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 8.

3. ORWELL, George. *1984*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1976.

4. ASIMOV, Isaac. *La Ciencia Ficción*, Buenos aires, Editorial Sudamericana, 1982, p. 280.

5. Loc. cit.

2. Informática y privacidad: la crisis

Para Orwell la vigilancia en la vida de las personas era posible gracias a la utilización de pantallas estratégicamente ubicadas. No imaginó las computadoras o robots pues de lo contrario habría puesto a todo el mundo bajo la vigilancia artificial de la dictadura⁵. Queda claro sin embargo que computadoras y dictadura no van necesariamente de la mano. De hecho todas las dictaduras que hasta el momento han existido y existen aún, no han requerido necesariamente de las computadoras para hacer más eficiente su tarea. Pero lo cierto es que con la difusión de estos aparatos a partir de los años sesenta, las posibilidades prácticas de vigilar a las personas, va cobrando real sentido⁶.

No en vano nuestra época suele ser definida como la del tiempo de la tecnología. Son pues totalmente admitidas las repercusiones que en la sociedad contemporánea presenta la informática y no es ninguna exageración la inquietud que sugiere la pérdida de su control⁷, pues como ya se dijo, lo que antes parecía irreal, en el terreno de la utopía, o en alguna medida posible en la perspectiva de la ciencia ficción, hoy es patético aunque aparezca disfrazado⁸.

Y es que el uso inadecuado y sin control de la informática, entendida como la disciplina o actividad que consiste en el tratamiento o procesamiento de la información por medio de máquinas automáticas (ordenador electrónico), tendiente a la obtención de una nueva información⁹, puede volverse contra el hombre, invadiendo las zonas más íntimas de su vida¹⁰, avasallando su integridad de persona humana. Las modalidades clásicas de la ingerencia, arbitraria en la esfera de la vida privada, tales como el teatro, la literatura, la prensa, que se fueron perfeccionando con la fotografía a distancia, la radio, el teléfono y la televisión, quedan minimizadas

con la evolución de la electrónica y la informática.

En este contexto cobra sentido la preocupación por la creación de los Bancos de datos, los cuales suponen un sistema automático de acumulación, conservación, procesamiento, recuperación y transmisión de datos de cualquier naturaleza. En ellos, es donde radica la base de acumulación de información que puede ser objeto del ejercicio arbitrario de quienes detentan el poder de su control.

La información contenida en los bancos de datos presenta en la actualidad un creciente valor político y comercial¹¹. La información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro, incluso al exterior sin que el interesado se entere, peor aún, sin que pueda impedirlo¹².

2.1. Impacto de la informática en la tutela del derecho a la intimidad:

2.1.1. El poder informático y la intimidad

La información memorizada, elaborada y transmitida en lenguajes de computadora, es decir, la informática, constituye a la par que un bien jurídico y económico, una nueva forma de poder¹³.

Como se sabe, el poder es un fenómeno general y común a todos los ámbitos de la sociedad, es la capacidad de acción, de obligar, de dirigir, de conducir¹⁴. Y se habla del poder informático, reflejado en la posibilidad que tiene hoy el operador de computadoras de acumular información en cantidad ilimitada sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana de cualquier individuo, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc.

Se trata, en suma, del poder que resulta de la transformación de la información dispersa y secreta acerca de una persona, en información organizada y

6. JANUARIO GOMES, M. *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, Lisboa, Boletim do Ministerio da Justica, No. 319, 1982.
7. HEREDERO HIGUERAS, M. *Informática y libertad: la respuesta de los juristas a un problema de nuestro tiempo*, Doc. Administrativo No. 171, Madrid, 1976, p. 123.
8. LONDOÑO TORO, Beatriz. *El derecho a la intimidad, el Honor y la Propia Imagen enfrentado a las nuevas tecnologías informáticas*, Medellín, Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, 1987, p.119.
9. GIANFELICI, M. *Responsabilidad civil emergente de la Informática*, Rev. Jurídica Argentina "La Ley", T. D., B. Aires, 1987, p.1186.
10. PRIETO ACOSTA, Margarita. *Informática jurídica: el Derecho ante un gran reto*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984, p.98.
11. STIGLITZ, Rosana. *Impacto de la informática en la sociedad*, Rev. Jurídica Argentina "La Ley", T.E., B. Aires, 1987, p.860.
12. Loc. cit.
13. FROSINI, Vitorio. *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, p. 173 y ss.
14. BIDART CAMPOS, G. *El poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1984. p. 25.
15. STIGLITZ, R. Op. cit., p. 859.

difundida al exterior por parte de los detentadores del mencionado poder informático¹⁵. Un poder cuyo ejercicio incontrolado, hace totalmente factible la destrucción de la esfera de reserva de un individuo.

2.1.2. Repercusiones del poder informático

De lo expuesto se desprende entonces la posibilidad que la informática además de bien jurídico, como tal, se convierta a la vez en un poder que atente contra la esfera de la intimidad de las personas.

Buena parte de la explicación de este fenómeno, se debe a que la irrupción de la informática en nuestras sociedades no siempre ha ocurrido en forma racionalizada ni adecuadamente regulada, de ahí que en general se observen repercusiones bajo la forma de control social, en tanto modalidad ejercida sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, al presentarse como un fenómeno de control accesible a distintos niveles, que los gobiernos justificaban como preventivo¹⁶. En este sentido, por ejemplo, el control de la oposición política no requiere ya de la presencia física de un espía, pues el ordenador permite fácilmente el rastreo, acumulación y sistematización de la información requerida¹⁷.

Así se hace evidente la frágil situación por la que atraviesan los derechos humanos, pues a la par que se limitan las libertades personales se agudiza la posibilidad de las discriminaciones con lo cual, el control social se hace intolerable¹⁸.

Precisamente en el campo de las libertades personales es donde distinguimos un conjunto de posibles repercusiones:

- La distorsión de la identidad personal por falta de integridad en la información o por alteración de la misma.

- La vigilancia de hecho de la vida cotidiana del individuo, manifiesta en la existencia de ficheros cada vez más completos con información personal. Todos estos datos dispersos e inconexos eran inofensivos en el pasado, pero debido a que con la

informática es posible un rápido procesamiento, transmisión y sistematización de dicha información, la elaboración de un perfil del comportamiento de cualquier individuo es claramente posible.

La presencia de la idea de la **vulnerabilidad** de la información por manipulación indebida o arbitraria es pues evidente a través de lo dicho e identificable en los siguientes supuestos:

a) Cuando se incluye a una persona en un banco de datos sin solicitar su previo consentimiento: por lo tanto, está claro que se trata de un derecho personalísimo, desde su configuración original pero también es cierto que puede ser objeto de disposición por parte de su titular. En suma aquí el daño se provoca cuando se establece, por ejemplo, el perfil moral del individuo mediante la recolección de datos sin su consentimiento, sobre su origen genealógico, antecedentes raciales, sus hábitos o costumbres y sus ideas filosóficas, políticas o religiosas.

b) Cuando se impide al interesado el derecho de acceso a su propia información contenida en un banco de datos: Es una situación contraria al respeto del principio del Derecho de información como base para la protección del derecho a la intimidad. Además es evidente la lesión al derecho de autodeterminación del individuo respecto de cualquier aspecto de su vida íntima.

c) Cuando no se otorga al sujeto el derecho de rectificación de datos erróneos o incompletos: aquí se plantea el supuesto en el cual se altera la identidad o se categoriza la persona sobre la base de información inexacta. Es consecuencia o está directamente vinculado con el anterior supuesto, pues de no tener acceso a la información que le concierne, el individuo no podrá establecer los niveles de alteración de tales datos y el resultado lógico será el que se vea afectado por cualquier error.

d) Cuando se fijó un plazo para el uso de los datos y el detentador de los mismos se excede en el término: la referencia es asimilable a la idea de las cárceles informáticas. Es decir, la necesidad que se establezca y respete un plazo para la caducidad de

16. LONDOÑO. Op. cit., p. 121.

17. PARELLADA, Carlos. *El derecho de la persona y la informática*, en *Derecho Civil*, ponencia presentada al Congreso de Derecho Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

18. ELGORZY, George. *El Desordenador*, Madrid, Quintana, 1972. p. 203.

19. DE MIGUEL CASTAÑO, A. *Libertad de Información y Derecho a la Intimidad: Medios para garantizarles, incidencia en el ámbito de la estadística*, en "*Informática y derecho*", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, No. 12. Madrid, 1986, p. 184.

la información almacenada en el banco de datos. De lo contrario, se plantea la posibilidad que por el transcurso del tiempo y el cambio de la situación específica del individuo que otorgó la información sobre su vida privada, se vea afectada porque se le impute una conducta o situación que hace tiempo dejó de corresponderle.

e) Cuando los sujetos que manejan la información contenida en un banco de datos se apartan de los fines para los que aquella había sido solicitada, usando y difundiendo la misma en forma indebida e ilícita: Como veremos más adelante, de este supuesto derivan una serie de aspectos relativos a la imputación de la responsabilidad. Existe por ello la obligación que el banco de datos esté a cargo de instituciones sujetas a control y de prescindir de los nombres de los interesados en todo tipo de publicación o difusión¹⁹ de la información que siendo privada es útil, por ejemplo, para fines de salud pública, etc.

f) Cuando los datos se difunden al exterior sin autorización del interesado; sin duda este supuesto es consecuencia de los anteriores; por lo tanto, su explicación está debidamente expuesta.

3. Hacia un nuevo concepto del derecho a la intimidad

La evolución de los presupuestos que dan contenido al Derecho de la Intimidad está demostrada por todo lo que significa la creciente densidad de las relaciones sociales y el progreso continuo de la tecnología, especialmente, en el terreno de la informática que constituye, de este modo, en una amenaza latente contra la persona y la comunidad.

Por ello se afirma que en nuestros días la privacidad constituye el presupuesto para el ejercicio de otros derechos, es decir, la base para el desarrollo efectivo de libertades y derechos básicos como la libertad de pensamiento, libertad de culto, y un conjunto de derechos sociales, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc.

Se trata, en síntesis, de comprender que una lectura actualizada de este problema, permite ver cómo la privacidad no se reduce a ser un simple límite a la interferencia de los demás, sino que se expresa con mayor claridad a través de su sentido positivo, es decir, como fundamento para el ejercicio y desarrollo de otros derechos²⁰.

El eje de esta redefinición está en función directa a la propia evolución de la vida social. Es por ello que, en un primer momento, esto es, a fines del siglo pasado, el Derecho a la Intimidad, se definía como el "derecho a ser dejado a solas". Sin embargo, las nuevas dimensiones aportadas al problema de la defensa de la intimidad, en especial por la difusión del uso de los ordenadores²¹ obligan a una reformulación del concepto entendido ahora como "el Derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal"²².

De esta formulación, pueden distinguirse cuatro grandes facetas que abarcan a otros tantos supuestos de hecho²³:

a) Apropiación del nombre o imagen de otra persona en provecho propio: el registro informático que comprende los datos de una persona puede contener su retrato tan completo como una fotografía. En este supuesto encontramos el caso relativo a la identidad personal que supondría, por ejemplo, el hecho que una persona fuera injustamente discriminada debido a la falsa información proyectada sobre ella, en el grupo social.

b) Intrusión en la intimidad o en los asuntos privados de una persona: Con esto se alude también a la faceta anterior, pero, asimismo, es cierto que el uso indebido de la información registrada en la memoria electrónica no implica la idea de "intrusión" en el sentido de invasión directa o física²⁴, que es una característica resaltada por la propia jurisprudencia en los casos de violación del derecho a la intimidad. De este modo en la visión tradicional de la intimidad, la intrusión, como tal, define la conducta que constituye la violación de la intimidad, pero no hace referencia a lo que luego se

20. Loc. cit.

21. HEREDERO. Op. cit., p. 132.

22. De acuerdo al informe *Privacy and Behavioral Research*, Office of Science and Technology, Executive Office of the President, Washington D.C., 1967. Loc. cit.

23. Loc. cit.

24. *Ibid.*, p. 134.

25. Loc. cit.

haga con el producto de la invasión²⁵. En cambio, en el contexto informático la principal amenaza contra la intimidad es el uso subsiguiente de los datos. Con lo cual, la propia doctrina ha perfilado un sentido más amplio del ámbito de la invasión de la privacidad atendiendo a los nuevos supuestos de la intrusión. Por ello, es perfectamente admisible la idea según la cual el supuesto de la intrusión incluye toda forma de colecta de datos que implicara una indagación precisa y ofensiva de los asuntos personales de una persona²⁶.

c) Revelación pública de la información privada:

Existe una directa implicación de ésta con la faceta anterior. La creación de grandes bancos de datos y el desarrollo de redes nacionales de transmisión de datos, como ya lo hemos visto, crean una potencial amenaza para que la información privada se filtre y sea conocida por el público, esto en términos generales.

Aquí debe precisarse que la noción de privacidad de una información personal, en cierto sentido, es funcional al criterio imperante en el medio social. Pero en el contexto informático, la creciente informatización de los datos personales unida a la creciente demanda de datos estrecha velozmente la sensibilidad social para con lo privado, con lo cual los límites de intolerancia a que puede llegar el uso indebido de la información considerada privada hacen frágiles las condiciones que el individuo requiere para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

d) Publicidad que coloca a otra persona bajo una "falsa luz" ante los ojos del público: En el contexto informático este supuesto implica lo siguiente²⁷:

-Que una persona se considere ofendida por haberse difundido una información equívoca acerca de la misma.

Con lo cual de alguna manera, nos ubicamos en el contexto de la violación del honor de la persona a través de la intrusión en su vida interna.

- Que la información difundida sea veraz, pero utilizada fuera del contexto adecuado o aquel para

el cual se proporcionó, pudiendo ocurrir algo similar a lo planteado en el punto anterior.

-Que la información sea inexacta a causa de su antigüedad, por haberse añadido a la misma datos no pertinentes, o siempre que se hubieran omitido al difundir la información datos relevantes en razón del contexto.

Las implicancias de lo que significa el respeto a lo anterior es, en términos generales, el nuevo marco general de presupuestos para el desarrollo de otros derechos de la persona: una dimensión que justifica el nuevo sentido del concepto del Derecho a la Intimidad y del sentido de la vida privada que en este nuevo contexto está constituida por aquellos comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su reserva espiritual a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento²⁸, o medie un interés público.

En el mismo sentido el derecho a la intimidad antes que un derecho "individualista" se torna en un derecho "garantista" de una esfera privada, postulándose la tutela del derecho a la intimidad antes que como algo cerrado sobre sí mismo,"... como algo **trascendente**, como referencia al ejercicio de su poder-ser, entendido como la relación existente entre la libre actuación personal con su posibilidad constitutiva última, es decir de la libertad pública de un proceso cuyo origen está en la decisión privada²⁹.

4. Acerca de los principios para la protección del derecho a la intimidad en el contexto de la informática

Se trata de establecer las consideraciones que informan el derecho a la intimidad en este nuevo contexto; es decir, las razones que fundamentan el nuevo sentido de su configuración, veamos²⁹:

4.1. El derecho de acceso a los datos

El principio es que el desarrollo de la informática debe ir acompañado de una ampliación del derecho a la información. Por ello, si el desarrollo del tra-

26. *Loc. cit.*

27. *Loc. cit.*

28. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, siglo XXI, 1979, p. 49.

29. ROMERO COLOMA, AURELIA M. *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid, Colex 1987, p.33.

30. HEREDERO, M. *Op. cit.*, p. 144.

tamiento automático de los datos puede dar lugar a un aumento del poder sobre las personas, -tal como se vio líneas atrás-, hay que compensar este aumento de poder mediante una intensificación del Derecho a la información.

Se trata, por lo tanto, que el interesado pueda conocer los datos que hay registrados acerca de él y en los cuales habrán de fundarse las decisiones que le afecten,³⁰ para tener el control sobre la información que le concierne a él.

La puesta en vigencia de este principio se logra a través de un mecanismo de protección al que se le ha denominado también **Habeas Data** o **Habeas Scriptum** y tiene como fin el obligar a una persona o entidad que tiene registrados datos de otra persona, a que exhiba o ponga de manifiesto a ésta los soportes informatizados que contengan tales datos.

4.1.1. Configuración jurídica del **Habeas Data**

La doctrina en esta materia distingue dos aspectos a tener en cuenta³¹:

a) Es evidente que se trata de un derecho personalísimo consistente en la facultad de exclusión que ostenta la persona para evitar la intromisión de terceros. En este sentido la intimidad reviste verdaderamente un valor positivo en cuanto su contenido está integrado por facultades de control sobre las informaciones personales, en especial, las automatizadas.

Cabe mencionar que en este aspecto se puede generar un problema de índole jurídico, cuando el interesado trate de consultar el archivo por medio de un mandatario, pues en este caso habrá que adoptar las medidas necesarias para evitar que el mandatario, a su vez, organice archivos con los datos de sus clientes³².

b) Respecto del objeto del Derecho de Acceso la doctrina³³ propugna que comprenda no sólo los datos en sí mismos, sino además las fuentes de los mismos y los usos que de ellos se realicen.

Entendido así el derecho de acceso, pueden desprenderse dos corolarios.

1. En primer lugar, la necesidad que el interesado

conozca la existencia del archivo o fichero y de los datos. Por ello será indispensable la notificación al interesado o bien la publicación de la creación del archivo, mediante anuncio en el diario oficial.

De lo anterior se deriva **el principio de la transparencia**, a través del cual no es esperable que sea el ciudadano quien tenga responsabilidad en la ubicación de la información sobre su persona en los registros o de averiguar la existencia de un posible archivo, esto no sería lo más razonable y, en tal caso, el *Habeas Data* sólo estaría al servicio de unos pocos.

2. En segundo lugar, se tiene el derecho a impugnar los datos, incompletos, inexactos, obsoletos o ilícitos y la correlativa obligación del titular del archivo, de rectificar tales datos.

Además cabe añadir la posibilidad que las rectificaciones, adiciones o supresiones de datos, resultado de la impugnación, sean notificadas a las personas que habían tenido conocimiento de los datos inexactos, incompletos o falsos, con el fin que éstas puedan a su vez modificar sus decisiones o su actitud para con el interesado.

4.2. El uso de los datos según su finalidad

Este principio consiste en que los datos que han sido obtenidos para un determinado fin, no deben ser usados para un fin distinto.

En otras palabras, si un banco de datos contiene, por ejemplo, la información resultante de los tests psicológicos, de aptitud o inteligencia para fines de orden laboral o de enseñanza, o la información de carácter médico, que ha sido solicitada y registrada con el propósito de facilitar la obtención de historiales o antecedentes médicos, o de prevenir determinadas enfermedades, no será lícito utilizar tales datos para una finalidad que no fuera la prevista.

La importancia de este principio es realmente fundamental y puede ser considerado como un medio suficiente para proteger los diversos bienes jurídicos puestos en peligro por la informática³⁴.

4.3. El derecho al olvido

31. *Ibid.*, p. 145.

32. *Loc. cit.*

33. *Loc. cit.*

34. *Ibid.*, p. 148.

35. LONDOÑO, *Op. cit.*, p. 124.

El registro de determinados datos de una persona puede ser pertinente en un momento dado, pero asimismo, puede perder progresivamente actualidad y relevancia por razones derivadas de la conducta de dicha persona o por factores ajenos, relacionados con las razones que motivaron su acopio.

Entonces, de no preverse la aplicación de este principio, es decir, de no contemplar lo relativo a la caducidad de la información, es fácil que datos específicos o circunstanciales dejen de tener relación alguna con la realidad afectando de manera directa al interesado³⁵. Este principio está ligado indisolublemente al carácter del *Habeas Data*, en tanto supone el control del individuo sobre los datos que le son inherentes.

5. Responsabilidad civil y derecho a la intimidad en el contexto de la informática

Frente a este panorama no es difícil observar que el manejo de información a través de las computadoras genera un riesgo social que, en el caso de concretarse en daños a usuarios o terceros, hace aplicables las reglas del sistema vigente de responsabilidad contractual y extracontractual.

5.1 Responsabilidad contractual

Surge esta responsabilidad en el ámbito de la informática en tanto medie algún relación destinada, por ejemplo, a la prestación de un servicio de computación o programación o de ambos, entre el operador del sistema informático obligado por un deber de seguridad de carácter objetivo, y el afectado. Por lo tanto, esta responsabilidad es atribuible a cualquier manejo arbitrario de la información privada.

5.2 Responsabilidad extracontractual

Si no existe ningún tipo de relación contractual, la responsabilidad sería subjetiva³⁶; es decir, que el factor de atribución estribaría en la existencia de culpa o dolo de quien opera el sistema automatizado, pues como se ha reiterado los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hom-

bre³⁷; aunque bien cabría preguntarse sobre la presencia de una responsabilidad de naturaleza objetiva atendiendo a que pudiera producirse un daño, sin la intervención de la voluntad humana, por ejemplo, una interrupción en el fluido eléctrico que inutiliza o altera total o parcialmente un archivo informatizado.

La responsabilidad subjetiva se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del operador en el sistema. La culpa se presume. Se trate de la intromisión, en el sentido de la difusión pública de la información privada, de impedir el acceso del interesado a verificar sus datos o de almacenar información privada sin consentimiento.

En este ámbito, es preciso probar la relación de causalidad adecuada entre el daño ocasionado y la acción del operador del sistema informático, de tal manera que el perjuicio haya sido causado por el manejo arbitrario de los datos privados³⁸.

La relación de causalidad permite establecer la autoría del daño a los fines de la atribución de responsabilidad, pero además permite determinar la extensión del resarcimiento, pues se responde de los daños que sean consecuencia inmediata y de aquéllos que sean consecuencia mediata previsible del hecho dañoso; veamos:

-La consecuencia inmediata de la lesión del Derecho a la Intimidad en este marco, es decir, el manejo ilícito de los datos personales, no causa perjuicio económico por sí mismo.

-En cuanto entra en conexión con otro hecho distinto, como lo serían las relaciones jurídicas patrimoniales del afectado, es que se produce el perjuicio económico como consecuencia mediata.

Vale decir que el daño producido por el ilícito no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, con lo que eventualmente se ocasionaría una repercusión patrimonial negativa; por ejemplo, si producto de la intromisión y difusión de la información privada errónea o no, se produce la interrupción laboral o el fracaso de un negocio del interesado.

36. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *La Informática y la Responsabilidad Civil*, Revista Jurídica Argentina "La Ley". Tomo B, B. Aires, 1987, p. 893.

37. *Loc. cit.*

38. *Loc. cit.*

5.2.1. Algunos casos particulares

-Es perfectamente posible que el atentado contra la intimidad a través del uso ilícito de la información pase a convertirse en ciertas ocasiones en el medio que permite lesionar el honor, por tratarse de una información cuya divulgación expondría cuestiones privadas que crearían una impresión negativa del interesado.

-En el mismo sentido, es posible el atentado contra el Derecho a la propia imagen debido a que como parte de la información computarizada puede existir un retrato en el cual la víctima aparece con alguna característica física que ya no es actual y que le disgustaría ver expuesta públicamente o que simplemente no debería exponerse públicamente sin su autorización.

En ambos casos no deja de existir la responsabilidad civil, según el caso, contractual o extracontractual; además, a diferencia de lo que se plantea para el caso de la lesión al honor a través de la intimidad en la concepción tradicional -previa al advenimiento de la informática-, donde el autor podía eximirse de responsabilidad interponiendo la *exceptio veritatis*; en el contexto de la informática, quien atenta contra el honor a través del uso indebido de los datos personales, no se exime de responsabilidad en ningún caso. Ya sea porque se almacenó información prohibida, sin consentimiento del interesado, porque se la usó para fines distintos a los acordados o porque se impidió el acceso a la información por el interesado, lo cierto es que se atenta contra el derecho a la intimidad en el contexto informático, sin perjuicio de la lesión que a la vez se ocasione en el honor de la víctima.

Cosa similar sucede en el caso del atentado contra el derecho a la propia imagen, difundiendo indebidamente un retrato almacenado en el banco de datos. Se lesiona la intimidad, si se produce la intrusión para la obtención de tal información y se la utiliza arbitrariamente, sin perjuicio de la lesión al derecho a la propia imagen.

5.3. La noción del riesgo en el contexto de la informática

Por todo lo expuesto, está demostrado que el uso de la informática nos sitúa en uno de los tantos campos en que las ventajas del desarrollo tecnológico y el avance científico llevan consigo como contraparte, la multiplicación del riesgo social³⁹.

Como se sabe, en un sentido amplio toda circunstancia o actividad implica un riesgo⁴⁰. El simple hecho de caminar por la calle crea un riesgo para el que lo hace y para otros. Pero el riesgo al que se alude en el presente análisis, tiene que ver con aquella circunstancia que coloca un peligro adicional al simple riesgo de vivir en común⁴¹.

Ahora bien, esto cobra sentido en razón de la magnitud de los riesgos que implica el uso de los bancos de datos, ya sea por la amplia proyección de la información que los caracteriza o por la vulnerabilidad a que se hizo alusión líneas atrás, no obstante los sofisticados sistemas de control con que se los equipa⁴².

Sin el interés de reiterar, basta con recordar que el empleo de estos aparatos permite acumular una cantidad enorme de información, que es ordenada y clasificada automáticamente. Esta información puede ser recogida en cualquier parte del mundo y mediante conexiones telefónicas o satélite, quedar clasificada en el acto.

Así, es posible compilar información abundante sobre cada individuo y reunir un conjunto de datos que aisladamente no dicen nada y que por ello no se ocultan, pero que al ser presentados en forma sistematizada pueden aportar una información que el afectado ni se imagina ni le agradaría ver en poder de otro⁴³.

Es en este sentido, que se puede comprender el riesgo que plantea el uso de computadoras en la recolección de información sobre las actividades de cualquier persona, pues con ello se pone en peligro la esfera de la vida íntima del ser humano y con ello se produce el ataque a los bienes que constituyen los derechos y atributos esenciales de la persona humana, sin cuyo reconocimiento no se concibe al hombre en su integralidad psicofísica⁴⁴. La intimidad es la primera de las libertades del hombre y en

39. STIGLITZ, Gabriel y Rosana. *Responsabilidad Civil Informática*, Revista Jurídica Argentina "La Ley", T. E., B. Aires, 1987, p. 798.

40. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad civil extracontractual*, en *Para leer el Código Civil*, Lima, T. 1, Fondo Editorial de la PUC, 1988, p. 159.

41. *Loc. cit.*

42. *Loc. cit.*

43. NOVOA MONREAL. *Op. cit.*, p. 107.

44. BUSTAMANTE ALSINA. *Op. cit.*, p. 893.

el contexto de la informática su noción parte de ser la base para el desarrollo de los derechos de la persona. Este es el ámbito en el cual hay que situar la noción de riesgo.

5.4. El daño a la intimidad en el contexto de la informática

Conviene precisar que el daño que nos ocupa, no es el consistente en el mero procesamiento deficiente de la información por la computadora, sino, el que puede derivar de la utilización de la información, por el operador o por cualquier tercero⁴⁵. Está claro, en consecuencia, que los sistemas automatizados de información no son cosas peligrosas o dañosas por sí mismas⁴⁶ sino como producto de su utilización por el ser humano. Es el uso arbitrario o injustificado socialmente de la informática el que ocasiona la lesión a la intimidad de la persona afectada. Es decir, el daño moral que a la larga constituye un factor de indiscutible importancia para determinar la violación del Derecho a la Intimidad, más allá del contenido patrimonial que resulta de su reclamo.

Entonces, el daño al que se alude es aquél que por su naturaleza no presenta ningún contenido patrimonial⁴⁷, o que pudiendo presentarlo, se expresa, fundamentalmente por la lesión que causa en el ámbito subjetivo o espiritual de la víctima⁴⁸.

6. Derecho a la intimidad y *Habeas Data*: el caso peruano

Más allá que sea posible efectivamente aplicar el sistema de responsabilidad civil a efecto de regular lo relativo a los daños (como es el caso de la legislación de otros países), salvo en materia penal, no existe norma expresa que haya previsto la problemática derivada del atentado contra el derecho a la intimidad a través del uso de la Informática a nivel constitucional o dentro del ámbito normativo del Derecho Civil.

Por lo tanto, la aplicación de los principios relativos a la protección del derecho a la intimidad en este contexto y en cualquiera de los supuestos esbozados líneas atrás, no tendría un respaldo normativo expreso.

Sin embargo, una lectura cuidadosa del Código Civil, permitiría de pronto un marco de acción inusitado, en torno a este inconveniente. Así, el artículo 14⁹ establece que "La Intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto..." a lo cual el propio Fernández Sesarego⁴⁹ sostiene que la expresión "puesta de manifiesto", no se contrae a la simple intrusión de la intimidad de la vida privada, sino a la divulgación, por cualquier medio de alguna de sus manifestaciones. La amplitud de esta idea, permite a su vez reconocer la posibilidad de incluir como forma de manifestación de la vida íntima a los datos personales. Idea, que por lo demás, se sitúa en la lógica del inciso 8 artículo 2 de la Constitución y del propio artículo 16 del Código Civil, en lo relativo a los documentos privados.

Incluso de la perspectiva del artículo 2 inciso 4 de la Constitución vigente que consagra el derecho a la información, se perfila como una de sus principales manifestaciones, el derecho del individuo a conocer de la información que cualquier persona tenga sobre él.

En consecuencia, con el marco procesal formulado a partir de lo dispuesto en el artículo 17, el Decreto Legislativo 310⁵⁰ y la norma de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1985) ya reseñada, se abriría la posibilidad de lograr la cesación del daño y obtener su reparación.

Sin embargo, no se puede pasar por alto el reconocimiento que la incidencia de un cambio tecnológico en el ordenamiento jurídico provoca la aparición de un supuesto de hecho enteramente nuevo respecto del cual falta una normativa y por consiguiente se produce una laguna legal⁵¹.

45. GIANFELICI, M. *Op. cit.*, p. 1187.

46. BUSTAMANTE ALSINA. *Op. cit.*, p. 897.

47. DE TRAZEGNIES. *Op. cit.*, T. II, p. 92.

48. BUSTAMANTE. *Op. cit.*, p. 894.

49. FERNANDEZ SESAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*, Lima, Librería Studium, 1987, p. 70.

50. Posteriormente a la dación del Código se dictó el Decreto Legislativo 310 que contiene normas de carácter procesal destinadas a la aplicación de algunas disposiciones del Código Civil. Como nota importante cabe mencionar que el artículo 3 de este Decreto, tiene como medida positiva, que el juez a pedido de parte, disponga en cualquier estado del proceso (de menor cuantía) la cesación provisional de los actos lesivos que dieron origen a la demanda pero no establece nada sobre la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

51. DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, p. 314.

52. *Ibid.*, p. 315.

Más aún, la reiteración y proliferación típica de hechos nuevos constituye o crea una nueva problemática social que a su vez, exige un tratamiento jurídico nuevo, distinto en sus principios rectores y en sus directrices⁵² de lo que el derecho tradicional establece para el marco institucional al que tales hechos pertenecen.

Por lo expuesto en relación con la especificidad de cada uno de los principios que permiten regular y tutelar el ejercicio del derecho a la intimidad en el contexto de la informática, está claro que nos encontramos frente a un problema de laguna legal que difícilmente podrá ser sorteado para estar en la capacidad de tutelar debidamente el ejercicio de este derecho, ni aún haciendo el esfuerzo de integración ensayado anteriormente.

De ahí la importancia de la regulación formulada por el Congreso Constituyente Democrático a través del proyecto de texto constitucional publicado para su conocimiento por la opinión pública.

Este proyecto se ubica en la perspectiva de enfoque constitucional en la que se encuentran: Portugal (art. 35 de la Constitución de 1976); Austria (Ley 18 de Octubre de 1978); España (Constitución de 1978, artículo 18); Estados Unidos: Las Constituciones de Alaska, Arizona California, Florida, Iowa, Montana, Ohio, Washington; Brasil (Constitución de 1988, apartado LXXII, artículo 5); Colombia (Constitución art.15^o que si bien no establece expresamente el *Habeas Data* sí reconoce el derecho de las personas a conocer y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas).

Ahora bien, siguiendo la sistemática que distingue garantías constitucionales de derechos, del texto propuesto por el CCD⁵³, podemos desprender lo siguiente:

a) Naturaleza Jurídica: El *Habeas Data* es una acción de garantía constitucional que tiene por objeto cautelar el ejercicio de los siguientes derechos:

- A la información.
- A la rectificación de información personal.
- A la supresión de informaciones personales.

b) Casos en que procede: contra la acción u omisión que vulnera o amenaza los derechos antes mencionados.

c) Agentes: procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que incurra en los supuestos indicados.

Como bien se desprende de lo expuesto, el sustento para la configuración de este mecanismo de defensa para el ciudadano se construye sobre la base del derecho a la información. Esto, como hemos visto, guarda coherencia con lo que supone la formulación del *Habeas Data* a nivel de la doctrina y la legislación de otros países.

El derecho a la información de acuerdo al proyecto supone la posibilidad de solicitar sin expresión de causa y recibir de cualquier entidad pública, la información que la persona requiera.

Se afirman sin embargo las siguientes excepciones:

- a)** Las informaciones que afecten a la intimidad de otra persona.
- b)** Las que expresamente se excluyan por ley.
- c)** Las que se excluyan por razones de seguridad nacional.

En este punto cabe mencionar algunas reservas respecto de lo que pueda significar en términos prácticos el ejercicio de estas dos últimas excepciones. La experiencia histórica reciente en Latinoamérica nos recuerda entre otras cosas que, con la sola invocación de la seguridad nacional amenazada bastaría en muchos casos, para restringir y aún más violentar el ejercicio de los derechos humanos, entre los que contamos el de la intimidad.

Sería conveniente por ello el desarrollo de una mayor definición legislativa de los límites en las excepciones aludidas, en especial de la última, con el fin de impedir que se la aplique en forma irrestricta, es decir, en atención al criterio de la seguridad nacional antes que a los valores que encierran los derechos fundamentales.

Es razonable suponer la existencia de información ajena al interés de cualquier particular y que

53. ANTEPROYECTO DE LA NUEVA CONSTITUCION, Comisión de Constitución, Congreso Constituyente Democrático, Diario Oficial El Peruano, Lima, 20 mayo de 1993.

54. Ley de protección de datos de 11 de mayo de 1973 (DATALEG), reformada por la Ley Nº 334 de 1979. Es una norma de gran influencia en Europa.

por lo tanto se mantenga, inclusive, fuera del dominio privado, pero ello no significa que la ley pueda establecer vía libre, por ejemplo, al servicio de inteligencia nacional, para que en su afán de obtener información produzca violaciones a la intimidad de particulares. Y esto se agrava si además se restringe la capacidad del individuo de poder enterarse de la existencia de un registro de información que le concierne, para así ejercer el derecho de rectificación, porque de no hacerlo se vería perjudicado, dado el caso, debido a la falsa identidad registrada o a algún error de naturaleza análoga que hace posible su registro.

En suma, se trata de tener presente que es condición indispensable de la propia naturaleza institucional del *Habeas Data* -y del derecho de información-, el principio de la transparencia que, como se dijo anteriormente, hace imprescindible la necesidad que el interesado conozca la existencia del archivo o fichero y de los datos, para lo cual la persona interesada deberá ser notificada de la creación del archivo, o bien efectuarse la publicación de tal hecho mediante anuncio en el diario oficial. De lo contrario el *Habeas Data* no sólo se verá restringido en su ejercicio, sino que eventualmente resultará inútil.

7. Consideraciones para una legislación de *Habeas Data*

Siguiendo el perfil desarrollado por las distintas legislaciones que ya se han venido ocupando de la regulación del *Habeas Data* y en el marco de los alcances proporcionados por los organismos internacionales preocupados porque en esta nueva dimensión de la tecnología, se encuentren los me-

canismos para lograr la efectividad de los derechos humanos y su garantía, resulta conveniente señalar algunos de los principios generales básicos a tenerse en cuenta en una legislación que desarrolle la garantía constitucional del *Habeas Data*:

a) El derecho de oposición a la recolección de datos sensibles como aquellos que revelan el origen racial, la filiación, las convicciones políticas y religiosas, el comportamiento sexual, la asociación amparada constitucionalmente, etc. a menos que existan excepcionales razones para ello, señaladas expresamente⁵⁴.

b) El derecho a conocer la existencia o creación de un archivo de datos sobre su persona⁵⁵.

c) El derecho a ser informado de los fines para los cuales son destinados los datos proporcionados en forma voluntaria u obligatoria.

d) El derecho a que se respete el destino publicitado a los datos recogidos y al control sobre ellos⁵⁶.

e) El derecho de rectificación, supresión o actualización de los datos del interesado que se consideren erróneos, falsos, incompletos o caducos.

Se trata entonces, que la informática contribuya efectivamente al desarrollo y bienestar del hombre, evitando que con ella se atente contra derechos tan esenciales como la vida privada y las libertades individuales o públicas. En ese sentido es positiva la introducción del *Habeas Data* en el nuevo texto constitucional, mas será necesario ajustar legislativamente los alcances de la institución para que sirva realmente a sus fines.

55. CONVENIO INTERNACIONAL DE STRASBURGO firmado en 1981 para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuya prioridad son los Derechos Humanos.

56. Loc. cit.

El Nuevo Sistema Privado de Pensiones

Entrevista al Dr. Guillermo Alarcón, Presidente del Directorio de AFP El Roble*

¿Cuáles son las características y principales diferencias entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones?

El sistema Nacional de Pensiones regido por la Ley 19990 tiene las siguientes características:

a) Es un sistema de reparto. Esto quiere decir que los trabajadores activos afiliados aportaban a un fondo comunitario. Dicho fondo era el que proveía de recursos a las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia que se otorgaban.

El dinero aportado por cada trabajador **nunca** se capitalizaba individualmente.

El fondo que bajo este sistema se conformaba era propiedad del IPSS, quien además lo administraba. El deterioro del sistema originó que progresivamente fuera necesario un mayor número de aportes de afiliados para cubrir una prestación de jubilación.

b) Este Sistema castiga al aportante. La pensión de jubilación es muy pequeña. Esto porque el IPSS desgraciadamente no tuvo sistemas de inversión, o de aumento de su capital. Es más, creo que el IPSS no ha tenido siquiera la oportunidad de hacerlo porque el dinero que recibía tenía que trasladarlo inmediatamente. En consecuencia las pensiones son diminutas.

c) El tercer tema es que el IPSS está quebrado. Nadie sabe cuál es el monto de sus pasivos. Algunos dicen que tiene 20 mil millones de dólares de deudas, otros dicen 10 mil millones.

Estos temas hacen que el IPSS no sea una alternativa, lo cual es una pena porque esta institución debería ser viable para aquellos trabajadores de muy bajos ingresos, y para quienes el nuevo sistema no resultaría muy interesante.

Dentro del Sistema Nacional de Pensiones familiar se incluía el régimen del Decreto Ley 20530. Esta norma es la famosa "Cédula Viva" que tenían los maestros, empleados públicos, etc. Según este régimen sus bonificaciones seguían ganando un monto igual a la remuneración de un trabajador activo que realizara la misma función que el jubilado. Como es evidente, este régimen tenía un impacto económico impresionante para el Estado. Este régimen se financiaba con recursos del Tesoro Público.

De igual manera, el Sistema Privado de Pensiones presenta tres características:

a) Primero, es un sistema de capitalización individual. Es un ahorro previsional propio.

La cuenta de capitalización individual se puede integrar de varias formas:

- Una es la deducción del 10% de la remuneración que hace el empleador mensualmente.

- Otra forma es el bono de reconocimiento.

- También existen aportes voluntarios. Por ejemplo provenientes de negociación, colectiva, aumento unilateral, etc.

* Abogado. Magíster en Administración, ESAN.

- El trabajador puede depositar su CTS, si así lo desea.

Como vemos, el trabajador puede engrosar su cuenta individual con los montos que desee.

b) En este sistema, las personas por el solo hecho de cambiarse gozan de algunos beneficios. Existe un seguro de vida (de sobrevivencia) que paga el sepelio del asegurado y otorga a sus familiares una pensión de sobrevivencia, así el afiliado no hubiese hecho un solo aporte.

Pero además el afiliado va a tener una mejor pensión, ¿por qué? Porque su dinero va a generar una rentabilidad diaria. Las AFP están obligadas a asegurar una rentabilidad mínima, que se encuentre por encima de la inflación.

En este sistema, una persona puede jubilarse anticipadamente si así lo desea.

c) El tercer tema sería que el Sistema Privado de Pensiones va a impulsar el desarrollo del país. Estoy seguro que el sistema va a cambiar las estructuras del país en lo económico, social y político.

Los avisos publicitarios de las AFP señalan que el trabajador puede optar entre el Sistema Nacional o el Sistema Privado. Tal como están dadas las normas ¿Consideraría Ud. que existe una auténtica posibilidad de optar?

Considero que sí. En Chile, por ejemplo, los trabajadores tenían la obligación de cambiarse al Sistema Privado. En el Perú, el Anteproyecto de Ley contenía una norma similar que finalmente fue cambiada en pro de la libertad de elección del trabajador.

Creo que legalmente el trabajador puede elegir el sistema. Incluso un trabajador puede volver de una AFP al Sistema Nacional de Pensiones cumpliendo algunos requisitos. Posteriormente, luego de dos años de vigencia de la norma, los trabajadores se irán integrando al Sistema Privado conforme se integren al mercado laboral.

Ahora bien, el IPSS no va a ser eliminado, pues va a seguir manejando el Sistema de Salud, mientras que las pensiones de salud van a ser manejadas por las AFP.

No debemos olvidar que el IPSS ya no maneja las pensiones en el Sistema Nacional, pues se ha creado una oficina especial para ello.

Ahora bien, yo francamente creo que no existe alternativa, pues nadie va a querer ir al Sistema Nacional, que está quebrado y no es rentable.

Hablemos del tema de los aportes. Se dice que el trabajador debe aportar 10% de su remuneración. Sin embargo, existen otros conceptos que aumentan el monto detráido. ¿Qué nos puede decir al respecto?

Primero debe quedar claro que el trabajador recibe un aumento de 10% + 3% de sus remuneraciones. Esto hace un aumento de 14% de las remuneraciones aproximadamente. Los aportes al Sistema Privado van a significar del 12% al 15% de la remuneración del afiliado según la AFP.

¿En qué consisten los aportes? 10% para el Sistema Privado (En el sistema Nacional es el 3% del trabajador y 6% del empleador, pero ese porcentaje va a cambiar: va a ser 8% y 4%). Además un 1% como aporte de solidaridad al IPSS, y un 3% de aporte adicional acumulado conformado por las comisiones de las AFP y el costo de los seguros.

En todo caso, yo considero que el aumento concedido a los trabajadores compensa el monto de las aportaciones a efectuar, quedando incluso algún monto a favor del trabajador.

Hacíamos esta pregunta porque si sumamos estos aportes a otras cargas tributarias del trabajador (FONAVI, Renta), parecería que el monto detráido de la remuneración es excesivo.

No, yo creo que en todo caso los aumentos son favorables al trabajador pese a las deducciones.

¿Cuál es la retribución de las AFP?

Las AFP cobran tres comisiones como retribución. Una es la fija, otra es un porcentaje sobre saldos de cuenta y la tercera es un porcentaje sobre el fondo. Actualmente las AFP sólo están cobrando la comisión fija. En enero vamos a cobrar la comisión variable.

Pero esto no se dice en la publicidad, la idea que se vende es que el costo es de solo 10% de la remuneración.

En realidad, estos temas no se tocan en publicidad, porque tanto detalle confunde a las personas. La explicación en detalle la deben dar nuestros promotores. Esta explicación en todo caso es responsabilidad de las AFP.

Se dice que el Sistema Privado de Pensiones sólo es conveniente para personas de altos ingresos con una gran capacidad de ahorro ¿Considera Ud. que las personas de bajos ingresos puedan aportar al sistema?

Efectivamente quien gana poco va a aportar poco y puede tener una pensión menor. Sin embargo podría darse el caso que alguien que gana poco tiene un buen bono, pudiendo obtener una pensión interesante.

Nosotros por eso estamos abocados en el diseño de una pensión mínima, ¿mediante qué mecanismos?. Yo creo que esto debería ser complementado por el Estado, porque la AFP es una empresa privada y porque las cuentas de capitalización son de propiedad de cada trabajador.

Ahora bien, el Estado actualmente no lo podría hacer, por su falencia económica, pero en el futuro cuando sea mas fuerte debería hacerlo.

¿En qué consiste el Bono de Reconocimiento?

Primero, ¿quién tiene derecho al bono?. Tienen derecho las personas que cumplan dos requisitos:

a) Que entre diciembre de 1982 y diciembre de 1992 hayan aportado 48 meses al Sistema.

b) Que el trabajador haya cotizado los 6 meses anteriores al cambio de sistema.

Ahora, ¿qué características tiene el bono?:

- Reconoce al trabajador 6 veces lo que aportó (de 3% a 18%).

- Reconoce los meses y años de aporte.

- Se reconocen los aportes realizados al margen de la retención o pago efectivo por el empleador. Es la AFP la que debe realizar la investigación para determinar efectivamente el monto aportado por el trabajador. En este servicio creo que se va a determinar la calidad de cada AFP.

Pero, ¿cómo se determinan los aportes de cada trabajador, si los mismos se destinan a un fondo común? ¿Puede el IPSS determinar cuánto aportó un trabajador?

Fíjate, yo conozco los "listados" del IPSS. Es más, nosotros hemos hecho estudios de mercado a partir de tales listados. Por tanto, esa determinación

es posible. En todo caso, la determinación del valor del bono la realizará la AFP.

El bono tiene además la característica de ser indexado. Es decir, no pierde su valor, se capitaliza.

También es negociable, puede enajenarse, por ejemplo si el trabajador prefiere tener dólares y no el bono. El dinero que se obtenga pasa a la cuenta de capitalización del afiliado.

¿Qué es el "Fondo de Pensiones"?

Es un fondo independiente, intangible, tiene una contabilidad propia, a pesar de que cada trabajador tiene una cuenta individual, el fondo se maneja como un fondo en inversión, nunca puede ser tocado.

El fondo es como si fuera una empresa diferente de la AFP, es un sujeto de derecho administrado por una sociedad anónima (la AFP). En ningún caso los patrimonios del Fondo y de la AFP se confunden.

¿Qué son las cuentas complementarias?

Es una cuenta donde el trabajador puede voluntariamente poner el dinero adicional que desee, incluso la CTS. Este dinero es disponible por el trabajador. Con esta cuenta complementaria se tiene que tener cuidado ya que su finalidad es el ahorro provisional (jubilación). No es un ahorro ordinario.

¿En qué materias puede invertir una AFP?

Aquí el campo de acción es amplio. Se puede invertir en acciones de empresas, proyectos, bonos, títulos, valores, leasing, bolsa de valores, fondos mutuos, incluso en el extranjero.

¿Qué restricciones tienen entonces?

Ahora lo que tenemos es una norma que señala porcentajes máximos de inversión. En todo caso dependerá de lo que señale la Superintendencia y de la calificación que sobre las inversiones dé una comisión especial.

Personalmente creo que las inversiones en la primera etapa se van a destinar a infraestructura (agua, luz y vivienda). Estas obras son muy rentables. También van a ser importantes las inversiones en bonos del Estado, bonos del BCR y las letras hipotecarias.

¿Qué garantías presta la AFP al fondo que administra?

Bueno, primero existe un encaje especial, que es una reserva de la AFP. Incluso sobre esa reserva tenemos fianzas emitidas. Otra garantía, básica pienso, es el control que lleva la Superintendencia.

Este control incluso es diario. Todos los días las AFP deben presentar balances. Las facultades de la Superintendencia son tales que si ella lo desea, puede convertirse en el Presidente de su Directorio, o aún más, cerrarla y los fondos pasarlos a otra AFP.

Finalmente la garantía más grande es la rentabilidad que aseguran las AFP y la posibilidad del trabajador de optar entre ellas.

Incluso, para mayor seguridad, todas las AFP hemos partido con fianzas, en favor del Fondo, sobre un monto supuesto.

Las AFP son sociedades anónimas, como tales, su finalidad es lucrativa. ¿Qué utilidades en beneficio de las AFP se han previsto?

Las AFP como empresas, están integradas por personas o instituciones que creen en el Perú y por eso invierten. El resultado de esa inversión no se verá en el corto plazo, sino en un muy largo plazo. Es probable que en los siguientes 3 años las AFP no generen una utilidad para sí mismas, pero van a realizar aumentos de capital sucesivamente, (lo cual implica mayor inversión).

La finalidad de las AFP en este momento es captar a toda la gente que está ahora en el Sistema Nacional de Pensiones. ¿Han proyectado el aumento de nuevos trabajadores (potenciales afiliados)?

Fíjate, en el país la PEA es de aproximadamente 8 millones de personas. De ellas 2.7 millones están registradas en el Sistema Nacional. En la práctica sólo 1.5 millones aportan efectivamente. Esos 2.7 son nuestro mercado a corto plazo. Nuestra finalidad a largo plazo es captar a toda la PEA en el Sistema Privado.

En todo caso, las mismas AFP son generadoras de puestos de trabajo y de potenciales afiliados. Esto por las inversiones que se van a venir realizando. No olvidemos que hoy el Sistema Privado ya ha generado 10 mil puestos de trabajo.

¿Se están cumpliendo sus expectativas de afiliación?

Yo creo que va a ser lento, pero en esta etapa nuestra misión es informar, educar más que afiliar.

¿Cuáles son las prestaciones que proporcionará el sistema?

En el caso de la jubilación hay varias formas de otorgarla. Una primera es el pago mensual, otra es la renta vitalicia y una tercera, es una mezcla de las dos anteriores.

La pensión vitalicia, por ejemplo, se toma con una compañía de seguros. Esta pensión se da al trabajador hasta que muera.

El servicio de sobrevivencia, es un beneficio otorgado a los familiares del trabajador fallecido y es cubierto por la compañía de seguros.

La invalidez es algo muy interesante. Se refiere a un impedimento físico para desempeñar bien su trabajo (en Chile alcanza por ejemplo a drogadictos y alcohólicos). La invalidez tiene grados (total o parcial). Para este efecto se va a nombrar una Comisión Médica que defina los criterios de invalidez. En la determinación de la invalidez se debe ser muy cuidadoso y estricto, porque de lo contrario se perturbará el sistema, aumentando el costo de las primas del seguro.

Ud. ha señalado las ventajas y beneficios que traerá el Sistema. Mayor inversión, mayor trabajo. En todo caso, esa inversión, esa reactivación, se hará con dinero de los trabajadores. ¿Qué opina Ud. sobre esto? ¿Por qué el capitalista peruano no ha invertido su propio dinero y usa hoy el de los trabajadores?

Fíjese, aquí hay dos temas. Uno es que el ahorro previsional va a beneficiar al trabajador. El sistema está hecho para favorecerlo.

El otro tema está relacionado con el mismo mercado, falta de inversión sin reactivación. Esto se ha dado porque el país ha estado en un desmanejo total, nosotros mismos hemos hecho todo para estar estancados, nuestros marcos de regulación legal han desincentivado la inversión privada. Nuestros mecanismos de control han sido tan estrictos que nadie quería invertir.

Creo que la tendencia se está revirtiendo. Los empresarios están empezando a arriegarse más, invirtiendo. En el sector privado está el eje del desarrollo del país. Es obligación del Estado dejarlo crecer.

¿Han proyectado el nivel de utilidades que obtendrá el Sistema?

Nosotros creemos que el Sistema en el primer año va a captar unos 200 millones de dólares. En los primeros 10 años, siendo pesimistas, los rendimientos serían de 7 u 8 mil millones de dólares.

¿Algunas palabras finales?

Reitero que el sistema va a cambiar el país económica, social y políticamente.

En lo social el sistema dará a las personas la posibilidad de tener vivienda, un patrimonio propio y

seguridad para sus hijos.

En lo económico, la mayor inversión y su diversificación va a proyectar el relanzamiento económico del país.

En lo político, porque cuando el Sistema Privado abarque a toda la PEA, la masa electoral que ellos representen va a ser muy amplia. ¿Quién va a votar por alguien que ponga en peligro su ahorro previsional propio, por alguien sin programa económico, por un populachero que quiera estatizar el sistema? No, esto va a formar una conciencia política importante en las personas.

Becerra Palomino Carlos Enrique

**ABOGADO
NOTARIO DE LIMA**

**ATENCION: LUNES A VIERNES
8:30 am. A 1 pm.
2 pm. A 5:30 pm.**

**CHINCHON 601 - SAN ISIDRO
Alt. Cdra. 34 Av. Petit Thouars
Cdra. 8 Av. R. Navarrete
Espalda Cdra. 5 Av. Juan de Arona**

**☎ 42-3157
42-0097 • 42-4809**

Creemos
en los
Peruanos,
seguimos en el
PERU



OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU
Petróleo para el desarrollo

La Extensión de la Hipoteca

Francisco Avendaño Arana
Profesor de Derecho Civil de la PUC

La extensión de la hipoteca está regulada por los artículos 1101 y 1107 del Código Civil (C.C.). El artículo 1101 se refiere a la extensión en cuanto al bien y el artículo 1107 a la extensión en cuanto al crédito.

Extensión de la hipoteca en cuanto al bien

De acuerdo con el artículo 1101 del C.C., "la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto".

En otras legislaciones, la cobertura de la hipoteca es más amplia. El artículo 3110 del C.C. argentino, por ejemplo, señala que "la hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca".

En las líneas siguientes nos referiremos al Código Civil Peruano y luego analizaremos los supuestos de extensión no regulados por el Código Peruano.

1. Las partes integrantes

Las partes integrantes son bienes que se han integrado de tal forma a otro bien, que su separación ocasionaría la destrucción, deterioro o alteración del bien principal, del bien integrado, o de los

dos bienes. La importancia de las partes integrantes radica en que siguen la condición jurídica del bien al que se integran. Así, serán inmuebles, si lo es el bien principal.

La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Si lo que se hipoteca es una casa, por ejemplo, la garantía se extiende a todos los bienes con los que fue construida: arena, cemento, ladrillos, piedras, etc. Lo anterior se justifica porque las partes integrantes forman parte del bien al cual se integraron. Son parte del bien hipotecado.

El artículo 1101 del C.C. permite el pacto en contra, esto es, que se excluyan de la hipoteca las partes integrantes. Este tema ofrece algunas dudas, como veremos. Como hemos dicho anteriormente, las partes integrantes no pueden ser separadas del bien principal. Su separación produciría la destrucción, deterioro o alteración de los bienes. A modo de ejemplo, no podrían separarse los ladrillos de una casa. Es más, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 887 del C.C., "Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares". Esto significa que las partes integrantes no pueden ser materia de contratos distintos respecto del bien principal. No podrían ser vendidas y pertenecer a propietario diferente del bien principal, ya que el nuevo propietario de las partes integrantes no podría pedir su separación y entrega.

Pareciera entonces que no es posible el pacto en contra. Si se excluyeran de la hipoteca los ladrillos de una casa, en caso de ejecución del bien por incumplimiento, tendría que venderse la casa sin ladrillos. Esto es absurdo.

En nuestra opinión, sin embargo, el pacto en contra sí es posible en aquellos casos donde las partes integrantes sí pueden ser objeto de derechos singulares. En efecto, las partes integrantes siguen

la condición jurídica del bien principal, pero la ley o el contrato pueden permitir su diferenciación o separación (artículo 889 del C.C.). Esto se permite justamente porque las partes integrantes pueden, por excepción, ser objeto de derechos singulares. Así, sería posible que se hipoteque un edificio de 10 pisos y que se excluyan de la garantía los pisos adicionales que se vayan construyendo. Si se tuviese que recurrir a la ejecución del bien hipotecado, se remataría únicamente el edificio de 10 pisos, más no así los pisos adicionales.

2. Los accesorios

Los accesorios son bienes que están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental de otro bien. Ellos no pierden su individualidad, pero siguen la condición jurídica del bien al cual han sido afectados económica u ornamentalmente. Serán inmuebles, por ejemplo, si lo es el bien principal.

La hipoteca comprende los accesorios del bien hipotecado. Si se hipoteca una unidad inmobiliaria productiva, la garantía se extiende a las maquinarias, a los automóviles que estuvieran afectados al negocio, etc. Si lo que se hipoteca es una casa, la garantía comprende las alfombras, los cuadros, etc.

El fundamento de la extensión de la hipoteca a los accesorios es claro en el caso de los bienes afectados a un fin económico de otro bien. Los accesorios son un elemento importante que hace producir económicamente al bien principal y es a través de la explotación del bien como el deudor cumple con su obligación frente al acreedor. Forman un solo todo con el bien principal. Por ello, el legislador los incluye en la garantía. En el caso de los accesorios afectados a un fin ornamental, el fundamento no es tan claro. Podría consistir en que los accesorios aumentan el valor del bien principal y por ende la garantía del acreedor. El legislador entonces, los incluye. No obstante, como veremos a continuación, en la práctica estos accesorios están excluidos de la hipoteca.

Los accesorios que están comprendidos dentro de la hipoteca son los que existen al momento de la ejecución de la garantía. Los bienes que no estaban permanentemente afectados económica u ornamentalmente al bien hipotecado cuando se constituyó la garantía, pero que luego son afectados, también quedan incluidos en la hipoteca.

¿Qué sucede con los accesorios que son separados del inmueble hipotecado antes de que se ejecute la garantía? El problema se presenta principalmente con los accesorios que están afectados a un fin económico de otro bien. Los accesorios que están afectados a un fin ornamental respecto de otro bien, están comprendidos en la hipoteca, pero en la práctica quedan excluidos. En efecto, el deudor hipotecario (propietario) retira sus adornos, alfombras, cuadros, etc. y el acreedor ejecuta solamente el inmueble. No obstante ello, su situación jurídica es idéntica a la de los accesorios afectados económicamente a otro bien.

En algunas legislaciones como la argentina y la paraguaya¹ la hipoteca se extiende a los accesorios mientras estén unidos al inmueble hipotecado. En el Perú, el Código Civil de 1984 no dice nada al respecto. El Código Civil de 1936 tampoco decía nada sobre este tema. En nuestra opinión la hipoteca no se extiende a los accesorios que son separados definitivamente del inmueble. Sí los comprende, en cambio, si son separados provisionalmente del bien. Esto último se debe a que la separación provisional del accesorio no le suprime su calidad (artículo 888 del C.C.)

Si un accesorio es separado definitivamente del bien inmueble, pierde su calidad de accesorio, dejando de tener, en consecuencia, naturaleza inmobiliaria. No puede existir entonces garantía sobre estos bienes, porque la hipoteca recae sobre bienes inmuebles. Podría sostenerse que el accesorio puede ser un inmueble (imaginemos un buque afectado a una explotación económica formada por un conjunto de bienes), por lo que, si es separado definitivamente, sigue teniendo naturaleza inmobiliaria. Esto es cierto; sin embargo, es poco usual que un accesorio sea un bien inmueble. Por ello, en las siguientes líneas asumiremos que los accesorios son muebles.

El deudor hipotecario puede separar el accesorio del bien hipotecado y no disponer de él en favor de un tercero. A modo de ejemplo, puede retirar una maquinaria de un inmueble hipotecado para destinarla a otro inmueble. En este caso, la hipoteca no se extiende a la maquinaria, puesto que ha dejado de ser accesorio.

Ciertos problemas pueden presentarse cuando el deudor hipotecario dispone del accesorio, ya sea

1. Artículos 3110 del C.C. Argentino y 2360 del C.C. Paraguayo.

porque lo vende, porque lo entrega físicamente en prenda a un tercero o porque celebra respecto de él un contrato de prenda sin desplazamiento. El deudor hipotecario, en su calidad de propietario del bien, puede enajenar o gravar el accesorio. Es más, el acreedor hipotecario no puede prohibirle que lo enajene o lo grave (artículos 882 y 1113 del C.C.). El adquirente del accesorio podría separar definitivamente su bien del inmueble hipotecado, con lo cual la hipoteca ya no se extendería al accesorio.

¿Qué sucede si el adquirente sabe que el bien es accesorio y que está hipotecado? Esto es poco probable porque los terceros no tienen como saber que los accesorios están hipotecados ya que la publicidad hipotecaria no alcanza a los bienes muebles. Aun en el caso que se detallaran en la escritura de constitución de la hipoteca (y en el asiento registral) los accesorios que quedan comprendidos en la garantía, los terceros no tendrían cómo saber que están afectados. Esto se debe a que la mayoría de bienes muebles no son identificables y en el caso que algún bien mueble pudiera ser identificado a través del registro, la publicidad registral tampoco le alcanzaría. En efecto, el tercero para determinar si un mueble está hipotecado no tendría por qué acudir a ningún registro. No tendría que acudir al Registro de Bienes Muebles porque no está implementado (con excepción, quién sabe, de los automóviles). Tampoco tendría por qué acudir al Registro de la Propiedad Inmueble porque allí se inscriben actos y contratos relacionados con inmuebles.

Pero volviendo al tema; si el tercero que compra un accesorio de un inmueble hipotecado sabe que es accesorio y que está hipotecado, ¿subsiste la hipoteca sobre el accesorio? La respuesta será negativa sólo si el propietario separa definitivamente su bien ya que dejaría de ser accesorio, volvería a tener naturaleza mobiliaria y la hipoteca no podría extenderse a él.

Si un bien accesorio es entregado físicamente en prenda a un tercero, la solución es idéntica al caso de venta. Al desafectarse el bien pierde su condición de accesorio, por lo que la hipoteca ya no se extiende a él.

El caso que ofrece algunas dudas es cuando se constituye prenda sin desplazamiento sobre el accesorio. Aquí el bien sigue teniendo la calidad de accesorio puesto que no es separado del bien principal. En este caso, la preferencia debe resolverse de acuerdo a lo dispuesto en cada una de las leyes que regulan las prendas sin desplazamiento.

En la prenda agrícola, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley 2402 señala lo siguiente: "las hipotecas con que se gravan los fundos, no se extienden a las cosas dadas en prenda agrícola por sus propietarios, con anterioridad a la constitución de la hipoteca".

Las hipotecas que gravan los fundos impedirán la constitución de la prenda agrícola sobre las cosas a que se extienden dichas hipotecas, conforme a ley".

Como se ve, si la prenda se constituye primero que la hipoteca, ésta no se extiende a los accesorios. Esta es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil. En cambio, si la hipoteca se constituye primero, la Ley 2402 impide que se constituya prenda agrícola sobre el accesorio. Esta solución es discutible porque en nada se perjudica al acreedor hipotecario. La duda surge cuando, si a pesar de la prohibición, el acreedor hipotecario constituye prenda sin desplazamiento respecto del accesorio. Si este fuera el caso, tendría preferencia la hipoteca en razón del principio "primero en el tiempo, primero en el derecho".

Dos comentarios finales sobre los accesorios. Si el deudor dispone de los accesorios, el acreedor hipotecario se ve perjudicado. ¿Acaso no disminuye el valor del bien hipotecado? Creemos que sí. Por ello, el acreedor puede exigir al deudor que sustituya los accesorios por otros equivalentes, o de lo contrario, pedir el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo (artículos 181, inciso 2 y 1110 del C.C.).

De otro lado, al igual que con las partes integrantes, los accesorios pueden ser excluidos de la cobertura de la hipoteca, mediante pacto expreso. Así lo señala el artículo 1101 del C.C. No existe ningún inconveniente para que la hipoteca no se extienda a los accesorios. Estos no siguen la condición del bien al cual han sido afectados, cuando la ley o el contrato permiten su diferenciación o separación (artículo 889 del C.C.). Es posible entonces, hipotecar un local industrial y pactar expresamente que la hipoteca no se extienda a las maquinarias.

3. El importe de las indemnizaciones de los seguros

La hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones de los seguros del inmueble, lo cual significa que si el inmueble está asegurado y se produce un siniestro, el monto de la indemnización reemplaza al inmueble. Se produce así lo que en doctrina se conoce como subrogación real.

Cuando el acreedor hipotecario es un banco o una institución de crédito, el deudor por lo general queda obligado a asegurar el inmueble y a endosar la póliza en favor del acreedor. No sucede lo mismo cuando el acreedor no es un banco ni una institución de crédito. Esto no impide, sin embargo, que el acreedor contrate por su cuenta el seguro. En este caso, las primas que pague estarán cubiertas por la hipoteca (artículo 1107 del C.C.).

“Si el inmueble hipotecado perece enteramente por el siniestro o resulta expropiado, la hipoteca se extingue. Pero el acreedor hipotecario se transforma de titular de un derecho real de hipoteca en acreedor titular de un derecho de prenda sobre el crédito (cuando la indemnización es debida) o sobre el dinero (cuando la indemnización se ha satisfecho ya)”². En rigor lo que sucede es que se extingue la hipoteca y se crea un derecho real de prenda. Esto se produce porque la hipoteca no puede recaer sobre bienes muebles.

La hipoteca se extingue cuando se destruye el inmueble (artículo 1122, inciso 4 del C.C.). Se trata de la destrucción total del bien (un avión que explota). Si la destrucción es parcial, subsiste la hipoteca sobre la parte del inmueble no destruido. Si una casa estuviera asegurada, por ejemplo, y se destruye como consecuencia de un siniestro, existiría hipoteca sobre el terreno y prenda sobre el importe de la indemnización.

Puede ocurrir que el siniestro se produzca antes o después del vencimiento de la obligación garantizada. En el primer caso, según Castañeda, el monto del seguro debe ser entregado al acreedor hipotecario³. No estamos de acuerdo con esta opinión. El acreedor no puede exigir el pago de la indemnización por cuanto su crédito aún no es exigible. Tampoco puede pedir el cumplimiento de la obligación (artículos 181, inciso 3 y 1110 del C.C.) porque no ha desaparecido la garantía. Todo lo contrario. Existe una mejor garantía, que ni siquiera será necesario ejecutar en caso de incumplimiento: el monto de la indemnización.

El importe de la indemnización, en nuestra opinión, debe ser consignado judicialmente y sobre este importe el acreedor tendrá una prenda de dinero.

En el segundo caso, esto es, si se produce el siniestro después del vencimiento de la obligación garantizada, el acreedor sí puede exigir el pago de la indemnización.

4. El importe de las indemnizaciones de la expropiación

Cuando se expropia un inmueble se extingue la propiedad (artículo 969, inciso 3 del C.C.). En estos casos, sin embargo, la hipoteca se extiende al importe de la indemnización. Al igual que con los seguros, en caso de destrucción total del inmueble, se extingue la hipoteca y se crea un derecho real de prenda.

Un comentario final sobre este tema. La extensión de la hipoteca al importe de las indemnizaciones de la expropiación (y de los seguros) puede ser objeto de pacto en contra. Así lo establece el artículo 1101 del C.C. En consecuencia, es válido excluir de la hipoteca la indemnización por la expropiación (y por el seguro).

5. Supuestos de extensión no regulados por nuestra legislación

Siguiendo la legislación Argentina nos referiremos a

5.1 Las mejoras

Las mejoras son las modificaciones materiales que se hacen en un bien y que aumentan su valor económico. Pueden ser necesarias, útiles o de recreo. Las necesarias impiden la destrucción o el deterioro del bien. Las útiles, sin ser necesarias, aumentan el valor y la renta del bien. Las de recreo, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad (artículo 916 del C.C.).

En nuestra opinión, la hipoteca se extiende a las mejoras necesarias, útiles y de recreo. Las mejoras necesarias y útiles están incluidas en la hipoteca porque se integran al bien principal. Desde el momento en que se efectúan dichas mejoras, pasan a formar parte del bien hipotecado. Se convierten en partes integrantes del bien por lo que no pueden ser retiradas. A modo de ejemplo, si para arreglar una casa en ruinas se tienen que hacer

2. DIEZ PICASSO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, Tercera Edición, Tecnos S.A. 1987, pág. 507.

3. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales de Garantía*. Tomo III, Amauta S.A. 1967, pág. 253.

mejoras en las paredes y en los techos, los nuevos ladrillos, cemento y demás bienes que se utilicen en la obra pasan a formar parte de la casa. Las mejoras necesarias y útiles se convierten pues en partes integrantes, por lo que la hipoteca se extiende a ellas.

Las mejoras de recreo no se integran necesariamente al bien hipotecado. Así lo establece de alguna manera el artículo 917 del C.C. cuando faculta al poseedor a retirar las mejoras de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar un valor actual. Puede haber entonces mejoras de recreo que no se integren al bien y mejoras de recreo que sí se integren al bien. Como ejemplo de las primeras se puede considerar un pedestal en el patio de una casa. De las segundas, una piscina.

La hipoteca se extiende a las mejoras de recreo ya sea que se integren o no al bien. Si se integran al bien, su régimen en cuanto a la extensión de la hipoteca es idéntico al de las partes integrantes. Si no se integran el bien, su situación es igual al de los accesorios.

En Argentina se asimilan los aumentos que recibe un bien por accesión con las mejoras. Borda, por ejemplo, comentando el artículo 3110 del C.C. argentino, señala que "... lo que el Código llama mejoras accidentales están comprendidas dentro del concepto de las naturales, que se producen sea por aluvión o por avulsión"⁴.

La accesión es distinta de las mejoras. No obstante ello, resulta pertinente analizar si a las agregaciones que recibe un bien hipotecado por obra de la naturaleza, se extiende la hipoteca. La doctrina es unánime en señalar que la hipoteca sí se extiende a los aumentos que recibe el bien por accesiones. La razón es muy simple. Lo que se une al bien hipotecado se integra a éste. Las accesiones naturales siguen entonces la misma suerte que las partes integrantes: están incluidas dentro de la hipoteca.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en caso de avulsión (artículo 940 del C.C.), el propietario del inmueble que ha sido arrancado por la fuerza del río, puede reclamar su propiedad. Si fuera éste el caso, no habría accesión por lo que la hipoteca no se extendería al nuevo inmueble.

No debe confundirse la accesión natural con los casos en que el propietario del inmueble hipotecado adquiere un inmueble contiguo. El artículo 3110 del C.C. argentino señala que no quedan sujetas a la hipoteca "las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles para reunirlos al inmueble hipotecado". El Código Civil peruano no dice nada al respecto, pero la solución es la misma porque se trata de inmuebles distintos. La duda se presenta cuando el propietario adquiere un inmueble contiguo y lo acumula registralmente al bien hipotecado. Se constituye entonces una nueva unidad inmobiliaria. En este caso, creemos, la hipoteca sí se extiende al inmueble acumulado. Esto se debe a que física y jurídicamente se trata de un solo inmueble. Ya no se pueden diferenciar los bienes que se han unido. La garantía entonces debe cubrir todo el nuevo bien.

5.2 Las construcciones

En doctrina, las construcciones sobre un terreno son consideradas indistintamente como mejoras naturales o como un caso de accesión industrial. Nuestro Código Civil se refiere a ellas como un caso de accesión industrial (artículos 941 a 945). Allí se regulan los conflictos que pueden haber cuando se edifica de buena o mala fe en terreno ajeno, cuando el propietario del suelo sobre el que se edifica obra de mala fe, cuando se invade con una edificación una propiedad vecina y cuando se edifica con materiales ajenos. El Código Civil peruano no dice nada, sin embargo, sobre las construcciones que hace el propietario sobre su propio terreno. En estricto no se trata de mejoras. Se trata de bienes que se van integrando al terreno. Los bienes con los que se construye una edificación se van uniendo poco a poco al terreno, se van incorporando a él. Las construcciones son en rigor partes integrantes.

En vista de lo anterior, la hipoteca se extiende a las construcciones que hace el propietario en su terreno hipotecado. Debe tenerse en cuenta que no es necesario que la edificación se inscriba en los Registros Públicos. Es suficiente que se integren bienes al inmueble hipotecado para que la hipoteca se extienda a ellos.

¿Qué sucede si las construcciones son hechas por un tercero? La solución es la misma. La hipoteca se extiende a ellas porque igualmente se integran al bien.

4. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo II, Tercera edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires 1984, pág. 241.

Si el dueño del terreno hipotecado sobre el que un tercero edifica, opta por obligar al invasor a que le pague el terreno (artículo 941), o si el invasor opta por pagar el valor del terreno (artículo 942), la hipoteca igualmente se extiende a las construcciones, pero el nuevo propietario del bien hipotecado será un tercero, distinto del deudor⁵.

5.3 Cargas o servidumbres

El Código Civil argentino señala que la hipoteca se extiende "a las ventajas que resulten de la extensión de las cargas o servidumbres que debía el inmueble". Presumiblemente el Código argentino se refiere al caso en que un inmueble hipotecado tiene una servidumbre (que es una carga) y ésta se extingue. En este caso el aumento de valor que recibe el bien (puesto que vale más sin la carga) beneficia al acreedor hipotecario. Esto es obvio y no es necesario que lo diga el Código Civil peruano.

En consecuencia, la hipoteca sí se extiende a los casos en que el inmueble hipotecado se beneficia porque se extinguen las servidumbres.

5.4 Rentas debidas por los arrendatarios

El Código Civil argentino habla de las rentas. Ellas son consideradas por nuestro Código Civil como frutos civiles. Los frutos son "los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia" (artículo 890). Nuestro Código los clasifica en naturales, industriales y civiles. Los naturales son los que se generan sin intervención del hombre. Los industriales son los que se producen con intervención humana. Los civiles provienen del bien como consecuencia de una relación jurídica. En estos últimos tipos de frutos se encuentran las rentas de las que habla el artículo 3110 del C.C. argentino.

En nuestra opinión la hipoteca no se extiende a los frutos civiles. La razón es muy simple: el Código Civil no los contempla. Si el bien hipotecado estuviera generando renta, o se debiera un monto determinado por concepto de rentas al momento de la ejecución del bien, el acreedor no tendría ningún derecho preferente sobre dichas rentas. Por cierto que podría embargarlas, pero esto lo haría en su calidad de acreedor simple y no hipotecario.

Los frutos naturales o industriales pueden tener un régimen distinto. A modo de ejemplo, las cosechas (frutos industriales) están integradas al inmueble en tanto no se retiren. Si no se retiran y el inmueble es ejecutado, ellas están comprendidas en la hipoteca. En cambio, si el deudor las retira (lo que puede hacer en su calidad de propietario del bien), ellas dejan de ser partes integrantes, se individualizan y recobran su calidad mobiliaria. En este caso ya no están incluidas en la hipoteca.

Si el deudor dispone de los frutos, el acreedor, a diferencia del caso de los accesorios, no puede exigirle que los sustituya por otros equivalentes por cuanto ellos no están comprendidos en la hipoteca.

Con respecto a los productos, que a diferencia de los frutos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894), la hipoteca sí se extiende a ellos, por cuanto son parte del bien hipotecado.

Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito

Según el artículo 1107 del C.C., "la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio".

1. El capital

La hipoteca garantiza el principal del crédito, esto es, el capital. Esto es justamente el objeto de la hipoteca.

Por lo general el monto del gravamen (suma máxima hasta por la cual responde el bien hipotecado) coincide con el capital. Sin embargo, nada impide que la hipoteca cubra parte del capital. La responsabilidad hipotecaria sería entonces menor que el principal del crédito. En este caso, la hipoteca cubriría solamente la parte del capital que fue garantizado.

El monto del gravamen, ¿puede ser mayor que el principal del crédito? Creemos que no, debido al carácter accesorio de la hipoteca. Si la responsabilidad hipotecaria fuese mayor que el capital, la hipoteca estaría garantizando parte de una deuda inexistente. Más adelante volveremos sobre este asunto.

5. La excepción a la extensión sobre las edificaciones hechas por un tercero es cuando se hacen de mala fe en terreno ajeno y el dueño exige la devolución (artículo 943). En rigor la hipoteca sí se extiende a la construcción, pero ésta puede ser luego demolida.

Lo anterior no significa que el crédito garantizado no pueda crecer por intereses, primas y costas. Todo lo contrario. El crédito sí puede aumentar y es cubierto (el crédito y sus accesorios) por la hipoteca. Sin embargo, el monto del gravamen, al constituirse la garantía, no puede ser mayor que la cuantía del capital.

2. Los intereses

Si el crédito principal genera intereses, ellos son cubiertos por la hipoteca. Lo anterior se justifica porque los intereses tienen el carácter de una prestación accesoria del crédito principal.

El tipo de interés pactado debe consignarse, en principio, en el documento de constitución de la garantía hipotecaria e inscribirse en los Registros Públicos. La razón de esto radica en el carácter especial de la garantía. En efecto, una forma como los terceros pueden conocer la responsabilidad hipotecaria del bien es a través de la verificación del tipo de interés inscrito en los Registros Públicos. Esta, sin embargo, no es la única forma.

Según el artículo 1245 del C.C., "cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal". Esto significa que los terceros pueden establecer el tipo de interés y determinar la responsabilidad hipotecaria. Sólo les basta saber el interés legal, el cual es fijado por el Banco Central de Reserva del Perú y publicado en el Diario Oficial "El Peruano".

Se presenta la duda de si la hipoteca cubre el interés moratorio, el cual tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago (artículo 1242 del C.C.). La duda se presenta porque puede ocurrir que los terceros no tengan conocimiento de que el acreedor ha incurrido en mora y, sin embargo, se estén devengando intereses. Esto atentaría claramente contra el carácter especial de la hipoteca, puesto que los terceros no podrían conocer la responsabilidad hipotecaria.

En opinión de Peña Bernaldo de Quiroz, la hipoteca no cubre los intereses moratorios porque "lo que garantiza la hipoteca es el cumplimiento normal de la correspondiente obligación y tanto del principal como de los intereses si se hubiesen estipulado; pero no garantiza, en cambio, ordina-

riamente, las consecuencias del incumplimiento, sea éste debido a dolo, culpa o mora. Llegado el momento del vencimiento, la pasividad del deudor (y del acreedor) no debe por sí afectar el alcance (por su naturaleza frente a terceros) de la hipoteca"⁶.

Discrepamos de la opinión de Peña Bernaldo de Quiroz. La hipoteca garantiza además del cumplimiento normal de la obligación, los intereses que se generen por el incumplimiento, hasta que se produzca el pago. En esto consiste justamente la garantía.

Ahora bien, no todos los intereses moratorios pueden ser cubiertos por la hipoteca. Podría ocurrir que los terceros no tengan forma de determinar que el deudor ha incurrido en mora y que por tanto se están generando intereses moratorios. En este caso, en virtud del carácter especial de la hipoteca, ésta no puede cubrir los intereses moratorios. En cambio, en los Registros Públicos sí se puede establecer la mora del deudor porque, por ejemplo, el pacto inscrito declara expresamente que no es necesaria la intimación para que la mora exista pues, los intereses moratorios que se generan sí son garantizados por la hipoteca. En este caso, tampoco es necesario que se fije la tasa de interés, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1246 del C.C., "si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal".

Un tema muy interesante es el del monto de los intereses que son cubiertos por la hipoteca. En el Derecho comparado existen hasta tres sistemas:

a. Sistema de garantía indefinida: La hipoteca cubre sin límite, todos los intereses que genere el crédito.

b. Sistema de tope máximo: La hipoteca cubre un monto determinado de intereses. Dicho monto puede estar constituido por los intereses generados en un cierto número de años o por un porcentaje del crédito principal.

c. Sistema de ampliación de hipoteca: La hipoteca garantiza solamente el crédito principal, mas no los intereses que genere dicho crédito. Los intereses que se generen constituyen un nuevo crédito y dan derecho al acreedor a exigir que se constituya

6. PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Segunda edición, Artes Gráficas Iberoamericanas S.A., 1985, pág. 427.

una hipoteca de ampliación en garantía de dichos intereses.

La mayoría de las legislaciones han adoptado el sistema de garantía de tope máximo. En el Perú en cambio, el Código Civil se acoge al sistema de garantía indefinida. La hipoteca garantiza ilimitadamente todos los intereses que genere el crédito.

Es importante tener en cuenta que los intereses cubiertos por la hipoteca son aquéllos que genere el crédito garantizado. Si una hipoteca garantizara parte de un crédito, serían cubiertos sin límite, solamente los intereses que generara dicha parte del crédito.

El tema de la garantía indefinida tiene algunos problemas. El artículo 1016 del C.C. de 1936 señalaba que “la hipoteca que garantiza un crédito cubre el capital, los intereses que devengue, los premios del seguro pagados por el acreedor y las costas del juicio”. Por otro lado, la versión original del inc. 20 del art. 1013 indicaba que era requisito de la hipoteca, entre otros, “que el gravamen sea de cantidad determinada ...” Este inciso fué modificado por la Ley 23327 permitiendo “que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable en los casos de reajuste de capital legalmente admitidos ...”.

De un lado, existía una norma que nos decía que fuera de los casos de reajuste de capital legalmente admitidos, el monto del gravamen debía ser determinado. De otro lado, había un dispositivo a propósito de la extensión de la hipoteca en cuanto al crédito, que señalaba que la garantía cubría el capital y los intereses que devengue, los premios del seguro pagados por el acreedor y las costas del juicio. ¿Existía oposición entre una norma y la otra? ¿Primaba acaso un dispositivo sobre el otro?

Se sostuvo que la hipoteca garantizaba el crédito, incluidos sus accesorios, hasta el monto consignado en los Registros Públicos. Para tal efecto, la responsabilidad hipotecaria se “inflaba” en un monto mayor que la suma del crédito principal, permitiendo que cubriera los intereses, primas y costas. La hipoteca entonces cubría el capital, los intereses y demás accesorios hasta la suma inscrita⁷.

Lo anterior no es aceptable por varias razones. En primer lugar, porque la hipoteca es necesariamente accesoria del crédito garantizado. No puede existir una hipoteca sin un crédito que garantice. La parte del monto del gravamen que excede el capital es un crédito inexistente. En segundo lugar, porque aún en el caso que el monto del gravamen se “infla”, el crédito (principal y accesorios) puede crecer y sobrepasar el monto que aparece inscrito. En este caso, estaríamos como al inicio porque los intereses, también en el Código de 1936, eran cubiertos ilimitadamente (Sistema de Garantía Indefinida). Finalmente, porque la solución propuesta se presta a abusos. Así, un acreedor podría exigir a su deudor que el monto del gravamen sea excesivamente mayor que la deuda, impidiendo, de esta forma, que el deudor recurra a nuevos créditos de terceros.

En nuestra opinión, la disposición contenida en el inc. 20 del art. 1013 del C.C. de 1936 era una exigencia relacionada con la inscripción de la hipoteca y no perjudicaba la extensión de la garantía. El monto del gravamen debía determinarse necesariamente en la escritura pública e inscribirse en los Registros Públicos.

De esta forma se protegían los derechos de terceros y se cumplía con lo dispuesto en el art. 56 del Reglamento de las Inscripciones⁸.

El monto del gravamen, sin embargo, podía crecer, y en efecto crecía. El crédito aumentaba por intereses, por premios del seguro y por costas. Sobrepasaba de esta forma la suma inscrita en los Registros Públicos. El aumento de la responsabilidad hipotecaria no atentaba contra la especialidad de la hipoteca debido a que el segundo y ulteriores acreedores hipotecarios podían determinar el monto del crédito en base a la información registral.

El Código Civil de 1984 aclaró la situación. El art. 1107 del C.C. señala que “la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio”. El inc. 3) del art. 1099 por otro lado, dispone que para la validez de la hipoteca se requiere “que

7. Hasta el día de hoy se sostiene lo mismo. Así Bigio dice que “... no obstante que la hipoteca comprende los citados conceptos, es sólo hasta el límite del gravamen hipotecario a que se refiere el inciso 3º del artículo 1099 del Código Civil. Más allá del importe del gravamen hipotecario el crédito del acreedor no goza de preferencia alguna”. Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil, pág. El Peruano, 12 de noviembre de 1991, Separata Especial, pág. 3.

8. El artículo 56 del Reglamento de las Inscripciones dice que “en las inscripciones de las hipotecas que garantizan un crédito, se expresará el monto del capital y el tipo de interés pactado”.

el gravamen sea de cantidad determinada o determinable ...”

Las interrogantes que existieron durante la vigencia del C.C. de 1936 han sido levantadas por cuanto el Código Civil de 1984 permite expresamente que el gravamen sea de cantidad determinable. La cuantía del gravamen puede ser determinable no sólo en los casos de reajuste de capital legalmente admitido, sino en el caso de cualquier crédito.

Las disposiciones contenidas en el art. 1107 y en el inc. 3) del art. 1099 del C.C. son perfectamente compatibles. El crédito puede crecer por intereses, por primas y por costas, y dicho crecimiento es determinable.

En efecto, al momento de constituirse la hipoteca puede establecerse el procedimiento para determinar el crecimiento del monto del gravamen (intereses pactados, por ejemplo), con lo cual su eventual aumento es susceptible de ser conocido.

El crecimiento del monto del gravamen no perjudica a los terceros, ya que ellos también pueden determinar su cuantía definitiva en base a la información registral.

Se puede concluir que el Código Civil actual no ha modificado ni variado a su antecesor en lo que a la extensión de la hipoteca y al crédito se refiere. Si bien el C.C. de 1936 era algo oscuro al respecto, el Código vigente es sumamente claro. La solución en ambos Códigos, sin embargo, es idéntica.

3. Las primas

Si el inmueble hipotecado se encuentra asegurado, las primas que el acreedor hipotecario pague por dicho seguro también estarán cubiertas por la hipoteca.

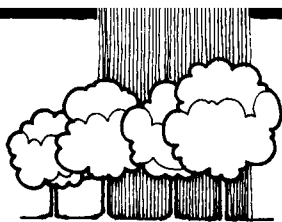
4. Las costas del juicio

Si el deudor no cumple con la obligación principal, el acreedor puede solicitar la venta judicial del bien hipotecado. Todos aquellos gastos procesales que tenga que efectuar el acreedor a fin de ver satisfecho su crédito son cubiertos por la hipoteca.

5. Comentarios finales

Dos temas finales sobre la extensión de la hipoteca en cuanto al crédito. Los intereses, la primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio se ubican con igual rango y con la misma preferencia que el crédito principal. Si hubieran varios acreedores hipotecarios y el bien es rematado, el valor que arroje su venta es destinado, en primer lugar, a satisfacer el crédito del primer acreedor hipotecario, incluidos los intereses que hayan generado, las primas y las costas. Si hubiera un remanente del monto que arroje la venta del inmueble, dicho monto es destinado, en segundo lugar, a satisfacer el crédito del segundo acreedor hipotecario, incluidos intereses, primas y costas.

De otro lado, es posible pactar en contra de lo dispuesto en el artículo 1107 del C.C. El artículo en comentario no permite expresamente el pacto en contrario. Pareciera entonces, que no es posible el pacto. En nuestra opinión, sin embargo, sí es válido el pacto en contra. La razón es muy simple: lo dispuesto por el artículo 1107 no es de orden público. Esta norma existe en beneficio del acreedor y éste puede renunciar a ella. Además, el inciso 3 del artículo 1122 del C.C. permite que el acreedor renuncie a la hipoteca. Si esto es así, es obvio que se puede renunciar a la parte de la hipoteca que garantiza los intereses, las primas y las costas. En consecuencia, las partes pueden válidamente pactar que la hipoteca no cubra los intereses que genere el crédito principal, la primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, o que la garantía cubra solamente intereses que se generen en un determinado número de años o hasta que alcancen un porcentaje del crédito principal.



ESTAMOS OCUPADOS

en proyectos de protección ambiental



con una inversión
de 100 millones de dólares

Toda acción del hombre, como se sabe, ocasiona cambios en la naturaleza.

De hecho, nuestro largo y complicado proceso de extracción de mineral y su transformación en concentrados de cobre primero, y en cobre blister de exportación después, ha cambiado el paisaje de Toquepala, Cuajone e Ilo.

Allí hay tres centros mineros de Southern Peru llenos de actividad, dotados de todos los servicios básicos tales como agua, luz, viviendas, hospitales, colegios y una amplia infraestructura urbana.

Conscientes que hay residuos de ese

proceso minero-metalúrgico, la empresa está invirtiendo 100 millones de dólares en un conjunto de proyectos de protección y adecuación ambiental para disponer o controlar en la forma más idónea posible, de los gases, relaves y escorias derivadas de este proceso.

Estamos ocupados en ello porque el ambiente, sí nos preocupa.

SOUTHERN PERU
Cobre trabajando por el Perú



La Compensación en el Código Tributario Peruano Vigente

Luis Hernández Berenguel

Profesor de Derecho Tributario de la PUC

Las normas que regulan la compensación en el Código Tributario Peruano vigente desde el 1o. de diciembre de 1992 -al que en adelante llamaremos "el Código"-, como medio de extinción de la obligación tributaria, reflejan la tendencia, cada vez más pronunciada en nuestro país, de legislar en materia tributaria buscando, casi exclusivamente, alcanzar ciertas metas de recaudación y prescindiendo, en muchos casos, del necesario equilibrio que debe existir entre los derechos del Fisco y los de los deudores tributarios.

La compensación ha sido tratada conjuntamente con la condonación y la consolidación en el Capítulo III del Título III del Libro Primero del Código.

Una primera lectura permite constatar en esta materia, como ocurre en otras, la inadecuada estructura del Código en cuanto a las diversas instituciones comprendidas en él, lo que constituye una de sus características criticables.

En efecto, el Título III del Libro Primero legisla sobre la transmisión de la obligación tributaria y sobre su extinción, incluyendo dos instituciones claramente diferenciadas que deberían ser tratadas en Títulos distintos.

De otro lado, el Título III comprende cuatro Capítulos. El Capítulo I se denomina "Disposiciones Generales", pero en realidad contiene el tratamiento que se dispensa a la transmisión de la obligación tributaria y, además, enumera los medios de extinción de la obligación tributaria pero regula uno de dichos medios, mas no los demás.

El Capítulo II es denominado inadecuadamente "La Deuda Tributaria y el Pago", incluyendo regu-

laciones destinadas a definir los alcances del concepto "deuda tributaria", los componentes de la deuda y los casos en que cada componente resulta aplicable, todo lo cual nada tiene que ver con el pago como medio de extinción de la obligación tributaria y tampoco, con la transmisión de dicha obligación.

El Capítulo III legisla a la vez sobre tres medios de extinción de la deuda tributaria, cuales son, como ya se dijo, la compensación, la condonación y la consolidación, dedicándole un artículo a cada uno de dichos medios. La decisión de incluirlos en un solo capítulo sólo parece sustentarse en el hecho que, para quienes redactaron el Código, resultaría absurdo que puedan existir capítulos con un solo artículo y que lo que justifica la existencia de un capítulo es que abarque un mínimo de artículos aunque éstos versen sobre instituciones diferentes.

Lo expuesto en el párrafo anterior quedaría corroborado al advertir que el Capítulo IV, que sí contiene varios artículos -del 43 al 48- sólo está dedicado a la prescripción extintiva.

En cuanto al tema de la compensación que es materia de este trabajo, el Código lo regula exclusivamente en el artículo 40, que contiene tres párrafos que trataremos de analizar con cierto grado de detalle.

I. Compensación por la administración tributaria

El primer párrafo del artículo 40 pretende señalar los límites de la actuación de la Administración Tributaria -es decir, de todos los órganos administradores de tributos- en orden a que ella compense directamente la deuda tributaria.

Dicho párrafo dice lo siguiente: "La deuda tributaria podrá ser compensada, total o parcialmente, por la Administración Tributaria, con los créditos por tributos, sanciones e intereses pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo Organismo".

Como señala Giuliani¹ la compensación tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, produciendo como efecto la extinción de ambas deudas hasta el límite de la menor. El mismo autor² reconoce que la tendencia de los ordenamientos jurídicos modernos se manifiesta en favor de la compensación, algunas veces con carácter amplio y otras con limitación a créditos y deudas tributarias exclusivamente.

1. Concepto y componentes de la deuda tributaria

Actualmente la deuda tributaria sólo está conformada por tres componentes. El primero de ellos es el tributo, que será el único componente de la deuda en tanto sea pagado oportunamente, esto es dentro del plazo legalmente establecido. El segundo componente es la multa, en la medida en que ella consiste en una sanción pecuniaria aplicable por haber incurrido en una infracción. El tercer componente son los intereses, que a su vez se aplican en las siguientes tres situaciones; a) sobre el monto del tributo, cuando éste, total o parcialmente, no ha sido pagado dentro del término establecido legalmente, en cuyo caso han sido específicamente denominados "intereses moratorios"; b) sobre la multa, hasta que ella sea pagada, caso en cual son también llamados "intereses moratorios"; y, c) en los casos de otorgamiento de facilidades de pago, consistentes en el fraccionamiento o en el aplazamiento de la deuda tributaria o en ambos a la vez.

No es objeto de este trabajo referirse en detalle a los intereses moratorios ni a las hipótesis en que ellos recaen sobre el producto de la capitalización de los componentes de la deuda tributaria, pues solamente se quiere llamar la atención sobre los alcances del concepto "deuda tributaria", habida cuenta que esta última puede quedar extinguida mediante compensación.

Como quiera que el primer párrafo del artículo 40 se refiere a la "deuda tributaria", como susceptible de compensación, resulta evidente que bajo sus alcances se encuentran todos y cada uno de sus componentes, sin excepción alguna.

2. Concepto y componentes de los créditos

Para facilitar la comprensión del texto y su correcta aplicación, el primer párrafo del artículo 40 mantiene la distinción que existía desde que entró en vigencia, el 17 de octubre de 1966, el primer Código Tributario.

La distinción está basada en el titular de la acreencia. Si dicho titular es el acreedor tributario, la acreencia es denominada "deuda tributaria". En cambio, si el titular de la acreencia es el llamado deudor tributario, aquella es denominada "crédito". El crédito puede existir como consecuencia de un pago indebido o en exceso efectuado por el deudor tributario, pero como quiera que ese crédito puede estar referido al tributo mismo o a una multa o a intereses, resulta que la norma bajo análisis considera como susceptibles de ser compensados con una deuda tributaria los mismos componentes de la deuda si constituyen pagos indebidos o en exceso y, por lo tanto, integrantes de un crédito tributario por tributos, sanciones e intereses pagados en exceso o indebidamente.

En este orden de ideas, un tributo adeudado puede ser compensado con cualquiera de los componentes de un crédito -tributo, multa o intereses-, o con dos de ellos o con los tres. Asimismo, una multa adeudada puede ser compensada con un crédito constituido por tributo, multa o intereses, o por dos de estos componentes o por los tres. De otro lado, los intereses adeudados, provenientes de un tributo o de una multa no pagados o de una deuda tributaria sometida a facilidades de pago, pueden ser compensados por un crédito tributario conformado por tributo o por multa o por intereses, o por dos de esos componentes o por los tres. Todas las combinaciones son al efecto posibles.

Interesa destacar que si bien la norma comentada se refiere, en cuanto al crédito, a "sanciones", resulta evidente que las multas, en cuanto únicas sanciones pecuniarias, son las compensables, mas no así otras sanciones de carácter tributario.

1. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho Financiero*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Vol. I, 3a. ed., ampliada y actualizada, pp. 523 a 525
2. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. ob. cit., p. 524.

3. Los créditos no pueden estar prescritos

Para que un crédito resulte compensable, en los términos del citado primer párrafo del artículo 40 del Código, es absolutamente imprescindible que no se encuentre prescrito. Vale decir, que no haya prescrito la acción que posee el titular de ese crédito para solicitar y obtener la devolución del crédito o su reconocimiento con fines de compensación. Otras normas del Código se encargan de establecer que dicha acción prescribe a los cuatro años contados a partir del 1o. de enero del año siguiente a aquél en que se realizó el pago indebido o en el que el pago devino indebido, aunque adicionalmente establece que la presentación de la solicitud de devolución o de compensación interrumpe el término prescriptorio y que éste queda suspendido mientras se tramite la mencionada solicitud.

Cabe resaltar que un pago puede resultar indebido desde que se realiza o con posterioridad. En el primer caso se puede citar como ejemplo el pago por concepto de un determinado tributo, que realiza quien está exonerado del mismo. En el segundo caso podemos mencionar los adelantos realizados por mandato legal, por el monto que surge de ese mandato, respecto de una obligación tributaria que aún no ha nacido -como los adelantos del Impuesto a la Renta o del Impuesto al Patrimonio Empresarial-, de forma tal que al nacer la obligación ésta queda cuantificada por un monto menor al de los adelantos efectuados, por lo que el exceso -y la calidad de pago indebido- se produce al momento del nacimiento de la obligación principal.

4. Créditos por componentes administrados por el mismo órgano administrador

La última exigencia, para que opere la compensación prevista por el primer párrafo del artículo 40 del Código, es que los créditos estén referidos a componentes administrados por el mismo órgano que administra los componentes de la deuda tributaria con cargo a la cual el crédito se va a compensar.

En nuestro sistema tributario existen varios órganos administradores de tributos, que a su vez administran las multas por infracciones vinculadas a dichos tributos así como los intereses de los referidos tributos y multas.

En este orden de ideas, no es legalmente posi-

ble que al amparo del primer párrafo que venimos comentando se compense una deuda tributaria integrada por componentes administrados por un órgano "X" con créditos constituidos por componentes administrados por un órgano distinto.

Así por ejemplo, la deuda por componentes administrados por un determinado Gobierno Local -ejemplo, Concejo Distrital de San Isidro- no puede compensarse con el crédito por componentes administrados por otro Gobierno Local -ejemplo, el Concejo Distrital de Miraflores-, aunque estén referidos a tributos de la misma naturaleza y denominación, como sería el caso del Impuesto al Valor del Patrimonio Predial que afecta dos casas, una ubicada dentro de la jurisdicción del primero de dichos Concejos y otra dentro de la jurisdicción del segundo de los citados Concejos.

A su vez, y también a manera de ejemplo, bajo la norma en cuestión no son compensables tributos aduaneros con tributos internos. Los primeros administrados por la Superintendencia Nacional de Aduanas y los segundos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria -en adelante SUNAT- o por los Gobiernos Locales u otros entes.

5. Otras precisiones

A diferencia de lo que ocurre con las normas que sobre el particular contenía el Código Tributario antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 769, la letra del primer párrafo del artículo 40 del actual Código no condiciona la compensación a que el crédito se encuentre liquidado y sea exigible. Los conceptos de liquidación y exigibilidad suponían el reconocimiento del crédito por la Administración Tributaria. Debe interpretarse, sin embargo, que tales exigencias se mantienen, salvo el caso de situaciones en que la compensación automática ha sido regulada, respecto de hipótesis especiales -por la simple declaración del deudor y sin necesidad del reconocimiento del crédito-, pues sería absurdo suponer que un crédito tributario existe siempre por la sola declaración del deudor y que, por tal razón y si se cumplen los requisitos analizados en los puntos precedentes, resulta compensable.

De la Garza³, refiriéndose a la exigibilidad, expresa que los créditos fiscales compensables deben ser de dinero, y en cuanto a la liquidez menciona que la doctrina considera como deuda líquida

3. DE LA GARZA, Sergio Francisco. *Derecho Financiero Mexicano*. Editorial Porrúa S.A., México, 1983, 12a. ed., pp. 586 y 587.

aquella cuya cuantía está perfectamente determinada o que pueda determinarse sin más que una sencilla operación aritmética.

De otro lado, es claro que bajo la norma actual, que en esto no difiere de las versiones anteriores, no es posible compensar un crédito tributario con una deuda que no tiene naturaleza tributaria. Este sería el caso, por ejemplo, de una deuda tributaria que una sociedad anónima "X" tiene a favor del Gobierno Central, cuando a su vez dicho Gobierno le debe a "X" -poseedor, por lo tanto, de un crédito- el precio de la construcción de una carretera.

Pero más importante es definir los alcances de la expresión "(...) podrá ser compensada", pues literalmente ella significaría que el órgano administrador del tributo, encontrándose frente a una deuda tributario y un crédito de la misma naturaleza, compensables entre sí por cumplir con todos los requisitos exigidos para ello, queda en libertad de efectuar o no la compensación. La literalidad de la norma llevaría a interpretarla de manera que resulte inequitativa, pues en definitiva la compensación de oficio quedaría al libre arbitrio del órgano administrador y permitiría abusos en su aplicación.

Es indudable que ante la concurrencia de los requisitos que resultan necesarios para que opere la compensación, el órgano administrador **debe** proceder a efectuarla, sin que sea lícito apelar a una interpretación literal para evitar la aplicación de dicho medio de extinción de la obligación.

Nada haría justificable que el órgano administrador, con pleno conocimiento de la existencia de una deuda tributaria y de un crédito tributario compensables, se negara a compensar y, por ejemplo, exigiera -inclusive coactivamente- el pago de la totalidad de la deuda y, por otro lado, demorara la devolución del crédito.

Es rechazable de plano la posibilidad de esta negativa, más aún actualmente en el caso de la SUNAT, pues este organismo sólo puede devolver con Notas de Crédito Negociables que a la fecha no existen por no haberse expedido la regulación que al respecto exige el Código en cuanto a su emisión, utilización y transferencia a terceros, siendo de destacar que justamente es ella la que debe efectuar tal regulación expidiendo la correspondiente norma.

En un régimen de Derecho sería insólito -y evidentemente habría una responsabilidad de los funcionarios respectivos- que la SUNAT no realizara la compensación, cobrara coactivamente la deuda y negara la devolución del crédito por no existir las Notas de Crédito Negociables que -incumpliendo el mandato que el Código le ha conferido- ella misma no ha regulado.

Dentro de este contexto, es lícito interpretar que al deudor tributario que tiene un crédito compensable le asiste el derecho de exigir a SUNAT -si ésta no efectuara la compensación- que realice la compensación.

Es preciso recordar, y así lo hace ver Villegas⁴, que la compensación -como lo señala el Modelo de Código Tributario para América Latina en su exposición de motivos- no puede ser el "resultado de una decisión discrecional de la administración, sino de un derecho que pertenece al sujeto pasivo".

II. Compensación automática practicada por el deudor

El segundo párrafo del artículo 40 del Código permite, en casos excepcionales, la compensación automática practicada por el deudor tributario, sin necesidad de solicitud o trámite alguno.

Resulta imprescindible, para que la compensación automática opere, que el interesado tenga una deuda tributaria y, al mismo tiempo, un crédito tributario.

El referido segundo párrafo establece lo siguiente: "Tratándose de tributos administrados por la SUNAT, los deudores tributarios o sus representantes podrán compensar **los pagos a cuenta realizados en exceso con los pagos a cuenta o de regularización del mismo tributo devengados con posterioridad**, siempre que no se encuentren prescritos. Respecto de los demás pagos en exceso o indebidos, deberán solicitar a la Administración Tributaria la devolución, conforme a lo dispuesto en los artículos 38^o y 39^o" (las negritas son nuestras).

1. Caso de tributos administrados por la SUNAT susceptibles de la compensación automática

4. VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4a. ed. actualizada, p. 265.

Como en múltiples artículos, se aprecia que el Código vigente ha sido preparado para regular en especial los tributos que administra la SUNAT, lo que de por sí resulta criticable pues el Código es de principios generales y éstos no deben ser diferentes por razón de quién sea el órgano administrador del tributo.

Asimismo, queda claramente establecido que la compensación automática practicada por el deudor sólo es posible respecto de tributos administrados por la SUNAT.

De otro lado, se mantiene justificadamente la exigencia relativa a que no estén prescritos los créditos que van a ser compensables con las deudas.

Sin embargo, la redacción de este segundo párrafo plantea una interrogante que vamos a tratar de responder. En efecto, cabe preguntarse si cualquiera de los componentes de una deuda tributaria es compensable con cualquiera de los componentes de un crédito tributario, a condición claro está que se trate del mismo tributo.

Para este efecto es importante hacer la separación entre deuda tributaria y crédito tributario, siguiendo la terminología que el Código ha venido usando para evitar confusiones.

En lo que al crédito tributario se refiere, el segundo párrafo menciona exclusivamente **los pagos a cuenta realizados en exceso**, con lo que la letra descarta la posibilidad de compensar automáticamente los créditos tributarios constituidos por los pagos de regularización del tributo y, además, los créditos por tributos que no están sometidos al régimen de pagos a cuenta. Pero, por otra parte, restringe la compensación automática al componente denominado "tributo", sin incluir a los intereses moratorios y a las multas vinculadas al tributo que de manera indebida pudieran haberse pagado conjuntamente con los pagos a cuenta. Sin embargo, en nuestra opinión, y habida cuenta que el Derecho positivo peruano permanentemente incluye en la expresión "pagos a cuenta" los adelantos -que doctrinariamente no son pagos a cuenta, pues resultan exigibles antes del nacimiento de la obligación principal a la que van a imputarse- y los pagos a cuenta en sentido estricto -que incluyen los pagos de regularización y todos los pagos parciales efectuados con posterioridad al nacimiento de la obligación principal-, legalmente cabe considerar como un crédito tributario compensable automáticamente el proveniente del pago de regularización

o del pago parcial de un tributo no sometido al régimen de pagos a cuenta.

Además, en principio nada debería impedir la inclusión en dicho crédito compensable de los intereses moratorios y de las multas vinculadas al tributo que fueron cancelados indebida y conjuntamente con los pagos a cuenta indebidamente.

Por lo demás, la expresión "pagos a cuenta realizados **en exceso**" debe entenderse que incluye la expresión "pagos a cuenta realizados **indebidamente**". No vemos razón alguna para efectuar una distinción entre pagos en exceso o pagos indebidamente, ni para conferir un tratamiento distinto según una u otra hipótesis.

En cuanto a la deuda tributaria compensable automáticamente, ésta está restringida al tributo mismo, e incluye los pagos a cuenta y, por lo tanto, los pagos de regularización y toda clase de pagos parciales. La norma se refiere expresamente a los pagos de regularización, aunque -para hacerlos compensables- ello no habría sido estrictamente necesario a tenor de lo expresado líneas arriba.

Pero, además, se exige un requisito adicional para que funcione la compensación automática. Este requisito consiste en que la deuda compensable haya surgido con posterioridad al crédito compensable, lo que nos parece una exagerada e injustificada restricción en la utilización de la compensación como medio de extinción de la obligación tributaria. De acuerdo con esta exigencia, si "X" ha efectuado un pago a cuenta en exceso por concepto del Impuesto a la Renta del ejercicio gravable 1991, dentro del plazo que al efecto le concedía la norma respectiva, y posteriormente omitió el pago a cuenta del Impuesto a la Renta correspondiente a un determinado mes del ejercicio gravable 1992, sería aplicable la regla de compensación automática porque la deuda nació con posterioridad al crédito. Si en cambio "X" hubiera omitido el pago a cuenta del Impuesto a la Renta por un determinado mes del ejercicio gravable 1991, pero hubiera realizado un pago a cuenta en exceso por determinado mes del ejercicio gravable 1992, respecto del mismo tributo, la compensación automática no sería procedente, pues estaríamos frente a un caso en que la deuda nació con anterioridad al crédito.

Se pierde de vista que la compensación, como medio de extinción de la obligación tributaria, sólo pretende aplicar un criterio de razonabilidad en virtud del cual, frente a la existencia de dos deudas

con acreedores y deudores recíprocos, sólo debería proceder la cobranza por la parte de la deuda de mayor monto que excede a la deuda de monto menor. En el ejemplo desarrollado en el párrafo anterior -en que la compensación automática no es procedente por mandato de la ley-, nada debería impedir que tal compensación se efectúe. Ello no perjudica los intereses del Fisco puesto que al haber nacido la deuda con anterioridad al crédito, esa deuda -hasta la fecha en que se produjo el crédito y a la que debería retrotraerse la compensación- se irá incrementando con la aplicación de intereses moratorios.

2. Caso de tributos administrados por la SUNAT no susceptibles de la compensación automática

Dentro de este orden de ideas, los intereses moratorios y las multas pagadas en exceso o indebidamente, relacionadas con o derivadas de tributos administrados por la SUNAT, no son compensables automáticamente con deudas tributarias. Asimismo, no son compensables los pagos a cuenta realizados en exceso pero con posterioridad al nacimiento de la deuda tributaria que se desea compensar. Tampoco sería posible compensar automáticamente el crédito por un determinado tributo con la deuda por tributo distinto, aun cuando ambos tributos estén administrados por la SUNAT.

Para estos casos quedaría el camino de la devolución o, en su caso, de la compensación practicada por la Administración Tributaria de la que hemos tratado en el numeral 1. del rubro II. de este trabajo.

3. Casos de pagos en exceso vinculados a tributos no administrados por SUNAT

Todos los pagos efectuados en exceso o indebidamente, sean o no adelantos o pagos a cuenta o de regularización, vinculados a tributos no administrados por SUNAT sino por otros órganos, no son susceptibles de compensación automática, siendo recuperables por la vía de la devolución, o de la compensación practicada por la Administración Tributaria de la que hemos tratado en el numeral 1. del rubro II o de la compensación que pueda solicitarse conforme lo veremos en el rubro III.

III. Solicitud de compensación

Independientemente de lo expuesto en los dos primeros párrafos del artículo 40 del Código, el

último párrafo debe ser entendido como una facultad concedida al deudor tributario que posee un crédito para solicitar la compensación del mismo con una deuda tributaria que es de su cargo, a condición de que el órgano administrador no sea la SUNAT.

En efecto, el tercer y último párrafo del artículo 40 señala lo siguiente: "Respecto de los tributos administrados por otros Organos, los deudores tributarios o sus representantes podrán solicitar la compensación total o parcial de los créditos liquidados o exigibles por tributos, sanciones o intereses, pagados en exceso o indebidamente, **siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo Organo**" (las negritas son nuestras).

Atendiendo a lo expuesto en los puntos anteriores de este trabajo, respecto del párrafo que acabamos de transcribir podemos señalar lo siguiente:

a)Resultaba innecesario referirse a que la solicitud de compensación pueden realizarla los deudores tributarios o sus representantes, pues ello resulta obvio. Hubiera bastado con mencionar a los deudores tributarios.

b) Este párrafo sólo es de aplicación cuando el órgano administrador es distinto a la SUNAT. Ello, sin perjuicio de lo expuesto en el rubro I. de este trabajo, cuando mencionamos que es posible que un deudor tributario exija a la SUNAT la aplicación de la norma de compensación prevista en el primer párrafo del artículo 40.

c) Para que sea posible solicitar la compensación de un crédito tributario con una deuda tributaria, el primero no debe estar prescrito.

d) La solicitud de compensación sólo puede ser declarada procedente si es que tanto la deuda tributaria como el crédito tributario están vinculados a tributos administrados por el mismo órgano.

e) La solicitud de compensación debe estar referida a créditos liquidados y exigibles, lo que -como ya se dijo- supone su previo reconocimiento por el órgano administrador.

f) Todos los componentes de la deuda tributaria así como todos los componentes del crédito tributario pueden ser compensables, previa solicitud ante el órgano administrador.

IV. CONCLUSIONES

1. La compensación es un medio legítimo de extinción de las deudas tributarias, no debiendo estar sujeta a demasiadas restricciones para su aplicación. El actual Código contiene, en nuestra opinión, restricciones innecesarias para el uso de la compensación.
2. No hay razón alguna que justifique la dación de normas diferentes, en lo que a la compensación se refiere, según que las deudas y los créditos tributarios estén referidos o vinculados a tributos administrados por la SUNAT o por otros órganos.
3. No es en nuestra opinión justificable -pese a que reconocemos que muchas legislaciones no lo permiten- que bajo el Código vigente no sea posible compensar deudas tributarias con créditos no tributarios poseídos frente al mismo acreedor. Sin embargo, también hay que admitir que nunca el Código Tributario permitió la compensación con alcances tan amplios, aunque hubo el caso de algunas normas contenidas en otras leyes que sí contemplaron esa posibilidad.
4. Sólo razones de control y otras destinadas a facilitar la labor de cada órgano administrador de tributos, explican que el Código limite la compensación a deudas y créditos tributarios referidos o vinculados a tributos administrados por el mismo

órgano. Tales razones, sin embargo, terminan afectando derechos fundamentales del acreedor tributario.

5. La compensación -como medio de extinción de la obligación tributaria- siempre debería alcanzar a todos los componentes de la deuda tributaria -vale decir, tributo, multas e intereses-, y dichos componentes también deberían ser pasibles de integrar un crédito tributario compensable.
6. Es perfectamente válido que un crédito tributario sólo sea compensable en la medida que no esté prescrito.
7. Salvo los casos de compensación automática, los créditos tributarios compensables previamente deben estar liquidados por el órgano administrador y ser exigibles. Ello supone necesariamente el previo reconocimiento del crédito.
8. La compensación automática supone que pueda ser practicada por el deudor sin autorización previa del órgano administrador, siendo lícito que quede restringida a casos especiales.
9. Las normas de compensación deberían referirse adecuadamente a adelantos y pagos a cuenta. Empero, la expresión "pagos a cuenta" utilizada por el Código debe entenderse comprensiva de ambos conceptos.

Lima, 07 de junio de 1993

SONRÍA

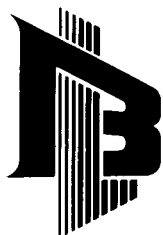


*La única que no le cuesta
ni al adquirirla ni al usarla.*

El Banco Latino le entrega, completamente gratis, la mejor tarjeta de crédito: Latino Tarjeta Banco. Única por sus múltiples funciones, que le permite:

- Comprar en miles de establecimientos.
- Comprar en soles o en dólares.
- Comprar al crédito.
- Pagar sus compras cada 30 días, sin intereses ni comisiones.
- Llenar su tanque de gasolina.
- Accionar nuestros Cajeros Automáticos.
- Tener absoluta seguridad. (Lleva impresas su fotografía y firma).

Ahora que conoce todas sus ventajas, venga por su Latino Tarjeta Banco. Y sonría.



Banco Latino

Donde usted exige.

El Delito contra la Libertad de Trabajo

José C. Ugaz Sánchez-Moreno
Profesor de Derecho Penal de la PUC

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, se ha incorporado a nuestro sistema punitivo un delito nuevo: La Violación de la Libertad de Trabajo.

El presente artículo pretende efectuar un somero análisis de algunas de las características principales de este delito y los problemas que en esta época de recesión viene ocasionando en la práctica judicial.

Tal como afirma acertadamente el profesor español Miguel Bajo Fernández¹:

"La incidencia del derecho penal en la relación laboral, encuentra hoy su fundamento en la defensa de los intereses de los trabajadores. En la sociedad liberal decimonónica, por el contrario, el trabajador cobra relevancia penal como sujeto activo del delito".

Efectivamente, en la medida en que el desarrollo del Derecho Laboral se fue orientando hacia la protección del trabajador, la lógica del tratamiento de éste último por parte del sistema penal se fue invirtiendo, proceso en el cual paulatinamente ha ido dejando de ser un potencial sujeto activo de hechos delictivos -y por lo tanto parte de la clientela seleccionada por el sistema- para pasar a ser sujeto receptor de la acción delictiva.

Este tránsito de potencial sujeto activo del delito a sujeto pasivo del mismo, no ha sido pacífico ni mucho menos lineal, uniforme e irreversible. En nues-

tro medio, por ejemplo, la liberalización de la economía ha tenido una influencia decisiva en el Derecho Laboral y por lo tanto también en la ubicación del trabajador frente al Derecho Penal.

I. Antecedentes

Los delitos contra los derechos de los trabajadores no son del todo nuevos en nuestro país:

Durante el régimen militar, se promulgó el Decreto Ley 22126 -Ley de Estabilidad Laboral- norma que en su art. 21, tipificaba como delito la desobediencia del empleador a cualquier resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad de trabajo. Este delito acarreaba la detención del inculpado, el mismo que no tenía derecho a la libertad provisional.

Por su parte, el art. 22 del mismo Decreto Ley tipificaba los delitos de cierre fraudulento y abandono malicioso del centro de trabajo.

Posteriormente, la Ley 24514, que derogó la norma antes citada, recogió básicamente los tipos penales descritos, aunque introdujo dos importantes variables en el delito de desobediencia a la autoridad. En primer lugar, restringió las resoluciones pasibles de desobediencia **únicamente a las emanadas de autoridad judicial**. En segundo término, estableció que estas resoluciones, para generar responsabilidad penal, necesariamente tenían que estar referidas a la reposición del trabajador.

1. *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, tomo III, pg. 150.

Como era de esperarse, este cambio legislativo fue recibido con reacciones muy disímiles desde las perspectivas pro-empresario y pro-trabajador².

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, las disposiciones de la ley 24514 en materia penal quedaron derogadas. Actualmente, en materia laboral rige el Decreto Legislativo No. 728, denominado "Ley de Fomento del Empleo" (en vigencia desde el 12 de diciembre de 1991), el mismo que sólo contempla sanciones administrativas. Así por ejemplo, a diferencia de las leyes antes comentadas, ésta castiga el no acatamiento del mandato de reposición, **con multa** (art. 80).

Debe entenderse que el legislador laboral ha optado por dejar la tipificación de los delitos laborales exclusivamente al Código Penal, el mismo que se aplicará sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar en aplicación del D. Leg. No. 728.

II. Análisis típico

Para una mejor comprensión de las modalidades previstas en el art. 168, haremos un breve análisis de los elementos que componen la tipicidad del delito contra la Libertad de Trabajo.

1. Bien Jurídico

Aún cuando el *nomen iuris* **Libertad de Trabajo** podría llevarnos a sostener que éste es el bien jurídico protegido respecto del Bien Jurídico tutelado. Para algunos, se protege la libertad y seguridad del trabajador. Para otros, se protege a una pluralidad de bienes jurídicos como la libertad, integridad física, salud, estabilidad laboral, etc.

El profesor Bajo Fernández³, comentando el caso español, sostiene que el bien jurídico protegido "... se concreta en los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo".

Por su parte, Luis Arroyo Zapatero⁴ coincide con Bajo cuando afirma que "los tipos no están orienta-

dos a proteger la libertad de la voluntad del trabajador para pactar sus condiciones de trabajo, sino a garantizar el respeto de las condiciones establecidas en la contratación laboral, dentro de los mínimos determinados por fuentes normativas de carácter general...".

De la simple lectura del artículo 168 se desprende que éste admite una serie de modalidades que nada tienen que ver con la libertad del trabajador, motivo por el cual creemos que lo afirmado por los autores citados es correcto.

Es interesante anotar que existe una antigua discusión sobre si el bien jurídico protegido es de naturaleza individual o colectiva. Un importante sector de la doctrina, con el que coincidimos, sostiene que los intereses del trabajador protegidos, lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, motivo por el cual estamos frente a intereses colectivos. Tratándose de un bien jurídico colectivo, no importa el número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito.

La correcta determinación del bien jurídico permite colegir, como afirma el propio Arroyo Zapatero⁵ que "el carácter no disponible de los derechos laborales mínimos, incluso por quien es su titular, determina que en estas figuras, el consentimiento del trabajador sea irrelevante".

2. Sujetos

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera que realice las conductas previstas en la norma, aún cuando lo usual es que lo sea el empleador o quien actúa por su cuenta.

El sujeto pasivo, es el trabajador afectado por el delito.

3. Conducta Típica

El comportamiento punible previsto en el art.

2. A manera de ejemplo, pueden citarse los comentarios del Dr. Pedro Morales Corrales y del Sr. Fernando Angeles Gonzáles. Mientras que el primero celebró la modificación afirmando que la norma derogada era "... de amplitud realmente preocupante toda vez que configuraba el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad en caso de incumplimiento de **cualquier resolución...**" (Revista de Derecho de la Empresa, "La Empresa y el Delito Laboral", No. 24, 1987, pg. 76), el segundo sostuvo que "Existe un evidente retroceso de la Ley 24514 frente al D.L. 22126 en materia de delito laboral." (Derecho Penal, "Protección Jurídico-Penal de los Derechos Laborales en el Perú").

3. Op. cit., pg. 152.

4. Artículo *Los delitos contra los trabajadores*, en el libro de homenaje a Hilde Kaufmann, *El poder penal del Estado*, pg. 225.

168, se puede dividir en "... dos grandes modalidades...", las que se diferencian "... según requieran o no la coacción como elemento integrante del tipo normativo..."⁶.

En efecto, las modalidades que requieren de la coacción son las siguientes:

- a) Integrar o no un sindicato
- b) Prestar trabajo personal sin la debida retribución
- c) Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.
- d) Celebrar contrato de trabajo
- e) Adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas.

Por su parte, las modalidades delictivas que no exigen presencia de coacción son:

- a) Retención de las remuneraciones o indemnizaciones.
- b) La no entrega al destinatario de las remuneraciones o indemnizaciones retenidas por mandato legal o judicial.
- c) Incumplimiento de las resoluciones consentidas o en ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente.
- d) Disminución o distorsión de la producción para el cierre de trabajo.
- e) Simulación de causales para el cierre del centro de trabajo.
- f) Abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales.

Estos tipos penales recogen diversos derechos constitucionales previstos en el capítulo V de la Constitución Política del Estado ("Del Trabajo"), siendo así que los cuatro incisos del art. 168 corresponden a los artículos 51 (nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo), 43 (el trabajador tiene derecho a una remuneración justa), 47 (medidas de higiene y seguridad) y 42 (prohibición de trabajo forzado o sin la debida retribución), respectivamente.

En la primera de las modalidades descritas, la conducta punible consiste básicamente en la **coacción**, entendiéndose por ésta el obligar al trabajador a aceptar condiciones laborales que perjudican sus derechos reconocidos por las disposiciones legales.

El párrafo introductorio a las figuras en come-

ntario, menciona expresamente la **violencia** (*vis absoluta*) o la amenaza (*vis compulsiva*) como los medios impositivos idóneos para la realización del tipo.

Tratándose de figuras por compulsión, cabe preguntarse qué papel juega el consentimiento del trabajador cuando éste acepta las ilegales condiciones de trabajo. Al respecto, diversos autores señalan que tal aceptación por parte del trabajador resulta irrelevante en la medida en que estaría **condicionada** por la necesidad de trabajo, circunstancia propia de un país como el nuestro donde existe carencia de puestos de trabajo y sobre oferta de mano de obra. Esta **necesidad** anularía la expresión libre de la voluntad del trabajador, convirtiendo la "oferta" de trabajo en condiciones ilegales, en una amenaza ("o aceptas en estas condiciones o no hay trabajo").

En cuanto a las modalidades previstas en el último párrafo del artículo analizado, resulta evidente la ausencia de coacción como elemento tipificante, siendo más bien un catálogo de infracciones de diversa naturaleza.

En este grupo se recogen la desobediencia a cualquier resolución emanada de cualquier autoridad competente, el cierre fraudulento del centro de trabajo y el abandono malicioso para extinguir las relaciones laborales, todas figuras anteriormente previstas en el Decreto Ley 22126 y en la Ley 24514 antes mencionados.

Cabe señalar al respecto, que mientras en dichas normas, la disminución o distorsión dolosa de la producción era uno de los medios fraudulentos para simular una causal que justifique el cierre del centro de trabajo, por la forma como ha sido redactado el art. 168 del Código Penal, esta figura cobraría autonomía, constituyéndose la disminución o distorsión de la producción en un delito autónomo, penado por el sólo hecho de la alteración de la producción e independientemente del cierre del centro de trabajo.

En nuestra opinión tal autonomía carece de sentido, por lo que creemos que debe interpretarse la norma en sentido restrictivo, es decir, solamente constituye delito la alteración de la producción, en la medida en que esté destinada a perjudicar los derechos de los trabajadores.

6. GAMARRA HERRERA, Ronald y ROJAS NORIEGA, Norma, *Violación de la libertad de trabajo* en "Series Penales", pg. 104.

A éstas modalidades se agrega la retención indebida de indemnizaciones o remuneraciones y la no entrega al destinatario de las retenciones efectuadas por mandato legal o judicial. A este tema nos referiremos a continuación, a propósito del problema que está generando en la realidad judicial.

Como se podrá advertir de las acciones descritas, la conducta del agente puede estar dirigida a afectar la voluntad del trabajador previa a la contratación, es decir, al establecimiento de la relación laboral (y justamente para condicionarla) o a afectar las condiciones de trabajo o derechos laborales, es decir presentarse después de formalizar la vinculación de trabajo.

4. Tipo subjetivo

Estamos frente a un delito típicamente doloso, por lo que se requiere que el agente actúe con conocimiento y voluntad de imponer las condiciones o realizar las conductas que perjudican los derechos de los trabajadores.

La norma comentada no exige presencia de elemento subjetivo adicional alguno, no admitiéndose tampoco la posibilidad de realización imprudente.

III. El problema de las retenciones indebidas de remuneraciones e indemnizaciones como consecuencia de la crisis de la empresa

Ultimamente, como consecuencia de la dura recesión por la que está atravesando el país, no son pocas las empresas que se han visto seriamente afectadas. En algunos casos, esto ha determinado la quiebra de las mismas y en otros, la adopción de serias medidas de "supervivencia", como la reducción de trabajadores, recorte o atraso en el pago de remuneraciones, reducción de los turnos de trabajo, etc.

Muchos de estos casos han terminado en denuncias penales contra los empleadores, entre otras razones, por el no pago de los beneficios sociales o el pago incompleto de los salarios.

Hemos venido advirtiendo una tendencia preocupante en la práctica judicial relativa a estos delitos. En efecto, son varios los casos en los que los jueces han resuelto condenar a los procesados por el solo hecho de la comprobación objetiva del no pago de las remuneraciones y beneficios sociales o su pago parcial.

A fin de evitar caer en casos de responsabilidad objetiva, es necesario integrar a la verificación de la acción y su resultado, la valoración de la antijuricidad de la conducta del agente.

Atendiendo a ello, debe colegirse que si el no pago o el pago fraccionado de las remuneraciones o indemnizaciones obedece a la crisis por la que atraviesa la empresa o a una situación de insolvencia real, el sujeto activo ha actuado al amparo de un **Estado de Necesidad**, causa de justificación prevista en el inciso 4o. del art. 20 del Código Penal vigente.

Al respecto el art. 499 bis del Código Penal español, sanciona a quien:

"...en caso de crisis de una empresa, hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores..."

Nótese que el legislador español se ha cuidado de especificar que el actuar tiene que ser **malicioso**, es decir doloso.

Pese a que nuestro ordenamiento legal no contempla específicamente el caso de delito laboral en caso de **crisis** de una empresa, debe entenderse que la crisis de ésta que determina la afectación de los derechos del trabajador, constituye un típico caso de **Estado de Necesidad justificante** y por lo tanto elimina la antijuricidad del acto imputado. Al no ser una conducta contraria al ordenamiento jurídico, no hay delito.

En ese sentido, el Supremo Tribunal español, ha señalado que:

"Se precisa la existencia de fraude de modo que si el desempleo es 'consecuencia inevitable de la crisis', no hay delito (S. 22 de junio 1979)."

En el caso peruano, aún cuando no se requiere el fraude para la realización de esta modalidad delictiva, el hecho de que el agente incurra en la conducta prevista en el tipo para evitar un perjuicio mayor (quiebra o situación de falencia absoluta) determina que éste actúe justificadamente, es decir sin violentar el ordenamiento jurídico imperante, razón por la que, al igual que la Corte española, podemos afirmar que si el no pago o pago fraccionado de las indemnizaciones es consecuencia inevitable de la crisis por la que atraviesa la empresa, no hay delito.

Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación Social por la Difusión de Noticias*

Roberto M. López Cabana

Profesor titular en las Universidades de Buenos Aires,
Católica Argentina y del Museo Social Argentino

I. Adhesión a un justo y pertinente homenaje

Las "Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina", organizadas por la Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires, 28 al 30 de junio de 1990), constituyen un justo reconocimiento a la trayectoria de quién ha sido así distinguido por sus aportes -siempre oportunos y enriquecedores- a nuestra doctrina de Derecho Privado, y su pertinencia queda evidenciada por la moderna temática elegida, a la que tanto contribuyó Bustamante Alsina con su siempre esclarecedores estudios.

La responsabilidad deriva de la difusión de informaciones inexactas o agraviantes no es una excepción, ya que motivó reiteradamente las preocupaciones del homenajeado. Este trabajo pretende ren-

dir tributo a su fino talento jurídico y a su excepcional dimensión humana.

II. La Función preventiva en la responsabilidad civil.

El eje nuclear en la responsabilidad civil moderna, según la comprensión cada vez más generalizada de la doctrina¹ está polarizado "en la *evitación* de los daños en aquellas multiplicadas *posiciones de peligro* en que se hallan los "derechos", "intereses", o mejor, las "*situaciones tutelables*"².

Con relación a la prevención del daño que pudieran ocasionar los medios de difusión, existe acuerdo en considerar "admisible la adopción de medidas preventivas, en sede judicial, para evitar la consumación o subsistencia del daño ocasionado"³.

* Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós, miembro de nuestro Comité Consultivo, por habernos alcanzado el presente artículo para su publicación.

1. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas*, en L.L., T. 1989-B, pág. 286; *Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes* (En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en L.L., T. 1989-D, pág. 885 y en *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, año 64, No. 5, noviembre de 1989, pág. 5.
2. ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: asunción del costo en el derecho de rectificación o respuesta*, en *Rev. Zeus*, ej. del 9/10/89; MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., *Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia*, en J.A., t. 1988-III, pág. 116; GHERSI, Carlos A., *Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social*, en L.L., t. 1989-C, pág. 116; KRAUT, Alfredo J., *Faceta preventiva y sancionatoria del Derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, en J.A., t. 1989-III, pág. 906; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios función de prevención de la responsabilidad por daños*, en *Rev. Zeus*, ej. del 21/2/90, pág. 6 del 22/2/90, pág. 2.
3. MORELLO, Augusto M., *El Derecho de daños en la actual dimensión social*, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 224.

III. El derecho de rectificación o respuesta

Este derecho, que “concierna a la protección de los derechos, personalísimos”⁴, y que prevé el artículo 14.1 *in fine* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054)⁵, excede “de algún modo el estricto contenido de la reparación o resarcimiento”⁶.

Debe distinguirse entre el ejercicio del también llamado derecho “de réplica” y el derecho a obtener indemnización, como vías distintas y no excluyentes para la reparación⁷.

Hay que destacar, no obstante, que -aún cuando no sirva específicamente para evitar el daño ya sufrido- constituye una eficaz herramienta para prevenir daños futuros.

El perjuicio que ha de padecer la víctima de una

información inexacta o agravante es congruente también con la caracterización del daño futuro como “el que todavía no ha sucedido, aunque su causa generadora ya existe”⁸. Si bien comúnmente se origina con la inserción, publicación puesta en el aire de una noticia de ese tipo, su configuración la irá dando su difusión.

Sin embargo, pese a su consagración en el Pacto citado, el derecho de rectificación o respuesta “no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo”⁹.

La doctrina ha coincidido en forma generalizada¹⁰ en la no operatividad de este derecho, que -en los hechos- ha quedado reducido a un dogma programático, cuya falta de incorporación a nuestra normativa interna puede generar responsabilidades frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (conf. ley 23.054, art.2).

4. Rec. III *In fine*, de *lege lata*, com. 1 de las *IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* (San Juan, 1989), suscripta por Pizarro, Márquez, Alterini (A.), López Cabana, Melneciuc, Messina, Suárez, Vigo, Bossert, con la abstención de Banchio, en *La Ley Actualidad*, del 14/9/89, pág. 2.
5. Rec. 3, com.3, unánime, de las *II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal* (Junín, 1986), en *J.A.*, t. 1986-IV, pág.879.
6. El Pacto regula el “Derecho de rectificación o respuesta” en el art. 14: “1) Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2) En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3) Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.
7. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Buenos Aires, 1987, pág.368. “Aparte del resarcimiento, publicaciones, respuesta y retractación hechas públicas, no debe descartarse la faz preventiva”: CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Lerner, Buenos Aires - Córdoba, 1974, pág. 364.
8. ALTERINI, Atilio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *El derecho de réplica y la tutela de los derechos de la personalidad*, en *El Jurista. Revista Jurídica del Nordeste*, N°2, pág.15, ap.g. “No es lo mismo responder a una ofensa al día siguiente de haber sido inferida, que esperar el fallo del juez, a quien se ha reclamado la reparación del agravio, que muchas veces se emite con tanta demora, que hace ilusoria la rectificación y por supuesto, no alcanza la difusión ni atenúa el impacto de la publicación ofensora: PELLET ASTRA, Arturo, *La libertad de expresión en el Derecho argentino y comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pág.184
9. ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar J. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4a. ed., 1989, t. I, N° 486, pág. 241. Debe tenerse en cuenta que “el derecho de contestación tiene en materia de radio y televisión unos matices diferenciadores con respecto al producido en la prensa escrita, que acentúan las peculiaridades del medio”, aunque en todos los casos, “el perjuicio se produce por una información, noticia o comentario difundido”: GONZALEZ BALLESTEROS, Teodoro, *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y televisión*, Reus, Madrid, 1981, págs.234/5.
10. C.S.J.N., 12/3/87, en *L.L.*, t. 1987-B, pág.267, con fundamento en el art. 2do. del Pacto: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1ro. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En sentido concordante: C.S.J.N., 1/12/88, *J.A.*, t. 1989-II, pág. 383; Cám. Nac. Civ., Sala A, 19/3/86, en *La Ley Actualidad* del 3/6/86, con nota de BARBERO SARZABAL, Mario W., “El derecho de réplica no obliga por ahora al editor a publicar la respuesta”.

También existe consenso¹¹ en reglamentar este derecho, y con criterio compartible se ha proclamado que la ley que lo establezca y reglamente “debe ser de carácter nacional y corresponde al Congreso Nacional dictarla”¹², con sustento en el artículo 67, inciso II, Constitución Nacional, sin que obste a ello el artículo 32, Constitución Nacional “porque aquella ley no tendría por fin restringir la libertad de prensa, sino regular el ejercicio de un derecho privado frente a los órganos de comunicación social”¹³.

Pese a lo expresado, algunas Provincias, en sus respectivas Constituciones¹⁴, o leyes¹⁵ han procedido directamente a su regulación.

La emisión de opiniones, críticas e ideas por parte de un órgano periodístico debe marginarse de la reglamentación de este derecho, que no debe comprender la facultad de polemizar.¹⁶

IV. Libertad de información.

Existe, a nivel internacional, una regulación genérica y específica de esta libertad.

Según el artículo 55 de la Carta de la Organización de la Naciones Unidas, los Estados promueven el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

11. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El derecho de réplica y los derechos personalísimos en dos proyectos legislativos que tienen trámite parlamentario*, en *La Nación*, 17/8/85, pág.7 y *El derecho de rectificación o respuesta como derecho individual de jerarquía constitucional no es directamente operativo*, en *L.L.* t. 1986-E, Pág.211 y en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXI, Nº2, 1987, pág.173; GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Adecuación de la norma interna a la norma internacional. Aspectos de la situación de la mujer y del derecho de rectificación o respuesta*, en *Cuadernos de Investigaciones*, Nº2, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, pág.47. Con diferente criterio: EKMEDJIAN, Miguel Angel, *Operatividad y programaticidad de los derechos individuales* en *E.D.*, t. 113, pág.869; LOPEZ ALFONSIN, Marcelo Alberto y DE SIMONE, Osvaldo, *Pacto de San José de Costa Rica: su aplicación al Derecho público y privado*, en *J.A.*, ej. del 28/3/90, pág.7, ap. IV, b.
12. Rec. 9, com. 1, *II Jornadas Provinciales de Derecho Civil*, (Mercedes, 1983); desp. mayoritario 6 *de lege ferenda*, com. 1, *IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Mar del Plata, 1983); rec. 1, com. 3; unánime, de las *II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal* (Junín, 1986), en *J.A.*, t. 1986-IV, pág.879; rec. II, *de lege ferenda*, com. 1, de la *IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* (San Juan, 1989), suscripta por Pizarro, Márquez, Smania, Alterini (A.), López Cabana, Banchio, Melneciuc, Messina, Vigo, Suárez, Rivera, Bossert, en *La Ley Actualidad*, del 14/9/89, pág. 2; BALLESTER, Eliel C., *Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación. El público, al información y los medios*, Astrea, Buenos Aires, 1987, *passim*, BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de réplica*, en *E.D.*, t. 115, pág. 829, ap. III, Nº 10; RIVERA, Julio C., *Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos*, en *L.L.*, t. 1985-E, pág.786; RIVERA, Julio C. y CIFUENTES, Santos, *Anteproyecto de régimen integral de tutela de los derechos personalísimos*, en *D.E.*, t.115, pág. 832; CIFUENTES, Santos, *Tutela integral de los derechos personalísimos* en *L.L.*, ej. de 2/4/90; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El derecho de réplica debe ser reglamentado solamente por el Congreso de la Nación* en *L.L.* t. 1986-C, pág.978; LOÑ, Félix R., *Derecho de réplica*, en *J.A.*, t. 1986-III, pág.796, ap.VIII; CAYUSO, Susana G. y TIRIGALL CASTE, Ricardo, *Derecho de réplica*, en *E.D.*, t. 117, pág.977; ALTERINI, Atilio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: asunción del costo en el derecho de rectificación o respuesta*, cit, ap. VI, 1 V., sin embargo, las objeciones que formulan: LINARES QUINTANA, Segundo V., *El Derecho de réplica y la libertad institucional de prensa*, en *J.A.*, t. 1985-IV, pág.719; también en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXI, Nº24 y *El derecho de réplica ante la Constitución Nacional*, *J.A.*, t. 1988-II, pág.408; BARDENI, Gregorio, *El derecho de réplica*, en *E.D.*, t. 116, pág.795; MITRE, Bartolomé, *El derecho de réplica*, informe presentado en la 35a. asamblea anual del Instituto Internacional de Prensa (Viena, 1986), en *La Nación* del 13/5/86; COLAUTTI, Carlos E., *La libertad de expresión en el Pacto de San José de Costa Rica*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, t. 1989-I, pág.99, Nro.7.
13. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del Estado y a las modernas técnicas de la información*, en *E.D.*, t. 119, pág.919 (ap. II, pág.922). Sobre las razones obstativas de este criterio, v.CAYUSO, Susana G. y TIRIGALL CASTRE, Ricardo, en su trabajo citado.
14. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes*, cit. ap. III.
15. Constituciones Provinciales de Chubut (1957), art. 15; de Neuquén (1957), art. 22; de Formosa (1957), art. 9; de Santa Cruz (1957), art. 13; de la Pampa (1960), art. 8; de Santa Fe (1962), art. 11; de Salta (1986), art. 23; de Jujuy (1986), art. 23, 4; de San Juan (1986), art. 25; de Santiago del Estero (1986), art. 20. No incluyen el instituto: la nueva Constitución de Córdoba de 1987 (aunque la Provincia, por ley 7098 adhirió el 22/8/84 a la ley nacional 23.054); la provincia de Buenos Aires, según el texto del nuevo art. 11 de la Constitución, sancionado el 5/4/90 por la Legislatura; la Provincia de Tucumán, a través de su Convención Constituyente, al modificar el art. 29 de la Constitución de 1907 e impedir que la ley pueda imponer la “recepción de réplicas de personas que se sientan afectadas” (v. *La Nación* del 8/4/90, pág. 6., con la reseña de la intervención del convencional tucumano Fernando López de Zavallía, para quien se ha querido “prohibir al legislador de mañana que introduzca este atentado contra la libertad de prensa como lo es el derecho de réplica”).

La Resolución 59 de la Asamblea General (1946) de la O.N.U. considera a la libertad de información como un derecho humano fundamental.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/12/48 esta libertad está reconocida en su artículo 19.¹⁷

En el ámbito de la O.N.U. se proclamaron, en julio de 1949, como principios sobre la libertad mundial de información.¹⁸

1ro.) Libertad de acceso a las fuentes de información. Todos los hombres y todos los países deben tener acceso a la noticia, cualquiera sea el motivo;

2do.) Libertad de comunicación. Tienen derecho a ella todos los hombres;

3ro.) Libertad de trasmisión. Libre acceso a los medio de trasmisión;

4to.) Libertad de circulación. Todas las noticias deben circular libremente a través de todos los países. Y lo mismo cualquier agencia, periódico o periodista de cualquier país.

La **UNESCO** estudió el desequilibrio existente en la transferencia internacional de información, a causa

del poder de los medios de comunicación de masas y de su denunciada carencia de exactitud y objetividad.

La Conferencia General de la **UNESCO** en su 20a. reunión (París, 1978) "propugnó un nuevo orden mundial de la información y de la comunicación más justo y equilibrado"¹⁹.

Se apreció la importancia del aspecto interactivo y de doble sentido de la comunicación y se puso el acento en el derecho a comunicar. En este orden de ideas se le concibe como aspecto de los derechos humanos y rebasa el derecho a recibir comunicación o a ser informado. Se trataría más bien de un proceso bidireccional, cuyos participantes mantendrán un diálogo democrático y equilibrado, con ideales posibilidades de acceso y participación²⁰.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) regula la "libertad de pensamiento y expresión", en su artículo 13²¹.

Juan XXIII concebía como un derecho natural de todo ser humano el "tener una objetiva información de los sucesos públicos"²².

En su Discurso a los participantes en el Semina-

16. Ley de imprenta del 21/7/1887, de Entre Ríos (art.81); ley 2154 del 15/10/49 sobre libertad de imprenta, de San Luis; ley 4179 del 14/11/1984 sobre réplica o rectificación, de Catamarca; ley 2064 del 20/2/86 sobre réplica, rectificación y/o defensa, de Río Negro. Conducen con sus Constituciones Provinciales las leyes 302 del 30/11/61, de Santa Cruz y 516 del 30/5/85, de Formosa.

17. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *El derecho de réplica y la tutela de los derechos de la personalidad*, cit. pág. 15, ap. f. Rec.5, com. 3, unánime de las *II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal* (Junín, 1986), en *J.A.*, t. 1986-IV, pág. 879. En el sentido del texto, la C.S.J.N., en "Ekmedjia, Miguel. A. c/Neustadt, Bernardo", 1/12/88, en *J.A.*, t. 1989-II, pág.383, resolvió rechazar la pretensión de un espacio para replicar consideraciones emitidas por un invitado al programa de televisión del demandado.

18. Art. 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión. Este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

19. TORROBA BERNALDO DE QUIROS, Felipe, *La información y el periodismo*, Eudeba, Buenos Aires, pág. 148.

20. FISHER, Desmond, *El derecho a comunicar, hoy*, en *Estudios y Documentos de Comunicación Social*, N°94, UNESCO, París, 1984, pág.11.

21. FISHER, Desmond, *Ob. cit.*, pág.12

22. Art. 13: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respecto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". El apartado 4 regula la posibilidad de censurar por la ley los espectáculos públicos exclusivamente para regular el acceso de los menores y el 5 la prohibición por ley de toda propaganda a favor de la guerra y apología de odio nacional, racial o religioso que inciten a la violencia contra personas por motivos tales como raza, color, religión, idioma u origen nacional.

rio de la ONU sobre la libertad de información, Paulo VI señalaba que “actualmente, la información es unánimemente reconocida como un derecho universal, inviolable e inalienable del hombre moderno; responde a una profunda exigencia de su naturaleza social..., no basta que sea proclamado en teoría; es preciso también reconocerlo en la práctica, defenderlo, servirlo, dirigir su realización para que sea conforme a su finalidad natural. Es un derecho a la vez activo y pasivo... La información debe responder a la verdad (pero no obstante) no basta que la información sea objetiva. Es preciso que sepa imponer también los límites exigidos por un bien superior. Por ejemplo, ha de saber respetar el derecho de los demás a su buena reputación y no transgredir el secreto legítimo de la vida privada”²³.

El derecho a la información debe comprender el de informar y ser informado²⁴.

Este derecho, “implicado en nuestra Constitución Nacional (art.33) se encuentra reconocido en forma expresa en el artículo 13, apartado 1 de la Con-

vencción Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por ley 23.054, en cuanto alude al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión como comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir información, sin perjuicio de establecer los límites indispensables al ejercicio de esa libertad para evitar el menoscabo de los derechos de usuarios y terceros”²⁵.

V. Derecho a la intimidad

Según un criterio bastante difundido el derecho de investigar, transmitir y divulgar los sucesos y opiniones puede entrar en conflicto con “el derecho a la intimidad, con su corolario de derechos a vivir sin interferencias no deseadas, o de pasar por el mundo sin que el propio estilo de vida sea expuesto ante quienes están fuera del contorno privado”²⁶.

Ese enfrentamiento ha ocupado intensamente a la doctrina²⁷, aunque la antinomia es más aparente que real. Estos derechos son limitables en su aplicación “porque, dentro de cada sociedad y de

23. Encíclica *Pacem in Terris*, parte I, Nº 12. En forma concordante, en la misma Carta se afirma que “al derecho a la libertad en la búsqueda de la verdad (corresponde) el deber de buscarla cada día más amplia y profundamente” (Nro.29).

24. Documento Nº 198 incluido en *El Derecho a la verdad*, B.A.C., 1968, págs. 405/6 cit. por SANCHEZ FERRIZ, Remedios, *El derecho a la información*, Cosmos Valencia, 1974, pág.120, texto a nota 19.

25. LOPEZ CABANA, Roberto M., *El derecho a la información y la responsabilidad civil del operador informático por violación del secreto profesional*, en *El Jurista. Revista Jurídica del Nordeste*, Nº7, Corrientes, febrero de 1990, pág.24, Nº2; BARROSO ASENJO, P., *Límite constitucionales al Derecho de la información*, Mitre Barcelona, 1984, pág. 29. SAAVEDRA LOPEZ, Modesto, *La libertad de expresión en el estado de derecho. Entre la utopía y al realidad*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 20, subraya que “el público posee un derecho a estar suficientemente informado, a ser tenido al corriente de la actualidad, que no puede ser reducido a un simple corolario o consecuencia de la libertad de informar. Se lo llega a considerar inclusive como el fin al que debe subordinarse la libertad activa de información, la tradicional libertad de prensa”. La libertad de prensa, en una concepción moderna, “no solamente significa que unas personas puedan acceder a las fuentes informativas para luego transmitir a otros aquello de que se han enterado, sino también que esa masa informativa esté a disposición de todos cuantos se sientan interesados en conocerla”: FERNANDEZ AREAL, Manuel, *Introducción al Derecho de la información*, A.T.E., Barcelona, 1977, pág.99.

26. Rec. A., com. 2, de las *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Buenos Aires, 1987), en *J.A.*, t. 1987-IV, pág.867.

27. CARRANZA, Jorge A., *Los medios masivos de comunicación y el derecho privado*, Lerner, Córdoba - Buenos Aires, 1975, pág. 59. En Francia, luego de la reforma de la ley del 17/7/70 al art. 9 del Código Civil, reconociendo el derecho de cada persona “al respecto de su vida privada”, se consideró procedente su protección “contra las indiscreciones intolerantes publicadas en periódicos o en libros, o relatadas en emisiones televisivas”, llegando a titularse “la vida sentimental de los individuos, por ejemplo, contra la divulgación de relaciones con personas de otro sexo, verdaderas o imaginarias”(Tribunal de Gran Instancia de París, 2/6/76); BELLUSCIO, Augusto C., en col. con LIMA, Susana, M.R., *Daños causados por la publicación de noticias*, en TRIGO REPRESAS, Félix A y STIGLITZ Rubén S. (dir.), *Derecho de daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág.376, Nº3, texto y nota7.

28. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *El derecho a la intimidad*, Universidad, Buenos Aires, 1982, pág.176 y sigtes.; ORGAZ, Alfredo, *La ley sobre intimidad*, en *E.D.*, t.60, pág.937; BORDA, Guillermo, *Una ley estéril*, en *E.D.*, t.67, pág.581; DIAZ MOLINA, Iván M., *El derecho a la vida privada. Una urgente necesidad moderna*, en *L.L.*, t.126, pág.982; LYPZSYC, Delia, *Creación artística y derecho a la intimidad*, en *E.D.*, t.58, pág.745; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho a la intimidad y la libertad de prensa*, en *E.D.*, t. 112, pág.239; RIVERA, Julio C., *Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente*, en *L.L.*, t. 1985-B, pág.114. V. también YGLESIAS PEROLO, Arturo, *Derecho a la información*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, pág.85; BARROSO ASENJO, P., *ob. cit.*, pág.49; SALVADOR, Pablo (dir.), CASTIÑEIRA, M. T., FELIP, D. ISAS, M. CANO, J.J., DURANY, S. y GADEA, E., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987, pág.49; BILGER, Philippe y PREVOST, Bernard, *Le droit de la presse*, Presses Universitaires de France, París, 1989, pág.117.

cada sistema jurídico, están condicionados por las exigencias del bien general y la coexistencia con otros derechos²⁸.

Los derechos civiles aparecen ordenados jerárquicamente, en distintos intentos clasificatorios, en los que siempre queda relegado el derecho a la información respecto del que concierne a la intimidad²⁹, aunque la propia propuesta del ordenamiento jerárquico ha sido muy discutida³⁰.

No resulta coherente concebir al derecho a la intimidad como límite de la libertad de expresión "sin advertir que ésta tiene a su vez como límite a aquel derecho"³¹.

La libertad de prensa que asegura la Constitución en sus artículos 14 y 32 y el derecho a la intimidad, derivado de su artículo 19, y tutelado también en el artículo 1071 bis del Código Civil, son -en definitiva- conciliables³².

Aun cuando resulte "a veces difícil señalar los exactos linderos entre el derecho a la intimidad y el de información"³³ no debe dejarse que uno asfixie al otro, o viceversa³⁴.

El criterio del interés social, ha sido considerado limitativo de las esferas entre el derecho a la intimidad y el llamado "derecho de crónica"³⁵ y -en el mismo orden de ideas-, la valoración objetiva del interés público fue fundamento suficiente para la Corte Suprema de Justicia para dar prevalencia a la libertad de información, aunque lesione la intimidad ajena.³⁶

El mismo Tribunal, siguiendo las enseñanzas de Hamilton, no admite responsabilidad de los medios de difusión, a condición de "veracidad, buenos motivos y fines justificables, sustentados en el interés público de la información, aunque lo publicado afecte al gobierno, a la magistratura o a los individuos"³⁷.

En un relevante pronunciamiento³⁸ la Corte entendió que la violación del derecho a la intimidad, aun tratándose de la de un hombre público, genera responsabilidad civil para el medio periodístico.

VI. Derecho al honor

En la Constitución española, aunque se tutela el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art.20, inc.1, d.), se limita esta protección con relación a otros derechos, como el que concierne al honor (arts. 18 y 20, inc.4), replanteándose las mismas hipótesis de conflicto que las relativas a la intimidad.

Sin embargo tampoco puede decirse que los derechos a la información y a la honra se excluyan, ya que "por el contrario, confluyen al ser el derecho a la honra uno de los factores positivos que concretan el objeto del derecho a la información"³⁹.

Entre nosotros, un voto precursor⁴⁰ advirtió, que si bien la prensa debía actuar con la más amplia libertad, el uso de ese derecho constitucional no podía ejercerse en detrimento de la armonía con los

29. CASTAN TOBEÑAS, José. *Los derechos del hombre*, 2a. ed., Reus, Madrid, 1976, pág.17.

30. EKMEDJIAN, Miguel A. *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, en *L.L.*, t. 1985-A, pág.847, incluye en un segundo lugar al derecho a la intimidad (después del derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia), y en un tercero al derecho a la información (pág.848). En *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, en *E.D.*, t.114, pág.945, reubica al derecho a la intimidad, con la libertad de conciencia, defensa, etc., en un primer rango, postergando el derecho a la información a un quinto término (pág.947, ap.III). V., también -siempre del mismo autor- *Nuevas reflexiones acerca del orden jerárquico de los derechos individuales*, en *E.D.*, t. 117, pág.895 y la ponencia de SMANIA, Claudia María, presentada e informada en la Com.1 de las *IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* (San Juan, 1989).

31. BIDART CAMPOS, Germán J. *¿Hay un 'orden jerárquico' en los derechos personales?*, en *E.D.*, t.116, pág.800; BARCESAT, Eduardo A. *A propósito del 'orden jerárquico de los derechos'*, en *E.D.*, t.116, pág.802.

32. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M. *Derecho a la intimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pág.130.

33. BELLUSCIO, Augusto C. *trab. cit.*, pág.388.

34. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*, 3a. ed., Lib. Studium, Lima, 1988, pág.62.

35. SALVADOR, Pablo y otros, *ob. cit.*, pág.112.

36. ONETO, Tomás. *La violación del derecho a la intimidad como acto abusivo*, en *L.L.*, t. 1978-B, pág.938.

37. C.S.J.N., 11/12/72, en *L.L.*, t.152, pág.170.

38. C.S.J.N., 30/12/63, en *L.L.*, t.115, pág.350, y -más recientemente- en el caso "Costa, Héctor R. c/ M.C.B.A.", 12/3/87, en *E.D.*, t.123, pág.128; *J.A.*, t.1987-II, pág.141.

39. C.S.J.N., "Ponzetti de Balbín, I. c/ Editorial Atlántida S.A.", 10/12/84, en *Fallos*, 306:1892; *L.L.*, t. 1985-B, pág.120; *J.A.*, t. 1985-I, pág.513.

40. SORIA, Carlos. *Derecho a la información y derecho a la honra*, A.T.E., Barcelona, 1981, pág.35.

demás, como “el de la integridad moral de las personas”.

La Corte Suprema de Justicia, en una sentencia más reciente⁴¹ descartó que existiera la “impunidad de la prensa”, afirmando que la garantía constitucional de la libertad de expresión, en sentido amplio, comprensiva de la facultad de “difundir información e ideas de toda índole” no es absoluta, ya que “la integridad moral y el honor de las personas tienen también garantía constitucional, y en otra se reiteró que los medios de difusión debían responsabilizarse por la propalación de noticias que afectan el honor de las personas”⁴².

VII. Alcance de la libertad de prensa

Debe destacarse que haya antinomias entre el derecho a informar y ser informado a través de la más amplia y plural circulación de las ideas, y otros derechos reconocidos a nivel constitucional.

La posición preferente que se le adjudica a la libertad de imprenta, según los términos del artículo 32 de la Constitución Nacional, se refleja en un resguardo específico con el cual se la garantiza, que apunta a la inmunidad de censura previa. El carácter absoluto que suele adjudicarse a la libertad de prensa está referido, en realidad, a “la etapa previa a la publicación”⁴³, según doctrina admitida por nuestro más alto Tribunal⁴⁴.

VIII. Aplicación de las reglas generales del responder

Los medios de comunicación social solamente pueden ser condenados a indemnizar los daños derivados de la difusión de noticias inexactas, agraviantes, o que afectan la intimidad de las personas, cuando se admite la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución suficiente, daño causado y relación de causalidad relevante⁴⁵.

IX. Antijuridicidad

La inteligencia de este requisito, frente a la problemática analizada, debe limitarse a la transgresión abierta, a la realización de un acto “expresamente prohibido”, en los términos del artículo 1066, Código Civil.

Aunque la prohibición legal es normalmente “específica” por referirse a situaciones concretas, también puede ser “genérica” y comprender, por lo tanto, “un gran conjunto de acciones, sin descripción particular”.⁴⁶

La contradicción entre la norma y la conducta debe juzgarse al momento de producirse el hecho, para no violar la órbita de libertad que garantiza el artículo 19, Constitución Nacional. Tampoco puede hablarse de ilicitud si se omite realizar un acto que la ley no manda (conf. art. 1074 Cód.Civ.).⁴⁷

Se ha responsabilizado a la prensa por los presuntos “abusos producidos mediante su ejercicio”⁴⁸, dentro de una comprensión que supone que “la transgresión del derecho a informar puede ser franca (*lato sensu*) o abusiva”⁴⁹.

41. C.S.J.N., *Pérez Eduardo y otro*, 30/12/63, *Fallos*, 257:308, L.L., t.115, pág.349; J.A., t. 1964-II, pág.547, voto del doctor Luis María Boffi Boggero, V. también CONTOU-CARRERE, María Elvira, *La crítica a los funcionarios públicos frente al derecho constitucional de la libertad de expresión; ¿existe el deber de indemnizar?*, en J.A., ej. del 11/4/90, ap. V. pág.38.
42. C.S.J.N., “Campillay J.C. c/ La Razón, Crónica y Diario Popular”, 15/5/86, en *Fallos*, 308:789; J.A., t. 1986-III, pág.12; L.L., t. 1986-C, pág.406; E.D., t.109, pág.313 V. también CARDENAS Emilio J., *Reflexiones comparadas sobre algunos aspectos de la libertad de prensa* (A propósito de ‘Campillay J.C. c/ La Razón, Crónica y Diario Popular’), en L.L., t. 1986-C, pág.984.
43. C.S.J.N., “Costa Héctor R. c/ M.C.B.A.” *cit. supra*, nota 38.
44. MORELLO, Augusto M. y LOÑ, Félix R., *El caso Verbitsky: libertad de prensa y evaluación procesal de los considerandos del fallo*, en J.A., ej. del 11/4/90, pág.7.
45. C.S.J.N., *Verbitsky, Horacio y otros*, 13/6/89, en J.A., t. 1989-III, pág.410.
46. ALTERINI, Atilio A. y FILIPPINI, Aníbal, *Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo*, en L.L., t. 1986-C, pág.406, y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, pág.294, ap. II.
47. ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Lerne, Córdoba - Buenos Aires, 1973, pág.28; BOFFI BOGGERO, Luis María, *Estudios jurídicos, primera serie*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, pág.38 y 75; comp. SACCO, Rodolfo, *Acto ilícito y violación del derecho*, en L.L., t. 107, pág.1071.
48. LOPEZ CABANA, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 66.
49. V., *supra*, nota 42.

Sin embargo, tratándose del derecho a informar, debe entenderse que “sólo puede transgredirse abiertamente, descartándose la aplicación del artículo 1071 del Código Civil”⁵⁰.

Esta situación está indebidamente subsumida en la teoría del abuso del derecho. Cuando se está en presencia del ejercicio de libertades esenciales, como la de expresarse, no puede cabalmente involucrarse dentro de su ámbito de aplicación.

Cuando el ordenamiento concede al individuo libertades que no son prerrogativa derivadas de derechos subjetivos, aunque puedan originar problemas de responsabilidad, no deben ser confundidas con los derechos susceptibles de abuso⁵¹.

X. Factor de atribución suficiente

Si bien existe un generalizado sentir en nuestra doctrina acerca de la insuficiencia de los factores subjetivos de atribución frente al derecho de la víctima a ser indemnizada⁵² deben descartarse -en principio- los objetivos cuando está de por medio el derecho de informar y recibir una información veraz.

En este orden de ideas se ha distinguido, dentro de la información inexacta, la que no concuerda con la verdad por ser falsa, o por ser errónea⁵³, siendo aplicable en ambos casos un factor subjetivo: el dolo para la información falsa, y la culpa para la errónea.

El fundamento del deber de reparar de los medios de comunicación social debe encontrarse en los artículos 902, 1109 y 1072 del Código Civil⁵⁴ y no, en forma indiscriminada, en el artículo 1113 del mismo Código⁵⁵.

50. Rec. I, a), *de lege lata*, com. 1, de las “IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” (San Juan, 1989), suscripta por Pizarro, Márquez, Smania, Banchio, Melneciuc, Messina, Rivera y Bossert. Esta recomendación coincide con lo propiciado por MARQUEZ, José Fernando y PIZARRO, Ramón Daniel, en el ap. 21 de la ponencia presentada e informada en la comisión citada.
51. Rec. I, b) *de lege lata*, com. 1, *IV Jornadas Sanjuaninas, cits.*, suscripta por Alterini (A.), López Cabana, Vigo y Suárez, en coincidencia con lo sostenido en la 4a. conclusión de la ponencia presentada e informada en la misma comisión por TANZI, Silvia, Y., SUAREZ, Graciela M. y VIGO, Jorge A.
52. ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado*, en L.L., eje. del 2/5/90 N°8. LAQUIS, Manuel A., en *Abuso del derecho y conflictos de derechos*, en *Lecciones y Ensayos*, N°7, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1958, pág. 115, texto a nota 7, advirtió que “los derechos de reunión, asociación, huelga, prensa” podrían conceptuarse “alternativamente derechos ejercidos abusivamente o absolutos, intangibles”.
53. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, N° 923, pág. 327 “Nuevas fronteras de la responsabilidad civil”, L.L., t. 1975-D, pág. 476, y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 237; BUERES, Alberto J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, pág. 71 y sigtes.; GESUALDI, Dora Mariana, *Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de casualidad*, GHERSI-CAROZZO, Buenos Aires, 1987, pág. 15; ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, N°5, pág. 29; ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 4; GOLDENBERG, Isidoro H., *La unicidad de lo ilícito. Su problemática*, en *Revista Jurídica de San Isidro*, 1967, N° 1, pág. 75 y sigtes: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, pág. 135; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 2a. ed. Platense, La Plata, 1976, t. IV, pág. 146; TRIGO REPRESAS Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidente de automotores*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, t. 2-a, pág. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentando, anotando y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t.5, pág. 29 y sigtes.; ACUÑA ANZORENA, *Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual*, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 22; PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 22; PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Universidad, Buenos Aires, 1983, pág. 73; GARRIDO, Roque Fortunato y ANDORNO, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. 283; PARELLADA, Carlos Alberto, *El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, L.L., t. 1987-D, pág. 977; STIGLITZ, Gabriel A., *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, La Ley, Buenos Aires, 1984, pág. 3; GHERSI, Carlos Alberto, *La responsabilidad sin culpa en el proyecto de unificación civil y comercial*, L.L., t. 1988-A, pág. 918; ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil*, *Doctrina Judicial*, t. 1990-I, pág. 977.
54. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas*, *cit.*, pág. 287; *Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes* (En la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia de la Nación), *cit.*, pág. 885.

XI. Daño causado y relación de causalidad relevante

Se han considerado “aplicables los principios generales respecto de la reparación del daño material y moral derivado de publicaciones o difusiones periodísticas, y de la relación causal adecuada”⁵⁶.

Si bien en la nota al artículo 1083 del código Civil Vélez Sársfield, con cita de Merlin, se manifestaba

en contra de que los jueces ordenaran “una reparación del honor, una retractación, por ejemplo”, esa vía, a través de la publicación de la sentencia, está autorizada expresamente en el artículo 114, Código Penal y en el artículo 1071 bis, Código Civil⁵⁷.

Con los alcances previstos en las normas citadas se justifican las publicaciones compulsivas que permiten la reparación del daño causado⁵⁸.

-
55. Rec. II, a) *de lege lata*, com. 1, *IV Jornadas Sanjuaninas, cits.*, suscripta por Alterini (A.), López Cabana, Melneciuc, Messina, Suárez, Vigo, Rivera y Bossert.
56. Rec. II, b) *de lege lata*, com. 1, *IV Jornadas Sanjuaninas, cits.*, suscripta por Pizarro, Márquez y Banchio.
57. Rec. III, *de lege lata*, com. 1, *IV Jornadas Sanjuaninas, cits.*, suscripta por Rivera, Alterini (A.) Bossert, López Cabana, Pizarro, Márquez, Banchio, Melneciuc, Messina, Suárez y Vigo.
58. En un valioso pronunciamiento de la C.S.J.N., 11/12/72, e n *L.L.*, t. 152, pág.172, la mayoría integrada por los ministros Chute, Risolía y Argúas expresaron que “la libertad de prensa está reconocida al servicio de la información, la ilustración, la cultural, el perfeccionamiento y afianzamiento de las instituciones, pero no puede invocarse para negar al ofendido la reparación de su honor en la forma prevista por la ley, no siendo bastante el invocado derechos de propiedad del órgano periodístico que esgrime el recurrente para obstruir la consecución de aquel objetivo”. Véase, sin embargo, la anotación crítica del fallo de LUQUI, Juan C., *Un caso de abuso de poder, no de abuso del derecho*, en *L.L.t.*, 152, pág. 169.
59. V. ZAFFORE, Jorge, *La comunicación masiva*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 178.



FABRICA DE CINTAS ARBONA S.A.

AV. ARGENTINA 4510 - CALLAO 1 APARTADO 4385 - LIMA 1
TELF.: 524343 FAX: (5114) 326630



CULTURAL CUZCO S.A.

EDITORES

**AL SERVICIO
DEL DERECHO**

Telef. 220475

La Huelga en los Servicios Esenciales y el Decreto Ley 25593

Juan Carlos Cortés

Profesor de Derecho Laboral de la PUC

Introducción

Las materias que están referidas a conflictos entre derechos, y sobre todo si son derechos fundamentales constitucionales, resultan muy interesantes en los planos teórico, práctico y normativo.

Es el caso del derecho de huelga y los denominados servicios esenciales, que tiene la particularidad que el conflicto se presenta entre ese derecho de los trabajadores y los derechos de personas ajenas a la relación laboral.

A pesar de la importancia del tema, su discusión en nuestro país, es reciente e incompleta. Esto debido, entre otras cosas, a la poca importancia que le han dado los actores sociales a esta materia.

De un lado el sector laboral, no ha tenido una mayor preocupación porque, entre otros factores:

-No había diferencia entre las huelgas que se realizaban en los servicios esenciales y las paralizaciones en los otros sectores. Ambas recibían el mismo trato, generalmente la calificación de ilegalidad de la huelga, con las consecuencias de dicha declaración (despidos y otros tipos de sanciones).

-La restricción que se pretendía frente a la huelga de estos sectores era total, y no una limitación a través del mantenimiento de los servicios mínimos ("la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediabilmente los derechos fundamentales ... en colisión con el derecho de huelga")¹.

-Generalmente los trabajadores se despreocupaban del mantenimiento de los servicios mínimos, en tanto, los no huelguistas o los jefes se encargaban de realizar esas actividades mínimas (la excepción a esto, podrían ser las huelgas de los médicos y enfermeras en las que usualmente se constituyen piquetes en emergencia, cuidados intensivos, etc.).

-Ligado a lo anterior, las organizaciones sindicales, enfrascadas en sus luchas reivindicativas, no han tomado la debida atención a los otros sectores de la sociedad que se ven afectados en sus derechos básicos por las medidas huelguísticas.

De otro lado, el sector empleador incluyendo al Estado como tal (empresas públicas), asumiendo posiciones radicales y en defensa de sus intereses concretos, ha buscado la eliminación o el fracaso de la huelga, no considerando las repercusiones de su actitud en la población.

La duración extrema de una huelga en servicios esenciales puede explicarse de algún modo por la intransigencia del sector laboral (justificada o no), pero también por una falta de voluntad de la parte empleadora de buscar una solución al conflicto o porque la estrategia empresarial consiste en que los trabajadores abandonen la medida por aburrimiento. En ambas actitudes no se miden las serias consecuencias para la población.

El Estado, como actor social -y no como empleador-, también ha tenido su responsabilidad en esta materia, en tanto no ha sabido encauzar los

1. BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho de huelga y servicios esenciales*. 2da. ed. Tecnos. Madrid, 1988. p. 195.

conflictos, y recién después de muchos intentos fallidos, ha emitido una regulación sobre esta materia. Primero mediante el Decreto Supremo 070-90-TR, y posteriormente el Decreto Ley 25593, que desde nuestro punto de vista, no garantiza ninguno de los derechos que se deberían proteger^{2,3}.

La discusión sobre esta materia, implica pues, una rica discusión teórica, pero también es necesario tener en cuenta la propia realidad, en tanto está en juego el ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

El presente artículo pretende analizar un aspecto de la regulación de la huelga en los servicios esenciales en el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), y es el referido a la determinación de los servicios esenciales.

Terminología

La norma utiliza principalmente la denominación de **servicios públicos esenciales**, entendiendo el servicio público no desde el punto de vista de quien brinda el servicio, sino de quien recibe el servicio. En el concepto están involucrados ciertos servicios brindados por el Estado, como también por los particulares.

Como señala Blancas Bustamante lo público "se dirige a poner en relieve el interés general de la comunidad involucrada en determinados servicios"⁴.

La LRCT y su reglamento también utilizan para referirse a estos servicios la denominación de servicios esenciales (por ejemplo, en el 2do. párrafo del art. 82 de la ley, o en título del capítulo correspondiente del reglamento), no existiendo ninguna diferencia entre ambas denominaciones.

En el ámbito de la legislación comparada, ambos conceptos son utilizados. A manera de ejemplo, la legislación italiana se refiere a los servicios públicos esenciales (Ley 146, del 12 de junio de 1990), en el caso argentino de servicios esenciales (Decreto 2184/90, del 16 de octubre de 1990) y en la normativa del Brasil, se utiliza servicios o actividades esenciales (Ley 7783, del 28 de junio de 1989).

Ambas denominaciones significan en nuestro caso lo mismo, por lo que las utilizaremos indistintamente.

Determinación de los servicios esenciales

Un primer aspecto a tratar es el elemento de esencialidad de los servicios. Este, en principio, debe ser flexible, de tal manera que no se encuentre encorsetado en parámetros que no permitan la adecuación, ni la evolución de este concepto a las diferentes realidades.

La esencialidad de un servicio puede modificarse en el transcurso del tiempo, a causa de los cambios operados en las necesidades de la población, como resultado de alteraciones en las conductas culturales, económicas, sociales, etc. Lo que para un sector de la población hoy es esencial, puede no serlo dentro de algunos años, o viceversa, lo que hoy día no es considerado como esencial podría convertirse en tal.

Del mismo modo, la esencialidad de un servicio puede diferenciarse de un sector a otro, debido a que las prioridades o necesidades de unos no son las de otros. "La esencialidad de los servicios puede variar según las *jurisdicciones*, a tenor por ejemplo de la clase o densidad de la población, nivel de ingresos, etc., siendo las ciudades centrales más

2. La despreocupación del Estado también se ha mostrado en los pocos recursos designados para el mantenimiento y crecimiento de los servicios esenciales, así como para brindar un servicio eficiente.
3. Hay dos circunstancias más que acompañan la actitud de los actores sociales. La primera, es el rol que han tenido los medios de comunicación en el tratamiento de esta materia, el cual ha consistido básicamente en alentar indirectamente el conflicto (entre las partes, y entre las partes y la población) y demostrando su preocupación sobre esos servicios únicamente cuando se estaba ante una huelga. La segunda es la relativización de los servicios esenciales en nuestra actual coyuntura por dos situaciones. En primer lugar, ¿qué parte de la población está cubierta por esos servicios esenciales?, y segundo lugar, si estos servicios siguen siendo esenciales, para quienes supuestamente accedemos a ellos, en tanto no los disfrutamos o lo hacemos en una pequeña escala, ya sea por los actos terroristas o porque la naturaleza nos lo impide (¿falta de lluvias o falta de previsión del Estado?). Como consecuencia de lo anterior, no pretendemos manifestar que no debe limitarse la huelga con ocasión de los servicios esenciales, sino más bien, preguntarnos sobre la esencialidad de ciertos servicios y de las empresas que los brindan.
4. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La huelga en los servicios esenciales*. En: Asesoría Laboral N° 20. Agosto 1992. p. 23.
5. LEWIN, FEVILLE y KOCHAN. *Public Sector Labor Relations*. Citados por OJEDA AVILES, Antonio. *Derecho Sindical*. 4ta. ed. Tecnos. Madrid, 1988. p. 387. Nota. 22.

vulnerables que los suburbios; la proximidad al servicio y la necesidad de los diversos ciudadanos puede variar grandemente”⁵.

Si la esencialidad no es un elemento elástico y flexible, se puede caer en el error de determinar o mantener un servicio como esencial para un sector o toda la población, cuando no lo es, y viceversa; de tal manera que puede acarrear una injustificada restricción al derecho de huelga, o una desprotección al ejercicio de un derecho indispensable de la población.

Esto implica una necesaria valoración de las formas de determinar los servicios esenciales y el contenido de las mismas, con la participación de los sectores involucrados, de tal manera que se tenga una adecuada percepción de cuáles son los servicios esenciales y cuál debe ser su protección; evitando así las copias de otras legislaciones o la simple voluntad de restringir el derecho de huelga por motivos distintos a la protección de toda o parte de la población.

Formas de determinación

Un primer aspecto a tratar sobre las formas de determinación de los servicios esenciales, o como lo denominan algunos autores, el problema procedimental, es el referido a la oportunidad de la determinación.

Existen dos posibilidades, la primera es determinar apriorísticamente los servicios esenciales y la segunda, es calificarlos con ocasión del conflicto. Nos ocuparemos de la primera en tanto es la relacionada con la norma bajo comentario.

Determinar apriorísticamente implica que los sujetos sociales saben de antemano cuáles son los servicios esenciales y si su conflicto se desenvuelve en este tipo de servicios o no. Esta forma de determinación es la más utilizada, por su generalidad y por la adecuación de cada conflicto a lo previamente estipulado.

En esta forma de determinación se distingue a su vez entre la definición de los servicios esenciales y la enumeración de los mismos.

El primero consiste en conceptualizar los servicios, exigiendo que con ocasión del conflicto se analice si los servicios que van a ser paralizados co-

rresponden al tipo definido como servicio esencial. Por ejemplo, se define como tal a aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida de las personas. Con ocasión de una amenaza de paralización en un laboratorio farmacéutico se procederá a analizar si el servicio que presta dicha entidad esta dentro del supuesto de la norma. Si lo fuera, los trabajadores involucrados tendrían limitado su derecho de huelga.

La ventaja de este tipo de determinación, frente al otro, es su flexibilidad y adecuación a la circunstancias. Pero a su vez, la elasticidad puede resultar una desventaja si, por falta de madurez, se pretende abusar de esa flexibilidad, ya sea del lado empresarial o del laboral, o del Estado, dependiendo a quien corresponda la aplicación en el caso concreto de la definición.

La enumeración es un listado que especifica cuáles son los servicios esenciales que estarían comprendidos en la limitación del ejercicio del derecho de huelga. Esa enumeración puede ser abierta o cerrada. Esta forma de determinación otorga cierta seguridad a los sujetos sociales sobre cuáles son los servicios esenciales, y si los servicios que presta la entidad o empresa están incluidas en ellos. Si se determina que las telecomunicaciones son servicios esenciales, tanto el empleador como los trabajadores de la empresa Celular 2000, saben de antemano que los servicios que prestan están considerados como esenciales.

La desventaja de esta forma de determinación es la posible no adecuación a las realidades cambiantes. Situación que se relativiza con los listados abiertos.

El Decreto Supremo 070-90-TR, antecedente de la actual normativa, contenía una fórmula mixta. Por un lado, definía a los servicios esenciales⁶, pero a la vez los enumeraba. Hasta cierto punto la definición carecería de sentido, en tanto el listado contemplado era abierto. El último inciso de la enumeración contemplaba la posibilidad de declarar los denominados servicios esenciales sobrevinientes (“aquellos que por la extensión, duración u oportunidad de la interrupción, del servicio o actividad, pudieran poner en peligro la vida, la salud, la libertad, o la seguridad de las personas... -art. 2 inc. g-).

La LRCT ha optado únicamente por la enumeración de los servicios esenciales, obviando cualquier

6. El art. 1o., los definía como “aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la libertad, la seguridad o la salud de las personas y que hacen necesario garantizar la prestación de un servicio mínimo que evite estos riesgos”.

definición sobre los mismos. A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, en esta oportunidad si hubiera sido necesario una definición de los servicios esenciales por el tipo de enumeración acogida por la actual legislación.

¿Cuáles son los servicios esenciales?

Un aporte fundamental en este campo - el problema de fondo o material- es el otorgado por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (CLS), mediante la definición de los servicios esenciales, que ha servido de base para el análisis de las quejas que resuelve dicho organismo.

El CLS ha definido a los servicios esenciales como aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”.

Este organismo opta por una definición estricta de los servicios esenciales asumiendo la referencia directa a los derechos que debe proteger. Y, asimismo adopta una posición restringida en cuanto los derechos que están sujetos a dicha protección.

Esta definición ha servido de marco para muchas legislaciones, así como para determinar el respeto o no del ejercicio del derecho de huelga, por el organismo internacional.

En similar posición que la definición proporcionada por la CLS, la doctrina mayoritaria prefiere una noción estricta de los servicios esenciales, calificándolos en función, no de la naturaleza de la actividad que se despliega, sino de acuerdo al resultado que con dicha actividad se quiere conseguir, esto es, por la naturaleza de los derechos e intereses a cuya satisfacción la prestación se encamina.

El objeto de la protección son los derechos fundamentales de terceros, por lo tanto, el punto de referencia directo son esos mismos derechos.

También se ha distinguido dos concepciones sobre los derechos o intereses que tienen que estar protegidos. La concepción amplia considera que son servicios esenciales todas aquellas actividades que tengan por finalidad proteger derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no estableciendo una graduación entre ellos, ni diferenciándolos por su inaplazabilidad. Sólo basta que tengan el carácter de constitucionales.

La concepción contraria, denominada restringi-

da, determina como servicios esenciales únicamente a aquellos servicios que son de vital importancia o indispensables para los usuarios, que de no proporcionárselos, podrían peligrar ciertos bienes jurídicos inaplazables. En esta concepción se ubica la definición del CLS anteriormente transcrita.

La opción peruana

La LRCT en su art. 83 ha determinado cuáles son los servicios públicos esenciales. Estos son:

- a) Los sanitarios y de salubridad
- b) Los de limpieza y saneamiento
- c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible
- d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias
- e) Los de establecimientos penales
- f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones
- g) Los de transporte
- h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales
- i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de la República
- j) Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes.

Hay aspectos importantes que comentar sobre este artículo.

1. El inciso h) se caracteriza por su amplitud e indefinición. En primer lugar, no es claro si la naturaleza estratégica está en función del respeto de los derechos de la población, o si más bien, se pretende proteger otro tipo de bienes. Si nos atenemos a los antecedentes en cuanto a este concepto, en diversas normas se ha calificado a ciertas actividades como estratégicas; es el caso de la pesca, de la producción siderúrgica, de la producción minera, etc.

Creemos que inclusive utilizando el concepto amplio de servicio esencial, el término ambiguo de naturaleza estratégica no se puede asimilar a aquél. Consideramos que esta norma pretende restringir la huelga en determinadas actividades económicas, lo cual conceptualmente es diferente a la restricción de la huelga en los servicios esenciales. El objetivo de la restricción de la huelga en ciertas actividades económicas pretende ser total, a diferencia de los servicios esenciales donde se mantiene el servicio mínimo. Por ejemplo, si se declara que los servicios de producción de minerales son un servicio esencial, la idea que subyace es que no paralicen las labores y que se siga produciendo normalmente, porque en todo caso, ¿cuál es el servicio mínimo que se debe-

ría mantener?. Estamos pues, ante lógicas limitativas diferentes, en cuanto al contenido de la restricción y al bien jurídico tutelado.

En este mismo inciso, resulta sorprendente que también se denominen servicios públicos esenciales a los que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales. También en este caso, no estamos ante la protección de derechos constitucionales de los individuos, sino que se pretende resguardar otros bienes. Por ejemplo, la producción de armamento, de acuerdo a esta norma, está vinculada a la seguridad nacional, por lo que podría ser considerado como servicio esencial. Sin embargo, ¿es servicio esencial para la comunidad la producción de armamento?, ¿cuáles son los derechos del individuo que se están protegiendo?. Si se paralizara por algunos días la producción en tiempos normales, ¿estaría en peligro la vida, la seguridad o la salud o cualquier otro derecho constitucional de la persona? Consideramos que no. ¿Cuál es el mínimo de la actividad que no debería paralizar? ¿La producción de balas? Nuevamente se está incluyendo dentro de los servicios esenciales, servicios que no lo son.

2. La administración de justicia, de acuerdo a la normativa, no es un servicio esencial a priori, sino que lo será si la Corte Suprema de Justicia así lo considera. Es decir, en este caso la esencialidad del servicio opera de acuerdo a la decisión de la Corte Suprema y con ocasión de la huelga. Caso bastante peculiar dentro de la opción asumida por la norma.

3. El inciso j), referido a los servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes, es de una amplitud cuestionable. No se determina a qué tipo de riesgo se refiere, ni cuáles son los derechos protegidos en este campo. El riesgo grave e inminente podría ser a la salud, a la vida, a la integridad, a la libertad individual de la persona, lo cual sería totalmente aceptable dentro del concepto de servicio esencial. Sin embargo, también podrían ser otros tipos de riesgos, incluyendo la protección a derechos no constitucionales.

En este caso hubiera sido conveniente reiterar la regulación del D.S. 070-90-TR referente a los servicios esenciales sobrevinientes.

Por otra parte, la norma contiene una nueva concepción de los servicios esenciales, éstos no sólo protegen a las personas o a los derechos fundamentales de las personas, sino también a los bienes, lo cual resulta erróneo conceptualmente.

4. En función de lo expresado en los puntos anteriores hubiera sido conveniente incorporar en la normativa una definición de los servicios esenciales, de tal manera que sirviera como marco a estos amplios incisos, evitando así los posibles abusos que se pudieran cometer.

5. También referido a los incisos h) y j) resulta importante destacar que en la normativa anterior y en los proyectos de leyes, la calificación de estos servicios estaban a cargo del Poder Ejecutivo, ya sea del Consejo de Ministros o del Ministro del sector. Sin embargo, de acuerdo a la actual norma la calificación la realiza el propio empleador. Cuando éste comunica a sus trabajadores u organización sindical que los representa y a la Autoridad de Trabajo el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, al mismo tiempo califica el servicio como esencial. Es decir, la posibilidad de excesos se incrementa, cuando además la norma no ha dispuesto un procedimiento para impugnar la calificación, sino que tendría que ser a través de la impugnación del número de trabajadores.

6. A pesar de lo anterior, se publicó el 3 de setiembre de 1992, el D.S. 075-92-PCM, que utilizando el inciso h) del art. 83, calificó como servicios esenciales "los de administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles en el país, sean marítimos, fluviales o lacustres", comprendiendo a los servicios de la Empresa Nacional de Puertos, dentro de la calificación.

La justificación de esta norma la encontramos en el segundo considerando de la norma que dice: "teniendo en cuenta el rol preponderante del movimiento portuario en el País, resulta necesario comprender dentro de los alcances de la norma a que se refiere el considerando anterior a los servicios de administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles en el país, sean marítimos, fluviales o lacustres, a fin de garantizar **la continuidad del transporte, así como las normales actividades del comercio nacional e internacional**" (énfasis nuestro).

Al respecto, cabe señalar tres cosas. En primer lugar, no se pretende proteger ningún derecho fundamental (hubiera podido decir, que es indispensable desembarcar alimentos porque eso afecta directamente la subsistencia de la población o una explicación similar), es decir, no interesan los derechos de la población sino la continuación del servicio.

En segundo lugar, la determinación sirvió como argumento base para la calificación de la huelga

ilegal. El objetivo, por tanto, no era la protección de la ciudadanía, sino buscar argumentos para declarar la ilegalidad de la huelga.

Y en tercer lugar, el ejercicio de huelga en un servicio esencial implica que ese servicio se restringe al servicio mínimo indispensable, lo cual no se desprende del decreto supremo, en tanto especifica que debe mantenerse el normal desenvolvimiento de las actividades.

7. Por último, de la comparación entre los quejas resueltas por el Comité de Libertad Sindical y el listado contenido en el Decreto Ley tendríamos lo siguiente:

a) El CLS señala que los servicios hospitalarios, de abastecimiento de agua, suministro de electricidad y servicios telefónicos son considerados como servicios esenciales.

b) El CLS también incluye a los controladores de tráfico aéreo, que no están consignados en la LRCT.

c) El CLS sindical ha señalado que no pueden ser considerados como servicios esenciales: en circunstancias normales el transporte y los trabajos portuarios.

d) En el caso 1081, referido al proyecto aprobado

por el Senado en 1981, en un listado parecido al contenido en la norma⁷, manifestó que en la lista de servicios esenciales figuran algunos que no lo son en el sentido estricto del término, pero sin especificar cuáles.

La OIT no ha tenido una actuación uniforme en este campo, porque por ejemplo, ante la queja que se interpuso contra el D.S. 070-90-TR, frente a una enumeración similar no mencionó nada. Por otra parte, en un memorándum de la Oficina Internacional del Trabajo, comentando el proyecto de ley antecedente de la actual LRCT, se señalaba que los servicios de comunicaciones y telecomunicaciones y de saneamiento no se pueden considerar como esenciales en sentido estricto.

Conclusión

La norma en el aspecto comentado nos parece errónea e insuficiente, lo cual puede traer como grave consecuencia, la restricción severa del derecho de huelga o la desprotección de los derechos de los demás ciudadanos.

Para un tema tan importante como éste, se ha actuado de manera apresurada. Consideramos que es indispensable una diferente regulación que atienda principalmente al objetivo de su particularidad, que consiste en el equilibrio entre derechos constitucionales que se encuentran en conflicto.

7. Aprovechamiento y distribución de agua; luz, energía y comunicaciones; limpieza y saneamiento; cementerios; hospitales, clínicas y otros servicios asistenciales; telecomunicaciones; otros indispensables para la vida social diaria, declarada por el Gobierno con acuerdo del Consejo de Ministros.

Límites al Contenido Negocial*

Carlos Cornejo Vargas

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

Miembro de Thémis-Revista de Derecho

Resulta casi imposible pretender teorizar haciendo abstracción de la realidad en que se vive, pues los problemas que se afrontan no podrán resolverse trasladando planteamientos foráneos sino atendiendo a las posibilidades reales de cada país.

Actualmente, bastante distantes del momento aquél en el que el Derecho del Trabajo consiguió identidad propia y autonomía respecto del Derecho Civil, no puede dudarse que la autonomía individual como instrumento regulador de las relaciones jurídicas ha perdido terreno en favor de la colectiva, fruto ello del cambio de actitud del Estado que entendió la imposibilidad de mantenerse neutral ante los excesos que se cometían en las relaciones antes civiles, hoy laborales.

En tal sentido, es importante atender a que es el Estado, el que en ese cambio de actitud reconoce la autonomía colectiva, entendida en sentido estricto, como autorregulación, o "derecho de dotarse de normas propias para la ordenación de las relaciones laborales". Luego, si es el Estado el que la reconoce y, de ese modo adhiere a la tesis normativista y a la de pluralismo orgánico, está latente para él la posibilidad de limitarla, siempre que concurran ciertas circunstancias, con lo cual es notoria la sujeción de aquella a la legalidad, la que debe cuidar de no presentar una sobrepresencia que asfixie su actuación. La explicación a ello, teniendo como premisa que ambas -Ley y convenio colectivo- son normas de nivel primario, nos la da Predieri. El referido autor, dice entender la existencia de grados de primacía

dentro de un nivel u orden jerárquico normativo, lo cual nos lleva necesariamente, aceptar la sujeción del convenio colectivo a la ley. Máxime, si aquella posición ha sido recogida por nuestro ordenamiento que, en el artículo 101º de la Carta Constitucional a pesar de estar ambas en el mismo nivel primario otorga en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalencia al primero. Ello muestra una interrelación entre ambas -ley y convenio colectivo-, siendo el campo en que mejor puede observarse aquélla, el del contenido de la negociación colectiva; tema que a continuación pasamos a desarrollar.

1. El contenido negocial

Refiriéndonos al contenido negocial podrá hacerse dos enfoques, uno positivo y otro negativo. El primero de ellos nos lleva a determinar cuales son las materias objeto de la negociación colectiva; mientras que el segundo a hacer lo propio pero respecto de las materias que no pueden ser objeto de la misma.

Centrándonos -por un momento- en el enfoque positivo, cabe destacar el gran avance dado en nuestro ordenamiento interno, pues si hasta antes de la vigencia de la actual Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT) presentaba -además de un modelo de negociación estático y de conflicto cerrado- uno de limitado objeto negocial, y se consideraba un exceso restringir aquél a sólo remuneraciones y condiciones de trabajo, no se encontró calificativo para sancionar lo que significó el

* Al Doctor Javier Neves Mujica, amigo de siempre

1. NEVES MUJICA, Javier. *El Contenido Negocial: La compleja relación entre la Ley y el convenio colectivo*. Lima, Instituto de Defensa Legal, 1992, pág. 9

artículo 5o. del D.S. No. 006-71-TR que taxativamente señaló que debía entenderse comprendido dentro de los conceptos remuneraciones y condiciones de trabajo. Lo cual, en definitiva, nos permitía afirmar la existencia de un doble cerrojo que limitaba y atentaba seriamente contra la autonomía colectiva.

Ahora, tenemos otro que da amplio reconocimiento a la libertad de fijar el contenido negocial, pues con él se señala en el artículo 41o. de la LRCT que la "convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...)", lo cual se condice plenamente con el artículo 2 del Convenio 154 OIT, que recoge una fórmula permisiva para la inclusión de todos los aspectos relevantes a la relación laboral.

2. Límites al contenido negocial

Ocupándonos de las limitaciones al objeto negocial, en que no es en el enfoque positivo donde hemos de encontrar los problemas, sino en el enfoque negativo, que señala que materias no pueden ser objeto de negociación. Lo cual no hace sino reafirmar la sujeción del convenio colectivo a la ley, y por ello y con ello la existencia de límites al contenido negocial los cuales, de acuerdo a la clasificación más aceptada, pueden ser internos o externos.

Los primeros son los propios, intrínsecos a la negociación colectiva, y en tal razón, fiel reflejo de la naturaleza de herramienta autorreguladora de intereses laborales. Mientras que los segundos -que ahora nos interesan-, no responden ya a la naturaleza intrínseca de la negociación sino que provienen de su relación con otros derechos. Refiriéndonos ya a ellas -a las limitaciones-, poniéndose énfasis en el aspecto salarial, son dos las que se pueden mencionar:

- los derechos mínimos otorgados a los trabajadores, que no pueden ser negociados por los mismos, pues de lo contrario se estaría atentando contra el Principio de Irrenunciabilidad, reconocido por el artículo 57o. de nuestra Constitución; y

- los derechos máximos sancionados en beneficio de la comunidad, cuando el interés de esta se presente por encima del interés de la patronal y de

la laboral.

Respecto de ambos, si atendemos a la esencia misma del Derecho del Trabajo, y al retroceso de la autonomía individual en favor de la normativa estatal -y también de la autonomía colectiva-, debemos arribar a la conclusión que muestra a los derechos mínimos como la regla general, y a los derechos máximos en la excepción, ya que "es muy excepcional en ordenamientos abundantemente constituidos por normas de derecho necesario relativo (indisponibles hacia abajo, disponibles hacia arriba), la existencia de normas de derecho necesario absoluto (indisponibles hacia arriba o hacia abajo), o máximos de derecho necesario (indisponibles hacia arriba, disponibles hacia abajo)"².

2.1. Derecho necesario relativo

El derecho necesario relativo, comúnmente presentado bajo el rótulo de derecho mínimo, recogiendo lo ya apuntado, no es sino el fruto del quiebre de la ideología liberal y del individualismo, que ante el fracaso de la autonomía individual como instrumento regulador de las relaciones de trabajo, convirtió a la normativa estatal en la principal herramienta para desterrar del ámbito de las relaciones laborales al fantasma de la explotación.

Si bien, al igual que los máximos de derecho necesario y el derecho necesario absoluto, constituyen límites al contenido negocial, conviene precisar las diferencias entre ellos existentes.

Con los primeros -máximos de derecho necesario, es evidente que no resulta excepcional su inserción en los órdenes jurídicos positivos, abona en tal sentido que ello ha sido denominado -por la doctrina- "acciones positivas" que ha de emprender el Estado Social y Democrático de Derecho -como el nuestro-, constitucionalmente empeñado en la búsqueda de la igualdad sustancial entre los ciudadanos y los grupos sociales. Además, -los mínimos- se presentan como un apoyo a las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores; y actúan como contrapeso de la fuerza contractual de las partes involucradas en la negociación colectiva. Todos ellos, rasgos imposibles de afirmar respecto de los máximos de derecho necesario, que en modo alguno se presentan como búsqueda de la igualdad sustancial; como instrumento promotor de la negociación colectiva; o como cimiento que apuntala la posición

2. GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Ley y Autonomía Colectiva: Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 1987, pág. 257

contractual de la parte laboral. En definitiva, "mientras (...) que los mínimos procuran la consecución convencional de mejores condiciones de trabajo o, cuando menos, impiden que una posición de debilidad contractual tenga como consecuencia la fijación de condiciones inferiores a tales mínimos, los máximos, no solo impiden la consecución de mejores condiciones, sino que frenan y contienen la eventual fuerza contractual de las representaciones profesionales de los trabajadores"³.

Con los segundos, por ser éstos también máximos de derecho, no resulta excepcional su inserción en los ordenes jurídicos internos. A ello debemos añadir que, mientras el establecimiento de mínimos responde a la salvaguarda de los intereses de una categoría (la de los trabajadores), el de los máximos, por su parte, a la de los intereses de la sociedad. Y por último que, si los mínimos constituyen un piso o base para el desarrollo de la negociación colectiva, los máximos, un techo que prohíbe el desarrollo de la misma, y, antes al contrario, le niega posibilidad de actuación.

2.2. Derecho necesario absoluto

Si bien este rótulo se refiere sólo a uno de los dos matices que presentan los derechos máximos - como limitación al contenido negocial-, ha de precisarse que en este acápite nos hemos de referir a los dos.

Ya se había adelantado que aquellos a los que habrá de hacerse ahora referencia son el derecho necesario absoluto y, los máximos de derecho necesario.

Respecto del primero -derecho necesario absoluto, cabe apuntar que "son normas inderogables e inmodificables en cualquiera de los sentidos por los convenios colectivos, esto es, no pueden derogarse ni siquiera en favor de los trabajadores"⁴. En vista de ello, y a diferencia de los segundos, se presentan como una regulación completa, suficiente y cerrada, negando así toda posibilidad de actuación a la autonomía colectiva, y excluyendo con ello al mismo tiempo toda posibilidad de establecer una relación de complementariedad con una convención colectiva.

Debe quedar en claro que en un supuesto como

éste, está inequívocamente negada la posibilidad de actuación de un convenio colectivo, de ahí que resulte harto discutible la posición asumida por García Perrote Escartín que, intentado delimitar los supuestos de exclusión de la negociación colectiva, comprende que no es lo mismo que la norma estatal proporcione una regulación completa, tasada, autosuficiente y cerrada, y que la normativa estatal excluya y prohíba expresa y explícitamente la actuación de la negociación colectiva. Pues, dice entender, que si en el segundo caso la exclusión de la negociación colectiva es expresa, en el primero no lo es, señalando "que, al conformarse la regulación como completa, autosuficiente y hasta exhaustiva y, sobre todo razonablemente entendible como intangible e inalterable para la negociación colectiva, el espacio y el margen de maniobra dejado a ésta es muy restringido, de manera que la autonomía colectiva sólo desarrollará un papel interpretador, integrador, marginal y secundario, que en cualquier caso no podrá alterar la normativa estatal. Podría decirse, en este sentido, que se trata de una exclusión material y sustantiva, que, con todo, no anula completamente la actuación de la negociación colectiva, actuación no obstante, que no deja de ser muy restringida y accesoria"⁵.

Sin embargo, resulta difícil imaginar una situación en la cual nos enfrentemos a una norma estatal sancionadora de derecho necesario absoluto que presente serias dificultades a efectos de su aplicación, y en todo caso lo apropiado sería para poder aclarar el panorama, otra norma estatal y no una convención colectiva.

Sobre el punto baste señalar que estas normas, se afirma, encuentran fundamento en el orden público laboral o en las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo.

3. Experiencia peruana

Líneas atrás señalamos, cómo las normas de derecho mínimo se presentaban como regla general, en los ordenamientos jurídicos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho y, como, por contraposición a ello, las de derecho máximo como excepción. Si ello es así, debe repararse cómo "en la experiencia peruana de los últimos años, se

3. *Idem*, pág. 291

4. *Idem*, pág. 288

5. *Idem*, pág. 258

6. NEVES MUJICA, Javier, *ob. cit.*, pág. 71

ha echado mano del derecho necesario absoluto y de los máximos de derecho necesario, en el marco de la crisis económica y el programa de estabilización diseñado para enfrentarla”⁶, intentando de ese modo, como se suele decir, hacer de la excepción una regla.

3.1. Política de rentas

No debe perderse de vista que existe consenso en admitir “que exigencias de la política estatal de rentas del Estado democrático (...), pueden justificar naturalmente, en ocasiones, **en aras de la protección de otros derechos y bienes considerados prevalentes**, el establecimiento legislativo de topes salariales a la negociación colectiva”⁷. Y es que la política de rentas, de la mano con la definición dada por Cuadrado Villena que la considera como una “que (...) pretende incidir de manera directa en la distribución de la renta entre los diversos grupos sociales, bajo el criterio de la equidad”⁸, “tiende a una democratización económica en la (...) que (...) implique una redistribución de la renta nacional a favor de los sectores tradicionalmente con menores ingresos”⁹: los trabajadores.

Si todo ello es así, entonces, la pregunta es: ¿cuáles son esos derechos, bienes o intereses considerados prevalentes? Se ha dicho en nuestro medio que el fundamento de las citadas normas, se estaría encontrando en la calidad de vida de la población¹⁰, pero, porqué no poner énfasis en el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado (artículo 80 de la Constitución); no es acaso ello un interés que está por encima de la autonomía colectiva. La respuesta corresponde a cada quien dársela.

Ciertamente, se ha aceptado que no es posible en circunstancias normales imponer limitaciones al derecho fundamental de la negociación colectiva, lo cual sin embargo, no obsta, a que en circunstancias

particulares para el aseguramiento de los otros derechos, bienes o intereses también fundamentales, se acepte una restricción a la autonomía colectiva.

3.2. Posición de la OIT

Al respecto, es importante advertir la posición que a propósito de ello presenta la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, que expresada a través de la Jurisprudencia entiende que:

- No cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ser ejecutados conforme a sus términos, salvo acuerdo de las partes en sentido diferente.

- En lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deberían resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquél.

- Las medidas restrictivas deberían ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

En vista de ello, y si así está reconocido, podrá admitirse una política de moderación salarial que conlleve restricciones al derecho a la negociación colectiva, cuando -y he ahí el problema- se den ciertas condiciones. Aquellas están señaladas en el tercer punto de la posición al respecto asumida por la OIT, vale decir, sean medidas excepcionales, limitadas a lo necesario, no excedan de un período razonable y vayan acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

Sobre el punto algunas precisiones:

Primero, sería conveniente que el Comité de Libertad Sindical deje de lado esa fórmula mágica que sanciona de modo idéntico frente a toda situación que -se dice- representa una violación de la

7. PALOMEQUE, M. Carlos. *Derecho Sindical Español*. Madrid, Tecnos, 1989, pág. 347

8. CUADRADO ROURA, Juan y VILLENNA PENA, José. *Política de Rentas. Objeciones e Instrumentación. Experiencia Internacional. El Caso Español*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1980, pág. 213

9. CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *Política de Rentas y Relaciones de Trabajo*. En *Laboren*, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Volumen I, No. 01. Lima, 1991, pág. 28

10. NEVES MUJICA, Javier. ob. cit, pág. 71

11. BOZA PRO, Guillermo. *La Revisión de los Convenios Colectivos por la Ley Marco de Inversión*. En *Asesoría Laboral* N° 12, Diciembre 1991, pág. 10

autonomía colectiva y, entienda que cada realidad tiene un contexto distinto. Por ello, la posición que asuma siempre "debe responder al análisis de cada ordenamiento particular, en función de la relación que se haya establecido entre la ley y el convenio colectivo"¹¹.

Segundo, muy relacionado con lo primero, que cada caso no es igual que otro, de modo que se hace necesario un análisis casuístico de la -supuesta- violación de la autonomía colectiva, lo cual resulta contrario a la posición asumida por el Comité de Libertad Sindical de responder con plantilla única frente a situaciones no siempre similares. Abona en ello que (...), "Parece ser se da mucho más importancia a algunos factores que a otros; por ejemplo, se tiene la impresión de que el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones normalmente no profundizan en ciertos temas, como la gravedad de la situación económica o la naturaleza y eficacia de las medidas correctivas adoptadas (...) dicese, probablemente a que tales temas son en gran medida de naturaleza subjetiva y por ende podrían dar pie en muchos casos a debates extremadamente difíciles y casi interminables"¹².

Y tercero, que no puede soslayarse la aguda crisis económica y social por la que atraviesa nuestro país, que hace difícil -imposible diría yo- obtener resultados favorables de la aplicación de medidas como las reconocidas por OIT. En definitiva, si la crisis que vivimos, ya nadie duda, no es coyuntural sino estructural, no se puede intentar salir de ella con la aplicación de medidas también coyunturales y, por ello temporales y transitorias.

En efecto, a problemas estructurales también soluciones estructurales; a problemas extremos también soluciones extremas. No pretendo avalar la conversión de la excepción en la regla general, pero creo conveniente analizar, dejando de lado toda tendencia ideológica, **la posibilidad de convivir temporalmente con un régimen de limitación al objeto negocial**, que, sin embargo, asegure el bienestar de la población en general, intentando a tal efecto que todo ello sea producto de la con-

certación social, en cuyo caso toca al Estado asumir un rol principal.

Debiendo por ello, el "Gobierno (...), inicialmente, intentar que el establecimiento de topes salariales a la negociación colectiva se haga por los propios interlocutores sociales a través de la concertación autónoma, abriendo a tal efecto un proceso previo de consultas con las organizaciones sindicales y patronales más representativas"¹³. Y es "que la política de rentas, **marco en el que aparecen tales medidas** (el subrayado es nuestro), incluye la búsqueda por parte de las autoridades de un consenso público sobre los principios que regirían el crecimiento de las rentas, así como el intento de incidir a una aceptación voluntaria de determinadas pautas o directrices en cuanto a su aumento"¹⁴.

Y digo ello, por que si bien para la OIT es importante que tales medidas sean limitadas en el tiempo "(...). No es fácil dar cifras a este respecto, especialmente en lo que se refiere a un límite máximo específico. Sin embargo, a fin de tener por lo menos una vaga idea podría decirse no obstante que, en circunstancias normales, los órganos de supervisión con toda seguridad no se opondrían a la adopción de un período de doce meses y que, por lo menos en un caso, no ha formulado objeciones a una política de contención del aumento de los salarios por un período de dos años"¹⁵. Baste percibir que en nuestro medio, estas normas han tenido una duración máxima -y prorrogada- de 18 meses, bastante menos de lo hasta hoy autorizado por la OIT.

4. Apreciación final

Para terminar, vale destacar que si ahora, en un momento en el que todos los esfuerzos se canalizan hacia la inserción en el Liberalismo, caracterizado por estar "basado en la libre empresa, en la reducción del rol estatal, en la eliminación del intervencionismo y los controles, en la apertura de los mercados"¹⁶, debe repararse en que no se puede avanzar hacia él bruscamente, ya que muy por el contrario, ello representa un largo camino, que -felizmente- hemos ya empezado a recorrer.

12. PANKERT, Alfred. *La influencia del Estado en la negociación de los salarios: Límites establecidos por las normas laborales internacionales*. En Revista Internacional del Trabajo, Volumen 102, número 4, Octubre-Diciembre de 1983, pág. 537

13. PALOMEQUE LOPEZ, M. Carlos, ob. cit, pág. 348

14. CUADRADO ROURA, Juan y VILLENA PENA, José, ob.cit, pág. 254

15. PANKERT, Alfred. ob. cit, pág. 537

16. PASCO COSMOPOLIS, Mario. *El Trabajo en la Constitución*. En Debate Constitucional. Comisión Andina de Juristas. No. 03. Lima, 1993, pág. 6

Si a lo que se apunta es a la reducción del rol estatal y a la eliminación del intervencionismo, de lo que es manifestación la presencia de normas estatales que establecen máximos de derecho, ello no podrá lograrse sino cuando el Estado después de cumplir con sus deberes, logre el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país. En vista de ello, mal podrá

acusarse al actual gobierno de practicar un liberalismo tramposo, que manifiesta su presencia allí donde los grupos de presión son más fuertes y, su ausencia, allí donde la capacidad de respuesta es nula. Entonces, si a ello se quiere llegar, es evidente la necesidad de convocar el consenso de toda la población, a efectos de poder lograr las condiciones que permitan la aplicación de un sistema liberal.

Acerca de la Confusión, la Protección al Titular de la Marca y al Público Consumidor

Elizabeth Briones Gómez

Alumna del 9o. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC
Miembro de Thémis-Revista de Derechos

I. I Resolución Divisional de la Dirección de Propiedad Industrial

Nº 8342 DM-DIPI Expediente Nº 37510-80

Lima, 22 de agosto de 1981

Visto el expediente Nº 37510-80 en la cual Petróleos del Perú, de Lima, Perú solicita la marca de fábrica "**PETROMAR**" para la Clase 4 a cuya solicitud se opone Manufacturas **KUKALA S.A.** titular del certificado de propiedad Nº 38723, de la clase 4 de la marca de fábrica "**PETROMAX**".

CONSIDERANDO:

Que del examen comparativo de las marcas en cuestión resulta que en su conjunto son confundibles, por cuya razón, debe denegarse el registro solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el inc.b del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, aprobada por D. Ley Nº 22532; y en uso de las atribuciones conferidas por el D.S. Nº 017-79 ICTI/IND - SE, del 22 de Junio de 1979; se resuelve: declarar fundada la oposición interpuesta y denegar el registro solicitado. Regístrese y comuníquese Manuel Rivera Parreño (Jefe de División de Marcas - Dirección de Propiedad Industrial - ITINTEC.

II. Resolución Directoral No. 000483 DIPI

Lima, 26 de Noviembre de 1981

VISTA la apelación de Petróleos del Perú, contra la Resolución Divisional Nº 8342 DM-DIPI- Expediente Nº 37510, que declara fundada la oposición de Manufacturas **KUKALA S.A.**, en base a su marca registrada "**PETROMAR**", para la Clase 4; y deniega la solicitud de registro del vocablo "**PE-**

TROMAR", para la Clase 4; oposición que en el indicado expediente la empresa Manufacturas **KUKALA S.A.** plantea, en su recurso del 09 de setiembre de 1980, de fs. 7, textualmente en los siguientes términos: "El posible otorgamiento en favor de Petróleos del registro de marca que solicitamos causaría graves problemas de todo tipo pues la similitud de ambas marcas traería como consecuencia una peligrosa confusión para nuestros usuarios en un mercado que nos ha costado significativo esfuerzo y medios económicos para introducirlo";

CONSIDERANDO:

Que, en la esfera de las marcas nominativas, la semejanza de vocablos no causa por si sola el efecto de la confundibilidad, porque para que ésta se produzca necesariamente deben concurrir tres condiciones *sine quanor*: 1) que se trate de dos o más personas o empresas rivales; 2) que compitan en el mercado por una misma clientela potencial; 3) respecto de productos o servicios iguales o de naturaleza similar;

Que, sentado el presupuesto anterior corresponde examinar si las empresas contendientes, en el presente procedimiento están o no implicadas en las condiciones anteriormente señaladas;

Que, la empresa apelante Petróleos del Perú y la empresa opositora Manufacturas **KUKALA S.A.**, no son empresas competidoras entre sí, pues los productos de la primera (aceite para lubricación de motores marinos), son demandados por la Industria Petrolera y Naval, en tanto que los de la segunda (mechas, bujías y lamparillas) están destinados a un mercado y clientela distintos;

Que, por las circunstancias anteriormente expuestas la admisión a registro de la marca "**PE-**

TROMAR” no ha de producir en relación con la marca de la empresa oponente, la confundibilidad que contempla y prohíbe el inc. f) del artículo 58° de la Decisión 85 - Decreto Ley N° 22532;

Que, la conclusión que contiene el considerando anterior está ratificada por el hecho de que, la marca “**PETROMAR**” ya estuvo registrada para los mismos productos por un período de 10 años (hasta el 29 de mayo de 1979), conforme lo acredita la prueba instrumental que corre de fs. 19 de fs. 21, coetáneamente a la vigencia de la marca “**PETROMAX**”, según la fe del registro de fs. 12 y 13; no habiéndose producido confusión ni conflicto;

Que, en consecuencia, no existe impedimento en otorgar la marca solicitada por Petróleos del Perú, pues una decisión, en este sentido, no vulnera lo dispuesto en el ya citado inc. f) del artículo 58° ni desautoriza el principio de especialidad, consagrado en la primera parte del artículo 68° del dispositivo mencionado;

Que, para tal efecto la empresa solicitante ha cumplido con limitar los productos por distinguir, mediante la nueva descripción de fs. 37;

Que, con ocasión del caso que se ventila en el presente expediente es, además útil dejar establecido que la Clasificación que contiene la Nomenclatura Oficial, no es un instrumento de ciega aplicación, sino que como tal está destinado a ser utilizado dentro del contexto del sistema económico de mercado, que proclama el artículo 115° de la Constitución Política, dentro de cuyo marco de los derechos de propiedad industrial, en general, y las marcas, en particular, constituyen instituciones inherentes a la economía de mercado, por cuya razón la moderna doctrina los llama también “derechos de clientela”;

Que, la pertinencia del argumento anteriormente expuesto se funda también en que ha sido planteada la oposición, tal como se desprende de la transcripción que contiene la parte expositiva; la misma que, como queda demostrado, expresa un temor infundado por parte de la empresa opositora;

Que, por todo lo expuesto, y en aplicación de las atribuciones conferidas por el Decreto Supremo N° 017-79 ICTI/IND-SE, del 22 de junio de 1979;

SE RESUELVE:

DECLARAR fundada la apelación; REVOCAR la Resolución Divisional N° 8342 DM-DIPI, del 22 de

setiembre de 1981; y, en consecuencia, INSCRIBIR en el Registro de Marcas de Fábrica de la Propiedad Industrial, a favor de PETROLEOS DEL PERU, de Lima, Perú, la marca de fábrica “**PETROMAR**”, para distinguir exclusivamente aceites y grasas industriales, lubricantes y combustibles de la Clase 4 de la Nomenclatura Oficial; quedando bajo el amparo de ley por el plazo de cinco años, contando a partir de la fecha de la presente resolución; dándose por agotada la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese.

2. Antecedentes

Frente a la solicitud de Petróleos del Perú de inscripción de la marca “**PETROMAR**” para proteger y distinguir aceites y grasas industriales, lubricantes, combustibles y demás artículos de la clase 4 **KUKALA S.A.** formula oposición porque:

a) Tenía a su favor un certificado de propiedad de la marca “**PETROMAX**” para distinguir artículos de la clase 4 de la nomenclatura oficial por R.D. del 20 de abril de 1976.

b) El posible otorgamiento en favor de Petróleos del Perú del Registro de marca solicitado “Causaría graves problemas de todo tipo pues la similitud de ambas marcas traería como consecuencia una peligrosa confusión para sus usuarios en un mercado que había costado significativo esfuerzo y medios económicos para introducirlo”.

Es importante señalar la descripción de la marca “**PETROMAX**”:... “constituída por la denominación “**PETROMAX**” y será aplicada para distinguir mechas, bujías, mechas para lámparas y todos los demás artículos de la Clase 4 de la Nomenclatura. Dicha marca será usada en cualquier tamaño y color y en la forma que mejor convenga a los intereses de sus propietarios”.

Petróleos del Perú responde la oposición con los siguientes argumentos:

1º La marca de fábrica “**PETROMAR**” fue extendida a favor de su empresa para distinguir aceites y grasas industriales, lubricantes, combustibles y demás arts. de la Clase 4 de la Nomenclatura oficial con vigencia desde el 11 de agosto de 1969 hasta el 29 de mayo de 1979 sin embargo desde que manufacturas **KUKALA S.A.** tiene derecho de uso sobre su marca “**PETROMAX**” no se ha producido confusión ni desmedro alguno dentro de su propio o mercado (de 1976 a 1979).

2º "PETROMAR" es un aceite especialmente formulado para la lubricación de motores marinos y por lo tanto su comercialización se realiza dentro de un mercado en el que la "confusión" no es posible; cada producto tiene origen sustancialmente diferente al del otro y no se produce (en la mente del consumidor) una asociación de ideas susceptibles de traducirse en daño comercial debido a que los dos productos se mueven en mercados diferentes.

La Resolución Divisional declara, fundada la oposición de KUKALA S.A. basándose en el inciso f del art. 58º del Acuerdo de Cartagena, es decir porque eran marcas "confundibles".

Petróleos del Perú presenta nueva descripción de la marca limitándola a la distinción de "aceites y grasas industriales, lubricantes y combustibles de la Clase 4, excluyéndose expresamente del ámbito de me-chas y materias de alumbrado dentro del cual se aplica "PETROMAX" e interpone el recurso de apelación por las razones expuestas y la Resolución Directoral la declara fundada revocando la Resolución Divisional disponiendo inscribir a favor de PETROLEOS DEL PERU la marca "PETROMAR".

En las dos Resoluciones precedentes podemos apreciar que el concepto de "confusión" es interpretado de forma diferente en cada instancia y a su vez constituyen la expresión de 2 tendencias sobre el fundamento jurídico de la marca.

3. Análisis

3.1 Breve introducción al tema

Antes de tocar el punto específico del fundamento jurídico de la marca es necesario conocer los valores que sirven de base para construir este tipo de figuras jurídicas.

La democracia moderna exige un conjunto de condiciones necesarias para su existencia, siendo una de ellas el conjunto de normas jurídicas que hacen posible una estructura económica equilibrada; ello para asegurar igualdad de posibilidades económicas. Es así que, Wolfgang Fikentscher¹, cree que el "Control de la economía" permite una "participación en las fuerzas que conforman la sociedad". Con esta finalidad a través de la historia desde la Grecia arcaica encontramos prohibiciones de prácti-

cas monopolísticas que constituyen limitaciones a la competencia surgiendo diferentes ideologías como respuesta al contexto político económico social de cada pueblo. Wolfgang Fikentscher² explica esta "evolución y señala las principales corrientes que en forma general y con fines ilustrativos tratamos de resumir en los siguientes puntos:

a) S. XVI y XVII: En Inglaterra y Países Bajos se intenta un control de las grandes sociedades mercantiles con la **Doctrina del Charter** es decir la autorización jurídico-pública de estas sociedades superada por el nuevo liberalismo de Manchester (fines del siglo 18 y principios del 19).

b) En Alemania (1897) se declaró la licitud de los carteles si es que eran convenidos de buena fe; a la larga no existieron limitaciones para la formación de cárteles determinando una concentración económica que constituyó uno de los instrumentos de Hitler para el cumplimiento de sus objetivos.

c) La ideología Antitrust: En Estados Unidos desde la Sherman Act de 1891 se tiene como objetivo principal "La protección de la sociedad organizada frente a las exigencias de la economía que reclama su intervención en los asuntos políticos internos y externos".

d) El ortoliberalismo (La Escuela de Friburgo - 1945): "la libertad económica sólo puede subsistir si se la protege de su propia destrucción" por ello es necesario un ordenamiento jurídico que garantice una economía social de mercado - ordenamiento de la competencia.

Hoy se trata de cubrir la ausencia de un Derecho Internacional antimonopolio con tratados bilaterales y convenios; se "reconoce que la libertad económica es principio y fundamento del orden económico mundial y la somete a un control siguiendo la línea del derecho antitrust o de la competencia.

En este panorama es donde interviene el Derecho de la Competencia: el Estado debe cuidar que las relaciones dentro del mercado se realicen en forma transparente; esta institución aparece junto con el Sistema Económico Liberal porque es en este momento cuando se manifiestan sus efectos distorsionadores. Podemos distinguir tres modelos de re-

1. FIKENTSCHER, Wolfgang. *Las Tres funciones del Control de la Economía*, en Revista de Derecho Mercantil Nº 172-173, Madrid 1984, pág. 466.
2. Ibid. p. 460 - 463.
3. MENENDEZ. *La competencia desleal*, pag. 27 - 121.

gulación para la competencia desleal siguiendo las pautas de Aurelio Menéndez³.

a) El modelo paleoliberal que permite la intervención del Estado sólo cuando se vulneren determinados derechos de los agentes del mercado; únicamente se sancionaban los actos expresamente prohibidos.

b) El modelo profesional - visión individual - fruto de las presiones de grupos empresariales con las siguientes características:

- Los intereses de los empresarios son tutelados principalmente, porque protegiéndolos se llega a la satisfacción de los intereses colectivos.

- Fuerte connotación corporativa

- El daño sólo puede ocasionarse por la acción de dos empresarios.

- Las asociaciones profesionales tienen la función de vigilancia y represión.

c) Con el modelo social se produce un desplazamiento de la protección de los empresarios a la protección por el Estado de los consumidores y del interés público en conservar un mercado competitivo.

Contribuye a la formación del Derecho de la Competencia Desleal el derecho sobre la marca; con este crecimiento conjunto van interactuando ambas disciplinas y es por este motivo que tendrán como misión principal evitar la lesión de la libertad del consumidor.

3.2 Concepto y fundamento de la protección de la marca

Existen dos corrientes a modo general, en la Doctrina para definir lo que es la marca de acuerdo a su función principal. Para la corriente clásica es un medio distintivo que diferencia los productos o servicios de otros iguales o similares, destinado a garantizar al público su procedencia y que permite reconocer la fábrica de la que proviene o la casa comercial que los expende: **el comprador se guiará por el origen del producto** (Ascareli, Aine, Poulliet, José Ignacio Romero)⁴ y del otro lado la corriente moderna define a la marca como el medio que

distingue, identifica y diferencia a los productos o servicios de otros iguales o similares - sean elaborados o vendidos por diferentes fabricantes o vendedores: **el comprador consumirá de acuerdo al signo individualizador** (Bayloz Carraza, Ives Saint Gal, Neva Negrete)⁵.

Para Ilba Villavicencio en los países de economía de mercado las marcas casi nunca constituyen una indicación de procedencia si no que reflejan el prestigio que se crea gracias a la calidad del producto o en la campaña de publicidad que satisface a los consumidores. La gran cantidad de marcas que existen en el mercado omiten la procedencia del producto por lo que el consumidor se ve impedido de guiar su elección en base a este dato.

Existe consenso en Doctrina y jurisprudencia en cuanto proteger jurídicamente a la marca por su función distintiva mas no así por su función de garantía de calidad. Si por ejemplo consideramos (como la jurisprudencia y doctrina norteamericana y Mc Carthy) que lo importante de la marca es identificar un producto como satisfactorio⁶ entonces se producirá la confusión entre **"PETROMAR"** y **"PETROMAX"**. Si creemos por otro lado que la diversificación de calidades -una misma marca para el mismo producto pero de diferentes cualidades (doctrina alemana y francesa)- entonces asumiremos la decisión de la Dirección de Propiedad Industrial como la más adecuada.

3.3 Funciones de la marca

Aparte de las ya comentadas distinción y la garantía de calidad se puede considerar la función de protección, la condensadora de *goodwill* y la publicitaria.

La marca protege tanto a empresarios como consumidores porque a los primeros les permite defender la posición alcanzada en base a la inversión de tiempo y dinero: **protección del interés privado** y a los segundos se les garantiza el derecho a no ser engañados: **protección al interés público** (sería un argumento a favor de la Resolución Divisional).

El *goodwill* es la buena reputación de la que gozan los productos o servicios diferenciados a través de marcas. El elemento que induce al com-

4. VILLAVICENCIO BALVIN, Ilba. *Protección a las marcas notoriamente conocidas en el Perú*. Tarea Asoc. Gráficas, Lima 1991. Pag. 29.

5. Idem

6. FERNANDEZ NOVOA, C. *Fundamentos del Derecho de Marcas*. Madrid. Edit. Montecorvo S.A. 1984. Pag. 51.

7. PACHON, Manuel. *Protección de los Derechos de la propiedad Industrial*. Ed. Temis S.A. Bogota Colombia, 1986. pag. 68.

probar es el resultado de la publicidad, la calidad del bien y/o servicio y está siendo protegido por la legislación española y jurisprudencia norteamericana (coherente con la idea de función de la garantía de calidad de la marca).

3.4 La confusión

Manuel Pachón⁷ explica así la confusión: "Confundir es tomar una cosa por otra y la confusión puede resultar de la llamada imitación servil o copia idéntica del que si no es completamente igual, presenta diferencias que no pueden apreciarse en primera vista." Para Pachón el determinar si existe o no confusión constituye uno de los problemas más difíciles de la propiedad industrial porque es un proceso subjetivo por lo que el juez debe acudir a ciertas reglas que orienten tal decisión. Para Fernández Novoa⁸ es necesario que el jurista lleve a cabo una valoración en la que han de tenerse en cuenta múltiples factores, los cuales son difícilmente reducibles a reglas generales y precisas.

Para distinguir cuando se produce confusión tenemos dos criterios:

- a) Criterio objetivo y jurídico: Hay similitud entre los productos y servicios cuando su naturaleza y uso son extremadamente cercanos.
- b) Criterio económico: Existe similitud entre los productos o servicios cuando el público tenga razones para creer que ellos provienen del mismo fabricante.

Siguiendo este último criterio Jorge Otamendi⁹ define la llamada **confusión indirecta**: "La confusión indirecta, es decir la que se da cuando el consumidor cree que los productos tienen un origen común, un mismo fabricante, puede darse también entre marcas que no cubren los mismos productos. Esto puede suceder entre marcas de clases distintas o entre marcas de una misma clase. La confusión no se limita entonces a los productos cubiertos por la marca o dicho en otras palabras, el derecho de "excluir" a otras en el uso de una marca no se termina con los productos de servicios para los cuales se concedió la marca... La Corte Suprema de Justicia lo ha reconocido en forma reiterada al sostener que 'aunque el titular de una marca no puede oponerse al registro de otra igual destinada a distinguir

artículos distintos, corresponde, no obstante, hacer lugar a la oposición cuando concurren circunstancias especiales que demuestren la posibilidad de confusión entre los productos para evitar que el público pueda ser inducido a engaños sobre la procedencia o el origen de los productos que adquiere, con la posibilidad consiguiente de que algún comerciante o industrial aproveche ilícitamente los frutos de la actividad y prestigios ajenos".

4. La confusión en la legislación peruana

A. Sobre el caso concreto y centrándonos en el supuesto acto de confusión era de aplicación la Decisión 85: "Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial" (vigente en el Perú desde el 15 de marzo de 1979 - Decreto Ley 22532 - Hasta el 12 de diciembre de 1991). Los artículos pertinentes son:

ARTICULO 56°: "Podrá registrarse como marcas de fábrica o de servicios, los signos que sean **novedosos**, visibles y suficientemente distintivos."

ARTICULO 58°: "No podrán ser objetos de registros como marcas:

- a) Las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público, a los que puedan engañar a los medios comerciales o al público consumidor, sobre la naturaleza, **la procedencia**, el modo de fabricación, las características, o la aptitud para el uso de los productos o servicios de que se trate.
- f) Las que sean **confundibles** con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase.

Consideramos, en principio, que la marca por tener función distintiva debe ser **novedosa** para evitar confusión con otra ya existente; en ese sentido la palabra "**PETROMAR**" sólo se diferencia de "**PETROMAX**" por una letra por lo que no estaría a nuestro entender cumpliendo con tal requisito. Al respecto ubicamos diferentes opiniones en la jurisprudencia francesa citada por Fernández Novoa¹⁰ sin que se lleguen a establecer criterios uniformes, será necesario que el juez falle de acuerdo a todo

8. FERNANDEZ NOVOA, C. *Fundamentos del Derecho de Marcas*, Madrid. Ed. Montecorvo S.A. 1984, pag. 197.

9. OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1989, pag. 163.

10. Idem.

un conjunto de factores involucrados en el conflicto.

Con relación a la posibilidad de engaño y confusión sobre la procedencia de **"PETROMAR"**, la Resolución Directoral introduce dos elementos interesantes: La "limitación", que presenta **"PETROMAR"**, dentro de la Clase 4 (sólo lubricantes y grasas para motores marinos) y la prueba de hecho que no se ha producido daño entre las dos empresas durante la coexistencia de ambas marcas. Estos argumentos representan en nuestra opinión, un coherente razonamiento dentro de un enfoque del **modelo profesional**; permite la inscripción de **"PETROMAR"**, porque no se lesiona en ningún momento el derecho subjetivo de **"PETROMAX"**. No mencionan el papel de la buena fe, usos honestos en materia industrial y comercial que deben observarse en una relación de competencia clara; podría interpretarse por ejemplo que **"PETROMAX"**, al inscribir su derecho (existiendo **"PETROMAR"**) no actuó con la debida honradez comercial aprovechando el prestigio que en esa época habría adquirido Petroperú con su marca **"PETROMAR"**.

Un aspecto que se olvidó señalar es el potencial perjuicio que se le podía ocasionar al consumidor (por ejemplo si x era comprador de **"PETROMAX"** - mechas, bujías y lamparillas - e ingresa al mercado de **"PETROMAR"** - motores marinos - podría suponer que ambas marcas tienen un origen común). Por último con la inscripción de **"PETROMAR"**, se imposibilitaría a **"PETROMAX"**, a expandir sus ventas e introducirse en el campo de lubricantes para motores marinos, (lesionaría su derecho individual). Felizmente hoy el artículo 91° de la Ley General de Propiedad Industrial establece criterios específicos para determinar si hay o no confusión.

B.- Según la normatividad vigente, sería de aplicación:

a) La Decisión 313 (vigente desde su publicación en el número 101 de la gaceta de la Junta del Acuerdo de Cartagena del 14 de febrero de 1992) :

ARTICULO 73°: imposibilidad de registro de marca porque lesiona derechos a terceros. "Cabe anotar que no pueden registrarse las marcas confundibles con otras iguales o similares ya registradas o solicitadas con anterioridad, aceptándose que ello se aplique no sólo a productos o servicios de la misma clase, sino también a aquellos respecto de los cuales el uso de la marca puede inducir al público a error

(incisos a, b, c,)...."¹¹

b) Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122 del 30 de diciembre de 1992), en:

ARTICULO 5°: "Para la calificación del acto de competencia desleal **no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, basando el perjuicio potencial o ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público...**"

ARTICULO 6°: "Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda **conducta que resulte contraria a la buena fe comercial...**"

ARTICULO 7°: "Son actos desleales los destinados a crear **confusión...**"

ARTICULO 8°: "... **el riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores de la procedencia empresarial de la actividad**, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica..."

ARTICULO 22°: Se refiere a las acciones que puede solicitar el afectado por un acto de competencia desleal.

ARTICULO 24°: Sobre acumulación de acciones compatibles según normatividad acerca de publicidad, **protección al consumidor, libre competencia, propiedad industrial**, y derechos del autor.

ARTICULO 25°: Señala la competencia de INDECOPI.

ARTICULO 34°: Normas supletorias.

c) Ley General de Propiedad Industrial (Decreto Ley N° 26017 publicado el 28 de diciembre de 1992):

ARTICULOS 1°,2°,3°,5° inc. e: Ambito de aplicación.

ARTICULO 89° inc. a: Indica posibilidades para constituir una marca.

ARTICULO 90°: Concordancia con los artículos 72° y 73° de la Decisión 313.

11. KREZALJA, Baldo. *La Decisión 313*. En Themis N°3, 1992. pag. 101.

ARTICULO 91°: Criterio para establecer si son signos semejantes en grado de confusión.

ARTICULOS 173° - 185°: Acciones por violación de Derechos de Propiedad Industrial.

d) Norma sobre protección al consumidor (Decreto Legislativo N° 716, publicado el 9 de noviembre de 1991):

ARTICULO 1°: Ambito de aplicación.

ARTICULO 2°: Indica modelo de Economía Social de Mercado.

ARTICULO 3°: Conceptos principales (consumidor, productos, etc.).

ARTICULO 15°: Obligación veraz, apropiada al consumidor de parte del proveedor...."Prohibida toda información que induzca al consumidor a error respecto de la naturaleza, origen...."

ARTICULO 39°: De las sanciones.

e) Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI (Decreto Ley N° 25868 publicado el 24 de noviembre de 1992). (Artículos 2 (inciso a), 23, 25, 28, 31, 33, 38, 39, 40)

5. A modo de conclusión

a) Para que la marca cumpla con su función principal: la de distinguir, no debe inducir a error al público consumidor (sobre el producto o su procedencia) con el fin de proteger adecuadamente los derechos del productor o comerciante y los del consumidor. Es primordial no solamente guiarse por el análisis formal (si la marca tiene una o dos letras distintas de la otra por ejemplo) si no que se obser-

ve una totalidad de factores (como reacción del consumidor medio, el *goodwill*, etc.) que nos lleven a concluir que existe o no confusión.

b) Concordamos con la opinión de Jorge Otamendi sobre el daño que puede producir la confusión indirecta:

- Daño al dueño de la marca original porque ha perdido una venta y si el producto adquirido es de mala calidad el consumidor la atribuirá este hecho (probablemente la próxima vez compre al de la competencia) y;

- daño al consumidor porque adquirirá un producto que no quería.

c) El Derecho sobre la marca está muy ligado al Derecho de Competencia Desleal por lo que probablemente una violación a las normas que protegen al titular de la marca significará un acto de competencia desleal.

d) Según el marco legislativo vigente que:

- El estado tutela el interés de los consumidores.

- Existe la protección de la institución de la competencia basada en las buenas costumbres, usos honestos en materia industrial y comercial, buena fe o principios de la corrección profesional (interés de la comunidad).

- Existe protección a los intereses de la competencia.

e) El Derecho de Marcas, el de Competencia Desleal y el Derecho del Consumidor son instrumentos que utiliza el Estado para asegurar un equilibrio de fuerzas en el mercado.

Lima, 15 de junio de 1993

MANUAL DE LEGISLACION Y CONTRATOS MERCANTILES

Walter Abad M. • Giancarlo Solari • Ma. Tessa Torres

C
O
N
S
U
L
T
O
R
E
S

J
U
R
I
D
I
C
O
S

A
S
O
C
I
A
D
O
S

S
A

Ley General de Sociedades. Sociedades Anónimas con accionariado difundido. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Reglamento General de los Registros Públicos. Reglamento del Registro Mercantil. NORMAS SUMILLADAS y recogidas en INDICE ANALITICO.

JURISPRUDENCIA REGISTRAL

MODELOS de constitución social, modificación del estatuto (cancelación de saldo de capital no pagado, cambio de denominación o razón social, cambio de domicilio, ampliación de objeto social), aumento y reducción de capital, acuerdo de directorio, gerente y apoderado; apertura de sucursal, transformación, disolución y liquidación, fusión, extinción, asientos, etc., REQUISITOS NOTARIALES Y REGISTRALES.

Anexos de información complementaria.



Los dos tomos del Manual de Legislación y Contratos Mercantiles, constituye una publicación útil e indispensable para todo asesor legal, administrador, contador, estudiante o empresario, pues brinda la más completa recopilación de leyes mercantiles sumilladas y una amplia gama de modelos de constitución de sociedades, de modificación de estatutos, de aumento y reducción de capital, de acuerdos de directorio, de nombramientos de mandatario, de establecimientos de sucursales, de acuerdo de transformación, disolución, liquidación, fusión, etc.

Indicándose además, los requisitos notariales y registrales, que debe cumplir toda empresa, desde su constitución hasta su disolución, liquidación y extinción.

INFORMES Y VENTAS:

AV. LOS LIBERTADORES 333 - SAN ISIDRO

TELEFONOS:

224075 - 428389

MANUEL NOYA DE LA PIEDRA

Abogado
Notario de Lima

Jr. Ocoña 180 2do. Piso - Lima
Telfs. 273921 - 278768 - 279438 - 279622

DR. LORENZO ZOLEZZI IBARCENA... NUEVO DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

El 24 de junio pasado, contando con el respaldo del cuerpo docente de la Facultad, el destacado catedrático y especialista en Derecho Procesal Civil, Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, fue elegido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para el período 1993-1996, sucediendo en el cargo al Dr. Jorge Avendaño Valdés.

El Dr. Zolezzi ha manifestado a través de sus veinticinco años de ejercicio académico, una profunda preocupación por la eficiencia en la enseñanza del Derecho y el fomento a la investigación como complemento esencial del futuro abogado.

THĒMIS-Revista de Derecho, se aúna en la felicitación y expresa su más sincero deseo de éxito hacia los objetivos y metas por venir.

CURSO: TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Contando con la participación del reconocido catedrático y procesalista Dr. Juan Monroy Gálvez, THĒMIS-Revista de Derecho organizó en la Facultad, y en tres sesiones consecutivas, un curso sobre "Temas de Derecho Procesal Civil", a propósito del Código Procesal Civil de 1992.

El curso, que contó con el masivo respaldo del alumnado de esta Casa de Estudios, trató entre otros, temas como los conceptos elementales del proceso, la postulación del mismo y los medios probatorios.

THEMIS-Revista de Derecho, agradece en forma muy especial a todas las personas e instituciones colaboraron y participaron de la celebración de nuestros veinticinco primeros números.

Es su confianza el mejor estímulo para nuestro trabajo.

PRIMERA SESION MODELO DE LA ASAMBLEA DE LA ONU

Exactamente a 48 años del nacimiento de las Naciones Unidas, en fecha 26 y 27 de junio, más de un centenar de jóvenes estudiantes -seleccionados- de las principales universidades e institutos superiores del Perú, de diferentes especialidades, se reunieron en el recinto del Congreso de la República, para, por primera vez en nuestro país realizar y participar en una sesión modelo de la Asamblea de las Naciones Unidas; experimentando el funcionamiento del más importante organismo mundial y analizando los temas centrales que movilizan la atención de los países hoy por hoy, garantizando el marco guía del Derecho Internacional como base de las nuevas relaciones en el actual contexto mundial.

La sesión, que fue inaugurada por el presidente del Congreso Constituyente Democrático, Jaime Yoshiyama, constó de dos partes:

Debate General: Donde 25 países expusieron los lineamientos bases a ser traducidos en líneas de acción dentro de la organización, poniendo especial atención en la solución de los problemas de estructura interna. Tales como la necesidad de la reformulación del Consejo de Seguridad (eliminando el veto de los miembros permanentes, permitiendo el acceso a países que representen nuevos ámbitos regionales etc); democratizar las Naciones Unidas en todos sus ámbitos, partiendo desde la misma Secretaría General, con el fin que los países se sientan partícipes de las decisiones. Otros temas de consenso que se trataron, fueron el cumplimiento oportuno de las cuotas y la necesidad de complementar el trabajo con el desarrollado por los organismos regionales.

En cuanto a los problemas de fondo, se dejó entrever que los objetivos mundiales se centran preferentemente en la búsqueda de la paz, así como en el anhelo de cooperación conjunta entre los países, la protección del medio ambiente, la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, y la reducción de la brecha Norte-Sur.

En segundo término, se debatió acerca del programa propuesto por el Secretario General de la Organización Boutros Boutros-Ghali, titulado "Un Programa de Paz", informe que contiene elementos de reflexión respecto a la diplomacia preventiva, y al establecimiento, mantenimiento y consolidación de la paz, el cual ha sido respaldado por el íntegro de la comunidad internacional. Asimismo, fue tratado el avance y las perspectivas de acción trazadas en la Conferencia del Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en Río de Janeiro (ECO 92).

THEMIS-Revista de Derecho participó activamente en esta cita, siendo representada por su Comité Directivo Paul Duclos, quien tuvo a su cargo la ponencia principal de la delegación chilena.

Felicitemos al Centro de informaciones de la ONU en el Perú, y a las Naciones Unidas de la Juventud, por tan destacada iniciativa.

Abuso de la Posición Dominante en el Mercado Internacional

Rosa Virginia Nakagawa Morales

Actualmente, la importancia del comercio a nivel nacional e internacional resulta innegable. Sin embargo, los trabajos de investigación que aborden complejos temas vinculados a la libertad económica, la libre competencia, entre otros, son escasos. La señorita Nakagawa asumió un reto difícil: realizar un análisis riguroso de la posición dominante en el mercado para poder determinar cuándo hay un abuso de dicha posición dominante.

Partiendo de la libertad económica, se puede afirmar que la existencia de normas internacionales que permitan el desarrollo de la libre competencia en un clima de lealtad es sustancial. Sin embargo, la libertad económica debe entenderse en armonía con la libre competencia, lo cual no deja de ser un tema polémico. El problema principal consiste en llegar a un consenso, tanto de los países desarrollados como de aquellos en vías de desarrollo, que permita aclarar el concepto de posición dominante en el mercado internacional, para luego determinar en qué su-

puestos se abusa de dicha posición.

Para lograrlo, la autora analizó las principales distorsiones a la competencia en el tráfico económico interno, así como aquellas que afectan la libre competencia internacional, estructurando el trabajo de investigación en seis capítulos.

El Primer Capítulo presenta los conceptos básicos para entender el análisis y los planteamientos de la autora. Se parte de la economía de mercado para precisar qué es la Libertad de Industria y Comercio, la Libre Competencia y las principales distorsiones al sistema de competencia. Debe resaltarse el intento por determinar el concepto de la Libertad Económica y su necesidad de limitación, principalmente mediante la intervención del Estado o a través de medidas que surjan de acuerdos bilaterales o multilaterales.

En el Segundo Capítulo se estudian los principales ordenamientos que cuentan con normas protectoras de la Libre Competencia. Se analizan legislaciones internas -como las de Estados Unidos de Norteamérica y Alemania- y las normas comunitarias europeas. Es interesante apreciar cómo estas han ido evolucionando en términos de prohibir actividades lesivas a la Libre Competencia, a través del análisis de su potencial o claro

efecto sobre el mercado.

El Tercer Capítulo trata el Derecho de la Libre Competencia. Tras señalar el concepto, se estudian las restricciones a la competencia que tienen su origen en acuerdos, sean estos horizontales o verticales, también trata del control de las fusiones entre empresas como mecanismo de limitar la Libre Competencia. Ello permite encarar el tema del Abuso de la Posición Dominante con mayor profundidad y precisión. Partiendo del concepto y orígenes de la posición dominante, se analizan ejemplos sobre el Abuso de la Posición Dominante en el mercado interno, aplicables al comercio internacional: el boicott, la imposición de precios abusivos y de condiciones abusivas de contratación, la discriminación de los precios, la negativa independiente de no comerciar, la imposición de prestaciones suplementarias, las limitaciones en la producción y distribución o desarrollo técnico, las concesiones y servicios, y el acaparamiento. Aunque el listado no es exhaustivo, su estudio nos ilustra con claridad el fin de las normas que reprimen el abuso de la posición dominante, permitiendo afirmar a la autora que la posición dominante pura y simple, en sentido estricto, no constituye *a priori* y *per se* una restricción de la Libre Competencia en el mercado internacional. Finalmente, hay un estudio de la normativa peruana

sobre la Defensa de la Libre Competencia, que lleva a plantear algunas recomendaciones para subsanar algunos vacíos o incrementar el campo de aplicación de las normas.

El Capítulo Cuarto trata de la Libre Competencia en el Comercio Internacional y analiza dos sistemas: el GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio) y las Naciones Unidas. Se parte del estudio de los principios y alcances que caracterizan estos sistemas para luego referirse a las prácticas desleales -como el *dumping* y los subsidios-, cuya difusión y sus efectos merecen un tratamiento específico en ambos sistemas.

El Capítulo Quinto reafirma la Posición Dominante *per se* no es lesiva para el comercio internacional y que sólo el abuso de la misma resulta materia de prohibición por las legislaciones internas y por las normas internacionales. Por consiguiente, contiene el análisis de las prácticas restrictivas al comercio internacional, haciendo énfasis en los alcances de tales prácticas en cuanto al Abuso de la Posición Dominante en el Mercado Internacional. Estudia lo referido a las empresas transnacionales y el efecto de sus acuerdos y prácticas en la economía mundial, con especial referencia a los efectos nocivos en los países en desarrollo. Asimismo, estudia los carteles de importación y de exportación, los cuales pueden ser sumamente desventajosos para algunos Estados del Tercer Mundo. Luego, nos plantea cómo opera el Abuso de la Posición Dominante en el comercio internacional, a través de algunos supuestos que ilustran claramente su constitución y efectos: los abusos en la manipulación y fijación de precios de transferencia, las prácticas abu-

sivas de vinculación de compras y las prácticas abusivas en relación a la transferencia de tecnología. Ello lleva finalmente a una evaluación del Proyecto de Código Internacional de Conducta sobre las Transnacionales, que permite una clara visión del estado de la cuestión a nivel de foros internacionales.

El Sexto Capítulo alude a las restricciones al comercio internacional que sufren de manera específica los países en desarrollo. Su estudio es fundamental toda vez que el Abuso de la Posición Dominante afecta los intereses y la economía de los países del Tercer Mundo. Problemas relativos al Régimen de Cláusulas de Salvaguardia, el Sistema General de Preferencias, los Convenios de Limitación de las exportaciones, las Subvenciones a los productos básicos y las Restricciones Cuantitativas, son tratados con objetividad, percibiéndose que su uso puede llevar, en algunos supuestos, a producir efectos que limiten irracionalmente la Libre Competencia.

Durante la investigación, se constató que la bibliografía sobre el tema es escasa, inclusive a nivel de autores extranjeros y de las recopilaciones hechas por órganos de organizaciones internacionales. Frente a este reto, con mucho mérito, la señorita Nakagawa logró recopilar información sumamente interesante que nos presenta en su Tesis, pudiendo comprobar que se tratan de fuentes solventes académicamente y de actualidad. Se han incluido dos anexos, referidos a la Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (S-XXV) del 5 de diciembre de 1980 sobre las prácticas comerciales restrictivas, y el Conjunto de Principios y Normas Equitativas

Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales y Restrictivas en un anexo de la Resolución del 22 de abril de 1980.

Este gran esfuerzo ha merecido la mención de SOBRESALIENTE, mención que de por sí expresa la gran calidad de este inédito trabajo de investigación así como el alto valor otorgado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a quienes, con seriedad y dedicación, dan un aporte al desarrollo del Derecho.

Elvira Méndez Chang

Legislación Extraordinaria de Emergencia. Hacia una Teoría de la 'Urgencia Económica' en los Artículos 132 y 211 inciso 20 de la Constitución Política Peruana de 1979

Sergio Oquendo Heraud

El trabajo consta de dos grandes partes. En la primera el autor presenta el marco teórico de la investigación en cuanto a lo que se entiende como Legislación Extraordinaria de Urgencia a nivel doctrinario y del derecho comparado; para luego, en la segunda Parte, hacer un análisis de la manera en cómo ha sido plasmado dicho concepto en la Constitución Peruana de 1979, señalándose las bondades y limitaciones del texto constitucional, así como los problemas y vacíos que genera.

En su exposición, Sergio Oquendo recurre de manera eficiente al estudio de lo que en materia de urgencia económica y otros ocurre en España y Colombia, principalmente, revisando igualmente estudios, casos e interpretaciones sobre el tema en la doctrina y constituciones extranjeras, para luego vincular tales experiencias con lo que ocurre y ha sido estudiado en el Perú.

En la primera parte, que comprende sólo al Capítulo Primero y bajo el título "Hacia una teoría de la urgencia en la Constitución Peruana de 1979", es tratado el tema de la "urgencia", vinculándolo a los conceptos de "circunstancias excepcionales", "necesidad", "potestad discrecional y reglada", "acto político", y "razonabilidad". Igualmente se trata el tema de "la naturaleza de las medidas extraordinarias", el "efecto suspensivo", la "derogación y caducidad", y el "control de la constitucionalidad de las medidas extraordinarias".

En el Capítulo Segundo, inicio de la segunda parte, el tema es "La intervención de la actividad económica del artículo 132 de la Constitución. La 'emergencia económica'". En dicho acápite hace un estudio exhaustivo de este último concepto.

El Capítulo Tercero versa sobre el "El inciso 20 del artículo 211 de la Carta Peruana: la normatividad de la necesidad y urgencia". Es especialmente interesante el acápite 4, sobre el "Régimen jurídico de la normatividad de urgencia", y dentro de él el acápite 4.5 que versa sobre "La provisionalidad de los decretos de urgencia: control parlamentario *a posteriori*."

En el Cuarto y último Capítulo el autor comenta la Ley 25397,

referente al control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, contenidos en los artículos constitucionales estudiados.

Hacia el final del trabajo propone las formas en que debería encontrarse una solución a las dificultades de interpretación y aplicación que, por sus altas consecuencias políticas, han dado lugar los artículos 132 y 211 inciso 20 de nuestra Constitución.

El trabajo es, en opinión del suscrito, un excelente estudio analítico y comparativo de la temática referente a la legislación extraordinaria de emergencia, el cual debe servir como valioso y enriquecedor aporte dentro de la reforma constitucional que se lleva a cabo actualmente.

Adrián F. Revilla V.

La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un Fracaso

Alejandro Falla Jara

Tesis sustentada el 25 de Junio de 1993 ante los Dres. Fernando de Trazegnies Granda, Alfredo Bullard Gonzáles y Ricardo León Pastor. SOBRESALIENTE.

El tema de la Responsabilidad Civil Extracontractual ha sido analizado y recogido en diversos trabajos de investigación, incluyendo numerosas tesis. Sin embargo, la mayoría de estos trabajos se han limitado a estudios doctrinarios y dogmáticos, que sin perjuicio de su valor académico, dicen más de la coherencia interna de los sistemas de responsabilidad civil que de la coherencia que estos deben

guardar con la realidad a la cual deben ser aplicados.

La tesis bajo comentario es una destacada excepción a lo reseñado en el párrafo anterior. Su autor se embarca en la interesante, pero difícil aventura, de ir a la búsqueda de precedentes judiciales, los cuales no sólo identificó en un número apreciable, sino que sistematizó y ordenó para obtener datos valiosos. La información no sólo se refiere a los razonamientos jurídicos seguidos por nuestras Cortes, sino a datos fundamentales como la duración de los procedimientos, el valor real de las indemnizaciones concedidas, el costo público y privado de la utilización del sistema judicial, la condición económica de las partes, etc. Adicionalmente, el autor, utilizando los aportes teóricos del Análisis Económico del Derecho (Law & Economics) hace un análisis pertinente e interesante de los efectos sociales y económicos del sistema de responsabilidad civil para llegar a una conclusión desoladora: el sistema no cumple ninguna función socialmente tutelable y por el contrario acarrea una serie de costos que lo hacen socialmente inútil.

El Primer Capítulo, titulado "Accidentes, Responsabilidad Civil y Propósitos Sociales", analiza cuáles son las funciones que deben ser desarrolladas por un sistema de responsabilidad civil extracontractual. En él se expone el marco de análisis teórico que se utilizará a lo largo de la tesis. Principalmente se analizan las funciones de prevención y de distribución del costo de los accidentes. Para ello se utilizan los elementos que brinda el Análisis Económico del Derecho como una forma de vincular el sistema legal con la realidad.

Los Capítulos II, III, IV y V

están agrupados en lo que el autor ha denominado "El Teatro de lo Absurdo: La Responsabilidad Civil Extracontractual en Acción". Estos Capítulos son el fruto de un esfuerzo digno de destacar de no sólo recopilación de sentencias en procedimientos de responsabilidad civil extracontractual, sino del estudio de los propios expedientes, los mismos que han sido analizados concienzudamente, habiéndose extraído información sumamente valiosa para entender cómo funciona el sistema en la realidad. El autor ha revisado y clasificado 217 expedientes en los que la Resolución de última instancia se emitió entre los años 1986 y 1989. La información recopilada es especialmente valiosa y comprende una serie de aspectos estadísticos que han sido recogidos en un conjunto de cuadros y gráficos que están incluidos en el trabajo.

El Capítulo Segundo, titulado "Los Procedimientos de la Muestra", introduce los elementos técnicos del grupo de expedientes analizados por el autor, explicando las características de los procedimientos analizados (en todos ellos se declaró fundada la demanda), el tipo de daños objeto de los juicios y las categorías genéricas de las partes que litigaron en los mismos. Este Capítulo determina y define cuál es la muestra analizada.

El Capítulo Tercero titulado "La Duración de los Procedimientos Indemnizatorios" hace una detallada descripción del lapso del tiempo que toman los procedimientos, desagregando el lapso de preparación para el juicio, la duración total por cada instancia, la duración de la etapa de ejecución de sentencia, así como la duración total del juicio, demostrando la increíble demora que se produce desde que se

genera un accidente hasta que la víctima puede llegar a cobrar la indemnización otorgada en su favor. En este mismo Capítulo se analizan qué costos y beneficios genera a las distintas partes la demora en la tramitación de los distintos procedimientos, cómo esto genera conductas estratégicas por parte de los causantes de daños y trata de encontrar una explicación a las causas de lo prolongado y tedioso de los juicios indemnizatorios.

El Capítulo Cuarto, titulado "El Costo de los Procedimientos Indemnizatorios", analiza cuáles son los recursos económicos consumidos por los juicios. En él se desagregan los costos de preparación del proceso judicial, y los costos derivados de la propia etapa judicial. También analiza la fuente de esos costos (abogados, jueces, secretarios, etc.).

El Capítulo Quinto, titulado "Indemnización y Procedimientos Judiciales", es el quizá nos suministra la información más interesante. En él se analizan los montos que conceden los Tribunales peruanos como indemnización por los daños que se ocasionan a sus víctimas. El autor desagrega el análisis según el tipo de daño (lesiones, muerte, daños patrimoniales, daño moral, etc.). En esta parte se demuestra cómo el monto indemnizatorio va disminuyendo en su valor real conforme avanza a las distintas instancias, llegando a extremos patéticos cuando la víctima puede recién cobrar la indemnización que se le ha otorgado. También se grafica muy claramente los poquísimos casos en que la víctima llega realmente a cobrar la indemnización concedida. Finalmente, se trata de analizar las causas que generan indemnizaciones ínfimas y que en ningún caso llegan a re-

parar los daños ocasionados.

Los Capítulos Sexto y Séptimo están agrupados en una tercera parte, denominada "Aspectos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual". En ellos se analizan cuáles son las consecuencias económicas y sociales del sistema tal como viene funcionando en la actualidad.

El Capítulo Sexto, titulado "Desperdicio de Recursos", analiza la Responsabilidad Civil desde la perspectiva del logro del objetivo de la eficiencia económica, visualizando el sistema como un mecanismo de internalización de externalidades. Dentro de esta línea, el autor estudia algunos casos concretos en nuestro Código Civil (responsabilidad de empresa, responsabilidad vicaria y responsabilidad por cosas inanimadas) a fin de establecer su lógica económica y su disfuncionalidad en su aplicación práctica.

El Capítulo Séptimo, titulado "¿Todos somos iguales ante la ley?", se refiere a los aspectos distributivos de la Responsabilidad Civil. En él se establece cómo el sistema de responsabilidad ha terminado siendo un mecanismo de subsidio de ciertos sectores hacia ciertas actividades. El autor critica la adopción del sistema de responsabilidad civil como un mecanismo de redistribución de ingresos. Sin embargo, que tal como está estructurado el sistema, genera un efecto redistributivo no deseado favoreciendo a los sectores de mayores ingresos, que suelen desarrollar las actividades o controlar los recursos que ocasionan mayores daños, en perjuicio de los sectores de menores ingresos.

En la conclusión, titulada "El Fracaso Social de la Res-

ponsabilidad Civil Extracontractual”, el autor reseña cuáles son las consecuencias que se producen en la vida social y en el sistema económico por la disfuncionalidad de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual y, plantea la necesidad de hacer cambios radicales que se basen en principios distintos a aquellos que inspiran el sistema vigente.

Sin duda estamos frente a un trabajo de características excepcionales, tanto desde el punto de vista de la metodología utilizada, como desde la perspectiva con la que se han abordado los problemas. En un medio en el que la investigación jurisprudencial es casi inexistente y donde la posibilidad de acceder a expedientes implica una serie de obstáculos difíciles de superar, el haber podido estudiar 217 casos constituye un esfuerzo digno de destacar.

El señor Falla ha hecho un esfuerzo encomiable y bien logrado de dibujarnos un mapa bastante detallado de lo que es la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú, superando la simple descripción doctrinaria o el análisis de los textos legales para dirigirse al Derecho vivo, al Derecho en acción, que es finalmente lo importante.

Debo confesar que la lectura del trabajo del señor Falla me ha despertado sentimientos contradictorios. La constatación de los montos indemnizatorios concedidos, de la duración de los procedimientos y de la “vía crucis” que tienen que atravesar las víctimas para obtener sentencia que en lugar de reparar el daño causan perjuicios mayores a su propia dignidad humana, generan una sensación de desilusión que está bien reflejada en el título de la tesis. Sin embargo, el mismo

trabaja crea la satisfacción de leer un estudio serio, profundo, sacrificado, que permite conocer la realidad. El señor Falla nos ha llevado en su tesis por caminos tortuosos y desilusionantes, pero al mismo tiempo ha sabido conducirnos con objetividad, con rigor científico y con originalidad. El mérito del metódico y difícil trabajo de campo desarrollado es superado sólo por la forma original, ingeniosa y rigurosa como se ha procesado, ordenado y analizado la información. El Sr. Falla ha cruzado datos interesantes que en ocasiones arrojan luces sobre ciertos problemas y en otras nos demuestran lo lejos que estamos de conocer la realidad, o lo irracional que puede ser un ente ineficiente como el Poder Judicial peruano, donde muchas veces nada tiene lógica.

Por ejemplo, en el trabajo se analizan las vinculaciones entre los montos indemnizatorios y el tipo o nivel de ingreso de los demandantes y/o los demandados. En otras partes se establece la vinculación entre la pulverización de los montos indemnizatorios y la situación económica del país en el momento que éstos fueron cobrados (hiperinflación, políticas de ajuste, etc.).

Adicionalmente, el Sr. Falla utiliza los aportes de una teoría relativamente novedosa en la doctrina como es el Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), desarrollado principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica. Con esos elementos establece relaciones interesantes entre la información recopilada y la frustración de los fines de la Responsabilidad Civil. Así, establece que las funciones principales que el sistema está llamado a desarrollar se ven totalmente frustradas en la realidad. El sistema de responsabilidad civil no desincentiva, sino

por el contrario subsidia a las actividades causantes del daño. Lo peor de todo es que lo hace sin ninguna lógica y sin ningún fundamento que justifique tal efecto. Adicionalmente, en lugar de reducir o distribuir el costo de los accidentes lo aumenta y lo concentra en las víctimas, generando frustración y mayor sufrimiento social.

El autor concluye que el sistema no es sólo ineficiente, sino tremendamente injusto. En otras palabras, no desarrolla ninguna función social y, en consecuencia, es un sistema inútil que genera más costos que beneficios sociales.

Debemos señalar, sin embargo, que la tesis carece de una propuesta final para solucionar el problema enunciado. Esto no puede entenderse como una deficiencia en cuanto el objetivo del trabajo era hacer un diagnóstico que verificara la hipótesis que el autor se planteaba: la disfuncionalidad total del sistema. Creo, empero, que el autor debería asumir en un futuro el reto de un trabajo de investigación que complementa el que ya ha realizado, destinado a formular una propuesta alternativa que solucione la crisis y el fracaso que ha puesto en evidencia de manera contundente. Hasta entonces, el trabajo estará incompleto, lo que finalmente es su mayor mérito, pues nos abre el camino para descubrir nuevas alternativas. Lo que el autor ha conseguido es desnudar el problema, poniendo de manifiesto lo absurdo que puede terminar siendo entablar discusiones teóricas que olvidan el compromiso del Derecho con la realidad.

Alfredo Bullard Gonzáles

Planes de Desarrollo en el Modelo Peruano

Gonzalo Arce D'Onofrio

Con la tesis titulada "Los Planes de Desarrollo en el Modelo Económico Peruano. Su aplicación Jurídico-Administrativa e Instrumentación Convencional para el Sector No Público" se graduó como abogado el señor Gonzalo Arce D'Onofrio el 15 de Diciembre de 1992, obteniendo la mención de sobresaliente.

La tesis parte del criterio de que todo país en desarrollo requiere de principios sólidos sobre la base de sus posibilidades reales, debiendo los gobiernos dar prioridad a aquellas actividades que, de acuerdo a dichos principios, tengan que ser dinamizadas. Esto exige un proyecto nacional que incluya a toda la sociedad; es decir, a los sectores público y no público.

Las normas programáticas constitucionales que intentan esbozar una nueva sociedad, así como el modelo económico establecido en la Constitución, deben influir jurídicamente en la normatividad administrativa y, en general, en toda la actuación de los gobernantes.

En tal sentido, la planificación democrática y los planes de desarrollo deben estar reflejados en un marco jurídico de clara preminencia y al cual deben ajustarse tanto la actuación estatal administrativa como lo del sector no público. De ahí que el autor privilegie la planificación concertada como fuente inspiradora y legitimante de la actividad estatal y no estatal.

Gonzalo Arce D'Onofrio, apartándose de la tradicional orientación de tratar el tema de la pla-

nificación desde una perspectiva básicamente económica, enfatiza el aspecto jurídico, proporcionándonos interesantes planteamientos para la interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados y de las normas programáticas, contenidos en la Constitución.

El autor hace una referencia histórica de la planificación, explicando el origen de este concepto en el Perú y su evolución desde que formalmente fue asumido en la década del 60 como una actividad imprescindible, hasta el modelo asumido en el artículo 111º de la Constitución de 1979.

Tanto el análisis del artículo constitucional mencionado como las formas jurídicas posibles de instrumentación de la planificación concertada, constituyen los ejes centrales de la tesis, arribando a cincuenta conclusiones interesantes, entre las cuales cabe mencionar los siguientes: a) El tipo de planificación que instrumente un Estado dependerá de cómo se conciba su actuación dentro del ámbito económico; b) La planificación concertada se caracteriza por la participación de los ulteriores destinatarios de los planes, lo cual legitima los objetivos y metas a ser alcanzados; c) La participación del sector no público debe ser protagónica, es decir, en órganos de decisión y no sólo consultivos; d) El uso de la figura contractual para la ejecución de los planes garantiza la racional distribución de beneficios que busquen asegurar el cumplimiento de los objetivos planteados por el sector no público; e) El rol económico del Estado debe ser subsidiario al del sector no público, conforme el modelo constitucional de 1979; f) Los planes son imperativos para el sector público, pero ello no implica que la planificación sea centralizada; g) El

artículo 111º de la Constitución de 1979 busca que la planificación concertada sea obligatoria con respecto al sector no público, pero otras disposiciones constitucionales sobre Régimen Económico, garantizan que ello se produzca respetando un orden competitivo de economía social de mercado; g) La organización del Sistema de Planificación no ha guardado plena coherencia en el modelo de planificación concertada, aunque existen instancias como las asambleas regionales cuya composición brinda condiciones adecuadas para hacerla posible; y h) El contrato público es la figura idónea para vincular jurídicamente a los sectores público y no público para el cumplimiento de los planes de desarrollo.

Habiendo el actual gobierno dispuesto la extinción del Instituto Nacional de Planificación, en poco tiempo el país va dando muestras de que la función planificadora no debe ser asumida por organismos cuya función esencial sea el manejo de coyunturas. Formular objetivos de desarrollo y planes que miren el mediano y largo plazo, así como estructurar un proyecto nacional, constituyen obligaciones de todo gobernante que no está dispuesto a abandonar a su suerte a las generaciones futuras.

El trabajo de Gonzalo Arce D'Onofrio nos permite reflexionar sobre esta materia.

Ricardo Salazar Chávez

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 podrán exceder de 15 carillas en formato A4, a doble espacio, y deberán entregarse en dos ejemplares.

THĒMIS agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THĒMIS - Revista de derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Jorge Agüero, Rosi Behar, María Esther Caballero, Héctor Calero, Patricia Codina, Lourdes Chang, Julio A. del Pozo, Manuela Fernández, Guillermo Gonzáles, Ninoshka Ibaceta, Wally Joly, Armando Lazarte, Salomón Lerner, Rogelio Llerena, Ricardo León, Rafael Picasso, Hugo Sarabia, Teodoro Sanz, Carlos Sotomayor, Filiberto Tarazona, Roger Yon, María Yshimura; Benites, Mercado y Ugaz, Abogados; Estudio Barrios, Fuentes, Urquiaga y Dañino Abogados; Estudio Javier de Belaúnde Abogados; Estudio Hernández Berengüel & Asociados, Taller Uno.

