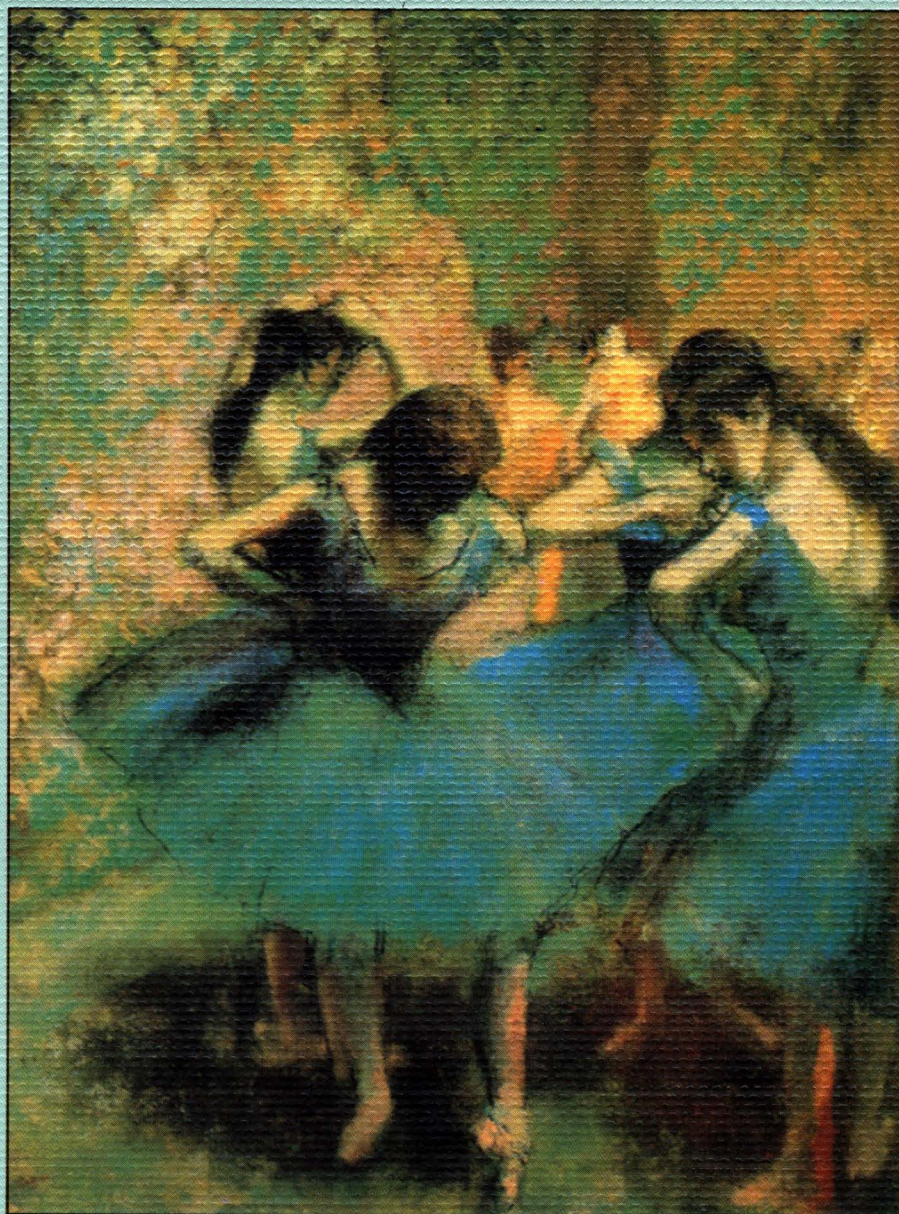


THEMIS

Revista de Derecho



Manuel Pablo Olaechea • Jacqueline Chappuis • César Luna-Victoria
Guillermo Lohmann L. de T. • Julio B.J. Maier • Humberto Medrano
Pietro Trimarchi • Germán Vera Esquivel • Luigi Ferrajoli • Jorge Danós
Freddy Escobar • Julio Fernández Cartagena • Salvador Zavala • Martín Mejorada
Entrevistas a: Héctor Fix Zamudio • Oscar Ermida • Néstor De Buen • Fernando Suárez



Edgar Degas
Deux Danseuses au repos
Musée d'Orsay, Paris

THĒMIS

Revista de Derecho

PRESENTACION

Setenticinco años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La oportunidad resulta sin duda un momento propicio para hacer un alto en el camino y recordar los hechos que han marcado la existencia de esta Facultad. En muchos de estos hechos, la mayoría de nosotros no ha tomado parte, porque la historia de nuestra Casa de Estudios excede en mucho la de nuestras vidas. Y sin embargo, a pesar de que no todos podemos dar testimonio de la fundación y de los años primeros, sí existe en nosotros la comunión de una idea y un mismo espíritu, que da sentido a estos setenticinco años.

La historia de las ideas es, al mismo tiempo, la historia de la humanidad. La obra más grande encuentra siempre su causa eficiente y su motor principal en el pensamiento que supo alojarse en una mente humana. Por razones que desconocemos, algunas ideas reciben la gracia de adquirir vida propia, independiente de sus creadores, y subsisten a pesar del transcurso del tiempo. Cuanto más soporta el embate del tiempo, la idea se vigoriza, crece, multiplica su fuerza creadora.

La idea que dio origen a nuestra Facultad es una de esas que recibieron el don de la pervivencia. Quienes en 1919, al decir de Riva Agüero, supieron creer en lo que otros no creían, quizá jamás imaginaron lo que hoy día es una realidad. Quizá sus proyecciones más entusiastas no contemplaron la posibilidad de que su idea llegara a albergarse en tantos intelectos y se tornara en símbolo de excelencia académica.

Los setenticinco años que celebramos son, fundamentalmente, el triunfo del ingenio y del espíritu humanos. THĒMIS - Revista de Derecho no podía ser ajena a esta conmemoración, como no es ajena a la historia de nuestra Facultad, a la que acompaña ya veintinueve años.

La idea que dio origen a THĒMIS es una de esas que buscan la pervivencia. Esperamos que el presente número, que dedicamos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, sea un paso seguro en esta búsqueda y esté a la altura de las circunstancias.

Junio de 1994

EL COMITE DIRECTIVO

THEMIS

Revista de Derecho

**Publicación Trimestral Editada por Alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

COMITE DIRECTIVO

Paul Duclos P.
Enrique Felices S.
Beatriz Llanos C.
Carlos Patrón S.
Sara Sotelo A.

MIEMBROS

Manuel Barrios A.	Héctor Calero R.
Christian Carbajal V.	Javier De la Vega, G.S.
Margarita Díaz P.	Corina Gonzales B.
Patricia Inga F.	José Juan Haro S.
Cecilia O'Neill de la F.	Aldo Reggiardo D.
Cristina Rey M.	Miguel Ronceros N.
Mariella Trujillo W.	Nelly Vásquez C.

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.

**THEMIS - Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas
por los autores y los entrevistados en el presente número.**

© Asociación Civil THEMIS - Revista de Derecho
Casilla Postal 110711 - Lima 11
Correo Electrónico: THEMIS @ PUCPE

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

INDICE

- 9 Legis actionem: los TUPAs y los formularios.
Manuel Pablo Olaechea du Bois
- 15 La igualdad ante la ley.
Jacqueline Chappuis Cardich
- 23 El régimen tributario de las empresas insolventes.
César Luna-Victoria
- 37 Responsabilidad patrimonial del heredero.
Guillermo Lohmann L. de T.
- 51 Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los
proyectos para la reforma del sistema penal.
Julio B.J. Maier
- 75 La reforma de la Ley del Impuesto a la Renta.
Humberto Medrano Cornejo
- 85 La jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos.
Entrevista a Héctor Fix Zamudio
- 91 Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad
contractual.
Pietro Trimarchi
- 103 Mesa redonda: las relaciones laborales en los procesos de integración.
Oscar Ermida, Néstor De Buen y Fernando Suárez
- 111 El Derecho Internacional del medio ambiente y sus principios rectores: el
caso del principio precautorio.
Germán Vera Esquivel
- 119 El Derecho como sistema de garantías.
Luigi Ferrajoli
- 131 El régimen tributario en la Constitución: estudio preliminar.
Jorge Danós Ordóñez
- 147 Reflexiones en torno a la llamada venta de bien ajeno.
Freddy Oscar Escobar Rozas

- 165 Apuntes mercantiles y tributarios derivados de la reciente privatización de los servicios de telecomunicaciones.
Julio A. Fernández Cartagena
- 173 Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión.
Salvador Zavala Toya
- 187 Jurisprudencia Comentada: sentencias contrarias a la ley y la respuesta del Derecho.
Martín Mejorada Ch.
- 195 Página Universitaria.
- 197 Reseñas de libros.

LEGIS ACTIONEM: LOS TUPAS Y LOS FORMULARIOS

Manuel Pablo Olaechea du Bois
Abogado

En el presente artículo el autor hace un análisis de las razones que explican la subsistencia de procedimientos administrativos solemnes y rígidos en el Perú, representados por los TUPAs, los cuales según el autor, retringen el libre accionar del ciudadano y lo que es más grave, el libre ejercicio de la abogacía, pues limitan el derecho de defensa.

Como se sabe, el Reglamento de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada dispone que todas las entidades de la Administración Pública están obligadas a elaborar su propio TUPA, que contenga todos los procedimientos posibles.

El autor hace un paralelo entre lo que sucede hoy en el Perú, y la etapa del Derecho Primitivo romano, conocida como «Legis actionem», caracterizada por un formulismo rígido. Dicha etapa era concebida sobre procedimientos solemnes, en los que el menor error causaba la pérdida del proceso.

El autor propone que se deroguen todas las normas que crean trámites y exijan autorizaciones innecesarias. Asimismo propone una Ley General Única de Procedimientos Administrativos que no limite el número de procedimientos posibles ni contenga el rígido formulismo de los TUPAs, que según el autor, es incompatible con una economía de mercado.

El gran jurista clásico Rudolph von Ihering, en su tratado «El Espíritu del Derecho Romano», dice que «la importancia del Derecho Romano para el mundo actual no consiste sólo en haber sido por un momento la fuente u origen del Derecho. Ese valor fue pasajero. Su autoridad reside en la profunda revolución interna que experimentó el pensamiento jurídico, llegando a ser un elemento permanente de la civilización moderna».

En extraña coincidencia, dos lamentables desconocimientos de ese planteamiento se han sucedido en nuestro país en los últimos tiempos. El abandono del Derecho Romano clásico por los espejismos socialistas y luego el resurgimiento del formalismo rígido de la época arcaica. Del primero, ya se conocen las consecuencias negativas y desgraciadas para toda una generación. Al segundo, hay que detenerlo antes que también cause daño irreparable a la Nación.

El socialismo o estatismo está hoy en retirada en el Perú y totalmente desacreditado en Europa, donde esos términos se consideran sinónimos de comunismo. Esa deletérea doctrina, en su deseo de promover el caos para destruir la civilización occidental, llegó a sostener que el Derecho Romano había perdido su vigencia por cuanto sus fundamentos sociales y económicos, así como su moral, eran burgueses.

Según los socialistas, nuevas corrientes de pensamiento, inspiradas en una justicia social distributiva, se imponían como la expresión de una más equitativa organización de la sociedad. El estatismo y la planificación central eran sus herramientas, y suponían el sacrificio del individuo en el altar del Estado. Para permitir la acción del corrom-

pido y todopoderoso burócrata, sostenían que era preciso debilitar o suprimir el derecho subjetivo, el derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad. Los encargados de aplicar el nuevo sistema no podrían alcanzar sus altos fines y el manejo justo de los hombres, si tales abusos sociales les eran opuestos como derechos. Para intimidar a sus titulares, el odio y la lucha de clases eran armas valiosas. Sobre la base de estas ideas, se aplicaron con diligencia a destruir esos excesos, creando la confusión y la anarquía que han predominado en este siglo XX, que la historia señalará como uno de los más retrógrados y equivocados de la historia.

Abandonados el Derecho Romano y su lógica estructura, se presentan incontenibles la improvisación, el error y la injusticia. Aparecen autodenominados juristas improvisados que preconizan e implantan novedosas teorías cuyo solo mérito reside en que todas son infundadas y equivocadas. Por fortuna, el mundo moderno, convencido de su impracticabilidad, está en pleno proceso de abandono de esas ideas, que han traído mucho daño.

No sucede lo mismo con el fenómeno que incomprendiblemente sigue a esa fase estatista. Nada menos que la vuelta al derecho arcaico y primitivo de los romanos, hoy en el Perú en pleno desarrollo. Por curiosa coincidencia, en Roma fue esa misma etapa la que siguió a un pueblo salvaje y anárquico, para el que la fuerza era el derecho, y el derecho como norma de conducta no era deseable. En el Perú, la rigidez de un formulismo sacramental es la fase que quiere seguir al socialismo y ello en el fondo es consecuencia del hábito mental creado en el burócrata, de limitar y controlar al ciudadano.

Si se han restablecido en el Perú las ideas de la cultura occidental, que significan orden y libertad, y en materia económica, la economía de mercado, no se ve por qué, prescindiendo de la experiencia histórica, debemos aceptar ahora que se pretenda volver a la etapa rudimentaria del Derecho Romano, imponiendo sacramentalismos erróneos.

La leyenda, también llamada cosmogonía del Derecho Romano, nos pinta a los primeros romanos como bandidos y aventureros, que abandonaron a sus familias por amor a la libertad y que sólo contaban con su brazo y su lanza, es decir, con la fuerza. Si no tenían mujeres para formar sus hogares, las raptaban. Frente a este caso, Rómulo establece el orden y el Derecho sobre la base del poder real. Como dice von Ihering, esto puede ser o no exacto, pero expresaba una

realidad, una necesidad para esa sociedad primitiva.

En esos tiempos, hablar de Derecho Natural o de dignidad humana habría sonado a música celestial. Sólo mucho más tarde y con gran esfuerzo, se llega a esos conceptos que reconocen al hombre como titular de derechos no concedidos por nadie y que deben ser respetados porque son inherentes a su propia naturaleza de ser racional.

En la creación del Derecho primitivo, el pueblo o el individuo no tienen participación. Para von Ihering, era el freno a un animal indómito y la ley era su jaula. El rey dictaba la ley sin reconocer derecho alguno al individuo, buscando la paz y el orden. La ley era dictada por razones de orden público y se fundaba en la fuerza, que veía en la conquista la forma más pura de adquisición del Derecho. Por eso reposaba sobre la lanza. Años más tarde, Gayo todavía consideraba la lanza como el signo de la propiedad y todos los actos de derecho público y privado se iniciaban clavando una lanza en el suelo.

Es así pues como surge en Roma el Derecho Primitivo, en su etapa de «*legis actionem*». Concebida sobre procedimientos compuestos de palabras y de gestos rigurosamente predeterminados, debían ser cumplidos ante el magistrado sólo en días fastos. Eran actos solemnes, en los que el menor error causaba la pérdida del proceso. Este formulismo era tan complicado que el pueblo se abstenía de recurrir a la justicia. Eugenio Petit, en su tratado de Derecho Romano, dice que el pueblo lo consideraba leyes odiosas, y añadía que aún después de dictados los ritos por el magistrado, las partes a quienes incumbía la tarea de cumplir con sus formalidades corrían el riesgo de perder su proceso por el más leve error.

Por eso coexistía con este Derecho otro más primitivo y rudo aún. Estaba permitido, en casos claros, hacerse justicia por propia mano y sólo se recurría a la «*legis actionem*» en casos dudosos. Ambos sistemas coexistían. Algo parecido a las leyes y la organización judicial que predominan en el Perú en los pueblos jóvenes, distintas de las que rigen oficialmente en el resto del país.

Aunque separadas por varias décadas, la ley *Aebutia* y las *Juliae Iudicariae* pusieron fin a esta etapa primitiva y dura, iniciando la segunda fase, conocida como del procedimiento formulario.

Pero es sólo la tercera fase del Derecho Romano, la de los emperadores y en especial la de Justiniano, la que será siempre considerada como uno de

los fenómenos más maravillosos de la historia, como uno de los triunfos más extraordinarios de la inteligencia humana, que fijó el método y las bases principales del derecho occidental, sobre el que incuestionablemente reposa una cultura en la que la libertad y la justicia prosperaban, hasta el límite que permite la naturaleza humana, trayendo paz y bienestar.

Y ¿por qué estamos tratando de volver hasta el derecho rudimentario arcaico romano y no a su etapa plena y permanente? La pregunta es sugestiva y la respuesta fluye con naturalidad. La rigidez legal es un hábito inherente al estatismo y que si no se le corta de raíz se defiende y se niega a desaparecer.

Como veremos, en el Perú, se pretendió abandonar la planificación central en forma deficiente.

Desde la Independencia, el problema de la Administración Pública en el Perú asumió caracteres sumamente graves, posiblemente derivados de la numerosa organización e importancia que tuvo el virreynato de Lima en toda América Hispana. Desde entonces ha constituido una carga asfixiante para el sector productivo, entabando el desarrollo del país. Por desgracia, el tema nunca ha sido enfrentado en sus verdaderos términos y todos los esfuerzos realizados para eludir el problema, en vez de resolverlo, como es natural, no han podido arribar a una solución satisfactoria. Es más, podría decirse que sus resultados han sido contrarios al propósito que los motivó.

Un primer esfuerzo en el sentido de unificar y simplificar la posición del ciudadano frente a la administración pública tuvo lugar a fines de 1967, cuando se aprobó el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Más tarde, en 1989, se dicta la Ley N° 25035 de Simplificación Administrativa, y meses más tarde su reglamento. Por último, el 28 de diciembre de 1992 se dicta el Decreto Ley N° 26111, del que emana el Decreto Supremo N° 02-94-JUS de 31 de enero de 1994, que aprueba el Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Paralelamente, se dicta el 8 de noviembre de 1991 el Decreto Legislativo N° 757, denominado «Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada» y luego el Decreto Supremo N° 092-92-PCM de 28 de diciembre de 1992, que reglamentó el citado Decreto Legislativo.

Sólo la enumeración de todas estas normas vigentes basta para sustentar la afirmación que existe una innecesaria y frondosa legislación en la materia.

Pero hay más.

El Reglamento de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada abre todo un vasto campo de complicaciones adicionales. Según este dispositivo, todas las entidades de la Administración Pública están obligadas a elaborar un Texto Unico de Procedimientos Administrativos, que contenga todos los procedimientos posibles. También conocido bajo la sigla TUPA, es un documento unificado que contiene toda la información relativa a los procedimientos administrativos comúnmente llamados trámites. Cada entidad administrativa está obligada a tener su TUPA, cuyo contenido está minuciosamente reglamentado y debe renovarse cada 3 años.

Paradójicamente, se dice que el TUPA se ha creado con la finalidad de unificar, reducir y simplificar drásticamente los procedimientos que se sigan ante la administración pública, unificando criterios, agilizando trámites, simplificando la Administración Pública y, lo que es más grave, *haciendo más eficaz su control sobre los ciudadanos*.

¿Cabe pensar en documentos enciclopédicos tan completos que cubran todos los procedimientos posibles de todas las entidades de la administración pública? No creo necesario responder a esta pregunta.

Lo que va dicho demuestra que el problema ha sido atacado desde un ángulo imposible. Se ha creído que es posible combatir con éxito la complejísima legislación existente y la interferencia creada por la adicional y no menos abundante que estableció la Planificación Central, imprimiendo nuevos y más complicados procedimientos de un sacramentalismo sofocante, cuando lo pertinente era la derogatoria de todas las disposiciones que mediante trámites pretenden controlar y limitar la acción de las personas y reducir la administración pública al extremo requerido para volverla eficiente y rápida, en beneficio del estado y de los contribuyentes.

Se ha querido suprimir las complicaciones burocráticas sin derogar las leyes que las crean y reducir el número de funcionarios que las aplican.

No tengo nada contra un funcionario público excedente y menos contra un funcionario necesario y eficiente. Tan sólo creo que el funcionario excedente es una persona sustraída, por razón de la planificación central, del Sector Privado y encasillada dentro de una multitudinaria organización, llamada Sector Público, en el que difícilmente puede actuar y menos producir. Esa misma perso-

na, vuelta al Sector Privado, se convertiría en útil elemento de desarrollo personal y nacional. Por desgracia, dentro de una superpoblada burocracia, su tendencia, por la misma naturaleza de su situación, es contraria al interés público.

Se ha atacado una fortaleza, prácticamente inexpugnable, con débiles lanzas de caña y con flechas. La abigarrada legislación vigente sobre el trámite ha complicado más las cosas en vez de simplificarlas. Quienes han proyectado así las cosas han subestimado el instinto de conservación y el hábito mental del funcionario público. Aunque se reglamente la simplificación del trámite, nada pasará si se mantienen en pie la vigencia de la ley y del funcionario. Ante la confusión resultante de dos sistemas y legislaciones aplicables en la Administración Pública, se restablecerá paulatinamente el control sobre el individuo. Bien lo señala el punto 4º del Anexo II del Reglamento de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que a letra dice: «y hacer más eficaz la labor de control de la Administración Pública». Coincidiendo con este verdadero y velado propósito de toda esta legislación, quienes redacten todos los TUPAs por razón misma de su formación, y conforme a las instrucciones dadas, redactarán dispositivos oscuros y deficientes, que mantengan el control.

Según la legislación examinada, cada repartición administrativa tiene o debe tener un TUPA, y cada TUPA es diferente. Luego, también obedeciendo al legislador, aparecen los formularios fruto de la ignorancia y el desconocimiento del Derecho. Tienen también imaginación enciclopédica de cubrir todas las posibles tramitaciones ante una entidad de la administración pública y son aplicados por funcionarios sin formación académica. Quienes se atrevan a ingresar al laberinto descrito, digno de una concepción de Dédalo, y presenten sus «formularios», serán imprudentes víctimas de los funcionarios, verdaderos minotauros que devoran al infeliz que osó ingresar. Diariamente, «El Peruano» aparece plagado de TUPAs y formularios. Es más, también se redactan deficientes modelos de contratos de uso obligatorio, que pueden figurar con distinción en la antología del disparate.

Entonces predominará, como bien señala von Ihering, el apego a la palabra, uno de los fenómenos que en el Derecho, como en otras ramas, se caracteriza por la falta de madurez y de desarrollo intelectual. Son fórmulas, dice, que aparecen en los pueblos nacientes como algo misterioso y que la fe nativa atribuye a una fuerza sobrenatural. El culto de la palabra domina la vida privada. Es la

logomaquia jurídica de la que se burlaban Cicerón y los grandes juristas romanos.

Así pues, por inercia y quizá por lógico proceso, derivado de un error, estatismo y formulismo, se han sucedido en nuestro país y hoy tendemos hacia el culto a la palabra, a la fórmula sacramental paralizante. Lo que es más serio, se pretende considerarla como prueba de sabiduría.

Es verdad en teoría que todo este cúmulo de pelería inútil podría ser incorporado a una computadora y devenir de manejo relativamente fácil. Sin embargo, en la realidad, el sistema es rígido, inadecuado e insuficiente para proteger el derecho, o defenderlo cuando es conculcado. Además, como también es cierto, no todos los titulares de derechos pueden tener computadora. Entonces, el monstruo de la administración pública asume características gigantescas, jurásicas, para emplear un término hoy en boga, y se convierte en una sorda e inalterable fiera, por eso indomable e inexpugnable.

Es la anarquía.

Laberinto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, está formado artificioosamente de encrucijadas y calles para que quien está adentro no pueda acertar con la salida. Y, agregamos, para que quien está afuera no pueda entrar.

El pobre ciudadano contempla estupefacto cómo se aniquila «su» derecho, cómo el derecho subjetivo se vuelve inalcanzable, frente a ese proceloso mar de papeles y pesadilla incongruente de trámites. Piensa entonces que nada ha cambiado y que sigue el estatismo. Pero no. La situación es peor. La errada ideología ya ha sido eliminada y queda sólo el trámite por el trámite, como un imperativo categórico.

Entre tanto, el estado pretende reglamentar hasta la respiración por medio de TUPAs y formularios. Para justificarlos, se reanuda una frenética actividad legislativa. Cual diluvio bíblico, caen diariamente sobre la persona que discurre por el sector privado formal, leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas, prácticamente análogas a las que fueron derogadas o simplemente puestas de lado. Se ha llegado al extremo de legislar en materia de pesca deportiva sobre las extrañas manipulaciones que debe hacer el pescador a los peces hembras y machos para determinar si, respectivamente, están en estado de desovar o si están en capacidad de fecundar. También puede citarse este extraño tabalenguas contenido en el artículo 1º del

Decreto Supremo N° 19-94-AG: «Fíjase, a partir de la fecha, a nivel nacional en 0.37% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) el precio de la especie valorada "Declaración Jurada de Retransporte de Productos Forestales Madereros y Diferentes a la Madera"».

Como he dicho, hasta se publican formularios de contrato de uso obligatorio. Aún aceptando su inaceptable gramática, no se puede pasar por alto algunas de las joyas jurídicas que contienen. Por ahí hay alguno que estipula «a obligación de pactar la hipoteca legal». Esta admirable confusión, indudablemente tiene su origen en el sentido tautológico que el autor atribuye al vocablo «legal», y que a su juicio, no tiene la palabra convencional. ¿Ignoraba el autor que la hipoteca legal no requiere pacto alguno y que simplemente surge del hecho de que el precio aparezca como no pagado en su totalidad o en parte? No es osado afirmar que tanta ambigüedad y errores tendrán que generar en el futuro múltiples conflictos. Son contratos redactados por aprendices de brujo.

La consigna es que el sector formal no debe ni puede escapar del terror administrativo en que antes vivió. Otra cosa es la situación de los informales que viven al margen de la ley; aún de las más elementales, como las del tránsito vehicular.

El terror de la ley también puede ahuyentar la inversión.

Una sola solución cabe frente al grave problema analizado. Nombrar comisiones que en plazos breves señalen todas las leyes, decretos o reglamentos que crean trámites y exigen autorizaciones innecesarias para derogarlos de inmediato. A continuación, una reducción drástica del aparato administrativo para hacerlo rápido y eficiente, así como financieramente posible para el Estado. Finalmente, una Ley General Unica de Procedimientos Administrativos, cuyas bases ya existen, aplicable a todas las entidades del Sector Público, pero sin limitación del número de procedimientos posibles ni con el sacramentalismo de los TUPAs y los formularios. Sólo unificando estas medidas será posible fijar, como dijo el expresidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, el día en que el Estado se volvió enemigo del ciudadano y suprimir todas las disposiciones dictadas dentro de ese espíritu.

Hasta aquí, la crítica al sistema en general.

Pero el objeto específico de estas líneas es presentar el grave atentado que el panorama descrito significa contra la profesión del abogado, y que

conlleva nada menos que la limitación del derecho de defensa.

¿Procede que la Administración Pública encasille el ejercicio de la abogacía con TUPAs y formularios al punto de hacerla deficiente y aún innecesaria? ¿Para qué existe en nuestro país la defensa cautiva, si puede suprimirse al abogado por tan simple método?

La profesión de abogado es una noble y antigua actividad altamente especializada, que en su origen constituyó un deber. Quienes gozaban del privilegio de la autoridad, estaban en la obligación de actuar en defensa de los miembros de su grupo. El abogado desempeña entre quien solicita y quien decide, una función social esencial, la de un colaborador constructivo y necesario. Ayuda al primero a dar forma a la defensa de su derecho y pone a disposición del segundo las leyes aplicables al caso. Sin él, ni el reclamante ni el funcionario actuarían con seguridad para lograr la realización de la justicia.

Es evidente que la eliminación del abogado pone en ventaja al funcionario frente al incauto reclamante y el primero busca inconscientemente ese desequilibrio, para lo que se vale de un confuso TUPA y de un limitante formulario. Ambos son el rito señalado por el magistrado para asegurar el dominio sobre las personas, que agrada al político. El burócrata es un habitual de esa serie de fórmulas administrativas que devienen esotéricas para él y sus compañeros, y crea así un rito de principios inviolables e incomprensibles, por su defectuosa concepción, en la que palpita el abuso. Su rito y esa gramática le son familiares, porque son sus criaturas, su mundo. Pero para la persona que ingresa a la tupida selva que forman las disposiciones a que antes me he referido, y que desconoce toda esa complejidad, el problema asume dimensiones heroicas, frente a las cuales son casi inútiles los servicios que le puede prestar su abogado. Su preparación y su capacidad sólo son indispensables si es un analfabeto quien debe llenar el formulario.

Dentro de esta organización absurda, la función social del abogado queda minimizada al punto de convertirse en mero archivo que proporciona formularios al cliente. La originalidad del caso, los conocimientos, la inteligencia, el planteamiento de la cuestión, no son relevantes. El ciudadano es mero objeto manipulable con ventaja por el todopoderoso «tupista».

Por desgracia, el sistema es consecuencia de una concepción propia de quienes no tienen experien-

cia sobre el sector privado o no han trabajado nunca en él. El sector privado es la única actividad productiva que no debe ser asfixiada por el Sector Público. Los empresarios saben lo difícil que es crear una empresa y la tarea aún más difícil de mantenerla. Para los técnicos o los legisladores de escritorio, un sistema que en teoría tenía por objeto simplificar, en la práctica resulta lo contrario.

Toda la vida en sus múltiples facetas y todas las situaciones no pueden ser interpretadas con acierto dentro de la frialdad y las estrechas limitaciones de un TUPA y un formulario. El abuso predominará, sin que tenga sentido o utilidad para que el ciudadano recurra a un abogado que sepa expresar en la mejor forma posible su derecho, la naturaleza de la perturbación que sufre, y el remedio que legalmente procede.

Se confirma la frase de Tácito: «cuanto más leyes, más corrupción».

Toca al Colegio de Abogados intervenir en este asunto de extrema y creciente gravedad y exigir derogatoria de todas las leyes, decretos, resoluciones, TUPAs y formularios dictados en los últimos veinte años, cuya abundancia recuerda lo que el notable jurista francés Georges Ripert, denominó con gran acierto legislar y no legislar.

Luego, simultáneamente, la desaparición real del funcionario.

La situación existente, que motiva estas líneas, infringe los artículos 284° y 293° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por ser orgánica, tiene más rango que las leyes cuya supresión se propone. Esos textos prohíben limitar en cualquier forma la defensa. Los abogados tienen el derecho inalienable de presentar las solicitudes o plantear los fundamentos del derecho de sus clientes en la forma que estimen más conveniente para los intereses que defienden, sin verse constreñidos a no poder presentar a la Administración Pública pedidos no contemplados por los teóricamente enciclopédicos TUPAs y a tener que sujetarse a las exigencias de fríos y deficientes formularios, respecto de los cuales cualquier error permite declarar agobiantes nulidades. Sus conocimientos y su capacidad de expresión son las llaves principales del éxito y en ello reside de modo principalísimo su profesión, que no puede ser mediatizada en la forma que queda expuesta.

La profesión del abogado es una función pública, sin la cual la justicia no podría funcionar ni ser calificada liberal, no sólo porque la opinión del abogado es independiente de la voluntad de su cliente, sino, y con mucho mayor razón, porque no le pueden ser impuestas limitaciones sobre cuáles son los recursos que puede presentar el abogado y cuál es la forma de hacerlo.

La defensa es libre y todos los TUPAs y los formularios son ajenos y contrarios al ejercicio del Derecho. Esa es la libertad en este campo y un aspecto muy sustancial e importante de la economía social de mercado, que consagra nuestra Constitución. Ese tipo de economía exige suprimir toda reglamentación superflua o innecesaria, que paralice o limite la acción individual y que pueda apartar a la persona del mercado. Es una contradicción lógica afirmar la libertad de acción de la persona y luego sepultarla en un mar de trámites, nulidades y multas, que se traducen en el control estatal, en el dominio del Estado sobre la persona, que hace ilusoria esa libertad.

Para terminar, un ejemplo. Cuando agonizaba asfixiada la libertad de acción bajo el estatismo que rigió el Perú de 1963 a 1990, para obtener una licencia para la construcción de un edificio se necesitaban varios meses de trámites, abogados y costosos tramitadores, para superar las sucesivas dificultades y objeciones que los funcionarios, siempre victoriosos, inventaban o descubrían. Tenían en su mano la vara de la jurisdicción y podían pegar con ella donde, cuando y como quisieran. Durante esa guerra de papeles, los desocupados languidecían por las calles y devenían ambulantes. Pero eso no importaba; el cumplimiento del trámite y no la libertad de ocupación de la persona eran la preocupación principal. A ese extremo se puede llegar de pervertir los conceptos. Reaccionemos a tiempo y recordemos el pasado.

No caigamos en el refrán según el cual el hombre es el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra. Suprimamos los trámites, devolvamos la libertad. Basta castigar severamente a los infractores de las leyes sencillas y justas para que predominen la libertad y el orden. La prevención de la infracción legal por medio de leyes, TUPAs y formularios es utopía inalcanzable, sólo genera el abuso, atenta contra la libertad individual y detiene el desarrollo del país. Hay que luchar por un estado pequeño y una nación rica y libre.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Jacqueline Chappuis Cardich
Abogada
Ex-miembro del Comité Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

La Constitución Política del Estado establece en el inciso 2 del artículo 2º que toda persona tiene derecho «a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole»¹.

Una aproximación inicial al tema de la igualdad nos puede llevar a especular que se trata de un principio fundamental reconocido por la Constitución, por el cual todos los individuos que formamos parte de una colectividad participamos de los mismos derechos y de las mismas obligaciones, y por lo tanto no podemos ser tratados desigualmente.

Sin embargo, esa aproximación primaria es una verdad a medias. En la práctica, vemos que todos los individuos que participamos de esa colectividad no somos iguales y por ese motivo la legislación los trata de manera distinta. Por lo general, y aún cuando pueda parecer una contradicción, la legislación distingue por razones de sexo, raza, condición económica, edad, capacidad civil, nacionalidad. Los menores de edad no pueden casarse sin autorización de sus padres o tutores, mientras que los adultos mayores de 18 años, no impedidos, pueden casarse libremente. Las personas que obtienen más ingresos deben tributar en mayor medida que quienes obtienen menores ingresos. Las zonas que hubieran sufrido daños serios por desastres naturales, son declaradas en emergencia

La autora analiza el derecho a la igualdad ante la ley. Para ello parte de una constatación: los individuos no son iguales y por ello la legislación los trata de manera distinta, ya sea por razones de sexo, raza, edad o condición económica.

Sin embargo, señala la autora que se debe distinguir entre trato diferenciado a los desiguales y trato discriminatorio. El primero no atenta contra el principio constitucional, mientras que la discriminación es ilegal pues menoscaba dicho principio. Ante esto ¿cuál es el límite entre un trato diferenciado válido y la discriminación ilegal?

Frente a esto el autor analiza el test de razonabilidad, desarrollado por la doctrina y jurisprudencia extranjera, y que se supone someter el caso concreto a determinadas comprobaciones, para determinar así, si estamos ante un trato discriminatorio o diferenciado.

¹ El texto de la norma similar en la Constitución de 1979 decía «a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.» artículo 2º, inciso 2

frente a zonas que no hubieran sufrido hecho extraordinario alguno.

En realidad, el principio de igualdad tiene diversas connotaciones, tal como veremos más adelante. La Corte Suprema argentina, en un fallo jurisprudencial, estableció que «...no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales...»².

La igualdad como principio tiene un desarrollo remoto³. Aristóteles decía que «todos los seres humanos son distintos numéricamente unos de otros por las diferencias materiales; pero todos tienen la misma forma y naturaleza individualizada en cada uno de ellos y son idénticos en la especie, sin ser susceptibles de más o de menos como toda substancia». De las diferencias individuales se forma una comunidad política o una ciudad y ésta debe estar integrada por gente de artes y oficios diferentes, «...porque no se hace una ciudad a partir de individuos semejantes. La ciudad también requiere de gobernantes y gobernados... Aunque exista una igualdad natural entre todos, es necesario, porque no pueden tener el poder al mismo tiempo, que alguno o algunos lo ejerzan durante un período y lo cedan a otros... Hay una diferencia específica entre mandar y obedecer»⁴.

El principio de igualdad en su concepción moderna surge estrechamente vinculado al principio de libertad con la Revolución Francesa. Más allá del ideal de igualdad en sí misma, el principio rompió el funcionamiento estamental de clases que prevalecía en Europa. En consecuencia, este principio fue, en sus orígenes modernos, un precepto rupturista, que buscaba, más que la eliminación de los privilegios, la generalidad de las normas que dictara el soberano, la eficacia erga omnes de las disposiciones a las que debían sujetarse todos los individuos sin distinción. La consecuencia de ello en nuestros tiempos es que toda norma, en sen-

tido material y formal, debe ser general e impersonal. Dentro de un Estado de Derecho, la igualdad niega la posibilidad de leyes particulares o fundadas en distinciones personales.

Sin embargo, de sus inicios rupturistas, el principio se ha ido adecuando a los cambios en el desarrollo de la sociedad contemporánea. Más allá de las connotaciones ideológicas del concepto de igualdad, que no forman parte del presente trabajo, se puede afirmar que el principio tiene tres niveles constitucionales, tal como lo afirma el Doctor César Landa Arroyo:

«La igualdad ante la ley es un derecho de toda persona, recogida por el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución; pero también constituye un principio fundante del Estado de Derecho, que en la actualidad alcanza ribetes de valor constitucional constitutivo de la República democrática y social que proclama el artículo 79º de la Constitución»⁵.

Pero la igualdad no sólo constituye un derecho y un valor supremo al igual que la libertad, sino que también es un operador constitucional de la transformación económica y social del país, como lo reconoce el artículo 110º de la Constitución, al señalar que «el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social...».

Por ese motivo, el Derecho no puede desconocer la natural diferencia entre las personas, lo que lo obliga a formular disposiciones diferenciadoras con el fin de propender a un trato igualitario ahí donde la naturaleza no lo ha logrado. Sin embargo, esta atribución legítima del Derecho de tratar desigualmente a los desiguales en algunos casos puede lindar con situaciones discriminatorias que nada tienen que ver con el principio constitucional.

Para aclarar el contenido de este enunciado, debemos precisar que mientras que el trato diferenciado para los desiguales no atenta contra el principio constitucional, en tanto responde al sistema

² GARAY, Alberto. "La Igualdad ante la Ley". Abeledo Perrot 1989, pag. 18.

³ Un estudio sobre los antecedentes en "La Igualdad ante la Ley". RIUS, Oscar. R.A. CORDOVA. Marcos Lerner 1987, pag 103 y sgts.

⁴ RIUS, Oscar. "La Igualdad ante la Ley". R.A. CORDOVA. Marcos Lerner 1987, pag. 105 (tomado de Aristóteles, «Ética a Nicómaco» y «La Política»).

⁵ LANDA ARROYO, César. "La Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de Igualdad y Libertad". Revista Derecho N° 45. PUCP. Lima, diciembre 1991. pag 437.

de valores que propugna nuestra Constitución, la discriminación es ilegal en tanto menoscaba el principio.

Por ese motivo, a diario nos enfrentamos con formulaciones legales diferenciadoras y no necesariamente discriminatorias, debido a que el legislador no sólo está autorizado, sino que está obligado a clasificar o diferenciar a los desiguales. La negación de ello supone mantener un estado de desigualdad que niega la justicia.

Estas diferencias, tratadas jurídicamente, encuentran su fundamento en la aprobación que la colectividad le da a situaciones objetivamente desiguales, sustentada en el sistema de valores constitucionales. Es decir, se trata de disposiciones que no generan discusión relevante: hay fundamento o razón válida para tratar casos desiguales de manera desigual.

Sin embargo, el problema se genera cuando las situaciones objetivas no son tan fáciles de determinar. ¿Cuál es el límite entre la desigualdad válida razonable, aceptada, y la discriminación ilegal en un Estado de Derecho? ¿Cuándo nos enfrentamos a una situación arbitraria, sea emanada de una ley, de un acto administrativo o de una decisión judicial discriminatoria? ¿Cómo podemos comprobar que la aparente diferenciación encierra en el fondo una discriminación que vulnera el principio constitucional?

En nuestro país, entre 1984 y 1988, según datos publicados por José Coloma Marquina⁶, sólo se tramitaron siete expedientes interpuestos por violación al principio de igualdad, de los cuales sólo uno de ellos, el caso Cementos Lima vs. Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración⁷, dio lugar a casación en el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este caso, que ha sido ampliamente tratado en diversos trabajos, constituye, a nuestro entender, precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria para todos los procedimientos sobre igualdad ante la ley que se presenten en el futuro.

Muy al margen del deficiente desarrollo de este tema en nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia extranjera han tenido, en este aspecto, un desarrollo sin precedente. En países como Alemania, España, Italia y Estados Unidos, los órganos encargados de administrar justicia se han visto obligados a desarrollar y afinar el concepto para hacer que este principio tan abstracto sea aplicable al caso concreto. Evidentemente, se trata de un desarrollo jurisprudencial relevante.

El principio general es que no toda desigualdad de trato significa necesariamente una discriminación, sino sólo aquella que no se encuentra debidamente sustentada, o que no sea suficientemente razonable.

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia extranjera han desarrollado lo que se conoce como el Test de Razonabilidad⁸, al cual se someten todos los procedimientos en los que se discute la violación del principio constitucional de igualdad. Este test supone someter el caso en cuestión a una serie de comprobaciones o tests sucesivos para determinar si este acto es simplemente diferenciador y, por lo tanto, no violatorio, o por el contrario si es discriminatorio y, por lo tanto, ilegal.

En realidad, los problemas de discriminación ante la Ley se pueden dar de varias formas, en algunos casos con situaciones mucho más sutiles que evidentes, como por ejemplo cuando la norma no plantea una desigualdad o discriminación explícita, sino que la desigualdad deriva de la aplicación de ella; cuando un órgano jurisdiccional resuelve dos casos similares de manera contraria, o cuando simplemente el legislador no ha hecho una clasificación lo suficientemente justificada. Para una mejor comprensión de cada caso, proponemos los siguientes ejemplos:

1. Que una norma legal establezca un trato desigual o discriminatorio. En el caso Cementos Lima vs. MICTI, se discutió la validez de una resolución ministerial expedida por el Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración, por la cual se dispuso precios distintos de venta del cemento

⁶ COLOMA MARQUINA, José. "Definiciones y Contenido del Principio de Igualdad, aproximación inicial a la Jurisprudencia Constitucional Peruana". *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 7. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1991. pag. 197.

⁷ El texto íntegro de la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, en: ABAD, Samuel. "Selección de Jurisprudencia Constitucional, Habeas Corpus y Amparo". Comisión Andina de Juristas. Lima, 1990. pag. 363 y sgts.

⁸ Un estudio sobre el tema en ALONSO GARCIA, Enrique, "La Interpretación de la Constitución". Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, y CARRASCO PEREA, Angel. "El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4, Num. 11, mayo-agosto 1984.

gris para todas las empresas productoras de cemento en el país, asignándole el precio más bajo a Cementos Lima y los precios más elevados a las empresas del Estado. En este caso, la misma resolución plantea la discriminación que motivó a los jueces la revisión del principio de igualdad.

2. Que un ente administrativo discrimine en los hechos a dos personas. En la jurisprudencia norteamericana, es conocido el «leading case», *Yick Wo vs. Hopkins*, de particular relevancia según los tratadistas porque se considera que es el primer caso en que el Tribunal Federal declaró inconstitucional la conducta de los funcionarios que al aplicar la ley lo hicieron discriminando a un grupo de individuos⁹. En términos generales, el caso se inicia en 1880 debido a una ordenanza mediante la cual las lavanderías de San Francisco debían estar construidas en piedra o ladrillo, debiendo obtener una autorización especial las lavanderías que querían funcionar en otro material. Según lo que se probó durante el procedimiento, de las 320 lavanderías que funcionaban en la ciudad 240 pertenecían a chinos, y el resto a caucásicos; el comité le había denegado a los chinos las autorizaciones especiales, otorgándolas únicamente a los caucásicos. La enmienda XIV, sección primera de la Constitución norteamericana, establece que «ningún Estado..., dentro de su jurisdicción denegará a persona alguna la igual protección de las leyes».

Aun cuando la jurisprudencia norteamericana se acerca a una real protección del individuo de la discriminación surgida del texto legal, de su aplicación o de su propósito y efecto, como en el caso planteado, no todas las jurisprudencias se sujetan al mismo principio. La jurisprudencia argentina, de manera uniforme, plantea que la aplicación desigual de una ley general no discriminatoria no constituye violación al principio constitucional de igualdad ante la Ley¹⁰.

A nuestro entender, más allá de los aspectos formales en la formulación del derecho de igualdad en nuestra Constitución, debemos reconocer que el principio de igualdad constituye la exigencia de un trato igualitario del Estado que reclaman quienes componen dicha sociedad, sea mediante la formulación de leyes, como por la interpretación y la aplicación de dichas leyes.

3. Que una resolución jurisdiccional resuelva de manera distinta dos casos similares. Supongamos por un momento que el Tribunal Fiscal ha emitido reiteradas resoluciones que declaran inaplicable la multa impuesta por la SUNAT en determinados casos. Sin embargo, sometido un caso similar a los anteriores que motivaron dichas resoluciones y sin que medie norma legal al respecto, el Tribunal decide declarar aplicable la multa sin ofrecer razón o justificación alguna que sustente su cambio de criterio. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que el principio de igualdad se vería vulnerado también cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias. En este caso, como en los anteriores, el principio en comentario se vería seriamente vulnerado si únicamente los órganos encargados de expedir normas de aplicación general estuvieran obligados a respetar el principio constitucional, y no así los jueces u órganos encargados de expedir resoluciones.

En estos casos, la doctrina exige demostrar no sólo la similitud de los casos planteados, sino también que el mismo órgano jurisdiccional haya resuelto de manera contradictoria sin una razón suficiente. De esta manera, el principio de igualdad supone también el respeto por el precedente de parte del mismo órgano administrativo o judicial que dictó la primera resolución, y que la variación en todo caso responda a un fundamento suficiente y razonable.

La aplicación de este principio nos parece válida. Sin embargo, debe observarse que por un lado no existen dos casos ciento por ciento iguales y, en consecuencia, es necesario encontrar plenamente la identidad abstracta de ambos supuestos. Además, dentro de nuestro ordenamiento jurídico el precedente no es obligatorio, y constituye únicamente una fuente de derecho.

Finalmente, debe tenerse presente que la evolución de la sociedad supone necesariamente la evolución del Derecho. Lo que hoy es contradictorio o desigual, mañana no lo es, y los jueces no pueden sujetarse de por vida a los razonamientos y las interpretaciones realizadas en la resolución de determinado asunto.

En todo caso, el cambio de posición por parte del

⁹ GARAY, Alberto. *op. cit.*, pag. 81.

¹⁰ GARAY, Alberto, *op. cit.*, pag. 83 y sgts.

juez en la aplicación o interpretación de la ley debe suponer la determinación legítima de un cambio de criterio, que no se sustente en cuestiones arbitrarias, ni que responda a la diferencia entre las personas.

4. Que el legislador no haya efectuado una adecuada clasificación al expedir una norma, de forma tal que quedan excluidas o incluidas personas que no deberían o deberían formar parte de la norma. Para entender este caso, planteamos el siguiente ejemplo:

Debido a las constantes lluvias en la costa norte del Perú, se ve la necesidad de declarar en estado de emergencia determinadas provincias perjudicadas, otorgándoles una serie de beneficios mientras dure esta situación. Dentro de la ley que declara en emergencia a las zonas dañadas, no se comprende a la provincia X, la cual, aun cuando se ha visto igualmente perjudicada que las demás, no ha sido incluida por el legislador. Es evidente que, en este caso, la desigualdad no se ha dado en forma explícita en la norma legal que declara la emergencia, sino que el legislador no ha efectuado una correcta clasificación al dictar la norma, excluyendo una provincia que reunía las condiciones generales que motivaron la dación de la ley para el resto de provincias. En este caso, podemos decir que el legislador no ha hecho una correcta clasificación, es decir, se ha dado el problema de la subsunción.

Revisados los posibles casos de discriminación que el Derecho puede observar, ya que otros casos en entes privados no han sido aceptados por el Derecho y por lo tanto no serán materia del presente artículo, pasemos a analizar el test de razonabilidad.

Como ya indicamos anteriormente, el test de razonabilidad supone someter el caso en cuestión a determinadas comprobaciones:

- Test de desigualdad
- Test de relevancia
- Test de razonabilidad propiamente dicho

1. *Test de desigualdad*. Se trata de la constatación inicial más simple a la que debe someterse todo procedimiento y supone verificar que la norma

legal establece consecuencias jurídicas diferentes para dos o más personas.

En doctrina se discute si lo que trata este test es probar la desigualdad de los supuestos de hecho o la desigualdad de las consecuencias jurídicas. En todo caso, no se trata de determinar si la norma sometida a la prueba establece diferencias, sino que las consecuencias son jurídicamente diferentes.

Un ejemplo ilustrativo de esta constatación lo realiza Enrique Alonso García¹¹ cuando indica que no interesa si la norma diferencia entre las personas que tienen lunares de aquellas que no lo tienen, siempre que esa constatación física no suponga, por ejemplo, que unas tendrán determinados derechos que a otras no se les concederá.

2. *Test de relevancia*. Según este test, se trata de probar que las situaciones tratadas desigualmente tienen cierta identidad, por lo cual demandan un trato igualitario. El Tribunal Constitucional Español dice: «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable a la norma tiene relevancia jurídica, es necesario demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados»¹².

Como se puede apreciar, este test no es aplicable cuando la norma ha sido explícitamente desigual o discriminatoria, ni cuando el mismo órgano jurisdiccional ha resuelto un caso similar de manera totalmente opuesta, pues en estos casos, la carga de la prueba recae en el órgano emisor de la norma, o en el juez u órgano de decisión.

Este test se aplica consecuentemente en los casos de aplicación arbitraria de una norma, o cuando estamos frente al problema de la subsunción. En ambos supuestos, quien demanda la igualdad debe probar la identidad de su caso concreto con los supuestos abstractos que motivan la interpretación o clasificación de la norma.

En realidad, de lo que se trata es de demostrar la identidad de las razones que motivan un trato igualitario. Más que un test, consiste en trasladar la carga de la prueba a la persona o ente perjudicado, quien finalmente tendrá que demostrar di-

¹¹ ALONSO GARCIA, Enrique. "El Principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española". Revista de Administración Pública, Num. 100-102. Madrid, enero 1982-diciembre 1983. pag. 25.

¹² ALONSO GARCIA, Enrique, op. cit., pag. 31.

cha identidad, el trato desigual y discriminatorio de la autoridad.

3. *Test de razonabilidad*. Es el test más importante porque nos ayuda a razonar cuando enfrentamos un problema de desigualdad. En términos generales, este test «... consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos y las razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales»¹³.

El problema de los valores constitucionales no es que cualquier razón puede justificar una desigualdad, sino que ésta debe ser una razón suficiente, es decir, debe tener un peso específico dentro del sistema de valores que consagra la Constitución. «Para el efecto, se realiza un contrapeso entre el valor de la razón y el constitucionalmente implicado (al primero se le denomina interés constitucionalmente legítimo), para ver si el primero se opone o no frontalmente al segundo o si está dentro del juego que permite el marco constitucional. Supone la puesta en práctica de la teoría de los valores en el sentido más estricto de la palabra»¹⁴.

Para aclarar mejor estos conceptos, vamos a someter el caso Cementos Lima vs. MICTI al test de razonabilidad:

Durante el procedimiento de acción de amparo, el Estado manifestó que la razón por la que se había establecido precios distintos de venta era que los costos de producción y niveles de rentabilidad de cada empresa no eran iguales, motivo por el cual no podía establecerse precios iguales de venta para todas las empresas. Suponemos que esa fue la razón más importante y no que se trataba de una discriminación en relación con el carácter público o privado de las empresas.

En la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales que resolvió en casación el presente caso, se estableció que tal razón no era suficiente para establecer un trato desigual, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 131° de la Constitución de 1979, que garantizaba la libertad de comercio e industria. Tal argumento, a nuestro entender, es válido, pero no suficiente, pues la Resolución Mi-

nisterial cuestionada también contradecía lo dispuesto en el artículo 112°, que garantizaba la igualdad jurídica de los competidores en el mercado, vulnerando objetivamente los principios rectores del régimen económico de la Constitución del 79.

Ahora bien, dentro del test de razonabilidad existe una serie de test sucesivos que ayudan a aclarar los conceptos cuando las razones son válidas o se fundan en valores constitucionales contrapuestos.

De un lado, tenemos el test de racionalidad, que a grandes rasgos examina la finalidad de la norma, para ver si esta desigualdad tiene algo que ver con los fines perseguidos por la medida.

En el caso Cementos Lima antes comentado, el Procurador del Estado sustentó que la finalidad de la Resolución Ministerial no era otro que la protección de los consumidores.

Si la Resolución Ministerial pretendía proteger el interés social, la norma es irracional por cuanto la diferencia de precios establecida entre los productores no tiene nada que ver con la protección de los consumidores. La desigualdad es irracional porque no concuerda con los fines que pretende conseguirse con la medida.

Finalmente, determinados tribunales constitucionales han asumido dentro del test de razonabilidad las pruebas de idoneidad y proporcionalidad de la medida, que hacen más estricto el test de razonabilidad en situaciones extremas cuando el caso en cuestión se sustenta en valores constitucionales que se contraponen a otros valores.

A grandes rasgos, «no basta con demostrar que hay un interés constitucionalmente legítimo que justifique la desigualdad, sino que la persecución de ese interés debe ser real y proporcional»¹⁵.

La proporcionalidad es la relación entre la medida restrictiva y la finalidad, para apreciar si la medida es proporcionada a la desigualdad que se pretende corregir. Por su parte, la idoneidad nos permite comprobar que la relación medios-fin de la medida es idónea o real.

Tal como hemos visto, el principio de igualdad es-

¹³ ALONSO GARCIA, Enrique. "La Interpretación de la Constitución". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. pag 211.

¹⁴ ALONSO GARCIA, Enrique. "El Principio de Igualdad.", op. cit., pag 47.

¹⁵ ALONSO GARCIA, Enrique, "El Principio de Igualdad..." op. cit., pag 60.

tá estrechamente vinculado con la teoría de los valores constitucionales, que aún cuando hoy en día esté en discusión en doctrina por el subjetivismo en la aplicación de los valores, constituye el único medio de hacer objetivo un principio tan abstracto como el principio de igualdad. El análisis

de un supuesto de violación a este principio constitucional nos obliga necesariamente a analizar esos valores, aquellos que sientan las bases de nuestro ordenamiento legal y la convivencia pacífica basada en el respeto de los derechos de las personas.



CULTURAL CUZCO S.A.
EDITORES

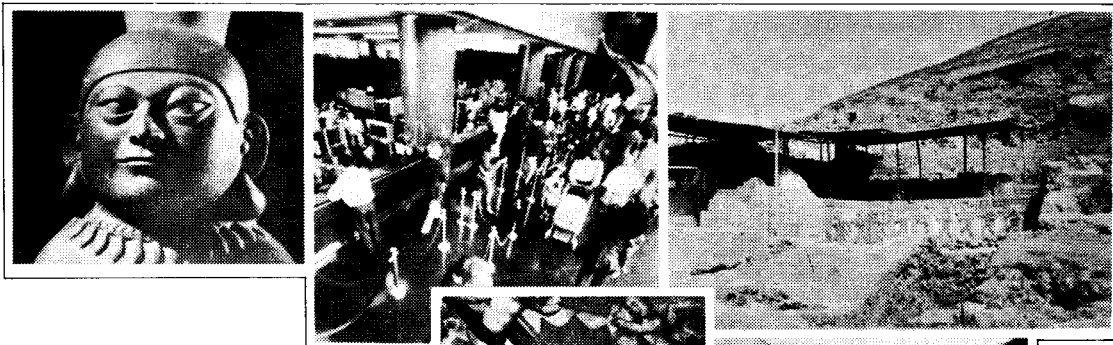
**AL SERVICIO
DEL DERECHO**

Telef. 220475

PUMOCA INGENIEROS S.R.L.

**Contratistas Mineros
Equipo Pesado**

**F. S. Salaverry N° 206, Urb. El Pino - San Luis, Lima 30
Telefax 73-3313**



Dos mundos que se integran en un gran banco!



En el Banco Wiese se unen el maravilloso mundo del arte, de nuestra cultura, con el dinámico mundo de una banca eficiente, segura. Por algo, el WIESE... es el WIESE!



BANCO WIESE



para gente como usted.

EL REGIMEN TRIBUTARIO DE LAS EMPRESAS INSOLVENTES

César Luna-Victoria León
Profesor de Derecho Mercantil
y Derecho Tributario
Pontificia Universidad Católica

I. ALCANCE DEL TEMA¹.

El presente artículo intenta desarrollar una propuesta para el tratamiento tributario de la empresa que deviene insolvente. De acuerdo con el esquema de la ley de reestructuración empresarial, producida la situación de insolvencia se dan dos posibilidades: o bien se atiende el pago a los directores acreedores que pudieran existir o bien se busca reactivar la empresa. Para optar por una de estas alternativas se requiere de una actitud previa, siendo inclusive posible la conciliación de intereses (los de los acreedores, especialmente el tributario, y los de los trabajadores).

Un análisis pertinente, por tanto, debe comprender la ubicación de la deuda tributaria para su pago efectivo, la refinanciación de deudas y una crítica a la condonación y a los límites a los beneficios tributarios, así como a su eficacia como incentivo a la reestructuración empresarial. Todo ello es tratado por el autor a la luz de la actual política económica del Estado.

En términos generales, la empresa insolvente no tiene un régimen tributario orgánico. En ese sentido, no podemos referirnos a un régimen tributario de las empresas insolventes. Sin embargo, existen cuando menos tres situaciones cuyo tratamiento es principalmente tributario y que, de algún modo, establecen perfiles de lo que sería o debería ser un régimen tributario. El primero de esos temas es el de los privilegios que gozan determinados acreedores y la prelación para cobrar sus créditos, en el que resulta de particular importancia determinar la ubicación de la deuda tributaria.

El segundo tema es el de la refinanciación de las deudas, en el que se debate si la deuda tributaria puede ser tratada exactamente igual que las demás, incluyendo la posibilidad de capitalizarla o condonarla parcialmente. Normas recientes han precisado los límites de aplazamiento y fraccionamiento. El último tema es el de los incentivos y beneficios tributarios de que pueden gozar las empresas insolventes.

II. EL PRIVILEGIO Y LA PRELACION.

Es en la empresa insolvente donde el tema del privilegio y la prelación de acreedores tiene im-

¹ La empresa insolvente es aquella reconocida como tal por la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP) o por las entidades a las que esa comisión hubiese delegado funciones. El régimen legal es el previsto en la Ley de Reestructuración Empresarial (Decreto Ley N° 26116 del 28 de diciembre de 1992) y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF del 18 de marzo de 1993).

portancia. En efecto, mientras la empresa es solvente, esto es, mientras tiene capacidad de pago, es irrelevante el lugar que ocupa un acreedor, porque siempre tendrá la posibilidad de cobrar su crédito. El problema sólo se presenta en la empresa insolvente, porque en este caso los activos no son suficientes para pagar todos los créditos o a todos los acreedores. Por eso resulta necesario establecer un orden entre los acreedores, para determinar a quiénes se les paga primero y a quiénes se les deja de pagar.

Por la importancia que tienen los conceptos en este asunto, habrá que indicar que «privilegio» y «prelación» no son conceptos sinónimos, aun cuando en varias de las normas se utilizan como tales. «Privilegio» supone una preminencia absoluta. Se es privilegiado por razón de uno mismo, sin más requisito que ser uno mismo, por tanto no requiere o no debiera requerir mayor formalidad. Por ello, el «privilegio» es más una condición del sujeto acreedor que una característica de su crédito. Aplicando este concepto al tema de los créditos, el acreedor privilegiado excluye a todos los demás que no sean de su misma naturaleza, aun cuando los créditos de éstos últimos hubiesen sido constituidos antes, y ese privilegio no está condicionado sino a la prueba de la existencia del crédito. Es el caso del privilegio de los trabajadores por los créditos laborales.

Situación jurídicamente diferenciable es la de la «prelación». En este caso, la preminencia no es absoluta. No existe preminencia en abstracto, no se es preminente por sí mismo, sino frente a otros. Cuando hay «prelación», existe «preferencia», que es una característica del crédito mismo y no del acreedor titular de ese crédito. Tratándose de créditos, el acreedor con garantía real (prenda o hipoteca), tiene preferencia de pago sobre los demás acreedores, pero no a título personal, sino respecto de la liquidación (remate) de los bienes gravados con la garantía. Para que surta efectos la preferencia, se exige usualmente una formalidad (no sólo la prueba de la existencia del crédito); es el caso de la inscripción de la garantía (que además es una condición solemne para que exista el

derecho real). Sin embargo, esa «prelación», esa preferencia, sólo es oponible a los acreedores comunes. No surte efecto, por ejemplo, contra los acreedores laborales, porque éstos tienen «privilegio».

2.1. El privilegio del crédito laboral.

En el régimen de la empresa insolvente, hubo siempre un privilegio indiscutido: el de los acreedores laborales. Ese privilegio, además, tiene rango constitucional². Toda la legislación sobre el tema, siguiendo a la Constitución, otorga siempre el primer lugar al crédito laboral. A pesar de que en los textos constitucionales se utilizó el concepto «preferencia» o «prioridad», se trata sin duda de un «privilegio».

Se afirma que hay privilegio porque la preminencia del acreedor laboral excluye a todos los demás acreedores, sin formalidad alguna, aun cuando se trate de créditos anteriores. El privilegio laboral tiene preminencia incluso sobre los acreedores con garantías reales, como ha quedado anotado en el rubro anterior.

2.2. El acreedor tributario. Antecedentes.

Ni el acreedor ni el crédito tributario tuvieron reconocimiento especial hasta la promulgación del Código Tributario en diciembre de 1993³. No obstante, ante diversos dispositivos legales reconocieron una determinada prelación, usualmente después del acreedor laboral y, en su caso, del crédito por alimentos. Fue el caso, por ejemplo, de la antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros⁴.

Pero la ubicación preferente del crédito tributario delante de todos los demás créditos no laborales, era sólo aparente. El sistema entendió que esa prelación no alcanzaba a los créditos garantizados con derechos reales (prenda o hipoteca). Para éstos últimos, se aplicaba el derecho que el acreedor real tiene preferencia para cobrar su crédito del producto del remate del bien que está gravando⁵. Como el crédito tributario no tiene el mismo

² El Art. 49 de la Constitución de 1979 estableció que «... el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es, en todo caso, preferente a cualquier otra obligación del empleador...». Igual norma ha sido recogida en el Art. 24 de la Constitución vigente, que establece que «... el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador...».

³ Dispuesta por el Decreto Legislativo N° 773 vigente a partir del 1 de enero de 1994.

⁴ Art. 338 del Decreto Legislativo N° 637 del 25 de abril de 1991.

⁵ Art. 1068 del Código Civil respecto de la prenda y Art. 1097 del mismo código respecto de la hipoteca.

sustento constitucional que el del acreedor laboral, se interpretó que la prelación del crédito tributario sólo era general respecto de los acreedores comunes.

La modificación del Código Tributario en 1992⁶ replanteó el tema. En virtud del Art. 6 de ese Código:

«... el acreedor tributario tendrá preferencia sobre los demás acreedores, excepto en los casos de alimentos, beneficios sociales, hipoteca u otra garantía real inscrita en el correspondiente registro, preexistente a la notificación de la deuda tributaria...».

Esta norma intentó resolver el problema de la prelación entre el crédito tributario y el crédito garantizado con derecho real, estableciendo una misma categoría para estos créditos, en cuya virtud la preeminencia de uno sobre otro dependía de una formalidad. En el caso del crédito con garantía real, la formalidad exigida era la inscripción en el registro, en tanto que para el crédito tributario se exigía la notificación al deudor. La antigüedad en el cumplimiento de la formalidad era el criterio para determinar la prelación.

Sin embargo, la Ley de Reestructuración Empresarial replanteó radicalmente el tema, reconociendo al crédito tributario preferencia frente a los créditos garantizados con derechos reales (Art. 7). A diferencia del Código Tributario anterior, el acreedor tributario en el régimen de la Ley de Reestructuración Empresarial gozaba de privilegio por sí mismo, no requería ninguna formalidad (ya no se exigía la notificación previa de la deuda) y su prelación sobre los créditos garantizados con derechos reales era total, incluso respecto de aquellos derechos inscritos antes del origen del crédito tributario.

Habría que precisar, no obstante, que el privilegio no se extendía a todos los créditos tributarios, sino tan sólo a aquellos que hubiesen tenido como origen tributos (inc. 3 del Art. 7). Evidentemente se trató de un error, porque la deuda tributaria no sólo tiene como origen los tributos, pues integra también las multas por el incumplimiento de obligaciones formales y los intereses sobre unos y otros según el Art. 28 del Código Tributario aprobado por Decreto Ley N° 25859, vigente en la fe-

cha en que se publicó la Ley de Reestructuración Empresarial. Posteriormente, el código vigente incorporó al concepto de deuda tributaria los importes correspondientes al recargo por reclamación inoficiosa, aplicable a los reclamos infundados o improcedentes que presenten los deudores tributarios⁷.

Todos estos últimos conceptos, siendo formalmente parte de la deuda tributaria, no podían estar comprendidos dentro del privilegio establecido por la Ley de Reestructuración Empresarial que, según su texto, sólo se aplicaba sobre la parte de la deuda originada por la falta de pagos de tributos. Tratándose de una norma que creaba un privilegio (al crédito cuyo origen eran los tributos), evidentemente restringía derechos (las de los demás acreedores) y en tal virtud sólo podía ser interpretada de manera restrictiva, sin estar admitida su aplicación por analogía, conforme lo dispuesto por el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil.

III. EL CONFLICTO ENTRE EL CREDITO TRIBUTARIO Y EL CREDITO CON GARANTIA REAL.

Vigente la Ley de Reestructuración Empresarial, los acreedores cuyos créditos estaban garantizados con derechos reales reclamaron lo que, en su opinión, significaba no sólo una violación de los derechos reales, sino una práctica que ponía en peligro todo el sistema financiero.

Evidentemente, el problema no era de interpretación legal. Existían intereses en conflicto entre dos grupos de acreedores (la Administración Tributaria y las entidades del sistema financiero, éstas últimas usualmente acreedoras de créditos garantizados con derechos reales). El conflicto no podía ni debía ser resuelto analizando las instituciones jurídicas. De lo que se trataba era que la sociedad, en su conjunto, estableciera qué tipo de créditos deseaba privilegiar.

Por un lado, el sistema financiero había venido operando bajo la certeza de que sus créditos garantizados con derechos reales tenían preferencia para el pago con el producto del remate de los bienes gravados con esos derechos, sin más limitación que el supra privilegio del crédito laboral. Asegurar que el sistema siguiese funcionando así

⁶ Según el texto aprobado por el Decreto Ley N° 25859 del 24 de noviembre de 1992.

⁷ Arts. 28 y 182 del Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo N° 773.

obedecía a una estrategia económica, la misma a la que obedece la Ley de Reestructuración Empresarial, esto es, la de establecer mecanismos para asegurar el desarrollo de los agentes económicos. Paradójicamente, otorgar privilegio al acreedor tributario, de la manera como lo hizo la Ley de Reestructuración Empresarial, no parecía congruente con los esfuerzos para reflotar a las empresas, toda vez que desalentaba el otorgamiento de créditos.

Pero en el otro lado existían razones no menores para reivindicar privilegios para el crédito tributario. Como se ha advertido, el tema del privilegio (y, en su caso, el de la prelación) sólo se materializa en el caso de la insolvencia. No se trata en consecuencia de determinar qué crédito, por su naturaleza jurídica, debe prevalecer sobre otro. Se trata, fundamentalmente, de optar legislativamente sobre quién sufre la insolvencia de una empresa y, por tanto, de precisar qué acreedor deja de cobrar. En ese contexto, en favor del privilegio al acreedor tributario se argumenta que su interés es mayor, porque cubre necesidades de toda la colectividad, a través de la ejecución del presupuesto. Contrariamente, el crédito con garantía real sólo cubre el interés del acreedor particular.

En relación al argumento de la seguridad para el otorgamiento de los créditos, habría que considerar que la existencia del supra privilegio laboral no perjudicó el desarrollo de los créditos garantizados con derechos reales. De la misma manera, ampliar el ámbito de los acreedores privilegiados para incluir al acreedor tributario, tampoco debería entorpecer el desarrollo del sistema financiero.

Esta última reflexión replantea la actuación del acreedor, exigiéndole que al otorgar un crédito evalúe las posibilidades de cobro, no tanto en las garantías (reales o personales) que el deudor pudiera ofrecer, sino principalmente en la capacidad de pago del deudor. Se obliga a una nueva mentalidad, el crédito supone una responsabilidad social conjunta de acreedor y deudor, estableciendo normas que obligan al otorgamiento y al uso de

los créditos en una forma socialmente rentable.

La creación de un Impuesto Mínimo a la Renta⁸ obedecía a esa lógica. En términos generales se aludió a ese impuesto como un impuesto a los activos, fraseando las disposiciones del régimen que establecían que el Impuesto a la Renta (régimen general) no podía ser inferior al 2% del valor de los activos. Sin embargo, el régimen admitía como crédito contra el Impuesto Mínimo, los pagos a cuenta y de regularización del Impuesto al Patrimonio Empresarial, cuya tasa también era del 2% aplicable sobre la diferencia entre el valor de los bienes del activo y el valor del pasivo (reducido a las obligaciones con terceros)⁹.

De lo que resulta que, en términos financieros, la tasa del 2% del Impuesto Mínimo se aplicase sobre los pasivos. En otras palabras, para que el impuesto no tuviese incidencia alguna, los pasivos debían tener un rendimiento neto de gastos no menor al 4.67%¹⁰. Dicho de otro modo, la empresa era libre de endeudarse, pero los créditos debían servir para generar una ganancia neta no menor al 4.67%. Sólo en esa hipótesis, la empresa no sufriría incidencia tributaria en el Impuesto Mínimo a la Renta, porque su ganancia generaba un Impuesto a la Renta (régimen general) mayor. La reflexión estaba de acuerdo al tono de la época. Se exigía la reconversión de los agentes económicos, su actuación de acuerdo a las reglas del mercado y la identificación de ventajas comparativas para actuar en forma competitiva en el mercado.

3.1. Una primera victoria: la del sistema financiero.

El conflicto estaba planteado y el sistema financiero presionó y obtuvo una modificación del tema, evidentemente a su favor.

Al ser modificada la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo N° 770, del 28 de octubre de 1993), se regresó a la situación previa a la modificación del Código Tributario en noviembre de 1992. En tal virtud, los créditos garantizados con derechos rea-

⁸ Régimen vigente, durante la época del conflicto, regulado por los Art. 118 de la Ley del Impuesto a la Renta, establecido por el Decreto Ley N° 25751 del 1 de octubre de 1992.

⁹ Según las normas de los Arts. 9 y 4, respectivamente, de la Ley del Impuesto al Patrimonio Empresarial entonces vigente Decreto Legislativo N° 619 del 30 de noviembre de 1990.

¹⁰ El Impuesto Mínimo a la Renta (2% sobre los activos) equivale a la tasa efectiva del Impuesto a la Renta (30% régimen general) sobre una ganancia neta de 4.67% más el crédito del 2% sobre el patrimonio. Ver «El Impacto del Impuesto Mínimo a la Renta (IMR)» en Revista Análisis Tributario, febrero 1992, pág. 15, Lima.

les otorgaban preferencia a sus acreedores, sin más límite que respetar el supra privilegio de los acreedores laborales (arts. 196 y 197 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros citada).

La misma norma respetaba la prelación (ya no privilegio) del crédito tributario, pero sólo respecto a los acreedores comunes. Sin embargo, como la ley sólo estaba referida a las instituciones que regulaba, era posible interpretar válidamente que el privilegio establecido al crédito tributario por la Ley de Reestructuración Empresarial, continuaba vigente y tenía preminencia sobre los créditos garantizados con derechos reales cuyos titulares fuesen entidades distintas a las reguladas por la ley general citada.

En realidad, la ofensiva del sistema financiero no era aislada. Durante los últimos años, el sistema financiero había venido recibiendo apoyo sistemático a través de normas legales que le concedían ventajas o privilegios, a pesar del discurso ideológico del gobierno en el sentido que los agentes económicos debían sujetarse a las reglas del mercado y que, por tanto, el Estado dejaba de ser un ente promotor de determinadas actividades económicas. Tal vez el caso más identificable es el conjunto de incentivos y beneficios tributarios que las entidades del sistema financiero reciben en el Impuesto a la Renta, tales como las exoneraciones al rendimiento de las colocaciones pasivas y las ganancias de capital en bolsa¹¹.

3.2. El nuevo régimen de prelaciones: la norma legal.

A partir del 1 de enero de 1994 está vigente un nuevo texto del Código Tributario (Decreto Legislativo N° 773 del 30 de diciembre de 1993). Conforme a él:

Art. 6.- Las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurren con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, alimentos, hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente registro.

La Administración Tributaria podrá solicitar a los Registros la inscripción de Resoluciones de Determinación, Ordenes de Pago o Resoluciones de Multa, la misma que deberá anotarse a simple solicitud de la Administración, obteniendo así la prioridad en el tiempo de inscripción que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el presente artículo.

Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

El nuevo texto es confuso, precisamente porque confunde los conceptos de privilegio y prelación. La norma pareciera reconocer el privilegio al acreedor tributario, pero este privilegio no es oponible a otros acreedores privilegiados (es el caso de los acreedores laborales) ni a otros créditos preferenciales (es el caso de los acreedores cuyos créditos están garantizados con derechos reales). O el acreedor tributario no tiene privilegio, o se trata de un privilegio bastante disminuido.

Del primer párrafo de la norma queda claro que el crédito tributario no tiene preminencia sobre el crédito garantizado con derecho real, siempre y cuando éste se encuentre inscrito en el correspondiente registro, que es más bien una formalidad que se exige para que el derecho real exista. Sin la inscripción previa, el derecho real no existe¹².

Siguiendo la reflexión, la prenda sobre bienes no registrables no tendría preminencia sobre el crédito tributario, en la medida en que la formalidad de constitución de la prenda no consiste en el registro (material y jurídicamente imposible) sino en la entrega física de los bienes que constituyen la prenda al acreedor o a un depositario (inc 2 del Art. 1058 del Código Civil). Evidentemente se trata de un olvido. En este caso, para otorgar fecha cierta a la entrega física de los bienes que constituyen la prenda, en sustitución del registro, debería haberse exigido un documento bajo fe notarial.

Sin embargo, la omisión no puede ser subsanada por interpretación, ya que como se ha anotado an-

¹¹ Inc «j» del Art. 18 de la Ley del Impuesto a la Renta vigente para 1993, ya citada, según la ampliación dispuesta por la Ley N° 26201 y el inc. «ll» de la misma norma, agregado por el Decreto Ley N° 26010. El beneficio se otorgó con vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2000.

¹² Tal como está regulado en el Art. 1059 del Código Civil para el caso de la prenda sobre bienes registrales y en el inc. 3 del

tes estamos frente a normas que al establecer privilegios restringen derechos y, por tanto, deben ser interpretadas en forma restrictiva según la norma del Art. IV del Título Preliminar del Código Tributario.

Un segundo comentario, también sobre el primer párrafo, es que repite la omisión en que incurrió la Ley de Reestructuración Empresarial al restringir la deuda tributaria sólo a la parte originada por tributos, olvidando que la deuda también se forma por multas, intereses, capitalización de intereses y recargos por reclamación inoficiosa. Más que olvido, se trata de una deficiente redacción, porque en el segundo párrafo de la norma, al regular la inscripción de la deuda tributaria, alude expresamente a las resoluciones y órdenes que emite la Administración y que incluyen no sólo el requerimiento de pago de tributos, sino también de multas e intereses. A pesar de ello, aplicando la interpretación restrictiva a la que hemos aludido, la preferencia del crédito tributario sobre los acreedores comunes se reduce a la deuda por tributos. En tal sentido, la parte del crédito integrado por los demás conceptos debiera ser tratada como un crédito común.

3.3. Nuevo conflicto.

La primera pregunta que surge frente a la lectura del Art. 6 en su conjunto, es si el crédito garantizado con derecho real tiene prelación sobre todas las deudas tributarias, sin importar si éstas han sido registradas según lo permite el segundo párrafo de la norma. Por técnica de interpretación, el segundo párrafo de una norma no modifica el primero, sino que lo precisa o lo complementa. Pues bien, conforme a ese criterio, el primer párrafo señala una prelación tal que coloca crédito garantizado con derecho real en un rango anterior al del crédito tributario, sin establecer entre ellos naturaleza similar alguna.

Conforme a ese temperamento, la inscripción de la deuda tributaria sería irrelevante frente a los acreedores con garantías reales, porque ellos siempre tendrán preferencia, aun cuando sus créditos fuesen posteriores. También sería irrelevante frente a los acreedores comunes, porque la preminencia del crédito tributario frente a ellos no requiere de inscripción alguna. En esta línea de interpretación, la inscripción de la deuda tributaria no tendría otro propósito que el establecer una prelación en caso que concurren diversos acreedores tributarios (por ejemplo, la Adminis-

tración Tributaria nacional contra la Administración municipal). Así se entendería la última parte del segundo párrafo que establece que la preferencia de los derechos que otorga el registro se determinará por el tiempo de inscripción.

Sin embargo, parece que la intención no ha sido esa. La impresión (pues la interpretación se ha complicado por el uso confuso de los conceptos) que surge de la lectura de la norma en su conjunto es que los créditos garantizados con derechos reales y los créditos tributarios tienen la misma prelación, zanjando el conflicto en un empate que a nadie perjudica. Teniendo ambos créditos la misma naturaleza, fue necesario regular la inscripción de las deudas tributarias para determinar la prelación según la antigüedad en el registro.

3.4. El registro de la deuda tributaria.

La segunda pregunta que surge es dónde se inscribe la deuda tributaria. Probablemente lo más funcional debiera ser que la Administración Tributaria amplíe el Registro Único de Contribuyente (RUC) para inscribir la deuda. Esta propuesta, sin embargo, está condicionada a varios supuestos. El primero es que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) desee asumir esa responsabilidad o, en su caso, técnicamente esté dispuesta a ello. El segundo es que la SUNAT goce de la confianza de los demás acreedores tributarios, para que ellos puedan acceder al registro para inscribir las deudas tributarias de tributos que no son administrados por la SUNAT.

Otra opción son los Registros Públicos administrados por la Oficina Nacional de Registros Públicos. Aquí se plantea otro dilema: ¿en cuál registro inscribir? Si la deuda se inscribe en el Registro de la Propiedad, la inscripción del crédito tributario debería seguir el trámite de la inscripción de un embargo, pues la anotación de la deuda en la partida registral de un bien determinado lo grava como cualquier gravamen, esto es, ese gravamen persigue al bien aun cuando el titular deudor (o supuestamente deudor) lo transfiera a un tercero.

Tal no fue la intención del art. 6, que dispone la inscripción ante la simple solicitud de la Administración, sin la evaluación previa (prejuzgamiento) que debe realizar el ejecutor coactivo sobre la verosimilitud del derecho a cobrar que pretende la Administración Tributaria y la necesidad de la decisión preventiva para disponer medidas cautelares¹³. No habría otra opción sino la inscripción en

¹³ Los requisitos están establecidos para el proceso civil en el Art. 611 del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768).

el registro personal del contribuyente, del retenedor o del responsable, esto es, del deudor tributario.

Si fuese así, la inscripción de la deuda tributaria en el Registro Personal del deudor tributario, transmitiría a la deuda tributaria una característica distinta a la de la garantía real que se inscribe sólo en el Registro de Propiedad. El registro de la garantía real en el Registro de Propiedad, establece un vínculo entre el acreedor titular de la garantía real y el bien que lo afecta, permitiendo a éste perseguir el bien no importa a quienes se transfiera. Fuera de este vínculo, el titular del derecho real de garantía es un acreedor común. En cambio, la inscripción de la deuda tributaria en el Registro Personal no establece un vínculo entre el acreedor tributario y un bien determinado, sino respecto al universo del patrimonio del deudor tributario.

En ese último caso, el deudor tributario es libre de transferir cualquiera o todos sus bienes sin que la Administración Tributaria pueda pretender perseguir esos bienes para el cobro de sus créditos, siempre que esa transferencia haya sido a título oneroso. La no persecución de los bienes transferidos se explica porque el deudor tributario no ha disminuido su patrimonio, a pesar de la transferencia, porque a raíz de ella lo que se ha producido es más bien la sustitución de unos bienes específicos por otros bienes específicos. Existiendo la misma solvencia (el mismo patrimonio) antes y después de la transferencia, no se ha menoscabado la posibilidad de cobro del acreedor tributario.

Pero hay una segunda consecuencia, acaso más importante. Si admitimos que la inscripción del crédito tributario en el Registro Personal afecta de modo general a todo el universo del patrimonio del deudor tributario, sus efectos serían los siguientes: (a) sobre todos los bienes sobre los que se hubiese preconstituido una garantía real, por la inscripción del crédito tributario se estaría constituyendo un nuevo gravamen, con rango inmediato posterior al rango del acreedor hipotecario o prendario preconstituido¹⁴; (b) sobre todos los de-

más bienes sobre los que no se hubiese preconstituido garantía real, se establecería un gravamen con el primer rango en favor del acreedor tributario; y (c) sobre todos los bienes futuros se establecería igual gravamen, incluso sobre aquellos que sustituyan bienes pre-existentes.

3.5. El Registro Personal.

La posibilidad que las deudas tributarias puedan ser inscritas en el Registro Personal supone una modificación de las normas que regulan los actos inscribibles en ese registro¹⁵.

También supone una modificación importante sobre la iniciativa para abrir una partida registral. Como es evidente, no todos los contribuyentes o potenciales deudores tributarios se encuentran preinscritos en los Registros Públicos. La posibilidad que tiene el acreedor tributario de inscribir una deuda tributaria en el Registro Personal del deudor tributario, debiera suponer el derecho también a su sola solicitud para abrir la partida registral de ese deudor. En caso contrario, la no inscripción previa del deudor impediría el ejercicio del derecho que el Código Tributario reconoce al acreedor tributario para obtener el privilegio en el cobro de sus créditos.

Llevado al extremo ese derecho, podría determinar abrir partidas registrales para sujetos que no son personas (naturales o jurídicas) y que, por tanto, no son inscribibles. Serían los casos de la sociedades de hecho (cuyas partes contratantes han constituido una sociedad que no desean inscribir en registros) o joint ventures (que aun cuando tienen un patrimonio común, constituyen más bien un contrato de colaboración entre empresas) o, incluso, de asociaciones en participación (que, según la Ley General de Sociedades, se trata de un contrato oculto entre las partes contratantes, por lo que el patrimonio y todos los actos que corresponden al contrato se imputan al asociante, desconociendo o manteniendo en reserva la identidad de los asociados).

La posibilidad de que estas entidades puedan lle-

La facultad del ejecutor coactivo para ordenar medidas cautelares está prevista en el Art. 116 del Código Tributario y la de ordenar embargos definitivos en el Art. 118 del mismo código.

¹⁴ Con la reserva anotada en el comentario anterior, esto es que este nuevo gravamen adicional en favor del acreedor tributario no persigue al bien y fenece con su transferencia.

¹⁵ Se trata del Art. 2030 del Código Civil para el caso del Registro Personal propiamente dicho; del Art. 5 del reglamento del Registro Mercantil para el Registro de Comerciantes; del Art. 2024 del Código Civil para el Registro de Personas Jurídicas; y, para hacer una última referencia, del Art. 25 del reglamento del Registro Mercantil para el Registro de Sociedades.

gar a tener partidas registrales autónomas de las partes contratantes se explica no por la naturaleza jurídica de estas entidades (que no es inscribible), sino por la situación tributaria de las mismas. Como se recuerda, las sociedades de hecho, los joint ventures y las asociaciones en participación son contribuyentes del I.G.V. (Impuesto General a las Ventas)¹⁶ y si bien no son contribuyentes del Impuesto a la Renta¹⁷, están obligadas a efectuar pagos a cuenta del Impuesto Mínimo a la Renta¹⁸. En tal virtud, pueden resultar siendo deudores tributarios. De ser así, el acreedor tributario tendrá derecho a exigir que se abra partida registral para esas entidades para poder inscribir las deudas tributarias que adeuden.

Esta posibilidad exige también reflexionar sobre la evolución del derecho, que recientemente viene reconociendo identidad jurídica a entidades que sin llegar a ser personas jurídicas, esto es sin tener inscripción registral, actúan como unidades jurídicas. Más allá del efecto registral, la teoría pura del derecho reconoce a un sujeto de derecho donde exista una unidad de imputación de derechos y obligaciones.

De un tiempo a esta parte, la sociedades de hecho y los joint ventures son unidades de imputación de derechos y obligaciones. En el caso de las sociedades de hecho, la Ley General de Sociedades no solo les reconoce un patrimonio común, sino que reconoce la autonomía de los actos jurídicos celebrados con terceras personas¹⁹. Igual norma se establece para el caso de las asociaciones de hecho²⁰.

En el caso de los joint ventures, iguales normas se aprecian en las distintas regulaciones que se han aventurado a normarlo. Por ejemplo, el contrato

de riesgo compartido²¹ y el contrato de operación conjunta²², así como la asociación temporal de contratistas²³. Por último, las sociedades de hecho y los joint ventures, en tanto poseen un patrimonio autónomo, también pueden actuar en procesos judiciales ya que el sistema les reconoce representación procesal²⁴.

Reuniendo esos antecedentes, la figura de la inscripción registral como acto que concede personalidad jurídica deviene en irrelevante, ya que el sistema jurídico evoluciona en sentido distinto reconociendo identidad jurídica fuera del registro. En ese escenario, la posibilidad de inscribir patrimonios autónomos para conceder el privilegio al crédito tributario no es incongruente con la realidad jurídica de nuestro ordenamiento positivo, aun cuando la naturaleza jurídica de estos patrimonios autónomos excluya el registro.

Otra reflexión merece el tema de la asociación en participación, porque por su naturaleza no es ni puede ser ni debe ser considerada como contribuyente ni potencialmente como deudor tributario. La asociación en participación no es un patrimonio autónomo. Si existe patrimonio lo es del asociante y a él se le imputa o se le debe imputar cualquier responsabilidad tributaria.

Lo que ocurre es que en el uso de las instituciones, frecuentemente a los patrimonios autónomos se les denomina indistintamente asociación en participación o joint venture. Si ese fuese el caso, evidentemente se trata de un error, porque se estaría denominando asociación a lo que es un joint venture. Ese error es repetido por las normas tributarias ya citadas, que pretendiendo gravar a todos los patrimonios autónomos, en vez de precisarlos de modo jurídico, los cita haciendo referen-

¹⁶ Art. 9 del Decreto Legislativo N° 775 del 30 de diciembre de 1993.

¹⁷ Último párrafo del Art. 14 del Decreto Legislativo N° 774.

¹⁸ Art. 109 de la misma ley.

¹⁹ Art. 385 y siguientes de la Ley General de Sociedades, texto único concordado aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 14 de enero de 1985.

²⁰ Art. 124 y siguientes del Código Civil.

²¹ Art. 4 la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo N° 708 del 6 de noviembre de 1991.

²² Inc. «b» del Art. 15 de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Pesquero, Decreto Legislativo N° 750 del 8 de noviembre de 1991.

²³ Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

²⁴ Art. 65 del Código Procesal Civil.

cia a todas las denominaciones, acertadas o erradas, bajo las cuales usualmente son constituidos.

3.6. La refinanciación de la deuda tributaria.

Una segunda situación que se ha considerado es la refinanciación de las deudas tributarias dentro de los programas de reestructuración empresarial o, en su caso, de liquidación extrajudicial, siempre dentro de las regulaciones de la Ley de Reestructuración Empresarial. La experiencia del primer año de vigencia del sistema se ha caracterizado por privilegiar el principio de la obligatoriedad de los acuerdos adoptados por la mayoría de los acreedores. En concreto, la norma del Art. 21 del reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial estableció que aprobado el plan de reestructuración de la empresa, éste obligaba a todos los acreedores, incluyendo a los acreedores privilegiados, esto es en el lenguaje de esa ley, a los acreedores laborales y tributarios.

Bajo esta norma existen varios casos en los que los programas de reestructuración establecieron plazos de pago mayores a los doce meses para refinanciar deudas tributarias, excediendo el plazo inicialmente fijado por la Administración Tributaria como límite para fraccionar el pago de deudas tributarias; establecieron tasas de interés inferiores al 0.8 TIM (tasa de interés moratoria) que era la tasa más preferente autorizada por la Administración Tributaria; y se llegó al caso de condonar intereses y principal²⁵. Como es evidente, la Administración Tributaria no aceptó esos acuerdos, y siguió los procedimientos de cobranza que le autorizaba el Código Tributario. Los reclamos de los contribuyentes afectados aún no han sido resueltos por el Tribunal Fiscal, por lo que no se conoce el criterio definitivo.

Sin embargo, bajo el principio de que el acuerdo de la junta de acreedores obliga a todos los acreedores, la relación siguiente de acuerdos posibles que afectan al crédito tributario encuentran sustento en las normas del régimen de reestructuración empresarial. Como se recuerda, ese régimen concede a la junta de acreedores la facultad para adoptar un cronograma de pagos (Art. 9 de la ley); establecer condiciones de financiamiento (Art. 9 de la ley), incluyendo la posibilidad de convertir deudas en acciones (inc. «c» del Art. 15 del

reglamento); la suspensión de vencimientos de obligaciones (Art. 11 de la ley); la conversión de la moneda de las obligaciones (Art. 12 de la ley); la aplicación de una tasa de interés pasiva (Art. 12 de la ley); y, como facultad general, la de establecer cualquier otro aspecto (inc. «e» del Art. 15 del reglamento).

La posibilidad de condonar parcialmente las deudas sólo estaba expresamente prevista para el caso de la liquidación extrajudicial (Art. 16 de la ley). Pero nada impedía que dentro del programa de reestructuración empresarial se contemplara una figura similar, sobre todo si expresamente se establecían figuras similares en su efecto financiero, como la de convertir deudas en acciones, sin valor comercial tratándose de empresas insolventes.

3.7. Los límites a la refinanciación de la deuda tributaria.

La Primera Disposición Transitoria y Final del Código Tributario vigente ha pretendido establecer límites a la refinanciación de la deuda tributaria de las empresas insolventes o, visto de otro modo, ha autorizado la refinanciación de la deuda, bajo condiciones distintas a las usualmente concedidas por la Administración Tributaria, hasta esos límites. El texto del mencionado dispositivo es el siguiente:

«Tratándose de empresas en proceso de reestructuración al amparo del Decreto Ley N° 26116, las deudas tributarias se sujetarán a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores siempre que, respecto de garantías y demás condiciones de pago, no se otorgue a dichas deudas un tratamiento menos favorable que el acordado para créditos no tributarios; con excepción de créditos por remuneraciones, beneficios sociales y alimentos».

Asimismo, en caso de fraccionamiento y/o aplazamiento de la deuda tributaria, no podrá acordarse un plazo mayor a cinco años.

La primera regla que resulta de la norma es que la junta de acreedores sigue teniendo la competencia para aprobar el programa de reestructuración. La segunda regla es que esa junta tiene libertad para establecer las características de ese programa.

²⁵ Las normas generales para el fraccionamiento y aplazamiento de deudas tributarias estuvieron reguladas por la Resolución de Superintendencia N° 012-93-EF/SUNAT del 10 de febrero de 1993. A la fecha de este artículo, las condiciones se habían hecho más flexibles sin llegar a representar un alivio total para empresas insolventes. El nuevo régimen está establecido por la Resolución de Superintendencia N° 028-94-EF/SUNAT del 1 de marzo de 1994.

La tercera regla es que, respecto de los créditos tributarios, esa libertad tiene límites. El texto de la norma sólo alude a dos supuestos, «las garantías» y las demás «condiciones de pago», en cuyo caso el crédito tributario no debe tener un tratamiento menos favorable que los demás créditos (con excepción, claro está, de los créditos laborales y alimentarios).

El supuesto de las garantías parece claro y no merece comentario alguno. Cosa distinta ocurre con el supuesto sobre las demás «condiciones de pago». Una primera interpretación puede encontrar en ese concepto cualquier tipo de condición, incluyendo la condonación de la deuda tributaria, parcial o totalmente, siempre que proporcionalmente todos los demás créditos soporten de igual o mayor manera la condonación total o parcial.

Esta interpretación reconoce en el concepto «condiciones de pago» el alcance que usualmente tiene en las operaciones financieras. También resulta congruente con la ideología de la Ley de Reestructuración Empresarial que reserva a la mayoría de los acreedores la decisión sobre el futuro de la empresa, estableciendo mayores requisitos para la quiebra judicial y favoreciendo la continuación de la actividad empresarial de empresas insolventes a través de programas de reestructuración empresarial.

3.8. La deuda tributaria no sería condonable.

Sin embargo, desde otra perspectiva, existirían un conjunto de interpretaciones en sentido contrario, postulando que la norma no autoriza la condonación de la deuda tributaria.

Una primera interpretación intenta analizar la frase «condiciones de pago» fuera de su contexto financiero para ubicarla dentro de su contexto jurídico, que es en el que deben ser interpretadas las normas tributarias. Conforme a ella, la palabra «condiciones» no puede ser entendida en su sentido estricto, en el que sólo reconoce a la condición suspensiva y a la condición resolutoria, según el alcance de los conceptos regulada por los Arts. 171 a 177 del Código Civil. Esto es así, porque jurídicamente las condiciones suspensivas o resolutorias son hechos futuros e inciertos establecidos como modalidades de los actos jurídicos que deben ser pactadas al celebrarse el acto y no como una forma en que deben ser ejecutadas las prestaciones debidas. Dicho de otro modo, haciendo referencia a la frase «condiciones de pago», no es concebible que el pago se realice de modo sus-

pensivo o resolutorio. Lo que es suspensivo o resolutorio no es el pago, sino el efecto que producen otros acontecimientos, que hacen depender el nacimiento o el término de los efectos del acto y, por tanto, de la posibilidad o no de exigir o ejecutar la prestación del pago.

Pareciera más bien que, en la frase, la palabra «condiciones» ha sido utilizada como un sinónimo del concepto genérico de las modalidades del acto jurídico, que si bien incluyen a las condiciones (suspensivas o resolutorias), también incluyen al plazo y al cargo (Art. 171 a 189 del Código Civil). El cargo, al igual que las condiciones, tampoco es aplicable en el contexto de la frase, porque se establece o se pacta con el acto jurídico. De ser así, sólo resta la modalidad del plazo, que es típicamente una condición de pago. Esta interpretación aparecería reforzada con el segundo párrafo de la norma que regula la posibilidad del aplazamiento (plazo suspensivo) y fraccionamiento de la deuda tributaria (plazo propiamente dicho), estableciendo un término máximo a cinco años. En contra, habrá que aceptar, que la frase ha sido establecida en plural, reconociendo varias «condiciones de pago». Entonces, cabe preguntar qué otras condiciones, distintas al plazo, está regulando la norma del primer párrafo.

Para ser congruentes con la interpretación que se propone, excluyente de la posibilidad de condonar la deuda tributaria, la otra condición de pago distinta al plazo sería la de los intereses futuros, aceptando la posibilidad no sólo de reducir la tasa de interés, sino también la de establecer una refinanciación sin interés alguno.

La flexibilidad para pactar sobre los intereses se explica porque esta parte del crédito tributario no ha sido privilegiado. Recordemos que ese privilegio se ha reducido a la parte del crédito originado por tributos. En este asunto surgen diversas interrogantes. La primera es si la condonación de intereses es total o sólo puede incluir la de los intereses futuros, considerando que el acuerdo de la junta de acreedores es por el tratamiento futuro de las deudas.

La segunda interrogante asume el supuesto de que la condonación de intereses puede afectar los intereses ya devengados, en cuyo caso se pregunta si esa condonación alcanza a todos los intereses ya devengados o sólo a aquellos intereses corrientes del ejercicio. La inquietud surge del hecho que todos los intereses se capitalizan en algún momento. Como se conoce, los intereses sobre tributos en general se capitalizan al cierre del ejercicio y los de los pagos a cuenta de tributos anuales al

vencimiento del plazo para pagar la cuota de regularización²⁶.

Son preguntas aún sin respuesta, que en todo caso podrían quedar superadas si la ley se modifica para precisar, como corresponde, que el privilegio alcanza a toda la deuda tributaria y no sólo a aquella generada por tributos.

Más relevante para resolver estas inquietudes puede ser destacar que para la legislación tributaria la falta de pago de tributos, en sí mismo, no es un acto sancionable. Los intereses no tienen la naturaleza de una sanción, sino la de una compensación. A su modo, son una manera de actualizar el valor de la deuda tributaria y de establecer condiciones financieras tales que impidan al deudor preferir el pago de otras obligaciones.

Más adelante (ver «Falso dilema») aludiremos al carácter nominalista de las deudas en nuestro ordenamiento legal. Bajo esa perspectiva, pareciera que lo intangible de la deuda tributaria sería o debería ser el valor nominal de los tributos. Su actualización y los intereses estarían involucrados en el concepto «otras condiciones de pago» que conforme al razonamiento precedente, podrían ser condonados total o parcialmente.

Una segunda aproximación al problema es interpretar la palabra «pago», citando los Arts. 1220 y 1221 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

«Art. 1220.- Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Art. 1221.- No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación a menos que la ley o el contrato lo autorice».

El texto de las normas citadas, dentro del contexto de la frase «condiciones de pago», indicaría que se acepta cualquier forma de pago, pero esto supone el pago íntegro de la prestación. En otras palabras, la junta de acreedores podrá fijar cualquier modalidad que suponga el pago total de la deuda. Siendo esto así, no cabe la condonación. Sin embargo, la norma del Art. 1221 reconoce la posibilidad del pago parcial, siempre que la ley o el contrato lo autorice. Cabe preguntar, entonces, si la Primera Disposición Transitoria y Final que se comenta es la «ley» que autoriza la condonación o, en su caso, es la norma que remite a la junta de acreedores la

facultad de adoptar un acuerdo de reestructuración (de naturaleza similar al contrato) que obligue a la Administración Tributaria a aceptar el pago parcial (o, lo que es lo mismo, a una condonación parcial del crédito tributario).

Para responder la pregunta debemos precisar si la norma de la Primera Disposición Transitoria y Final es una norma tributaria o mercantil. Se interpreta que es una norma tributaria no sólo porque forma parte del Código Tributario, sino porque está regulando el pago del crédito tributario. Aún más, en el tema específico que se comenta, la condonación (total o parcial) de una deuda tributaria no es otra cosa que regular un beneficio tributario. De acuerdo a la Constitución, siguiendo el principio de legalidad que regula al sistema tributario, los beneficios sólo pueden ser establecidos por ley (Art. 74 de la Constitución).

Esa norma ha sido tradicionalmente reglamentada por la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, que incluye expresamente la regulación por ley de los beneficios tributarios (inc. «b» de la norma citada).

Si se quisiera encontrar en la Primera Disposición Transitoria y Final la «ley» que la Constitución y el Código Tributario exigen para regular beneficios tributarios, debería resultar de la aplicación de métodos de interpretación, ya que no resulta claramente de su texto. Para proceder a la interpretación debemos considerar la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, cuyo texto literalmente establece que:

«Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos en derecho.»

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

Las reglas de interpretación de las normas tributarias no permiten, tratándose de beneficios tributarios como el que se comenta, extender los supuestos de la norma a otros que no sean aquellos que los señalados en la ley. No habiendo señalado la ley la posibilidad expresa de condonar deudas tributarias, en vía de interpretación no podría establecerse que esa condonación es posible.

²⁶ Arts. 33 y 34 del Código Tributario.

3.9. El acreedor tributario.

La interpretación precedente, que excluye la posibilidad de condonar deudas tributarias, rompe el principio de que todos los acreedores concurren a la junta convocada para decidir el destino de la empresa insolvente y que todos ellos quedan sometidos al acuerdo que adopte la mayoría.

El tema no se resuelve, como se anotó al principio del comentario, analizando la naturaleza o las características jurídicas. Es un camino errado pretender encontrar en las fisuras del texto de las normas o en los vacíos normativos, la posibilidad de interpretaciones jurídicas más o menos elaboradas para sustentar una opción que, en sí misma, no es jurídica, sino política.

Es necesario que se adopte una posición política sobre el interés que debe prevalecer: el intento de mantener una unidad de producción (la empresa insolvente) delegando al universo de los acreedores establecer las condiciones de reflotamiento que eventualmente supongan el sacrificio de sus propios intereses (condiciones de pago) o la necesidad de cobrar los tributos que financian el gasto público.

3.10. Falso dilema.

Si el problema se analiza sin pasiones, se puede descubrir una manera de conciliar perfectamente los dos intereses. La interpretación que no admite la condonación de la deuda tributaria, acepta el aplazamiento hasta sesenta meses libre de intereses, siempre que esas condiciones no sean más onerosas para la Administración Tributaria que las que se establecen para el resto de acreedores.

Esas condiciones debieran ser suficientes para que un programa de reestructuración pueda reflotar a la empresa insolvente. A su modo, un aplazamiento a sesenta meses sin intereses es una forma de condonar la deuda, ya que ésta mantendrá un valor nominal sin ajuste por inflación. Esta condonación real de la deuda tributaria no podrá ser interpretada como una condonación jurídica, en la medida en que nuestro ordenamiento legal sigue bajo el criterio nominalista (Art. 1234 del Código Civil), que mantiene el valor nominal de la deuda²⁷.

Más bien lo que se requiere para consolidar las opciones de un programa de reflotamiento es establecer, de modo claro e indubitable, que los nuevos créditos que contraiga la empresa insolvente en ejecución del programa de reestructuración, tienen todos ellos en conjunto prelación sobre los créditos devengados antes del acuerdo de la junta de acreedores que aprobó el programa. Una norma de este tipo facilitará el financiamiento y otorgará la certeza a los nuevos acreedores que sea cual sea su naturaleza, tendrán preferencia sobre el crédito tributario anterior.

Según la ideología prevaleciente, que reconoce que el Estado ya no es más un ente promotor de la economía y que no se le debe exigir mecanismos de promoción, incluyendo los incentivos tributarios para el desarrollo de los agentes económicos, del mismo modo tampoco se le debe exigir que conceda los mismos beneficios para reflotar empresas, sin importar que la condonación sea solicitada por el agente insolvente o acordada por sus acreedores, aun cuando ellos estén dispuestos a aportar una cuota de sacrificio al condonar proporcionalmente también parte sus créditos.

Existe una última razón para argumentar en contra de la condonación. El acreedor tributario no es sólo una instancia financiera (recaudadora) de tributos. Si sólo esa fuese su naturaleza, bajo determinados supuestos, nada impediría que pudiese comportarse como cualquier otro acreedor, concurriendo a condonar las deudas. Sin embargo, el acreedor tributario es también autoridad y, en tal virtud, también está obligado a sancionar los comportamientos ilícitos.

Si la condonación fuese impuesta por los demás acreedores, no sólo se estaría condonando el aspecto financiero del crédito tributario, sino que también se podría estar liberando una responsabilidad civil y/o penal de los directores y administradores por la falta de pago fraudulenta de los tributos. Bien se conoce que el fraude tributario exige dos elementos concurrentes: (a) la deuda tributaria; y (b) el engaño. Sin uno de los dos elementos no hay delito²⁸.

No se trata, en consecuencia, de reclamar una ley que autorice expresamente la condonación para salvar las objeciones que en este comentario se

²⁷ El ajuste sólo se establece por excepción (Arts. 1235 y 1237 del Código Civil) y la metodología del ajuste integral de los estados financieros por efectos de la inflación (Decreto Legislativo N° 627) reconoce a la deuda tributaria como una cuenta monetaria no suceptible de ajuste.

²⁸ Arts. 268 y 269 del Código Penal, con las modificaciones dispuestas por los Decretos Leyes Nos. 25495 y 25859.

señalan. El problema es más complejo y, sin duda, se requiere un mayor debate.

IV. LA ILUSION DEL PARAISO FISCAL.

El último tema que queda por comentar es de los incentivos y beneficios tributarios que pueden gozar las empresas insolventes. El antecedente es el de las empresas del sistema financiero para las cuales, una vez acordada su disolución y liquidación (aun cuando la causa sea distinta a la insolvencia), quedan inafectas a todo tributo que se devengue en el futuro²⁹.

Se trata sin duda de una norma de excepción, que confirma la tendencia que en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que se eliminan beneficios e incentivos tributarios para diversos agentes económicos, se suele privilegiar en contrario a las instituciones del sector financiero formal. La norma recrea una suerte de inmunidad tributaria que la Constitución sólo ha reservado a las universidades y centros educativos.

Sin embargo, analizada la norma, no parece haber tal paraíso fiscal, como su texto parece anunciar. En primer lugar, la norma no está estableciendo técnicamente una «inafectación», porque ésta es una opción legislativa de la ley que regula cada impuesto. En rigor, «inafecto» es aquello que no está dentro del ámbito del impuesto y eso obedece al diseño del impuesto, por eso es privativo de la ley que lo regula.

Si algo o alguien está dentro del ámbito del impuesto y lo que se quiere es que no sufra la incidencia económica, lo que se le concede es una «exoneración». En otras palabras, se exonera aquello que está gravado. Lo inafecto no requiere norma alguna para no sufrir incidencia económica, sencillamente no la sufre porque la hipótesis de incidencia tributaria establecida en la ley no le alcanza.

Siguiendo este razonamiento, la «exoneración» que postula la norma que se comenta no se encuentra vigente en el régimen del Impuesto a la Renta ni en el régimen de los impuestos a las ven-

tas (ya sea del Impuesto General a las Ventas y/o del Impuesto Selectivo al Consumo)³⁰. De modo tal que la supuesta «inafectación» sólo alcanzaría a los aranceles de importación y a los tributos municipales.

Las empresas insolventes no tienen un régimen tributario especial como la establecida para las instituciones financieras en liquidación. Pero debemos reflexionar si merecen uno especial.

A lo largo de este artículo se ha reiterado la idea, que no es nuestra sino de la ideología jurídica prevaleciente, en el sentido en que las nuevas reglas del mercado liberan al Estado de cualquier obligación de establecer beneficios o incentivos en favor de determinados agentes económicos. Bajo ese supuesto, no cabría requerir un régimen tributario especial para las empresas en insolvencia.

El problema se presenta cuando existen más bien disposiciones tributarias que crean incidencias tributarias que pueden resultar inconstitucionales cuando la empresa es insolvente. En concreto, cuando la insolvencia es por pérdidas patrimoniales, la incidencia de un Impuesto Mínimo a la Renta equivalente al 2% del valor de los activos supone un impuesto confiscatorio y, por tanto, inconstitucional.

Se ha corregido parcialmente la inconstitucionalidad, al establecerse la inafectación del impuesto a las empresas en liquidación³¹, pero ese beneficio no se ha extendido a todos los supuestos de empresas insolventes, fundamentalmente a las que tienen programas de reestructuración empresarial.

Sin embargo, dejando de lado el tema del Impuesto Mínimo a la Renta, no se encuentra ninguna otra situación que merezca un beneficio especial. La incidencia tributaria es un costo, como la energía, el combustible, la materia prima, la mano de obra.

Una empresa insolvente no tiene como política pedirle un tratamiento especial a sus proveedores

²⁹ Art. 191 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, Decreto Legislativo N° 770.

³⁰ La Séptima Disposición Transitoria y Final de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774) exige que la exoneración a ese impuesto sea expresa, prohibiéndose las exoneraciones genéricas. Para el caso de los impuestos a las ventas, el último párrafo del Art. 73 de Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (Decreto Legislativo N° 775) deroga todas las normas que establezcan inafectaciones o exoneraciones no señaladas expresamente en esa ley.

³¹ Inc. «g» del Art. 116 de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774).

por el hecho de su insolvencia, el mismo tratamiento debe tener la Administración Tributaria.

La ideología jurídica prevaleciente, nuevamente la citamos, exige que las unidades económicas sean eficientes, que no reclamen subsidio alguno para ser competitivas en el mercado. La Ley de Reestructuración Empresarial es una suerte de excepción que rescata otros valores socialmente más importantes: mantener fuentes de trabajo, generar riqueza para el pago de créditos, recrear condiciones para la continuidad de la marcha de las empresas involucradas. Es también, a su modo, una manera de compensar los desequilibrios a los que se vieron forzadas las empresas al soportar

un régimen de control y de inflación para pasar, sin transición alguna, a un régimen liberal y sin protección alguna³², en cuyo proceso se acumularon pérdidas patrimoniales. La ley pretende crear un sistema especial para compensar esas pérdidas.

Pero ese régimen especial no puede contradecir la lógica prevaleciente. Si se reflota una empresa, la actividad futura que realice debe ser tan o más competitiva que la de los otros agentes económicos. La única ventaja, si cabe el término, es la que le conceden los mismos acreedores, al refinanciar sus créditos para permitir la reestructuración empresarial.

³² En un comentario anterior indicamos que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la ley corregía también un sistema corrupto para resolver la insolvencia derogando la antigua Ley Procesal de Quiebras que reservaba a la voluntad de un sólo acreedor el futuro de la empresa. En el nuevo régimen en el que esa decisión corresponde al universo de acreedores. Ver «El reflotamiento de las empresas insolventes» en IUS et Veritas, Año IV, N° 6, pág. 19 (Lima, junio 1993).



ROTAPEL S.A.

Mcal. A. Gamarra N° 320, Urb. El Pino, San Luis
Telfax. 740394 / Telf. 743239

**Rollos para Fax, en papel térmico importado de la mejor calidad, mayor duración y excelente nitidez.
Entrega a domicilio. Atendemos a nivel nacional.**

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HEREDERO *

Guillermo Lohmann L. de T.
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Lima

Es opinión mayoritariamente aceptada en la Doctrina nacional, que el sistema de responsabilidad patrimonial del heredero contenido en nuestro Código Civil acoge el principio de responsabilidad «intra vires», vale decir, que el heredero responde frente a los acreedores de su causante, sólo hasta el monto de los activos que hubiera heredado.

El Doctor Guillermo Lohmann se encarga en el presente trabajo, de desvirtuar algunas ideas aceptadas como verdades absolutas y de guiarnos a través de las posibilidades de interpretación que brindan las normas de Código Civil. Su conclusión es clara y polémica: en el sistema peruano la responsabilidad patrimonial del heredero es, por regla general, ilimitada.

El artículo es de gran interés, no sólo por las ideas vertidas por el autor, sino porque recurre con profusión a la Doctrina y legislación extranjeras. La calidad del trabajo aumentará, sin duda, el interés que ya existe en la aparición del próximo libro del Doctor Lohmann sobre nuestro Derecho de Sucesiones.

I. INTRODUCCION.

Estatuye el artículo 660 del Código Civil que con el fallecimiento de su titular, los bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores. En realidad, los sucesores no reciben bienes (salvo los legatarios instituidos en cosa cierta) u obligaciones singulares, sino que se colocan en la posición jurídica de su causante respecto del conjunto patrimonial de éste (salvo en aquello que por naturaleza sea intransmisible). El heredero, por lo tanto, no adquiere bienes, derechos u obligaciones individuales y desvinculados entre sí, sino que sucede en una unidad¹ o conglomerado patrimonial similar al que tiene otro sujeto viviente. Unidad en virtud de la cual no cabe separar sus componentes (salvo garantías reales específicas que respalden una obligación especial) para heredar unos y no otros, porque el patrimonio tiene una trabazón² interna de modo que los activos sin distinción responden por los pasivos sin distinción. Dicho de otra manera: por efecto de la sucesión al heredero se le transmite un conjunto patrimonial y, en principio, tendrá que responder por las obligaciones del causante igual que cualquier persona responde por las suyas: con todo su patrimonio, el propio y el recibido por herencia.

(*) El presente artículo constituye una adaptación y reducción del borrador del capítulo que, sobre el mismo tema, está escribiendo el autor y que formará parte de una obra integral sobre nuestro Derecho de Sucesiones.

¹ Como señala PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1961, Tomo V, Vol. 1, pág. 105, «la sucesión es universal porque afecta en bloque a estos elementos [patrimoniales] y respecto de todos ellos se considerará realizada al mismo tiempo».

² La expresión es de LACRUZ BERDEJO, J.L.: Derecho de Sucesiones. Ed. Bosch. Barcelona, 1988, pág. 25

La regla es lógica: precediendo a los derechos de los sucesores están los de los acreedores del difunto. No necesita explicación el hecho de que así como se transmiten los bienes, también han de transmitirse las deudas. Pero además de las deudas propias del causante, su muerte determina que surjan otras obligaciones, llamadas cargas de la masa hereditaria: los gastos de su funeral y los de administración y partición de la herencia, además de los previstos en el artículo 870 del Código Civil, que a mi modo de ver constituyen algo así como legados forzosos (nuestro Código también ha catalogado a los gastos de última enfermedad del causante como carga de la herencia, pero eso constituye un verdadero error, porque tales gastos corresponden a obligaciones contraídas en vida del causante y precisamente en su favor, pero heredadas por sus sucesores precisamente porque no han sido pagadas antes de la muerte).

El punto conflictivo se produce cuando la suma de las cargas y las obligaciones del causante es superior al activo que deja. Como el heredero sucede en un todo universal y ese todo a su vez se integra al patrimonio de tal heredero, se pueden producir dos consecuencias apreciables de inmediato. Primera: que pese a no haber heredado activos para afrontarlas, el heredero tendría que pagar deudas que no eran suyas, pero que han pasado a serlo por integrar la herencia, lo que sin duda le puede producir evidente desventaja patrimonial, al tener que abonar con su propio peculio las deudas heredadas. Segunda: que eventualmente los acreedores de un heredero que esté en situación económica precaria verían favorecida su posición, al ponerse a la par respecto de los acreedores del causante.

Dejando a salvo cuestiones morales y de honorabilidad, el Derecho no puede desatender situaciones como las expresadas. Respecto de lo primero se han ideado diversas modalidades limitativas de responsabilidad, y que son materia del estudio a continuación. Respecto de lo segundo, los artículos 872 y siguientes de nuestro Código han establecido difusamente la llamada *separatio bonorum*³, consistente en un beneficio de separación de bienes del que ahora no nos ocuparemos. Son, pues, dos sistemas diferentes porque obedecen a distintos propósitos: el primero mira a la protección del heredero; el segundo, a la protección de los acree-

dores. Como dice Barbero: la limitación de responsabilidad cubre al heredero contra la herencia pasiva; la separación de bienes cubre a los acreedores de la herencia contra el pasivo del heredero⁴.

Nuestro sistema sucesorio, basado en el romano conforme al cual el heredero sucede al causante sin liquidación previa de la herencia, apunta en principio a una continuación o sustitución en la responsabilidad, pues quien recibe todo desde la muerte, no puede pretender que se le excluya de las deudas. A menos que se renuncie a la herencia (o sea, a todo el acervo patrimonial del causante), las deudas se heredan y en eso es claro el artículo 660.

Ahora bien, ante el posible perjuicio para el heredero por una herencia cuyo pasivo sea superior al activo, se han vertido diversas teorías. Una, la de responsabilidad limitada o de responsabilidad *intra vires* pura, con arreglo a la cual la herencia se limita, en la práctica, al neto patrimonial; o, dicho de otra manera, la herencia que se transmite se circunscribe al remanente de activo que pudiera quedar luego de pagados los pasivos. Otra corresponde al sistema de responsabilidad *ultra vires*, conforme al cual el heredero se sucede en las obligaciones y es deudor de ellas, pero puede, bajo ciertos supuestos, atenuar su responsabilidad para el pago de las mismas.

II. LA RESPONSABILIDAD SUCESORIA EN NUESTRO DERECHO.

Luego de señalar el artículo 660 del Código Civil que la transmisión sucesoria incluye las obligaciones del causante, el 661 apunta que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

Pese a que la lectura del primer párrafo del precepto transcrito pudiera inducir a creer que nuestro ordenamiento consagra una responsabilidad *intra vires* (o sea, que el heredero nunca respondería por obligaciones heredadas en cuanto superen el activo heredado), considero que se impone una conclusión distinta derivada de un razonamiento más pausado.

³ Sobre el tema, RAMOS ARMERO, M.: El beneficio de separación de patrimonios. En Estudios de Derecho Privado. Edersa. Madrid, 1965, pág. 452.

⁴ BARBERO, D.: Sistema del Derecho Privado. EJEA. Buenos Aires, 1967. Tomo V, pág. 131.

Desde mi punto de vista, la situación es diversa a la que cree Ferrero⁵, influido por Lanatta. Intenciones del ponente aparte⁶, un examen orgánico de las situaciones obliga a llegar a la conclusión que nuestra ley no establece un sistema de responsabilidad limitada, sino uno de responsabilidad limitable sólo si se cumplen ciertos presupuestos. O, dicho con otras palabras, conceptúo que la regla general es que el heredero responde ilimitadamente por las obligaciones porque las hereda⁷. Pero si lo desea (pues el art. 661 no es imperativo, sino que declara un derecho), puede tal heredero gozar del privilegio de excepción que le da el ordenamiento, para limitar su responsabilidad sólo y si prueba que el monto de las obligaciones - no de las deudas, como imperfectamente reza el 661- supera el activo, salvo que previamente haya hecho inventario judicial. Planteada la figura de otra manera, puede entonces decirse que la regla es la responsabilidad *ultra vires*, pero que como consecuencia del inventario judicial o invocado que sea el beneficio del mismo al aceptar la herencia, o acreditado el exceso del pasivo en los casos de aceptación presunta (artículo 673), la responsabilidad queda limitada a los bienes y derechos, convirtiéndose en responsabilidad *intra vires*.

Así formulado el punto, lo que ha querido decir el primer párrafo del artículo 661 es que sólo habrá responsabilidad limitada del heredero si hay inventario, o si no habiéndolo logra probar la situación deficitaria de la herencia. La presunción legal, por lo tanto, es de responsabilidad ilimitada, porque conforme al artículo 660, las obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a los sucesores. Estos sucesores, por ende, las asumen y responden por ellas no sólo con los activos sucesorales, sino con los suyos propios. Si no quieren responder, tendrán que optar por uno de los mecanismos limitativos que la ley concede.

Resumiendo: cuando las deudas transmitidas por el causante exceden el activo relicto, los sucesores que no deseen pagarlas quedarán solamente exonerados del exceso en los siguientes casos: (a) si al aceptar la herencia de modo expreso, lo hacen invocando el derecho de solicitar inventario judicial (por lo tanto, cuando hay aceptación tácita por hechos indubitables, ex art. 672 del Código Civil, la asunción de responsabilidad es ilimitada), aunque no será necesario invocar el beneficio si ya existe inventario hecho o en trámite, caso en el cual se presume que la responsabilidad es limitada, salvo que el heredero quiera pagar las deudas heredadas; o (b) si cuando la herencia se tuvo por aceptada en virtud de la (muy criticable) presunción ordenada en el numeral 673 del Código Civil, logra el heredero probar que ésta es deficitaria (más adelante veremos los problemas de este enunciado alusivo a la prueba).

Nuestro ordenamiento jurídico sucesorio no contiene un sistema de liquidación de obligaciones del de cuius previo a la asunción de los activos por los sucesores, sino que dispone que desde el momento de la muerte todos los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten en conjunto inseparable al heredero. Por ello, es imperioso otorgar una vigorosa protección a los acreedores del muerto, porque es obvio que los créditos no pueden extinguirse por efecto de la muerte. Protección a los acreedores que sólo se logra, entre otras medidas, dotándoles incluso de la posibilidad de oponerse a la partición (art. 875 del Código Civil) y adjudicación de bienes hasta que se les asegure el pago de sus créditos. En suma, al transmitirse las obligaciones por efecto de la muerte, el heredero es deudor pleno de las deudas de su causante: las asume como si fueran propias. En consecuencia, al igual que cualquier otro deudor, debe responder con todo su patrimonio; a saber, el propio antes de la herencia, ajeno a la misma, y el heredado.

⁵ FERRERO, A.: Derecho de Sucesiones. Cultural Cuzco, Lima, 1993, pág. 140.

⁶ Y tal es, al menos, la declaración contenida en la Exposición de Motivos del Ponente LANATTA, R., CODIGO CIVIL. Exposición de Motivos y Comentarios, Torno V, pág. 12, cuando asevera que «este precepto contiene dos partes. En la primera se conserva el texto del artículo 658 del Código Civil de 1936 (...) que enuncia el sistema de la responsabilidad *intra vires* hereditatis». Yo no sé si esa puede haber sido la intención, pero lo cierto es que no es lo que se deduce de la redacción normativa, ni es lo que fluye de su análisis en el conjunto de nuestro sistema sucesorio. Insisto en que la norma solamente reconoce la limitación de responsabilidad cuando exista inventario judicial o, en su defecto, se pruebe el exceso. Pero si no ocurre ni una ni otra cosa, la responsabilidad es ilimitada.

⁷ FERRERO, A.: Derecho..., ya citado, piensa distinto, sin duda porque parte de una premisa diferente. Para él sólo hay herencia si es positiva. No hay herencia cuando el activo es inferior al pasivo. Dice textualmente en la página 143 que «si quien sucede como consecuencia de la aplicación de este sistema [se está refiriendo el autor a *ultra vires*, con responsabilidad total, pero limitable, por las deudas heredadas] recibe un perjuicio patrimonial en lugar de un beneficio, ¿podrá ser llamado heredero? Creemos que no. Es un sucesor forzoso que no recibe herencia».

Pero como tal protección a los acreedores puede traducirse en un perjuicio para el heredero, excepcionalmente el ordenamiento jurídico otorga a los sucesores un privilegio (llamado beneficio), consistente en limitar su responsabilidad por las obligaciones heredadas sólo hasta donde puedan cubrir las los bienes y derechos a su vez heredados. Esto, obviamente, es una potestad y no una obligación, porque nada le impide al hijo heredero pagar las deudas de su padre fallecido, aunque no hubiera heredado bienes suficientes para poder pagarlas.

Sostener tesis contraria a la que acabo exponer conduciría, sin duda, a varias incongruencias:

(a) La primera de ellas es que si se establece la presunción absoluta de responsabilidad limitada, y la ilimitada sólo como castigo al sucesor desleal (art. 662), pierde sentido el derecho de deliberación para aceptar la herencia con beneficio de inventario. El heredero no tendría para qué solicitar inventario; su responsabilidad siempre sería limitada; no heredaría todo un conjunto patrimonial de activos y pasivos, sino sólo los activos que queden después de pagar los pasivos; simplemente sería un mero liquidador del patrimonio de su causante, esto es, un sujeto receptor de los bienes remanentes después de pagadas las deudas. Pero el Código no dice eso. Dice, y muy claramente, que las obligaciones se transmiten, de suerte que todas las obligaciones son recibidas por el heredero y a él le compete, por inventario o prueba, acreditar, si lo desea, que las deudas son superiores al activo y que opta por el beneficio de limitar su responsabilidad para sólo pagar hasta donde el activo alcance. Pero si desea pagar las deudas heredadas nada le impide hacerlo, pues han pasado a ser sus deudas que le han sido transmitidas por herencia. En este último caso le basta con aceptar la herencia pura y simplemente. Ello es perfectamente lógico, pues el artículo 660 estatuye que las obligaciones se transmiten al heredero, de modo que éste pasa a ser deudor directo y no un mero responsable de pago de las obligaciones ajenas (o sea, de su causante) para que pague con el activo que él tuvo.

(b) La segunda incongruencia de la tesis contraria radicaría en la inutilidad de las reglas y plazos de aceptación y repudiación de la herencia, pues creadas estas instituciones para que el sucesor voluntariamente decida si quiere tomar o no las posiciones jurídicas del causante, incluyendo las pasivas, pierden razón de ser cuando por una supuesta presunción de responsabilidad limitada el heredero no toma en herencia más pasivos de las que puedan ser cubiertas con los activos.

Entroncado con esto debe traerse a colación el artículo 677 del Código Civil, que prohíbe la renuncia o aceptación parciales. Vale decir, lo que se quiere es que se herede todo o nada, pero no parte. En consecuencia, luego de aceptada la herencia el sucesor se sucede ilimitadamente en las obligaciones de su causante. Esa es la regla: sucesión *in toto*. El heredero se convierte en deudor, pero un deudor *sui generis*, pues lo es con responsabilidad limitable. Limitable invocando el beneficio de inventario al producirse aceptación expresa si no hay inventario previo, o probando el exceso de pasivo cuando la aceptación es presunta en los casos que el ordenamiento determina.

III. LA MATERIA DE LA RESPONSABILIDAD.

A partir de las premisas expuestas debe estudiarse el régimen de responsabilidad.

El artículo 661 del Código Civil estatuye que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia. La redacción del párrafo no ha sido afortunada. Efectivamente, las deudas (*rectius*, obligaciones) no son deudas de la herencia, sino del causante, y por tanto preceden a la herencia, aunque la constituyen. En cambio, las cargas, en cuanto las haya, surgen precisamente por la muerte del testador y constituyen pasivo a cargo de los herederos aunque no existan activos en la masa hereditaria.

Hecha esta salvedad, lo primero que se impone precisar es que por deudas ha querido decirse obligaciones en cuanto sean transmisibles. No se trata solamente, pues, de deudas de dinero, sino de todo aquello respecto de lo cual el causante tuviera una posición jurídica de deudor, con prescindencia de su origen. Ha de quedar claro, en consecuencia, que al transmitirse las obligaciones se transmiten con todo que les es propio a cada una de ellas y permite, por lo tanto, que el sucesor pueda invocar las excepciones personales que hubiera podido esgrimir el causante. El precepto incluye también a las cargas. Por tales se entienden las contempladas en los artículos 869 y 870 del Código.

IV. LOS AMBITOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Efectuado el inventario judicial o demostrado que el pasivo (incluyendo en este las cargas) excede el activo, el artículo 661 indica que el heredero responde sólo hasta donde alcancen los bienes de la herencia. La disposición suscita varias inquietudes que examinamos por separado.

4.1. Ambito subjetivo.

La norma del artículo 661 alude al heredero. Lo mismo sucede con el artículo 662. No se refieren a sucesores, que es concepto que incluye herederos y legatarios.

El punto es importante porque mientras el artículo 660 estatuye que las obligaciones se transmiten a los sucesores (herederos y legatarios), el 661 sólo imputa responsabilidad a quien tiene la calidad de heredero. Pareciera, pues, haber una contradicción.

¿Cuál debe ser, entonces, el ámbito subjetivo de la responsabilidad? Los legatarios, ¿son responsables o no de las obligaciones y cargas?

No es este el lugar, por cierto, para extenderse en las características de una y otra posición sucesoria, pero para responder la pregunta es imperioso apuntar algunas diferencias. La más importante de ellas se encuentra en el artículo 735, conforme al cual la institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad o una parte alícuota de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia; el legado, en cambio, es institución sucesoral a título particular que se limita a determinados bienes o alícuotas de ellos. De lo expuesto se colige que como el heredero se sustituye en las posiciones jurídicas del causante, siempre hereda todas las obligaciones que haya (aunque, como veremos, invoque el beneficio de no pagarlas si el activo no alcanza). El legatario, en cambio, es una simple adquirente de bienes a título de liberalidad. En lógica derivación de este enunciado, el legatario sucede en bienes (y también en derechos), pero no en obligaciones, y por lo tanto no se sustituye en las posiciones activas y pasivas del causante distintas de las directamente concernientes a lo que es materia del legado. Corolario de lo dicho sería que: (a) pese a la genérica disposición del artículo 660 del Código Civil, las obligaciones del causante no se transmiten al legatario (salvo las excepciones de los artículos 760 y 761 del Código Civil de obligaciones vinculadas a derechos reales que afecten al bien legado); y (b) que es correcto y preciso el enunciado de los artículos 661 y 662 del Código Civil cuando aluden solamente a los herederos.

Todo lo anterior parece quedar ratificado por el sentido de los incisos 5, 6 y 7 del artículo 787, que

al regular las obligaciones de los albaceas separa claramente las deudas de los legados, al extremo de puntualizar el inciso 7 que el albacea puede vender los bienes hereditarios para pagar los legados y las deudas de la herencia (*rectius*, léase: las obligaciones transmitidas y las cargas de la herencia). Dicho de otro modo: que los bienes legados estarían inmunes al pago de las deudas, para cuya atención sólo se aplicarían los bienes hereditarios.

Ahora bien, si de acuerdo con lo acabado de expresar todo apunta a concluir que el legatario no responde por las obligaciones del testador, existen otros elementos de juicio que obligan a explorar más, para afianzar o rectificar la conclusión.

El artículo 770 puede suscitar dudas cuando se refiere a la parte disponible de la herencia, que podría dar a entender que la parte disponible es la residual positiva que queda después de pagadas las obligaciones y las cargas. Empero, la duda se desvanece cuando se advierte que a lo que ha querido aludirse es al caso en que la suma de los legados exceda de la parte de libre disposición del testador, esto es, aquella porción no legitimaria de la herencia. En suma, mientras que el valor de los legados efectuados no supere el tercio o la mitad (según corresponda) del activo de la masa, los herederos están obligados a respetarlos, aunque el pasivo exceda del activo trasladado a los herederos. No procede reducción alguna. En abono de esta tesis consta el segundo párrafo del mismo artículo 770, que trata del caso especial del heredero que, además, es legatario. Para este caso, el ordenamiento sí ha querido dispensar un tratamiento singular, afectando al pago de las deudas el legado hecho a un coheredero en cuanto los activos resultaran insuficientes. Visto así, para los fines de nuestra indagación la regla del artículo 770 puede entonces enunciarse de esta otra manera: los legatarios no responden de las obligaciones y cargas de la herencia, siempre que la suma de los legados no exceda la porción de activos de libre disposición; empero, sí responderá con su legado el legatario que, a su vez, sea heredero.

Razonamiento similar puede aplicarse respecto de la *cuarta falcidia* del artículo 771, regla que, pese a su tradición histórica⁸, hoy carece absolutamente de justificación y puede calificarse de anacronismo completo. Lo importante es que esta norma no condena a los legatarios al pago de las obligaciones de la herencia, de suerte que se reducirán

⁸ Se trata del porcentaje creado por la Ley Falcidia, del año 40 A.C., que imponía un mínimo de una cuarta parte para el heredero. Sobre el tema, véase BIONDI, B.: Sucesión testamentaria y donación. Ed. Bosch. Barcelona, 1960, pág. 388.

los legados hasta que el heredero voluntario sume la cuarta parte del activo de la herencia, sin que eso implique traslado de las obligaciones a los legatarios ni que éstos tengan que compartir con el heredero el pasivo de la herencia de modo que tal heredero reciba la cuarta parte neta.

El artículo 871 es sibilino. Aparte de ser criticable por razones que son impertinentes apuntar ahora, su primer párrafo alude a la masa hereditaria, dando a entender que los legados están afectos al pago de las obligaciones, porque, naturalmente, los bienes legados pertenecen a la masa hereditaria. Pero a continuación precisa que después de la partición, las deudas son imputadas a los herederos en proporción a sus cuotas, sin mencionar a los legatarios. Nuevamente, todo induce a pensar que los legatarios nunca responden por las obligaciones transmitidas.

Estrechamente relacionado con lo anterior está el artículo 879. Es importante transcribirlo: «El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, salvo disposición contraria del testador. Si hubiera pagado alguna deuda debidamente acreditada y que grave específicamente el bien legado, deberá resarcírsele por los herederos lo que hubiere pagado». Aparte de los problemas de interpretación que ofrece este precepto al vincularlo con los artículos 760 y 761 del Código Civil, resulta obvio que el legatario no responde por deudas del causante⁹, salvo que éste expresamente lo hubiera dispuesto. Pero incluso habiendo tal disposición testamentaria expresa, existen dos diferencias fundamentales en el tratamiento respecto de los herederos. La primera de ellas es que el heredero siempre responde, aunque la voluntad del testador le exonere. La segunda es que a los legatarios no se les impone tope de responsabilidad, ni a ellos, por obvias razones, se les aplica el beneficio de inventario, ni se afecta lo legado al pago de la obligación, con lo cual (y esto es distinción entre responsabilidad *cum viribus* y responsabilidad *pro viribus*) el legatario puede pagar con bienes ajenos al legado propiamente dicho.

Todo lo dicho se orienta a lo mismo: que el legatario no responde por las obligaciones del causante, salvo las excepciones contenidas en los artículos 760, 761 y 879 del Código Civil. Pero, ¿es lógico esto?, ¿es justo? No, definitivamente. No es razonable que, por ejemplo, un testador sin here-

deros forzosos distribuya todo su activo en legados -como se lo permite el artículo 738, primer párrafo *in fine*- y deje a sus acreedores sin posibilidad de cobro. En tal hipótesis, los acreedores quedarían desamparados.

Nuestro ordenamiento sucesorio es francamente defectuoso e incompleto en esta materia. El único pobre indicio que proporciona en defensa de los acreedores sucesorios cuando la herencia no alcanza para cobrarse y haya legados, está en el artículo 875: el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.

¿Cuál debe ser entonces la solución? Mi interpretación es la siguiente: el pago de las obligaciones y cargas afecta en el siguiente orden. En primer y prioritario lugar al activo no legado, esto es, a cargo de los herederos no legatarios, quienes al sustituirse en la posición de su causante pasan a ser deudores, con el privilegio de que la deuda debe pagarse preferentemente con cargo al activo de la herencia. En segundo lugar, por efecto de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 770, responden los legatarios coherederos con su legado (bien entendido que tanto en este caso como en el anterior se haya hecho uso del derecho limitativo de responsabilidad, porque de lo contrario responden ilimitadamente luego de agotado el activo hereditario). En tercer y último lugar, si quedaran acreedores impagos -sea porque el activo no legado no alcanzó a cubrir el pasivo, sea porque los herederos son insolventes- los legatarios comunes responderán mancomunadamente (no hay previsión legal de solidaridad y esta nunca se presume) a prorrata por las obligaciones, pero sólo hasta por el valor de los respectivos legados, y por tanto nunca ilimitadamente, como puede ser el caso del heredero. Empero, por el principio que sienta el artículo 879, las obligaciones no se imputarán proporcionalmente a los legatarios si el testador hubiera dispuesto de modo específico sobre obligaciones determinadas.

En conclusión: es correcto que responde el heredero, pero hay que precisar que también, en situaciones extremas, responden los legatarios en los casos que han quedado expuestos.

⁹ Señala LANATTA, R., CODIGO CIVIL. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, pág. 147, que esta regla recoge, «según la mejor doctrina, uno de los caracteres diferenciales entre el heredero, al que corresponde pagar las deudas del causante hasta donde lo permita la herencia, del legatario, al cual no se extiende esta obligación».

4.2. Otras cuestiones.

Definido el asunto de los grados y las fases de responsabilidad respecto de los sujetos sucesores, hay que dilucidar otros aspectos de menor grado.

4.2.1. El primero se relaciona con la posibilidad que un heredero tenga vocación conjunta testamentaria y legal. Es decir, cuando el testamento no dispone de todo y es preciso convocar herencia parcialmente intestada. El tema en realidad no ofrece complejidad alguna. La situación es exactamente la misma.

4.2.2. Más duda, en cambio, ofrece la posibilidad de distribuir la responsabilidad entre los herederos, cuando no es uno solo¹⁰. El asunto es realmente complejo, pues según el artículo 1183 del Código Civil, la solidaridad no se presume; sólo la ley o el convenio pueden establecerla mediante indicación expresa. No obstante, el artículo 871 señala que mientras la herencia permanezca indivisa, la obligación de pagar las deudas gravita sobre la masa hereditaria, pero después de la partición afecta a cada uno de los herederos en proporción a su cuota hereditaria. Entonces, ¿ha querido decir esta regla que todos los herederos responden solidariamente ante los acreedores hasta el momento de la partición y sólo a partir de entonces mancomunadamente? Creo que no. No encuentro en el precepto intención de establecer solidaridad en el sentido de que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de los herederos por el íntegro del crédito antes de la partición. Lo que la norma ha querido indicar, tal como la entiendo, es que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los bienes, pero necesariamente contra todos los herederos, porque todos ellos son sucesores. Pero además de lo dicho, hay otra razón de orden procesal, y es que el artículo 57 del Código Procesal Civil califica a la sucesión indivisa como un patrimonio autónomo, de suerte que conforme al artículo 435 del mismo deben ser emplazados todos sus integrantes. Sin embargo, todo lo anterior es insuficiente respecto de algunos casos prácticos que pueden plantearse.

Supóngase, por ejemplo, que el testador adjudica una obligación determinada a un cierto heredero.

En tal hipótesis se imponen algunas diferencias en atención a las distintas situaciones, según se trate de herederos forzosos o voluntarios. Aun siendo válida tal disposición testamentaria, tal imputación de deuda a un heredero determinado ha de resultar inoponible ante los acreedores, porque ellos son acreedores del difunto, y los herederos en conjunto pasan a ocupar la posición jurídica de su causante, de modo que ante terceros la responsabilidad es unitaria y no individual hasta que no se haga la partición, a la cual puede oponerse un acreedor cualquiera hasta que no se le pague o garantice. Lo contrario permitiría que el tal heredero invocara el beneficio de inventario y, si el activo no alcanzara, el acreedor quedaría obligado a perseguir subsidiariamente uno a uno a todos los herederos. Puede argumentarse que conforme con el artículo 735, la herencia, y por ende las obligaciones, puede distribuirse en cuotas, pero eso es sinónimo de porcentajes ideales y no, por cierto, de adjudicaciones.

La inoponibilidad ante los acreedores de la disposición testamentaria que imputa determinada deuda a un heredero no quita validez a tal disposición. Ocurre que si se trata de heredero voluntario y el testador no instituyó cuotas, debe entenderse que el pasivo que se le adjudicó reduce su proporción. En cambio, si se trata de heredero legítimo, se aplica el artículo 807, y el heredero que pagó la obligación ha visto su legítima menoscabada y le asiste el derecho de que los demás legitimarios le compensen o se les reduzca la legítima en la proporción correspondiente.

V. EL MODO DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD.

Concluye el primer párrafo del artículo 661 indicando que cuando la responsabilidad sea limitada, lo es hasta donde alcancen los bienes. En realidad, se ha quedado corto, pues debió agregar «y derechos»¹¹, que también forman parte del activo de la masa hereditaria.

Ahora bien, nótese que la norma indica «hasta donde alcancen los bienes», y no dice «hasta donde alcance el valor de los bienes». La acotación no es ociosa y se debe a la diferencia que existe entre

¹⁰ Aunque sobre la legislación española, que es diferente a la nuestra, existen opiniones divididas. Sobre el tema pueden verse específicamente: GINOT LLOBATERAS: La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados. ADC, 1950, pág. 1079; ALBALADEJO, M: La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición. ADC, 1967, pág. 479.

¹¹ Respaldándose en ARIAS SCHREIBER, M., FERRERO, A.: Derecho de Sucesiones, pág. 135, considera que es ociosa la referencia a derechos, porque son una especie de bienes. Personalmente discrepo de estas tesis.

responsabilidad *cum viribus* y responsabilidad *pro viribus*. La primera postula una responsabilidad con los bienes; la segunda, una responsabilidad sobre el valor de los bienes. Como bien dice Lledó, «Responder con los bienes hereditarios querrá decir que son estos mismos bienes los destinados a satisfacer a los acreedores del muerto. Responder hasta el importe de los bienes hereditarios significará que el heredero responde personalmente y con sus propios bienes de las deudas del muerto, pero sólo hasta una cifra equivalente al valor del activo hereditario. En el primer caso hay un deslinde objetivo y cualitativo; en el segundo, un tope cualitativo. En el primer caso, importará que en el inventario no haya omisiones; en el segundo, tanto como el elenco sea completo, importará que la valoración sea correcta»¹².

Creo que nuestro legislador ha optado por lo primero. En otras palabras, que cuando el heredero tenga responsabilidad limitada, los acreedores sólo podrán dirigirse contra los bienes de la herencia y no contra los bienes del heredero hasta por un valor equivalente al del activo de la herencia. De manera que si los bienes hereditarios (y para estos fines también los derechos) sufrieran pérdida total, el acreedor no podrá reclamar contra el heredero que hubiera invocado responsabilidad limitada. Este sistema significa que aunque la herencia fuera originalmente positiva y con activo suficiente para el pago de obligaciones, el acreedor del causante (ahora acreedor del heredero) tendrá que intentar el cobro forzado sobre los bienes hereditarios, pudiendo el heredero formular tercería si se pretende el cobro con sus bienes particulares no hereditarios.

Viceversa, si la responsabilidad fuera *pro viribus* (y no *cum viribus*, como creo que es) el heredero debería responder con sus bienes propios y distintos de los heredados, hasta por el monto de la deuda, pero con el tope del valor del activo heredado (siempre, por cierto, que hubiera beneficio de inventario o prueba de herencia deficitaria), aunque tal activo se hubiera esfumado (por ejemplo, si un deudor del causante -por lo tanto, crédi-

to activo de la masa hereditaria- deviene insolvente).

La tesis que propugno no sólo tiene sustento en el propio artículo 661 que se refiere a los bienes de la herencia y no al valor de ellos, sino que también encuentra apoyo en la segunda parte del artículo 770 que se refiere a si la herencia fuere insuficiente para el pago de las deudas. A su vez, el artículo 787 inciso 7 establece que las deudas se pagan con los bienes hereditarios. Y herencia es el conjunto universal de lo que la compone, no el valor individual atribuido a sus partes integrantes. En suma, por la transmisión y sucesión del heredero en las posiciones jurídicas del causante, el heredero se convierte en deudor, pero con el primario respaldo de los bienes de la masa, no con los suyos (aunque puede, si quiere y fuera el caso, pagar con dinero propio en lugar de tener que disponer de un bien de la herencia).

Para cerrar este punto, conviene insistir en que por efecto del mecanismo hereditario, los acreedores devienen a serlo de los herederos, no de la sucesión, como frecuente y erróneamente se dice.

VI. CASOS ESPECIALES DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD.

Como hemos visto, el heredero responde ilimitadamente por las deudas de su causante, salvo que invoque el beneficio de inventario al aceptar la herencia, o que después de aceptada presuntamente por imperio del artículo 673 logre probar un pasivo que exceda del activo, y en uno y otro caso responderán prioritariamente los bienes hereditarios.

Ahora bien, en ciertas hipótesis el propio ordenamiento dispensa un tratamiento especial que amerita análisis.

El inciso 9 del artículo 448 preceptúa que los padres requieren autorización judicial para aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas. La norma es defectuosa al aludir a cargas,

(continuación de pie de página anterior)

Me explico: si se entiende como bien todo aquello susceptible de integrar un patrimonio y fuente de riqueza, los derechos (creditorios, por ejemplo) sí pueden calificarse de bienes. Empero, la calificación normativa de bienes en nuestro ordenamiento la concibo como aquellos bienes susceptibles de materia de un derecho real por naturaleza o por concesión legal. En este orden de ideas, cuando el artículo 669 alude a derechos, es obvio que está aludiendo a lo que no tiene la categoría de bien contemplado como inmueble o muebles en los arts. 885 y 886 del Código Civil. De este suerte, quien fallece antes de aceptar una herencia transmite el derecho de aceptarla o repudiarla (art. 679 C.C.) y obviamente no transfiere un bien, sino el *ius delationis*.

¹² LLEDO YAGÜE, F.: Derecho de Sucesiones. Universidad de Deusto. Bilbao, 1989, Tomo II, pág. 125.

pero su obvia intención es que la «carga» (que puede ser un cargo o estipulación modal del tipo de los previstos en el artículo 185 y ss. del Código o cualquier obligación que deba asumirse como consecuencia de la adquisición de liberalidad) no se traduzca en un empobrecimiento del beneficiario.

A su vez, el inciso 1 del artículo 532 precisa que los tutores requieren autorización judicial, concedida previa aprobación del consejo de familia, para celebrar (aunque dice «practicar») los actos indicados en el artículo 448. En tema de curatela se aplica el mismo régimen, porque el inciso 6 del artículo 647 dispone que compete al consejo aceptar la liberalidad sujeta a carga que se hubiera dejado al menor o, en su caso, al incapaz.

Con arreglo a tales normas surgen varias preguntas. La primera de ellas es si en estos casos resulta de aplicación el artículo 673, de aceptación presunta y, por tanto, de consiguiente responsabilidad. En mi opinión, no. Pienso que en las hipótesis enunciadas no se podrá conceder autorización hasta que se realice inventario, porque de lo contrario se corre el riesgo de autorizar una posición sucesoria que se traduce en desmedro patrimonial del sucesor. O, dicho de otra manera, tratándose de incapaces, sólo pueden adquirir herencias o legados después de aceptación expresa con beneficio de inventario.

En el caso del Estado y las Beneficencias se produce un tratamiento especial previsto en el artículo 830 del Código Civil.

VII. LOS MEDIOS LIMITATIVOS DE RESPONSABILIDAD: EL INVENTARIO.

Con excesiva parquedad, el Código recoge en su artículo 661 dos medios limitativos de responsabilidad: la prueba del exceso de «las deudas» (*rectius*, obligaciones) sobre los bienes (y derechos), o el inventario judicial.

Dada la redacción de la norma, debe entenderse que la posibilidad de prueba es posterior al inventario judicial. Por este motivo, examinaremos éste en primer lugar.

7.1. El inventario judicial.

Atendiendo a que por efecto de la sucesión los herederos subentran en las posiciones jurídicas de su causante y no necesariamente conocen el estado de su patrimonio, la asunción pura y simple de la herencia puede resultarles desfavorable, ya que eventualmente el pasivo es superior al activo y entonces, al haberse sustituido en dichas posiciones, ellos quedan constituidos en deudores y por ende responsables de todas las obligaciones no sólo con los bienes que pudieran haber heredado, sino también con sus bienes personales.

Para evitar al heredero las posibles consecuencias perniciosas derivadas de tal circunstancia, el ordenamiento jurídico otorga dos posibilidades alternativas: la renuncia o repudiación de la herencia, o la aceptación de la misma con el llamado beneficio de inventario. En otras palabras, que si el heredero acepta serlo, lo acepta con todas sus implicancias, pero con el beneficio de ver limitada su responsabilidad de pago a lo que resulte del inventario de bienes, derechos y obligaciones. Eso es lo que establece el artículo 661 del Código Civil: habiendo inventario judicial, el heredero responde de las deudas y cargas sólo hasta donde alcancen los bienes. No es que sólo sea heredero parcial de las obligaciones hasta donde alcanzan los bienes, ni que sea heredero condicionado¹³; insisto, se es heredero a plenitud, pero con responsabilidad limitada.

El efecto principal del inventario es, en primer lugar, conocer el contenido de la herencia; y en segundo, evitar la confusión entre los patrimonios de causante y sucesor. Y de esto último se sigue: (a) que los bienes heredados quedan asignados al pago de las obligaciones heredadas, sin afectar a tal propósito los bienes del heredero, quien sólo responde hasta donde alcancen los bienes relictos; (b) que los acreedores del causante tienen preferencia sobre los acreedores del heredero para el cobro con cargo al activo sucesorio; (c) que el heredero conserva todas las acciones y derechos que tenía contra su causante sin extinción de las obligaciones.

Se trata, pues, de un instituto excepcional que tiene por objeto favorecer el conocimiento del conte-

¹³ Señala acertadamente GONZALEZ GARCIA, José: Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario. Montecorvo. Madrid, 1989, pág. 60 que «la consideración del beneficio de inventario como una modalidad de aceptación y como una aceptación condicionada, no parece exacta. Para que pueda utilizarse esta terminología técnicamente, sería menester que el evento en que la condición consiste fuera futuro e incierto, cosa que aquí no sucede. Por otra parte, en los negocios condicionales la no producción de la condición acarrea una deficiencia o ineficacia de todo el

nido la herencia y evitar la renuncia¹⁴, pues de existir herencia negativa siempre sería rechazada, con las complicaciones consiguientes. Así, pues, el inventario es un privilegio singular que la ley propicia para disuadir la renuncia; es decir, para permitir una sucesión fluida sin que ello resulte pernicioso para el heredero. En síntesis, el inventario es el medio que la ley confiere al interesado con el fin de que obtenga una limitación de responsabilidad sucesoria que, de otro modo, sería ilimitada, como la de cualquier deudor.

Nuestro Código omite regular el beneficio de inventario. Todo lo que dice es que si hay inventario judicial, la responsabilidad del heredero queda limitada (lo que no es del todo cierto, pues pese a haber tal inventario, el heredero puede querer pagar las deudas, aunque superen el activo). De puro escueto, bajo el concepto de inventario nuestro Código parece haber fusionado lo que son tres cosas diferentes: (a) el inventario judicial propiamente dicho, que es el medio o manera de determinar objetivamente el patrimonio del causante y por tanto lo puede solicitar cualquier interesado, heredero (ya aceptante, o a reserva de aceptación), legatario, albacea o acreedor; (b) el beneficio en sí, que es la concesión o privilegio que se otorga y cuyo efecto es tanto limitar la responsabilidad del heredero como independizar los respectivos patrimonios, y; (c) la invocación del beneficio.

7.1.1. El inventario propiamente dicho. Hacer inventario es formar lista o relación de algo, que en este caso es judicial. El artículo 763 del Código Procesal Civil prescribe que el propósito del inventario es individualizar y establecer la existencia de bienes. En cuanto al modo de hacerlo, el numeral 764 del mismo Código establece que se describen ordenadamente los bienes, su estado, lugar y características. Obviamente, la misma regla vale *mutatis mutandis* para los derechos y obligaciones. El inventario, como resultado de una actividad, consiste en un documento en el cual se especifica el contenido del patrimonio del causante.

Como la finalidad del inventario es simplemente determinar los activos y los pasivos del causante, puede ser solicitado por el heredero o por cualquier otro sucesor, o por los acreedores interesados en que se incluyan sus créditos entre los pasivos, o por el administrador de herencia o por los albaceas (art. 787 inciso 3 del Código Civil). De aquí que el inventario, derecho de distintos sujetos, no deba confundirse con aceptación beneficiaria o a beneficio de inventario, que es derecho exclusivo de aquel en cuyo favor se ha delatado la herencia¹⁵. Por otra parte, mientras que el inventario en sí favorece a todos los coherederos, estableciendo en su favor una presunción de responsabilidad limitada, en los casos que no lo haya el beneficio de inventario sólo redundará en conveniencia del heredero que lo haya solicitado¹⁶.

En cuanto al plazo para iniciar el inventario, el Código no lo explicita. Empero, hay criterios para determinarlo. Tratándose de sucesión testada, el artículo 795 fija en noventa días el plazo de que disponen los albaceas para comenzar, salvo que previamente fueran requeridos para hacerlo, en cuyo caso deben comenzarlos dentro de los treinta días siguientes. Tratándose de intestada, lo lógico es que el inventario se solicite dentro de los plazos de aceptación presunta consignados en el artículo 673 del Código Civil, porque luego de los mismos, sin necesidad de inventario judicial formal, el heredero dispone del derecho de probar un eventual exceso del pasivo, lo que supondrá, cierto es, una relación de activos y pasivos, pero no a modo de proceso judicial de inventarios.

Tampoco prescribe la ley un término final para el inventario. Durará todo lo que sea necesario, hasta que, conforme a las reglas del Código Procesal, se hayan inventariado todos los bienes, acciones, obligaciones y derechos.

El Código prescribe en el artículo 661 (y en el 787 inciso 3) inventario judicial. La exigencia de que sea judicial me parece exagerada. Lo conveniente hubiese sido permitir cualquier otra formalidad (notarial, por ejemplo), salvo que alguno de los in-

¹⁴ CICU, A.: Derecho de Sucesiones. Parte General. Barcelona, 1964, pág. 517.

¹⁵ AZZARITI, G.: Le successioni e le donazioni. Jovene. Napoli, 1990, pág. 109 apunta acertadamente que mientras la aceptación beneficiaria concierne a la limitación de responsabilidad, el inventario mira en cambio a evitar que del caudal hereditario pueda haber sustracciones u ocultamientos.

¹⁶ Lo que BORDA, G.: Sucesiones, pág. 118, declara que le parece completamente justo, pues algunos coherederos «pueden aceptar bajo beneficio y otros renunciar a él o perderlo por la realización de actos que traen aparejada esa consecuencia». Y agrega: «sería injusto que la imprudencia o falta de previsión de algunos de los herederos obligara a los otros a cargar con el pasivo sucesorio».

interesados solicitase expresamente que fuera judicial.

En cambio, las normas no reclaman que el inventario sea valorizado, que es lo que corresponde a la naturaleza del inventario. Si su finalidad es determinar activos y pasivos, y consiguientemente si los primeros son o no suficientes para pagar los segundos, no sólo interesa (aunque también sea necesario) saber de qué se compone la herencia, sino hasta qué punto los bienes y derechos alcanzan para pagar las obligaciones.

Un punto interesante para dilucidar es si puede efectuarse el pago de los legados antes de concluir el inventario judicial. La respuesta depende de varias circunstancias, pero en principio puede responderse positivamente, salvo que exista oposición de los acreedores que teman que la herencia no legada sea insuficiente para satisfacer sus créditos, o por las razones antes indicadas en el apartado 4.1., nada obsta el pago de los legados antes de la conclusión de la inventario. Lo que ocurre es que si después de terminado el inventario se conocieran otras obligaciones, los legatarios serán responsables de su pago, hasta por el monto del legado, sólo si en la herencia no quedaran bienes y el heredero no hubiese hecho uso del derecho de limitación responsabilidad.

7.1.2. El beneficio de inventario propiamente dicho. Este beneficio consiste en aquel privilegio legal por virtud del cual el llamado a la sucesión separa e independiza del suyo el patrimonio relicto resultante del inventario. En otras palabras, es una manifestación de voluntad consistente en hacer valer (o reservarse la posibilidad de hacerlo) la posibilidad de heredar con dos efectos: (a) que el heredero conservará contra el patrimonio sucesorio los derechos y obligaciones que tenía con el causante, sin que se produzca confusión entre el patrimonio de la herencia y el propio del heredero; (b) que el heredero responderá limitadamente, hasta donde lo cubran los bienes y derechos que integran la herencia, sin que los acreedores del causante puedan pretender su cobro con el patrimonio del heredero. Obviamente, dada la redacción del artículo 661, no será preciso invocar el privilegio si ya existe inventario. En este orden de ideas, cuando ya exista inventario, favorecerá a todos los coherederos y éstos no necesitan hacer valer expresamente su responsabilidad limitada, pero naturalmente pueden renunciar a ella y responder sin limitación alguna.

En este sentido, hay que distinguir entre beneficio de inventario y aceptación a beneficio de inventario. El beneficio puede invocarse antes o

después de la facción de inventario, y antes de aceptar la herencia o al momento de hacerlo. El beneficio, pues, se traduce primero en un conocimiento y luego, si hay aceptación beneficiaria sin inventario previo, en la segregación de patrimonios, independizando el del causante que está siendo o será materia de inventario. Por efecto de esta distinción patrimonial y a resultados del inventario, el heredero podrá optar entre renunciar la herencia, aceptarla en su totalidad aunque sea deficitaria -cosa que nada impide, pese a lo que sugiere el artículo 661 del Código Civil-, o aceptarla con limitación de responsabilidad.

7.1.3. La invocación del beneficio. Como hemos visto, el beneficio de limitación de responsabilidad depende de dos circunstancias alternativas: de la invocación del beneficio de inventario, cuando aún no lo hay, o de la prueba del exceso negativo, cuando haya habido aceptación presunta. Ahora estamos examinando la primera posibilidad.

Como situación jurídica que es, la invocación del beneficio queda sujeta a diversas variantes.

a) El heredero puede invocar el beneficio antes o después de la facción de inventario. Si el inventario no ha empezado o está en trámite, es perfectamente posible que el llamado a la herencia desconozca el estado patrimonial de su causante. En tal caso, puede aceptar la herencia haciendo valer el beneficio y por ende la limitación de responsabilidad, o reservarse aceptarla o rechazarla según los resultados del inventario. Si el inventario (por ejemplo formulado por albacea) ya estuviera terminado, a la vista de lo que demuestre sobre el patrimonio del causante, el heredero puede hacer valer el resultado del mismo y por tanto limitar su responsabilidad, o aceptarlo pura y simplemente. Pero a tenor de lo dispuesto en el artículo 661, la limitación de responsabilidad se presume.

b) El beneficio puede invocarse antes o conjuntamente con la aceptación expresa. Si es antes, el heredero (que en rigor todavía no es heredero, porque no ha aceptado) invoca el beneficio precisamente para que se haga inventario y a la luz del mismo decidirá si rechaza la herencia, o si la acepta y en este último caso si la acepta beneficiariamente o con responsabilidad limitada. Si se invoca al beneficio al declarar la voluntad de aceptar, el heredero queda investido con todas las atribuciones y deberes pertinentes a partir de este momento (si bien que con efectos retroactivos) y asume la calidad de heredero y responsable de las obligaciones de su causante hasta donde alcancen los bienes heredados.

Cuestión importante por precisar es que la invocación del beneficio procede siempre, aunque el testador lo hubiera prohibido (incluso indirectamente) en su testamento. Es decir, no cabe que el testador coloque al heredero en la opción de repudiar la herencia o aceptarla *in toto* sin restricción de responsabilidad. El beneficio de inventario es concesión legal al heredero contra la que no cabe disposición testamentaria. Nuestro Código nada dice al respecto, pero encuentro en esto perfectamente aplicables a nuestro ordenamiento, por la lógica de las cosas, los artículos 3362 del Código argentino y 1010 del español, que expresamente consagran el derecho al beneficio aunque el testador lo hubiera prohibido.

En cuanto a la forma de invocar el beneficio, el Código guarda silencio, pero aquí se impone el sentido común. Cuando el beneficio se hace valer al aceptar, es de aplicación la regla contenida en el primer párrafo del artículo 672. Y cuando el beneficio (o sea, derecho a inventariar) se invoca antes de aceptar, y precisamente para decidir si se rechaza o se acepta la herencia, no pueden exigirse mayores formalidades, de modo que al documento público o privado sólo puede agregarse el acto mismo de solicitud judicial de inventario, en la que el presunto heredero lo pide y de ello tendrá que colegirse el derecho a hacer valer responsabilidad limitada.

VIII. LOS MEDIOS LIMITATIVOS DE RESPONSABILIDAD: LA PRUEBA DEL EXCESO.

Como he dicho anteriormente, la limitación de responsabilidad del heredero no es automática ni obligatoria. Mi interpretación es que el heredero siempre responde ilimitadamente, salvo que haya inventario judicial, al que ya nos hemos referido, o que pruebe el exceso del pasivo. Del inventario ya hemos hablado. Veamos ahora lo otro.

La prueba del exceso pasivo sólo puede hacerse, por lógica, después que el heredero sea tal. Ahora bien, sólo se es heredero a partir de uno de dos momentos: desde que la herencia es aceptada voluntariamente, o desde que por presunción legal se la tiene por aceptada; hasta entonces el heredero no es tal, sino un simple llamado. En la primera hipótesis caben dos posibilidades: que la voluntad sea expresa o tácita. Si es expresa, puede haber habido (a) aceptación pura con responsabilidad ilimitada o (b) beneficiaria, quedando responsable el heredero sólo con los bienes y derechos heredados. Si es tácita y no hay inventario solicitado por terceros (ni, claro está, por el heredero), la transmisión es integral y el heredero tendrá que

pagar las obligaciones del causante como si siempre hubiesen sido suyas y por tanto sin poder hacer respaldarse en patrimonios separados.

Puede ocurrir, sin embargo, que por efecto del errado artículo 673 y sin que exista inventario formalizado o en trámite, se impute a los herederos toda la herencia y consiguientemente todos sus activos y pasivos. Consciente el Derecho de la injusticia que puede significar una herencia negativa imputada por presunción a los herederos, les confiere la posibilidad de prevalerse contra los efectos desfavorables. Tales herederos, por cierto, ya no pueden renunciar a la herencia. La ley se la atribuye la quieran o no, porque no convienen las situaciones de incertidumbre jurídica: alguien tiene que hacerse cargo de las relaciones jurídicas del difunto. Pero como la ley se la atribuye, les otorga una ventaja pareja a la del beneficio de inventario: demostrar el exceso patrimonial negativo.

La alusión del artículo 661 del Código Civil a la incumbencia al heredero de la prueba del exceso no es sólo una cuestión de carga probatoria judicial, sino, como dice el artículo 662 siguiente, un verdadero beneficio. La referencia a la prueba debe verse, pues, desde un doble ángulo.

El primero de ellos es sustantivo: si (entendido que no preexistía inventario) el heredero quiere responder por todos los pasivos hereditarios, puede hacerlo, por razones morales, filiales o lo que sea. Pero si no lo desea, debe demostrar que los pasivos son superiores. Para esta demostración, la ley no tiene prevista ni forma ni plazo. Por lo tanto, dependerá de la contundencia y seriedad de la demostración.

El segundo de ellos es de orden procesal. Conforme a esto, el *onus* de la prueba siempre pesa sobre el heredero, cualquiera que fuese su ubicación procesal. El artículo 196 del Código Procesal Civil establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, salvo disposición legal diferente. De donde se deriva que, en el caso bajo análisis, el acreedor podrá intentar el cobro de su crédito con cargo al patrimonio del heredero y que será éste quien tenga que demostrar que el pasivo de la herencia (legados aparte) es superior al activo de la misma, lo que involucra una suerte de inventario y, llegado el caso, que no quedan bienes afectables por haberse ya aplicado todos al pago de otros débitos del causante. Naturalmente, si el heredero no aporta medios probatorios que acrediten de manera convincente el saldo negativo de la

herencia, tendrá que pagar de su propio patrimonio el crédito del acreedor reclamante.

IX. PERDIDA DEL BENEFICIO.

Señala el artículo 662 que pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que (a) oculta dolosamente bienes hereditarios, o (b) simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

Entre otras varias preguntas que suscita el artículo 662, la primera que surge respecta al beneficio a que se refiere. Me explico: la norma preceptúa que se pierde el beneficio otorgado en el artículo 661. Sin embargo, este artículo no alude a un beneficio, sino a dos: el de probar el exceso y el de solicitar inventario.

Sostener que el «beneficio otorgado» se refiere a la limitación de responsabilidad es, realmente, una elipsis, porque ese beneficio no lo otorga automáticamente el artículo 661, ni es forzoso, sino que sólo lo establece como consecuencia jurídica de haber habido inventario o prueba del exceso y cuando el heredero quiera limitar su responsabilidad. Bien mirado el asunto, poco importaría, en principio, la sanción que contempla el artículo 662, pues (a) si se hizo inventario judicial y nadie lo impugnó, dejándolo por conforme, nadie puede ir contra sus propios actos y sostener *a posteriori* la invalidez o imperfección del inventario, o (b) si se probó, judicialmente por ejemplo, el exceso del pasivo sobre el activo, y el heredero resulta victorioso del proceso, hay cosa juzgada. De modo, pues, que en uno y otro caso no puede retirarse un beneficio que se obtuvo.

Entonces, ¿cómo ha de entenderse la norma? La respuesta es difícil, más aún si nos remitimos a la Exposición de Motivos¹⁷, en la cual sólo se explica que en los casos contemplados en el dispositivo, el heredero pasa a responder *ultra vires*, con responsabilidad que no se limita a los bienes de la herencia, sino que comprende los propios del heredero. Pero el asunto se vuelve más complicado al examinar las normas de Derecho extranjero que, según el expositor de los motivos de la nuestra, son análogas a la que ahora examinamos. Entre ellas cita, por ejemplo, la norma del artículo 1002 del Código español, que en verdad no es análoga a la nuestra, porque alude a privación de la facultad de renunciar la herencia con prescin-

dencia de si es positiva o negativa; la que sí es análoga es la contenida en el numeral 1024, que alude a la pérdida del beneficio de inventario. La Exposición de Motivos también cita el artículo 494 del Código italiano, que alude a decaimiento del beneficio de inventario. Otra referencia se hace al artículo 3366 del Código argentino, pero esta regla alude al plazo para hacer el inventario, no a sanciones por conducta indebida del heredero. Así planteadas las cosas, se hace imprescindible indagar por otros derroteros.

A mi juicio, lo que el precepto ha querido expresar es que el heredero que incurra en una de las hipótesis que el artículo indica pierde el derecho a obtener los efectos que para él resulten del inventario (solicitado por él o por otro), o de la oposición al cobro de un acreedor si ha alegado exceso. No se pierde, pues, el beneficio a solicitar inventario o probar el exceso, ni tampoco se pierde el de limitación de responsabilidad ya obtenida. El beneficio del que la ley puede privar -a pedido de parte, por cierto- no es a tener limitación de responsabilidad o a perder la ya lograda, sino el de hacer valer los efectos que en circunstancias normales corresponderían al heredero por limitación ya invocada, pero todavía no concedida (con inventario firme o prueba judicial). De esta manera, puede darse el caso, por ejemplo, de que el inventario acredite la existencia de activos superiores a pasivos, pero situados los primeros en el extranjero. Como la regla de la primera parte del artículo 661 es que el heredero responde con los bienes de la herencia, si el heredero hubiera ocultado alguno de ellos, el acreedor no sólo deberá solicitar su inclusión, sino que puede demandar el pago de su crédito al heredero para que éste, con sus bienes, le pague el crédito sin necesidad de esperar a que concluya el inventario.

Resumiendo: no se pierde un beneficio ya existente y concedido (lo que eventualmente conduciría a repudiar el principio de cosa juzgada), ni el derecho a solicitarlo. Lo que se pierde son los efectos del beneficio solicitado, pero sobre el cual aún no hay pronunciamiento. Al analizar los incisos del artículo en las líneas que siguen, quedará perfectamente justificado este razonamiento.

La norma tiene una función eminentemente sancionatoria¹⁸. La sanción, como parece evidente, sólo se aplica cuando alguien lo pida y contra el heredero que incurra en alguno de los supuestos que el artículo recoge. Por lo tanto, siendo varios

¹⁷ LANATTA, R., CODIGO CIVIL. Exposición de Motivos..., ya citado, Tomo V.

los herederos y sólo uno de ellos el de conducta impropia, debe aplicarse régimen distinto. Los de recto comportamiento responderán limitada o ilimitadamente según el carácter de su aceptación. Es decir, no se ven perjudicados por los actos de su coheredero.

Eso por un lado. Por otro, hemos de preguntarnos si, como consecuencia de la pérdida del beneficio, el heredero respectivo habrá de responder por el íntegro de todas las obligaciones y las cargas, o solamente en la proporción correspondiente a su cuota. Así, por ejemplo, dos herederos, uno de los cuales responde *intra vires*, y otro sin limitación de responsabilidad por haber incurrido en uno de los supuestos del artículo 662. En tal caso, ¿el heredero sancionado sólo responderá por el cincuenta por ciento, o debe responder al cien por cien? La ley positiva no proporciona respuesta alguna. Personalmente, sin embargo, me inclino

por una contestación afirmativa¹⁹; esto es, que el heredero deberá responder por el íntegro de las obligaciones. No creo posible otra alternativa. Si así no fuera, la sanción no sería tal, pues la responsabilidad siempre tropezaría con el límite del activo equivalente a la cuota del heredero, con lo cual éste sólo pagaría con su cuota de los bienes heredados, obteniendo así indirectamente el beneficio que ha perdido. En efecto, si conforme al artículo 661 el beneficio consiste en una segregación de los patrimonios del causante y del heredero y en la limitación de responsabilidad de éste hasta donde alcance el activo que hereda, debe resultar obvio que cuando se pierde el beneficio, nada interesa el tope de tal activo, no hay separación patrimonial y el heredero es tan deudor como lo era su causante. Si el deudor debía el cien por cien, no se ve razón para que el heredero responda por menos, cuando precisamente ha perdido el beneficio.

¹⁸ GITRAMA GONZALEZ, M.: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículo 1024. Tomo XIV, Vol. 1, pág. 401.

¹⁹ No fue tal, sin embargo, el parecer mayoritario de la Comisión de estudio y revisión del Código Civil auspiciada por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de Lima, que en sede de *legiferenda* considera que debe incorporarse al artículo 662 un párrafo conforme al cual en dichos casos «el heredero responde por las deudas y cargas de las herencia en la proporción en la cual es llamado a concurrir en la misma». Cuadernos de Derecho. Revista del citado Centro. N° 2, pág. 62.



BANCO DE LIMA

GRUPO CREDIT LYONNAIS

DEMOCRACIA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL EN IBEROAMERICA: LOS PROYECTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA PENAL

Julio B. J. Maier
Profesor de Derecho Procesal Penal
Universidad de Buenos Aires
Argentina

I. DERECHO PENAL Y ORGANIZACION POLITICA.

A. Las organizaciones sociales.

En el presente artículo, el autor analiza el sistema penal en iberoamérica y su relación con la organización política imperante, sus problemas y deficiencias, y sobre todo la imperiosa necesidad de una reforma del sistema penal.

El artículo se inicia con el desarrollo, de una manera esquemática y sucinta, de la evolución de las organizaciones políticas y las distintas formas de solución de conflictos sociales a través de dichas etapas. A continuación, señala el legado cultural que ha dejado España en Latinoamérica, específicamente en lo referido al sistema penal, las consecuencias políticas en América de la Independencia y, en el ámbito penal, de la reforma liberal del siglo XIX en Europa.

Tras esta introducción, el autor pasa a señalar los problemas de la administración de justicia penal y la necesidad política y práctica de una reforma, la cual debe tener como punto de partida al procedimiento penal. Concluye en que las reformas del procedimiento nos llevarán a una nueva organización judicial, la cual necesariamente debería apartarse de nuestro sistema tradicional.

Es un lugar común, una verdad de Perogrullo, afirmar que el Derecho penal -en verdad, todo el orden jurídico-, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas¹ están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinados. Esa verdad autoevidente tiene, sin embargo, un significado especial en Derecho penal, pues, como veremos, la misma existencia de mandatos y prohibiciones, sostenidos por la amenaza de la coacción penal estatal, depende de una organización política determinada. La afirmación, inclusive, tiene su repercusión específica en el sistema judicial creado para realizar las normas penales, pues es en esa rama del Derecho, el Derecho procesal penal y de la organización judicial, cuyas reglas crean las funciones judiciales y prevén su forma de operar, allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la ideología vigente, se nota más claramente, más «a flor de piel» que en las otras ramas jurídicas, como alguna vez exprese².

Esquemáticamente, la evolución de las organizaciones políticas se sintetiza, en sucesión histórica y sin pretensión analítica alguna, distinguiendo

* El presente artículo fue originalmente publicado en la revista "Jueces para la Democracia", N° 16-17, 1992. Agradecemos al Dr. César San Martín por haberlo cedido para su publicación.

¹ Kaufmann, Armin. Lebedinges und Totes in Bondings Normentheorie. Otto Schwartz, Göttingen, 1954, cap. 2, B, II, p 69 y ss.

² Maier, Julio B.J. Derecho procesal penal argentino. Hammurabi, Buenos Aires, 1989. T1b, p 17 y ss.

dos o tres niveles de sociedades, con los rasgos fundamentales siguientes: la *sociedad primitiva o arcaica*, estructurada alrededor de grupos parentales que viven en un territorio próximo a todos ellos (vecinos), cuyo rasgo principal es la *carencia de una instancia política central* y cuyos habitantes (al menos los plenamente capaces) ejercen reunidos las facultades del poder político, cotidianamente; la *sociedad culturalmente avanzada*, que logra la formación de ese poder político centralizado, el Estado, del cual son *súbditos* los habitantes que viven al amparo de esa organización, en un territorio mayor, alejados del ejercicio del poder político cotidiano y cuyo orden no se funda en la vecindad, sino, antes bien, en reglas más o menos universales, dictadas o aceptadas por el poder político central creado; y, por fin, la *sociedad moderna*, en la cual los súbditos han recuperado parcialmente, en alguna medida, su capacidad política (por representación), para transformarse de súbditos del Estado en ciudadanos, cuyo poder político se organiza sobre la base de reglas jurídicas más o menos rígidas, que suponen autorización (competencia, facultades) y limitaciones de ese poder para quien lo ejerce, y cuyas reglas de orden están fundadas en acuerdos racionales entre los interesados³.

B. Los sistemas de solución de conflictos sociales.

Como la misma distinción evolutiva sugiere, a cada una de esas organizaciones políticas corresponden formas distintas de solución de los conflictos sociales. En la *sociedad primitiva*, cada conflicto provoca la necesidad de establecer el orden anterior, el *statu quo ante*, y supone un apartamiento del autor de su grupo parental. Desde el punto de vista material, lo importante es suprimir las consecuencias de la acción conflictiva mediante el regreso a la situación anterior a ella (modernamente: reparación natural o simbólica). Desde el punto de vista del procedimiento, los protagonistas del conflicto (modernamente: víctima y victimario), en ocasiones su parentela inmediata (tribu), son los encargados de realizar esa tarea, que, si no se lleva a cabo satisfactoriamente, desemboca en la lucha (la guerra) entre los contendientes. No sólo existen, como paradigma, ejemplos históricos de estas sociedades y formas de solución de conflictos, tales como el Derecho germano antiguo, el derecho foral (feudal), sino que, además, contamos con ejemplos modernos de organiza-

ción carentes de un poder político central vigoroso, cuyos individuos (sujetos de derechos) respetan y acuden a esta forma de solución de los conflictos: piénsese en el Derecho internacional público y en los conflictos entre Estados, que, o bien son soluciones por acuerdos entre ellos, tendentes a refundar el orden pacífico de convivencia, o bien generan una guerra, en el sentido actual de esta expresión. Nuestros propios países son, en la historia moderna, ejemplo de ello.

El nacimiento del *Estado* marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. Como el poder político, ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también él los conflictos sociales, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes. Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o el monarca); nace la *coacción estatal* y, con mayor propiedad, en la rama del Derecho que nos interesa, la *pena estatal*, muy ligada a los principios de la moral dominante. Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos, y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuales la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social. Aparece la *Inquisición*, custodio del orden y encargada de reprimir el desorden mediante la pena, para restablecer de esta manera el orden (jurídico) conculcado.

El *Estado moderno* no se aparta de este rumbo, aunque lo defina mejor y repare en los ciudadanos individuales. Desde el punto de vista material, hoy se pretende que la ley defina previamente los conflictos sociales que pueden conformar un caso penal, produciendo así una neta separación -al menos formal, aunque deseada políticamente en sentido material- entre Derecho y moral, y también las consecuencias coactivas. Desde el punto de vista del procedimiento que intenta realizar esas normas de conducta, las reglas jurídicas buscan, después de aceptar la reacción estatal directa como método ordinario de realización del poder penal del Estado, acotar ese poder y reconocer en el individuo un derecho de resistencia a la persecución penal.

³ Cf. Stratenwerth, Günter. Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips. C.F. Müller, Heilderberg-Karlsruhe, 1977, traducida al castellano por Bacigalupo, Enrique y Zugaldía Espinar, Agustín, en El futuro del principio jurídico-penal de

C. Conclusión.

De este repaso histórico sintético se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando hablamos de Derecho penal o de sistema penal, comprendidos allí todos su segmentos (Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal), en el sentido propio con el que empleamos estas expresiones, estamos mentando una realidad histórico-cultural *contingente*, producto de una de las formas de asociación política entre las personas, que no existió siempre, al menos como sistema principal de reaccionar frente a conflictos sociales⁴, y que, inclusive, puede dejar de existir en el futuro, por más remoto que sea el vaticinio. Precisamente, aquello que hoy, propiamente, llamamos Derecho penal, nace aproximadamente en el siglo XIII, con la formación de los poderes políticos centralizados, primeramente en el seno de la Iglesia católica romana y luego con la formación de los estados nacionales y el desplazamiento de la organización feudal. Por supuesto, la desaparición del sistema penal dependerá de una profunda modificación de la asociación política entre los hombres, de un movimiento similar, pero de sen-

tido inverso⁵; el vaticinio, por alejado que esté de convertirse en realidad, no es, sin embargo, ridículo frente a realidades tales como el desprestigio de la pena estatal y del Estado-Nación como forma de asociación política⁶.

Estado y Derecho penal -o sistema penal- son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican. Precisamente el nacimiento del Estado, con su oposición a las formas de organización social locales y la conversión en súbditos de un poder político soberano de aquellos que antes convivían en vecindad, según sus propias reglas, explica la aparición en escena del Derecho penal y de la *pena estatal*, su símbolo, vía y método de control social directo, con prescindencia de la voluntad particular como forma de excitación de la persecución penal y creación de la *persecución penal pública*, para aquellos comportamientos que atentan contra la forma de organización social establecida o contra la paz social entre los súbditos. Por ello no resulta exagerado tratar a los conceptos *Estado*, *Derecho penal*, *pena estatal* y *persecución penal pública* casi como sinónimos o, al menos, como conceptos que se implican.

⁴ La afirmación supone cortes diacrónicos, como forma de exponer los períodos históricos según el sistema ampliamente dominante, que desplaza a otros, sólo aplicables, en su caso, por excepción. Si se tratara de cortes sincrónicos quizás podríamos observar como, en cualquier período histórico, coexisten, en más o en menos, varios sistemas yuxtapuestos, funcionando a un mismo tiempo, alguno dominante y los demás desplazados a áreas marginales o excepcionales del orden jurídico, o, también, mixturas coordinadas de varios de ellos, producto de compromisos políticos coyunturales.

Hoy en día, inclusive, como herencia del período feudal, coexisten, al lado de los delitos llamados de acción pública, porque son perseguidos directamente por el Estado, los llamados delitos de acción privada y hasta los dependientes de una instancia particular o gubernamental, que suponen un mayor o menor gobierno de la persecución penal y de la pena por la voluntad de los ofendidos. También en el Derecho privado, en el cual la relación se invierte, existen infracciones o reglas de conducta, cuyas consecuencias son realizables públicamente, mediante acción directa de los órganos del Estado, que desplazan y privan de valor a la autonomía de la voluntad de los individuos en conflicto: los impedimentos absolutos para contraer matrimonio y la invalidez del matrimonio contraído con violación de esas reglas, por una parte, y las declaraciones necesarias de incapacidad de las personas y el discernimiento del representante, por la otra, son ejemplos de ello en la mayoría de los órdenes jurídicos.

El sistema de enjuiciamiento penal que rige en los países de Europa continental, después de la reforma integral del siglo XIX, ha sido denominado, con alguna razón, como mixto, pues supone un compromiso que respeta las reglas fundamentales de la inquisición, pero incorpora formas de realización acusatorias (con más propiedad: sistema inquisitivo reformado); hasta en los EE.UU. rige, genéricamente, un mixtión similar, pero de sentido contrario, que modifica el sistema anglosajón tradicional.

⁵ No se trata de una casualidad el hecho de que los abolicionistas piensen en una sociedad diferente, casi siempre en una asociación local, de perímetros reducidos (vecindad); cf. Christie, Nils: «Los conflictos como pertenencia», traducción de «Conflicts as property», publicado en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1, enero de 1977, por Bovino, Alberto y Guardiola, Fabricio, en *De los delitos y de las víctimas*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p 178 y ss.

⁶ La pena estatal, en especial la privación de la libertad, centro del sistema, escasamente soporta los embates de la filosofía social y de la sociología, inclusive de aquella de fuerte contenido fundado en las ciencias empíricas, pues los fines especulativos que se pregona para justificarla o legitimarla, las diversas teorías preventivo especiales o generales, positivas o negativas, sobre los fines de la pena, no consiguen apoyo especulativo o verificación empírica, sino, por lo contrario, la investigación, incluídas la filosófica, la político-social y la criminología empírica las ha negado, antes bien, en puntos esenicales, necesitados de fundamentación o de verificación, para estas teorías. Sobre las teorías preventivas de la pena, fundamentalmente en sentido crítico, conviene estudiar el contenido de la revista *Poder y Control*, núm. 0, PPU, Barcelona, 1986: sobre la autorreferencia de la justificación a las decisiones sobre la existencia de las reglas del sistema. Resta, Eligio. La desmesura de los sistemas penales, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira Héctor C. y Domínguez, José L. p 137 y ss.; sobre los problemas de la pena estatal y sobre la confusión de planos ontológicos que encierran las respuestas y las críticas a ellas, Ferrajoli, (continúa en la página siguiente)

Finalmente, según se observa, ya no se trata, por lo menos en primer lugar, de hallar un método de solución de conflictos sociales entre los protagonistas reales del conflicto social base del caso, sino, antes bien, de una forma de crear un nuevo conflicto, mediante su «estatalización»: el conflicto ahora se constituye entre el autor y el Estado. El Derecho penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio del poder político; crea un nuevo poder, el *poder penal del Estado*, máxima expresión de la violencia legitimada por el orden jurídico, representada esencialmente por la *pena estatal* -y, también, por otras autorizaciones coercitivas, incluso procesales-, que desplaza a la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo, y a las formas naturales de solucionarlo racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución⁷.

II. IBEROAMERICA.

A. La herencia cultural: conquista y colonización.

Se califica regularmente a los países americanos como *países jóvenes*, por el hecho de que nacieron a la vida política independiente hace sólo dos siglos o algo menos, en la mayoría de los casos. Tal calificación, sin embargo, no significa -según algunos piensan al extender el apelativo en un sentido erróneo- que nacieron a la vida política *sin historia*. Todo lo contrario, otra es la realidad y esa realidad se vincula, en último término, con el avance y la extensión de la civilización judeo-cristiana a territorios y gentes para ella desconocidos.

La América antigua, precolombina, carecía, en general, de contacto con otras civilizaciones, por su ubicación geográfica y los accidentes naturales que se interponían entre ellas y los demás continentes. Desarrolló, así, sus propios sistemas socio-políticos, cuyo desenvolvimiento abortó, abruptamente, la civilización europea conquistadora, que, con la colonización impuso sus propios esquemas de organización política y jurídica. Para el sistema penal oficial -y éste, según veremos, es el único que interesa-, han carecido de importancia los sistemas de solución de conflictos que practicaban nuestros indígenas.

Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas sociopolíticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispanolusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descrita. Particularmente la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli.

España vivió, durante la conquista y la colonización americanas, la época de afirmación de una forma de organización política conocida como

(continuación de la página anterior)

Luigi: El Derecho penal mínimo, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., p 25 y ss.; acerca de la disfunción de la teoría «fantasma teórico» con la praxis concreta, Paul, Wolf. Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. p 59 y ss.; con un principio de solución, Hassemer, Winfried. Prevención en el Derecho penal, en especial, p 110 y ss.; sobre una crítica acerca del sofisma de las teorías que legitiman la pena estatal y a través de ella, el sistema penal en su conjunto: Baratta, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal, traducción de Nogués, Javier, revisada por Bergalli, Roberto, p 77 y ss. Más allá de ello, para una visión sintética de la perspectiva abolicionista, Bovino, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal, en De los delitos y de las víctimas. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. p 261 y ss. La crisis del Derecho penal y de la pena privativa de libertad, desde un punto de vista más jurídico y tradicional, en Jescheck, Hans-Heinrich, «La crisis de la política criminal», traducción de Maier, Julio B.J. en Doctrina penal, Depalma, Buenos Aires, 1980. p 45 y ss.

Por lo demás, el Estado-Nación se ve desafiado, por una parte, por movimientos localistas que buscan un retorno a su antigua independencia y, por otra, por asociaciones supranacionales, reuniones de estados, con menor contenido de poder político centralizado; pero, quizás el más vigoroso parte de asociaciones privadas, incluso supranacionales, que no necesitan de territorio ni de símbolos para almacenar poder, especialmente económico, o, al menos, el territorio y los símbolos no son un elemento fundamental de ella, asociaciones que, regularmente, ya no se someten -o no necesitan someterse- a la ley estatal y al sistema de justicia estatal para solucionar sus conflictos.

⁷ Sobre el desplazamiento de la víctima y del autor, como factores de solución del conflicto social, la expropiación de sus derechos para arribar a una solución concertada, sobre la restitución al statu quo ante como forma ideal de solución de los conflictos y sobre el reingreso de la víctima y de estas soluciones al sistema penal, ver los diferentes artículos del libro De los delitos y de sus víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; además, Maier, Julio B.J. «Entre la inquisición y la composición», en No hay derecho, Buenos Aires, junio de 1992. año 2, núm. 6, p 28.

Estado-Nación, que, sintéticamente, generó, por primera vez en la historia, un poder político central vigoroso y personalizado (el *absolutismo*), antes inexistente, alejado considerablemente de los súbditos, a quienes regía por subordinación, personas que no participaban del poder, ni de su creación, ni de su ejercicio, tal poder político central gobernaba un territorio vasto y, como hemos visto, desplazó a las organizaciones locales, vecinales, del ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común. Las reglas de convivencia, como es sabido, fueron impuestas desde el poder político central creado, que apeló a los vestigios de un Derecho pensado como universal.

El Derecho romano imperial, conservado y desarrollado por los entonces recientes templos del saber, las universidades, y, especialmente por la elaboración práctica de la iglesia romanocatólica, cuando ella adquirió vocación universal⁸. Un Derecho culto, «científico», reemplazaba así al Derecho foral, local y costumbrista, de extracción popular, en cierta manera (usos y costumbres con vigencia en el lugar)⁹. Se trata del fenómeno conocido como Recepción del *Derecho romano-canónico en Europa continental*, que comienza su desarrollo en el siglo XIII de la era cristiana. *Inquisición* es el nombre con el cual se conoce, universalmente, todo el sistema penal y judicial correlativo a ese tipo de organización política.

No interesa ahora el estudio de las causas de este fenómeno cultural y político, algunas de ellas muy a la vista. Interesa, en cambio, la caracterización del sistema judicial. El reproduce, conforme al modelo político, una organización centralizada, *jerárquica* al extremo, de los cuerpos de decisión (tribunales), con base en el *control interno* de las decisiones que ellos emiten, al punto de que sus tribunales superiores no distinguen claramente el control sobre los funcionarios o sobre los órganos inferiores, del control (examen) sobre la decisión, sobre la solución del caso en miras a la finalización del conflicto social que conforma su base. Se trata de una organización claramente *burocrática*, no sólo porque el poder se delega desde su cúspide hacia los funcionarios inferiores, por escalones, con funcionarios que *devuelven* el

poder delegado a sus superiores para posibilitar el control de sus ejercicio, sino, además, porque esos cuerpos de decisión están integrados siempre por funcionarios del Estado, a su servicio para ejercer el poder, no al servicio de las personas particulares que viven bajo el poder político del Estado (sus súbditos). La administración de justicia, en especial la penal, dista de ser un *servicio* para la población y sus problemas (conflictos): es, en verdad, parte de la administración del poder y, como tal, parte de la administración estatal.

Esa organización, conforme con sus fines -la afirmación del poder central y el control social de sus súbditos, en lugar de la solución de conflictos interindividuales-, modifica abruptamente la manera de operar vigente con anterioridad: transforma el procedimiento, de un *juicio oral y público*, en una *encuesta* o investigación escrita y secreta (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, *de oficio*, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real, conforme sólo con las necesidades del poder estatal (transformado en pena estatal, pleonismo evidente), encuesta cuyo resultado, obtenido a partir de los registros que el inquisidor (juez) lleva a cabo sobre su actividad (actas), determina la «solución» del caso. Vale la pena acentuar que la víctima real, concreta, desaparece tras la persecución penal oficial, inservible su voluntad por expropiación de todas sus facultades -y las del autor- para operar la reacción y dar solución al caso, y objetivado su interés tras la construcción que, con el tiempo, los penalistas se encargarían de llamar *bien jurídico*.

Pues éste es, en apretada síntesis, el sistema penal que España lega a sus colonias. Las Partidas del Rey Sabio, a través de la Nueva y, quizás, de la Novísima Recopilación¹⁰, el instrumento legal que sirvió de texto al legado. Algunos se asombran al compararla con los principios organizativos y operativos que rigen hoy la organización judicial y el procedimiento hispanoamericano, pero se asombrarían más aún si compararan texto legales. Es por ello que no me parece del todo exagerada la sentencia -llegada a mí por vía de la tradición oral- atribuida a un profesor español, quien al visitar un país hispanoamericano en fecha reciente

⁸ Cf. Gettel, Raymond. Historia de las ideas políticas. tr. González García, Teodoro, Labor, Barcelona, 1930. t. I, VII, p 217 y ss.; Menéndez Pidal, Ramón. Idea imperial de Calos V, 3ª ed. Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946. p 20.

⁹ Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho procesal penal. Lerner, Buenos Aires. 1969. t. I, Cap. III, p 93 y ss.; Hélie, Faustin. Traité de l'instruction criminelle, 10ª ed. Plon, París, 1866, t. 1, Cap. 11, p 225 y ss.; Esmein, A. Histoire de la procédure criminelle en France, L. Laroche et Forcel, París, 1882, Première partie, Titre deuxième, Cap. 2, p 66 y ss.

¹⁰ Cf. Maier, Julio B.J. DPPa, cit. t. 1b, § 5, D, a, p 65.

y observar su sistema judicial, señaló que aún rigen, básicamente, las famosas Partidas del sabio rey.

B. La independencia americana.

1. La transformación liberal y su repercusión.

No expreso nada que deba ser probado cuando afirmo que los criollos se proclamaron libres e independientes del absolutismo español, más general aún, del poder político que desarrolló la conquista y la colonización de América, para formar su gobiernos propios, al ritmo de una transformación profunda de la organización del poder político y de sus formas de operar, grito de rebeldía que, incluso, salvo el caso de la Unión americana del norte¹¹, no respondía a ideales y principios culturales propios, formados y desarrollados en las colonias, sino adquiridos de otras naciones y, precisamente, adoptados, aún parcialmente, del desarrollo cultural y político de aquellos pueblos que determinaron la conquista y la colonización americana, de los que ellos provenían.

Receptores, como se ha visto, de la tradición jurídica europea, a través de la conquista y la colonización americanas, los diversos países de América no fueron ciegos ni sordos respecto del desarrollo de las ideas políticas en la metrópoli. En especial, no fueron ciegos ni sordos a la revolución liberal de fines del siglo XVIII, contra el absolutismo, extendida por toda Europa continental en el siglo siguiente.

Esa revolución los alcanza, hasta el punto de tener en los EE.UU. de Norteamérica a uno de los paladines del «nuevo orden», paradigma de la formación y de la organización política de los nuevos estados americanos: se trata, como se sabe, de una de las causas políticas directas de las revoluciones hispanoamericanas, promotoras de la independencia de esos países del reino de España. La *República representativa* reemplaza a la organización monárquica absolutista y preside la creación y constitución de todos los países americanos; tan es así, que, en los de tradición hispánica, la transformación se refleja, orgullosa, en el mismo nombre de los nuevos países.

Sin embargo, al contrario de lo que comúnmente se predica, la República parlamentaria, emergente de la revolución liberal, no significó el nacimiento de una forma absolutamente nueva de organización social, de un «nuevo orden» total, según, inclusive, pregonaron sus líderes; no vino con ella al mundo una nueva forma de asociación política, a semejanza de aquello que significó, por ejemplo, tras largos siglos de marchas y contramarchas, la creación de los Estados nacionales, bajo la forma de la monarquía absoluta, en la última parte de la Edad Media y en la Edad Moderna. Ella, apelando a una metáfora, no fue un estallido volcánico de tal magnitud que cambiara por completo la topografía política, sino un movimiento sísmico vigoroso que, dentro del mismo sistema de organización social estatal, provocó, sin duda, algunos efectos notables sobre esa topografía política. Con ello quiero indicar, sintéticamente, que las bases organizativas del Estado-Nación subsistieron y, con él, un poder político central ciertamente alejado de los ciudadanos bajo su gobierno, quienes no ejercen directamente el poder político, ni participan cotidianamente de él, sino por medio de sus «representantes», facultad que, al lado del derecho de ser elegido como representante, constituye la porción básica del poder político recuperado por los habitantes del Estado, que, de súbditos se convierten en ciudadanos.

Empero, no es posible ocultar las modificaciones profundas que el movimiento liberal produjo en ese Estado-Nación. Sintéticamente: la revalorización de la persona como individuo, con su atributo de dignidad humana, para lo cual se utilizó como instrumento al servicio de ese fin político, la limitación del poder estatal mediante reglas jurídicas y la división de competencias de los órganos que ejercen el poder; por fin, la búsqueda de canales de participación en la formación de la voluntad política (por ejemplo, la elección de representantes para el ejercicio del poder y la intervención directa de ciudadanos integrando los tribunales, el llamado «juicio por jurados»).

2. La reforma liberal del sistema penal.

Acorde con este movimiento, el Derecho penal inquisitivo cambia su rumbo. Sobre todo, se modifica la organización judicial y el procesamiento

¹¹ Se admite, generalmente, que la Constitución de los EE.UU. de (Norte) América deriva, en gran parte, de las instituciones jurídicas inglesas (cf. González, Joaquín V. Manual de la Constitución Argentina. Estrada, Buenos Aires, 1983, p 37 y ss), de las llamadas Cartas, como, por ejemplo, la Magna Carta, del Rey Juan (1215), la Petición de Derechos (1626), la ley de Habeas Corpus (1679) y el Bill de Derechos (1689). Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución de los EE.UU. y sus precedentes, por ejemplo, la Constitución de Virginia, constituyen uno de los dos soportes originarios del Estado de Derecho, en el que desemboca la revolución liberal burguesa de fines del siglo XVIII y siglo XIX.

penal, aquello que hoy nos interesa destacar. Se trata del movimiento designado como la *reforma del siglo XIX* en Europa continental. La decantación de ese movimiento permite apreciar -utilizando ahora una comparación geométrica- que el cambio de derrotero, correspondiéndose con la transformación política, no fue completo, de 180 grados, sino tan sólo parcial, de 90 grados, pues conservó las características principales del sistema anterior. En efecto, el sistema penal, conforme con el orden político conservado, sigue pensado como método de control social directo de los súbditos, ahora ciudadanos, el más riguroso y formalizado por su forma coactiva característica (la *pena estatal*), y persiste el dominio absoluto, derivado de esta comprensión, de la *persecución penal pública* u *oficial*, característica que domina el sistema operativo judicial y subsiste hasta nuestros días¹². En la organización judicial, acorde con ello, es también característica la consolidación de los órganos encargados de la persecución penal estatal: la *policía* y el *ministerio público*. Más aún, el compromiso de las nuevas ideas con la necesidad de un control social vigoroso por parte del Estado y sus autoridades aparece con claridad en la institución del *juez de instrucción*, el inquisidor del *ancient regime*, y, por ello, persecutor penal estatal, encargado de la investigación al abrirse el procedimiento, compromiso que ni siquiera fue disimulado tras la toga. El desapoderamiento de la víctima protagonista principal del conflicto, a manos del poder estatal, continúa.

Según ello, por regla con escasísimas excepciones, la voluntad -unilateral o consensual- de los protagonistas del conflicto, incluido el autor o el imputado, no se relaciona de manera alguna con su solución, ni influye en ella. Por el contrario, la *averiguación de la verdad histórica* permanece como meta principal del procedimiento penal¹³. Así, el procedimiento penal continúa siendo, antes que una vía para la solución de conflictos humanos, un método para el control directo de los habitantes por parte del Estado, para la aplicación de la coerción estatal, incondicionada a la voluntad de los particulares.

Las reformas, no obstante, suavizaron el rigor de la inquisición. Elevaron al imputado, al menos en el período principal del procedimiento -el juicio público-, de *objeto de la investigación estatal* a la categoría de *sujeto de un procedimiento judicial*, con derechos en él. Con ello, modificaron su papel, aun cuando parcialmente, reconociendo garantías que lo amparan frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano: defensa libre, incoercibilidad de su voluntad como informante en el procedimiento de persecución penal (prohibición de métodos coactivos para lograr que informe), custodia de su privacidad (métodos prohibidos de búsqueda de la verdad), equilibrio procesal con el acusador, para cuyo logro se acude al sistema ingenioso de reputarlo inocente hasta que no se verifique su culpabilidad (*in dubio pro reo*), única persecución admitida (*ne bis in idem*), etc¹⁴.

No menos importantes fueron las transformaciones del procedimiento y de la organización judicial provocadas por ese cambio: *juicio público*, cuyo eje central es un *debate oral, contradictorio y continuo*, como base de la sentencia penal, en reemplazo de la encuesta escrita; juicio promovido por una *acusación* proveniente de un órgano distinto al tribunal sentenciante; límite de la sentencia penal y garantía de una defensa correcta, sin sorpresas en el fallo; prohibición de que los jueces que presidían el debate, únicos llamados a dictar sentencia, hubieran intervenido en etapas anteriores del procedimiento (temor de parcialidad), en especial, en el procedimiento de investigación, que se realiza para lograr la acusación o, de otra manera, clausurar la persecución penal; *participación ciudadana* en los tribunales de juicio y sentencia (jurados o escabinos); división de las tareas judiciales del Estado en materia penal, en dos órganos diversos, uno encargado de perseguir penalmente (el ministerio público) y otro de juzgar (el tribunal); *horizontalización de la organización judicial* (juicio con única instancia de mérito), que prefiere los controles externos (participación ciudadana) a los internos (orden jerárquico de los tribunales y proliferación de recursos devolutivos)¹⁵.

¹² Cf. por todos, Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho procesal penal, cit. t. II, p 177 y ss.; Roxin, Claus. *Strafverfahrensrecht* (22ª edición), Beck, Müncehn 1991, § 12, págs. 61 y ss.

¹³ Vélez Mariconde, Alfredo. *Ibidem*. t. II, págs. 185 y ss.; Roxin, Claus, *ibidem*, § 15, A, págs. 76 y ss.

¹⁴ Cf. por todos, con citas de la bibliografía principal, Maier, Julio B.J.; DPPa, cit. t. 1b, § 6, p 233 y ss; ver también § 8, D, págs. 562 y ss.

¹⁵ Sobre ello, en el mismo sentido, también *ibidem*, § 7, págs. 473 y ss.

3. La contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica.

A pesar de que los principios limitativos, procesales y organizativos eran consecuencia del nuevo régimen político, los países de la América Ibérica, fieles abstractamente desde su estatuto fundacional a las transformaciones del Estado que impuso la república parlamentaria en el siglo XIX, no incluyeron, en el Derecho común, las reformas necesarias del aparato estatal y de su modo de operar que debieron ser derivación consecuente del cambio, imprescindibles para tornar reales la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y el procedimiento penal. Su impulso inicial en mi país de origen dio por resultado paradigmático la inclusión constitucional de la obligatoriedad del *juicio por jurados* en materia penal, por tres reglas distintas de la Constitución histórica, todavía hoy vigente (como derecho del ciudadano, como obligación para el Poder Legislativo nacional y como pauta de organización del Poder Judicial), era algo inusual en ella. Entonces, pese a este impulso inicial, las leyes comunes, que debieron cumplir la misión de poner en ejercicio los poderes instituidos por la Constitución, permanecieron fieles al antiguo régimen colonial: justicia burocrática, organizada jerárquicamente sobre la base de controles internos rigurosos; procedimientos por encuestas registradas por escrito (que posibilitaba aquellos controles jerárquicos); sen-

tencia fundada en actos secretos de la encuesta o sin participación real del imputado, convidado de piedra a su propia persecución penal; jueces profesionales, funcionarios permanentes del Estado, encargados de llevar a cabo el procedimiento y de juzgar¹⁶. Chile no es una excepción a esta regla.

Lamentablemente, descrita de un modo genérico y sin detallar excepciones, en todo caso muy escasas, la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continúa así hasta el presente, a pesar de que las antiguas metrópolis, fieles al desarrollo europeo¹⁷, ingresaron de lleno al proceso reformista en el siglo XIX. Hoy, inclusive, desarrollan reformas modernas de su sistema penal, modificando el enjuiciamiento (total o parcialmente) conforme, por una parte, a nuevos problemas que presenta la organización social actual, y por la otra, al desarrollo de las ideas que hoy dominan el sistema penal, el sistema judicial y la realización del Estado democrático de Derecho¹⁸.

En los países iberoamericanos, sólo entrando el siglo XX, y muy parcialmente, tanto en sentido del contenido, como en el número de países involucrados, se produce alguna reacción que pretende ajustar las instituciones judiciales, en materia penal, a la idea republicana¹⁹. El sistema penal de los países iberoamericanos, en todos sus sectores, no sigue, por lo demás, la discusión actual que, sobre el tema, se produce en los países desarrollados, ni

¹⁶ Otro ejemplo de ese impulso inicial frustrado es Guatemala: sigue rigiéndose hoy por estatutos penales que tienen su origen en la inquisición española, hoy, por supuesto, sin vigencia en la Península desde hace más de cien años (Ley de enjuiciamiento penal de 1882, que, en España, produjo la transformación del siglo XIX en el área de los procedimientos penales y puso fin a la inquisición), a pesar del movimiento liberal que encabezó la obra del doctor Mariano Gálvez en el siglo pasado, gobernante que llegó a sancionar y tener como vigentes los -así llamados- célebres Códigos Livingston para el estado de Louisiana, modelos de transformación liberal del siglo pasado (en el transcurso de este realto Guatemala sancionó un nuevo CPP que varía fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal).

¹⁷ En especial, hoy, Portugal, con su código moderno de procedimientos penales, de 1988.

¹⁸ Ejemplo de ello: los nuevos códigos procesales penales de Portugal (cit. nota anterior) y de Italia (1989), y las sucesivas reformas de importancia que ha soportado la Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania durante el siglo XX y, también en los últimos años (una muestra de ello: cf. Maier, Julio B.J., La ordenanza procesal penal alemana. Depalma, Buenos Aires, 1978-1982 y Gómez Colomer, El proceso penal alemán. Bosch, Barcelona, 1985, textos traducidos sucesivamente, que han resultado antiguos en escasos años). España, lamentablemente para nosotros, pues siempre tenemos más a manos su producción jurídica, no sigue ese proceso de modernización.

¹⁹ En la provincia de Córdoba, República Argentina rige, desde el año 1940, un Código procesal penal que intentó, con cierto éxito, desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal ajustado a la reforma europea del siglo XIX. El Código se vincula a la tradición académica de la ciudad capital de esa provincia: sus autores fueron los profesores universitarios Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, bien conocidos por su obra en los países de habla hispana, ambos ya fallecidos. A partir de allí, se generó en toda la República Argentina un lento pero sostenido movimiento de recepción de esa legislación por las demás provincias, que acaba de culminar con la sanción de un Código federal, también copia del código cordobés histórico. El Código cordobés tuvo como fuente de origen principal a los Códigos italianos de 1913 y 1930, el primero por su raíz democrática y el segundo por su técnica legislativa depurada, pero también influyeron de manera importante la Ley de enjuiciamiento penal española de 1882, el Código de instrucción criminal francés de 1808 y la Ordenanza procesal penal alemana de 1877, todos ya (continúa en la página siguiente)

su legislación se hace eco de esos problemas. Persiste todavía una gran tendencia autoritaria, que se advierte en el arraigo del positivismo criminológico dentro del Derecho penal material, y en la tendencia inquisitiva de su Derecho procesal penal. Una pequeña proporción de su ciencia penal lucha denodadamente, con recursos ínfimos y éxito e influencia escasos, para disminuir el autoritarismo del sistema hasta niveles tolerables y evitar el atraso científico.

Este es, a grandes líneas, el estado actual de la cuestión en el ámbito latinoamericano, descrita desde su perspectiva histórica, política y jurídica, quizás con exclusión del inusitado movimiento actual, con comienzo en la década anterior, que hasta ahora, sin embargo, no ha dado frutos de consideración. Ese estado es la prueba más contundente de la imputación que, regularmente, nos dirigen los países más adelantados de nuestra órbita cultural: la notable diferencia, mejor dicho, la incompatibilidad, entre nuestro discurso programático y el práctico, entre principios declamados e instrumentos que adoptamos para tornarlos realidad. Tomar conciencia de ello representa un primer paso hacia la solución, dicho en términos ideológicos, hacia la creación de las repúblicas democráticas que siempre prometimos y nunca hicimos.

III. LA REFORMA NECESARIA EN EL AMBITO DE LA JUSTICIA PENAL.

A. Necesidad política y necesidad práctica.

La reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios: persecución penal de los delitos, para lograr cualquiera de los fines que se atribuye a la pena; garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de un país; y, en fin, logro de la paz social mediante una solución correcta de los conflictos sociales, indispensable para vivir democráticamente y sin violencia extrema²⁰.

Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descrito, sino también por los países más desarrollados, conforme con el cambio social enorme experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, no sólo es doblemente pesada, pues al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora

(continuación de la página anterior)

reformados por ese entonces; registran alguna influencia otros códigos europeos y cierta legislación nacional. Su procedencia académica y erudita se reconoce inmediatamente porque, aunque no formen parte del articulado prescriptivo, el Código fue sancionado con notas al pie, que indican las fuentes de origen de las reglas.

Ese código tuvo repercusión internacional, no sólo académica, en el sentido de los elogios que, especialmente, le brindara don Niceto Alcalá Zamora, erigiéndolo en el modelo iberoamericano, del cual fue, a la postre, su punto de partida, sino, también, en la legislación positiva de la República de Costa Rica, que transformó su enjuiciamiento penal drásticamente con un Código, hoy vigente aún, que lo tiene por fuente. Costa Rica, inclusive, llevó a cabo un gran esfuerzo de adaptación de sus instituciones a las nuevas reglas sobre el enjuiciamiento penal, que abarca también, el sistema penal en general (Derecho penal y ejecución penal) y su organización judicial, bastante deficiente en los acompañamientos del código cordobés.

Cualesquiera que sean las críticas que hoy pueden ser dirigidas contra esos códigos, cuyo nacimiento ya supera el medio siglo, pero que proceden de un siglo atrás, lo cierto es que ellos modificaron sustancialmente las rutinas y formas de comportamiento de los operadores judiciales, en un sentido que tolera la comparación con los sistemas de países adelantados (como muestra, cf. mi Ordenanza procesal penal alemana, cit., una comparación jurídica entre ese sistema y el alemán).

Se debe decir, también, que ha existido siempre, en el continente de habla hispana y lusitana, cierta conciencia acerca del atraso y de la falta de correlación entre el sistema penal y las instituciones constitucionales, aún sin referirnos al momento actual. Pero la mayoría de los países no ha conseguido quebrar la rutina histórica. El Salvador, por ejemplo, conoce desde hace menos tiempo el jurado, que debió haber conducido a un juicio real ante ese tribunal; sin embargo, por una parte, con consiguió quebrar el procedimiento por encuestas escritas y secretas que, según rutina, son leídas sintéticamente en los jurados para que emitan su veredicto y, causas de competencia de ese tribunal. Bolivia tuvo también su reforma, en la cual el código cordobés jugó un gran papel académico, pero, también, un papel práctico nulo. Ecuador conoce el juicio público, pero el sistema penal ordinario transita por otra vía. Perú, en fecha reciente, ha transformado su ordenamiento procesal: desconocemos su efecto.

Los códigos emergentes del código cordobés histórico han quedado atrasados, respecto del movimiento político universal en materia penal. Representan el estado de la cuestión al finalizar el siglo XIX. Tanto es así que la misma provincia de Córdoba, y, siguiendo sus pasos, la de Tucumán, en la República Argentina, han sancionado nuevos códigos que, en alguna medida, han receptado problemas actuales del enjuiciamiento penal, modificando plausiblemente el modelo histórico.

²⁰ Cf., para la República Argentina, «Proyecto del Código procesal penal de la Nación. Exposición de motivos», I, 3, en Doctrina Penal. Depalma, Buenos Aires, 1986. págs. 654 y ss.

reacomodar totalmente nuestra administración de justicia; sino que, como consecuencia de ello, para la reforma debemos luchar contra una serie de rutinas -no en último término contra la formación universitaria deficiente-, de prejuicios y de intereses, propios del sistema tradicional que aplicamos que, lamentablemente, no impiden hablar de la reforma, pero sí institucionalizarla.

La exposición ganaría si separara las reformas institucionales de las prácticas; empero, obligado a la síntesis, dividiré las secciones entre las de procedimiento propiamente dicho, por una parte, y las de organización judicial, por la otra. Expondré sólo los problemas esenciales y urgentes a que nos enfrentamos.

B. El procedimiento penal.

1. El *juicio público* es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. Tanto las convenciones internacionales sobre derechos humanos²¹, que los países iberoamericanos han suscrito y ratificado casi en su totalidad, como las constituciones políticas que los rigen, exigen, bien por vía de reglas expresas, bien por el contexto ideológico, histórico y cultural del que parten -la República democrática-, esta forma de enjuiciamiento como único método que dé base a la decisión penal. Su incorporación al sistema positivo se trata, entonces, de un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas.

Este es, así, el punto de partida; un punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal. Implica, sintéticamente, un debate cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor, el acusador y los jueces que van a dictar la sentencia (eventualmente, las partes civiles, cuando se discute la cuestión reparatoria o restitutoria emergente del delito), debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar la decisión (*inmediación*). Ello implica que ese debate se lleve a cabo en forma *oral*, para posibilitar su *continuidad* (*concentración* de los actos que en él son cumplidos), tanto interna como con la deliberación y la votación de

la sentencia, y su desarrollo en un lapso breve, que, como dijimos, los actos que lo integran sean los únicos idóneos para fundar la decisión y, por último, que los jueces que presencian ininterrumpidamente ese debate sean los únicos habilitados para dictar la sentencia (*identidad* entre los jueces que presencian el debate y los que deciden). La *publicidad* del juicio, así concebido, representa, por una parte, agregar transparencia republicana a los procedimientos y decisiones de la administración de justicia y, por otra, una valla insuperable para uno de sus flagelos más notorios, lamentablemente extendido entre nosotros conforme al sistema operativo que empleamos, la llamada «delegación» (que consiste en encargar a otros aquello que el juez debe realizar por sí mismo), con expresión vulgar, pues obliga a aquellos que van a decidir a conocer por sí mismos y a responder personalmente -«dar la cara», con el dicho popular- por la decisión que se adopta como culminación del acto de administrar justicia. Por lo demás, es ésta la única forma de *garantizar la defensa*, esto es, la participación protagónica del imputado y su defensor (también de la víctima, aunque éste sea un tema a tratar específicamente) en el procedimiento.

Junto a ello, algunas ventajas prácticas: la *celeridad* y *sencillez* del juicio, limpio de toda demora y complejidad burocrática, y el mejor *conocimiento de la verdad histórica*, una de las claves del procedimiento actual. Respecto de esto último es preciso indicar que el juicio público, nacido en un sistema que privilegiaba otras metas para el procedimiento que aquella de indagar la verdad histórica (el acuerdo como modo de resolver el conflicto social objeto del juicio y la confrontación entre los portadores de los intereses en conflicto), se ha adaptado perfectamente a su nueva meta, constituyendo también un elemento imprescindible para translucir lo ocurrido fácticamente.

Este es el «debido proceso» correspondiente a un sistema de convivencia democrática, fundado en el Estado de Derecho, aquello que en idioma inglés se denomina *fair trial* (juicio justo o leal), base del enjuiciamiento penal, con el aditamento de los jurados para integrar el tribunal de juicio²².

²¹ Declaración universal de derechos humanos, ONU (10-12-1948), art. 10; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ONU (16-12-1966), art. 14, núm. 1; Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, IX Conf. Inte. Americana (1948), art. 26, II; Convención americana sobre derechos humanos, OEA (22-11-1969), art. 8, núm. 5.

²² Es por ello que la Constitución argentina, que abrevó en esa fuente, torna imperativo el juicio por jurados, en tres reglas constitucionales referidas a los derechos o garantías del ciudadano (art. 24), a la obligación del Congreso de la Nación de (continúa en la página siguiente)

2. Esta es la forma ideal de administrar justicia penal, esto es, de legitimar, en un Estado de Derecho, el uso de la coacción penal. Empero, unida a otras exigencias, como por ejemplo la participación ciudadana en la decisión (jurados o escabinos), si pretendemos utilizar esa forma de proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema, fracasaríamos por la cantidad. Ello es, precisamente, aquello que pretende ocultar -sin demasiado éxito- la «delegación» y el sistema de encuesta escrita, aunque con sacrificio de los más caros principios relativos a la dignidad humana y su protección.

Por lo demás, tampoco es necesario, en todo caso que posee ribetes de contravención a una norma de deber penal, culminarlo mediante la aplicación de la coacción penal. Hoy se postula, en el Derecho penal material, soluciones diversas (*diversión*), para ámbitos más o menos acotados de delitos, tendentes a sustituir la coacción penal. Tras todas estas soluciones, que particularmente obedecen a intereses y fines específicos, se halla la recreación de la voluntad de los protagonistas, incluido el propio Estado persecutor, y el consenso entre ellos como medio para dar solución a conflictos sociales, sin utilizar la violencia extrema que genera el sistema penal. En el fondo de estas soluciones de reemplazo (conciliatorias, reparatorias o terapéuticas) se halla la *crisis de la pena estatal*²³ y de la propia justicia penal, fundada en esa solución y en consecuencias formales: persecución penal pública obligatoria y averiguación de la verdad histórica como paradigma de lo que se concibe por «justicia». Lentamente regresan al con-

senso y la restitución al *statu quo ante*, o al estado deseado por el Derecho, como vías para lograr la paz jurídica y social, y soluciones razonables para el conflicto²⁴. No es aventurado hablar de una cierta «privatización» del Derecho penal²⁵.

Un sistema de selección de casos resulta, así, necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, además del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad política-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena) y, prácticamente, a la pena privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede, la pena de muerte), no así, por el contrario, a la absolución o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (*diversión*); en segundo lugar, el aforismo *mínima non curat praetor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de bagatela²⁶. Ello se compadece, por lo demás, con el carácter *subsidiario* del Derecho penal: pena estatal = *última ratio* de la política social.

Sin ánimo de agotar el problema, ni la discusión sobre él, el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas:

a) en el *abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad)*, parcial para aquellos

(continuación de la página anterior)

regularlo y organizarlo para todo el país (art. 67, inc. 11), y a las bases de la organización judicial en materia penal (art. 102), con lo cual, en tres palabras, definió el «juicio justo» que ella concebía. Con ello no hizo otra cosa que seguir el movimiento reformista del siglo XIX en Europa continental, proveniente de la ideología iluminista, que, en materia, pregonaba sobre la base del espejo de las instituciones británicas (Cf. v. Feuerbach, Anselm: Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Ferechtigkeitspflege, G.F. Henner, Gießen, 1925, págs. 405 y ss).

También resulta paradigmático del desajuste entre sistema operativo y sistema institucional, el hecho de que el parlamento federal de la República Argentina no haya podido -por no decir, «querido»-, en casi ciento cincuenta años, cumplir el mandato constitucional, y el hecho de que sus jueces y juristas no sólo no reaccionaran frente al incumplimiento, sino, antes bien, que reaccionen todavía hoy con estupor, casi incrédulos acerca de lo que pasa, buscando argumentos sofisticados y, en todo caso, conservadores, cuando algún proyecto, tímidamente, pretende cumplir con ese mandato. La rutina del autoritarismo genera lealtades insospechadas.

²³ Ver nota núm. 6.

²⁴ Cf. Maier, Julio B.J. «Entre la inquisición y la composición», en No hay Derecho, año 2, núm. 6, Buenos Aires, 1992, p. 28. Los artículos publicados en el libro De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

²⁵ Así, Ese, Albin. «Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal (Tendencias actuales e internacionales)», traducción de Guariglia, Fabricio y Córdoba, Fernando J. en De los delitos y las víctimas. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 51.

²⁶ Ibidem. V. Armenta Deu, Teresa. ob. cit. nota 27.

órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio²⁷ al establecer ciertos criterios de oportunidad, fundados utilitariamente²⁸;

b) en la *suspensión de la persecución penal a prueba*, mecanismo consistente fundamentalmente en conceder al autor la tabla de salvación de un tiempo de prueba, fijado por la ley o judicialmente, para que cumpla ciertas instrucciones, determinadas también judicialmente (básicamente, no cometer un nuevo delito, esforzarse por perfeccionar acuerdos reparatorios con la víctima dentro de sus posibilidades, seguir a un terapéutico o abstenerse de ciertas conductas, como ingerir bebidas alcohólicas o consumir drogas), plazo -inicial o prorrogado- después del cual el cumplimiento satisfactorio de las instrucciones conduce a prescindir de su persecución penal definitiva-

mente (extinción de la acción penal), en tanto la realidad contraria supone su reanudación²⁹; y

c) en la aceptación de ciertos acuerdos entre acusador y acusado, al menos para delitos leves o de mediana gravedad, inclusive con participación de la víctima que permitan abreviar el procedimiento para prescindir del debate público, centro del procedimiento principal³⁰.

Estos criterios de selección son vinculados por el Derecho penal y procesal penal -cuando coordinan sus mecanismos-, en numerosas ocasiones, a la utilización del sistema penal a favor de la víctima, inclusive dentro de un marco político-criminal dirigido al autor³¹, para arribar a soluciones que permitan prescindir de la solución penal del conflicto, total o parcialmente³². En este sentido, el

²⁷ Sobre el principio de legalidad de la persecución penal: González, Daniel. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Col. de Abogados, San José, 1986; en su contraste con el principio opuesto (oportunidad), Armenta Deu, Teresa, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. PPU, Barcelona, 1991; exposiciones generales: Vélez Mariconde, Alfredo, DPP, cit. t. II, p 180 y ss; Maier, Julio B.J. DPPa cit., ib, págs. 548 y ss.

²⁸ Ejemplos en el CPP modelo Iberoamérica, art. 230, nota.

²⁹ Ejemplo del contexto regulatorio penal y procesal penal: CPP modelo Iberoamérica, art. 231 y nota. También el nuevo CPP Portugal, artículos 281 y siguientes.

³⁰ Ver CPP modelo Iberoamérica, arts. 371 y ss. «Procedimiento abreviado»; CPP Italia (1989), art. 448 y ss., 44r y ss., 495 y ss.; CPP Portugal, arts. 392 y ss. El nuevo CPP Italia, arts. 444 y ss., permite, inclusive, a semejanza del plea guilty (declaración de culpabilidad que evita el juicio y el veredicto de los jurados), de origen norteamericano, el llamado pateggiamento sulla pena, acuerdo entre acusador y acusado que permite, directamente, con la aquiescencia del tribunal, determinar la pena sin juicio (v. art. 448).

³¹ No es cierto que el movimiento a favor de la víctima constituya, necesariamente -menos aún en las postulaciones concretas que ha producido-, una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor (opinión de Hirsch, Hans-Joachim, «Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht», en Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 699 y ss. (trad. castellana de Maier, Julio B. J. y Pastor, Daniel: «Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal», en «De los delitos y de las víctimas», cit. págs. 94 y ss). Para constatar la réplica a esta afirmación, Maier, Julio B.J. «La víctima y el sistema penal», en De los delitos y de las víctimas, cit. págs. 205 y ss, con cita de los autores que, en el ámbito jurídico propio del autor antes citado, presentan otra opinión.

³² Los códigos penales, inclusive los decimonónicos, conceden ya a la autonomía de la voluntad del ofendido o del autor sentido desincriminador. No me refiero, precisamente, sólo a los delitos de acción o de instancia privada, en los cuales la voluntad del ofendido juega un papel preponderante, ya para evitar la persecución penal, ya para prescindir de la pena, inclusive en delitos graves como la violación y demás ataques a la libertad sexual o a la honestidad de la víctima, sino, antes bien, al juego de la voluntad en los delitos de acción pública: no es raro que la oblación voluntaria de una multa máxima inhiba la persecución penal; tampoco es raro que el casamiento con la ofendida -acto para el cual es imprescindible el consenso- inhiba, como excusa absolutoria ex post facto, la persecución penal y la pena en delitos graves, como las ofensas a la libertad sexual; la retractación, como reparación de la ofensa en los delitos contra el honor, cumple el mismo papel.

Los códigos penales modernos suelen comprender mayores concesiones a la voluntad privada en el sentido expresado. Como ejemplo basta el CP austriaco, § 167, que extiende el valor del desistimiento del autor, expresado en un compromiso reparatorio formal con la víctima (arrepentimiento activo), a una época posterior a la consumación del delito (ya el desistimiento no sólo es posible, como se le concebía tradicionalmente, durante la tentativa, acabada o inacabada, sino que incluye el hecho consumado). Regularmente esos Códigos, o las leyes procesales penales encargadas de su realización práctica, han abandonado parcialmente el principio de legalidad estricto (obligatoriedad de la persecución penal estatal), mediante el ingreso de muchos y variados criterios de oportunidad (ver OPP Rep. Federal de Alemania), §§ 153 y ss). La reparación integral natural o simbólica, sirve también, en el marco de la finalidad preventivo especial de la pena (acto principal de arrepentimiento activo del autor) y de su determinación concreta, para prescindir de ella o para disminuirla considerablemente (Cf. Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Beck, München, 1992, § 3. III, p 47). V., también el nuevo CPP Portugal, arts. 280 y ss., en especial, art. 281.

planteo coincide e intenta realizar, con otros mecanismos menos abstractos que los tradicionales, el carácter *subsidiario que se atribuye al Derecho penal como protector de bienes jurídicos, utilizar la pena estatal, verdaderamente, como última ratio* de la política social, conforme al principio de proporcionalidad, ínsito en todo Estado de derecho³³.

3. Aceptado que el núcleo del enjuiciamiento penal, y su coronación, sea el juicio público, esto es, el proceder básico que legitima formalmente el uso de la pena estatal (institución mencionada en el sentido cultural y jurídico propio, como consecuencia jurídica de extrema violencia para infracciones a prohibiciones o mandatos de importancia mayúscula para el orden jurídico establecido), el principal escollo para arribar a él de manera eficiente consiste en la llamada *instrucción preparatoria o preliminar*. Se trata, como se sabe, de la consecuencia necesaria del sistema de persecución penal pública, en tanto los órganos de persecución penal estatales, imparciales frente al caso por definición, precisan conocer el acontecimiento hipotéticamente delictivo, para efectuar la decisión acerca de la promoción del juicio o, cuando ello no es posible, en el sentido contrario, acerca de la clausura de la persecución penal. Por lo demás, como este período del procedimiento inaugura el procedimiento penal, el delincuente presunto se enfrenta allí, por vez primera, con el aparato estatal de persecución, razón por la cual resulta de importancia extrema definir aquí, jurídicamente, sus facultades y las del órgano estatal investigador, y en especial para este último, cuáles acciones no le están permitidas o, al menos, están sujetas para su realización legítima a autorizaciones especiales, todo en homenaje a los resguardos y garantías que, para la dignidad del imputado, implica del Estado de derecho, puestos básicamente en peligro en este período de procedimiento³⁴.

Según se observa, la *eficiencia*, como en todo el procedimiento penal, se valora a través de dos sis-

temas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí: por una parte, eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad³⁵.

Precisamente, los problemas principales relativos a la exigencia, para el procedimiento penal, de constituir un método eficiente para la solución a ese ámbito de relaciones, en ambos de los sentidos señalados -éxito de la persecución penal y respeto por la dignidad de la persona, en especial, por el imputado- residen en este período inicial del procedimiento: en la instrucción preparatoria. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema. En efecto, la necesidad de averiguar la verdad oficialmente, antes de demandar el juicio, propia del sistema penal tal como fue pensado según el compromiso decimonónico (Código de instrucción criminal francés de 1808), lo torna excesivamente lento e incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar los fines para los cuales fue propuesto: la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período del procedimiento, fácticamente, sin criterio político-jurídico alguno que la presida, y también, durante este período, se configuran las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas.

No es casual que así suceda. El intento de mantener un sistema procesal cuyo fundamento de eficiencia residía, casi exclusivamente, en las obligaciones del imputado y de todo súbdito de informar la verdad sobre el suceso, con utilización de la coacción directa para lograr la efectiva realización de ese deber (tormento), procedimiento durante el cual las personas eran menos objetos de persecución, debió tornarlo ineficaz, sobre todo

³³ Cf., por todos, Roxin, Claus, *Strafrecht AT* cit., § 2, XI, p 17 y ss.; conviene la lectura de todo el párrafo, p 7 y ss., y también, del § 1, II, p 2 y ss.

³⁴ Cr., para una mejor definición de estos problemas, Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho procesal penal*, cit., t. I, 2ª parte, Cap. IX, p 369 y ss.; Maier, Julio B.J. *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, § 2, p 13 y ss.

³⁵ Es en este último sentido que se pregona que el proceso penal es el termómetro o el barómetro de los elementos autoritarios o democráticos que contiene la Constitución del Estado (cf. Goldschmidt, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, EJE, Buenos Aires, 1961, t. II, § 4, núm. 30, p 109; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht* cit., § 2, A, p 8), al tiempo que se indica como una de sus funciones la de reformular el Derecho constitucional referido a la utilización del poder penal, suponiendo correctamente, aunque con desconocimiento de la realidad iberoamericana, que cumple, efectivamente, es tarea. Sobre la verdad como finalidad del procedimiento penal, ideal múltiplemente condicionado y redefinido por el Derecho penal y procesal penal, Maier, Julio B.J., *DPPa* cit. § 8, D, págs. 562 y ss.

para aquellos que saben utilizarlo, cuando la cultura humana rechazó y después prohibió este tipo de coacción, la tortura de los ciudadanos y el ingreso irrestricto en su vida privada, cuando reclamó como punto de partida la inocencia del imputado y cuando le concedió facultades suficientes para defenderse, erigiendo en un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, además, la reacción contraria no se hizo esperar: el sistema mismo generó un desconocimiento hipócrita de las reglas de garantía, para lograr alguna eficiencia legitimante, por supuesto, en la franja de quienes eran más débiles, de aquellos que no sabían o no podían utilizarlo bien, en su beneficio.

El *juez de instrucción*, sinónimo personalizado de este período procesal, resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad a su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende juegue a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle del procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías. Inquisidor por una parte, y garante (juez) por la otra, el resultado de su obra fue la ineficacia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio.

Se ha esquematizado esta situación mediante la

afirmación de que, institucionalmente, no es posible edificar un sistema garantista erigiendo a una autoridad, que ejerce el poder público, en control de sí mismo. El ejemplo surge espontáneamente; el juez de instrucción establece la necesidad del allanamiento de un domicilio o de la intercepción y apertura de la correspondencia, para averiguar algo que estima importante, y al mismo tiempo juzga sobre la posibilidad de aplicar ese método, disciplinado por reglas jurídicas, ya desde la ley fundamental del Estado. Esto es, él mismo es quien permite ese procedimiento compulsivo, sometido, precisamente, a una autorización judicial fundada y reglada, como método de control sobre el ejercicio del poder público y en resguardo de la seguridad de los ciudadanos (relativa, en el caso, al derecho de privacidad del domicilio). No sucede otra cosa con el encarcelamiento preventivo: una misma persona lo considera necesario y lo autoriza, lo pide y lo decide.

Además, la institución de ambos, del procedimiento y de su operador, oculta intenciones aviesas, desde su origen. Ya en el código francés, decantador de la reforma, las autorizaciones para incorporar actos del debate y como excepción a la regla general que obligaba a fundar la sentencia únicamente en los conocimientos válidamente adquiridos durante el debate público, son, como reglas de excepción de un sistema, demasiadas y configuran permisos francamente abiertos que franquean la puerta para desnaturalizar el juicio penal³⁶. El hecho de llamar *juez* al órgano de la persecución penal que preside esos actos, registrados para la posteridad del procedimiento, contribuye a ese propósito corruptor del juicio penal, al brindarles a ellos el prestigio y la intangibilidad que supone la función judicial³⁷.

He allí el porqué de la propuesta moderna, ya extendida universalmente³⁸, que consiste en separar

³⁶ Para darse cuenta de ello basta comparar los arts. 391 y 392 del CPP Nación (Argentina), en vigor desde hace un mes, que prevé el juicio público y una instrucción a cargo de un juez, con el art. 300 del Proyecto federal argentino de 1986, que no obtuvo sanción legislativa, también devoto del juicio público, pero instaurador de un método de investigación distinto (procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, desformalizado y bajo el control de los jueces, cuando algún acto requería autorización o se pretendía que tuviera valor para el debate y la sentencia).

³⁷ De allí a la tergiversación total del juicio público, según sucede en algunos países o regiones iberoamericanas, transformándolo, de ordinario, en una lectura de actas escritas durante el procedimiento preliminar, inclusive ante un jurado (¿?, por ejemplo, El Salvador), hay sólo un paso, aspecto que le ha valido a este tipo de enjuiciamiento la crítica justa, inclusive de quienes lo defienden: cf. Niño, Luis. Perfil y rol del juez de debate, ponencia presentada al «Encuentro nacional sobre juicio oral», Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina, Buenos Aires, 1992; Fernández Entralgo, J. «El gran miedo», en *Jueces para la Democracia*, cit. dic. 1988, p. 7.

³⁸ Cf. CPP Italia (1989), arts. 326 y ss.; CPP Portugal (1988), arts. 262 y ss.; la OPP de la Rep. Fed. de Alemania, ya había abandonado la instrucción presidida por un juez de instrucción, completamente desde 1974 (1 StVRG: Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal de 9-12-1974); en el sistema anglosajón nunca existió esa vía.

claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al acusado ante la administración de justicia, para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin, de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de controlar el buen uso del poder público, custodiar las garantías ciudadanas y evitar la arbitrariedad en el manejo de la fuerza pública, a los jueces. Por ello, la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquellos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa³⁹. Se trata, sin duda, de un paso más en la transformación posible del procedimiento inquisitivo, de un paso más, si bien formal, hacia el método acusatorio.

4. Estos son los problemas más acuciantes del procedimiento penal, conforme al estado general de la legislación latinoamericana. En adelante sólo mencionaremos aquellos temas que sin ser de menor importancia y también necesitados de una reforma, carecen de una importancia global en la estructura del procedimiento o son, históricamente, de promoción más reciente.

a) La conexión entre la investigación preliminar y el juicio público, en el procedimiento común (delitos de persecución penal pública), no es sencilla. En casi todos los casos resulta imprescindible que el requerimiento final de quien persigue penalmente, conclusión de la instrucción preparatoria (tarea crítica de sus actos, que expone el resultado de la investigación practicada), tenga contenido incriminador (acusación o requerimiento de apertura del juicio) o desincriminador (clausura de la persecución penal, entre nosotros, sobreseimien-

to, en sus múltiples formas), sea sometido al control judicial. Un *procedimiento intermedio*, llamado así, precisamente, por su función conectiva entre la instrucción y el juicio público⁴⁰, procura, por una parte, servir de tamiz para evitar juicios inútiles, por la escasa seriedad de la acusación o sus desequilibrios formales, y representa, por la otra, el control jurisdiccional sobre los actos del ministerio público que pretenden clausurar la persecución penal contra una persona, conforme al principio de *legalidad*, que ordinariamente rige entre nosotros como regla⁴¹.

La forma de disciplinar jurídicamente este procedimiento intermedio es muy variada en la legislación comparada; inclusive, esa disciplina puede ser muy compleja, como sucede, por ejemplo, en el CPP modelo Iberoamérica, artículos 267 y siguientes. Esa regulación depende, fundamentalmente, de la cantidad de problemas del procedimiento que pretendan hallar su solución en este momento. En ocasiones, varios de los problemas relativos al ingreso del consenso de los intervinientes en el procedimiento, estudiados en el segundo punto de este párrafo (por ejemplo, simplificación del rito, sentencia sin debate público, acuerdos sobre la pena, suspensión del procedimiento a prueba), son resueltos en esta etapa. Su regulación engendra, también, cuestiones complicadas en la organización judicial, no sólo por el número de jueces que integran el tribunal y su carácter (profesionales o populares)⁴², sino, antes bien, por el problema que representa evitar que los jueces del eventual juicio público hayan tenido contacto con la causa antes de él, garantía fundamental del Estado de Derecho⁴³.

³⁹ Así regulado en el CPP modelo para Iberoamérica, arts. 250 y ss. Hoy el CPP Guatemala, de reciente sanción, ha adoptado el método. Parcialmente, también, el CPP Costa Rica; en este país se estudia una adaptación de su Código al CPP modelo Iberoamérica. En Argentina: los códigos de las provincias de Córdoba y Tucumán, también de reciente sanción, siguen el modelo para Iberoamérica; parcialmente, también, el CPP Mendoza, provincia que estudia una reforma similar a la de Córdoba y Tucumán. El Proyecto para Ecuador sigue, en este tema, el modelo iberoamericano y, aunque no tengo su texto, ha llegado a mi conocimiento que el CPP Perú seguiría el mismo rumbo. El Salvador ha creado una comisión que estudia la transformación de su sistema de administración de justicia penal y, en su seno, discute aún quién será el órgano encargado de la instrucción preliminar: parece existir un consenso mayoritario a favor de la solución del modelo iberoamericano. Brasil sólo procede, desde antaño, por la vía de la investigación fiscal preparatoria; no conoce el método de la instrucción formal, ni el oficio de juez de instrucción.

⁴⁰ En otros códigos: audiencia preliminar (cf. CPP Italia, arts. 405 u ss., 416 y ss.).

⁴¹ Ver nota al pie núm. 27.

⁴² Es clásico, para el Derecho anglosajón, al institución, para este período, del Gran Jurado.

⁴³ Acerca del punto pronunció sentencia el Tribunal Constitucional de España, en dos casos, presentados por los mismos jueces que debían tramitarlos, que fueron acumulados, declarando, en definitiva, la inconstitucionalidad y nulidad de la ley orgánica 10/1980, en su parte pertinente (art. 2, párr. 2º, referido al procedimiento de urgencia), que permitía que un mismo (continúa en la página siguiente)

Sin ánimo de agotar la discusión, propongo ahora unir este período con aquél relativo a la *preparación del debate*, llamado regularmente, en las propuestas latinoamericanas, «*actos preliminares del juicio*», dejado en manos del tribunal que llevará a cabo el debate. Se lograría, con ello, tratar y decidir en conjunto una serie de problemas procesales conexos, a saber:

- la decisión acerca de si habrá o no un debate público, dependiendo no sólo del control del requerimiento de apertura del juicio (acusación) o de clausura de la persecución penal (archivo o sobreseimiento), sino, también, de aquellos modos de proceder que permiten evitar el debate público;

- en caso de que se decida realizar un debate público, resulta imprescindible resolver quiénes serán sus protagonistas (tribunal competente, integración, acusadores imputados y sus defensores, partes civiles), decisión que provoca múltiples procedimientos de saneamiento (recusación de los jueces o funcionarios del ministerio público, oposición a la intervención de alguna de las partes privadas, excepciones);

- decidir acerca de los medios de prueba concretos que se utilizará en el debate público, sobre las demás personas que se citará al debate (testigos, peritos) y las cosas que deben ser traídas a él para ser mostradas (documentos, etc.);

- por último, decidir acerca del lugar en el cual se llevará a cabo el debate y sobre la fecha precisa en la que comenzará.

b) El debate público, su organización y formas de proceder, es, por sí mismo, un problema. Basta observar o estudiar la manera distinta según la cual se desarrolla un debate en el ámbito anglosajón y en el continente europeo para darse cuenta de la multiplicidad de problemas a solucionar que él encierra.

Nosotros hemos propuesto un debate que, par-

tiendo de la tradición continental, agrega, sin embargo, muchos elementos del anglosajón. Este último se parece mucho más que aquél a un *juicio de partes* frente a árbitros imparciales, los jueces que integran el tribunal. En especial, nos parece que resulta necesario reducir sustancialmente el protagonismo y las facultades de los jueces del tribunal de fallo durante el debate, para confiar en que el caso sea presentado y expuesto por quienes representan los intereses en conflicto. Sólo de esta manera existe verdadera *contradicción*, cuando existen, también, verdaderos contradictores, y cuando el tribunal asume su imparcialidad, evitando tomar partido o auxiliar a una de las partes. Ello implica, además, que los jueces que integran el tribunal del debate y la sentencia no deben conocer el caso antes de ingresar a la audiencia. Por el contrario, sólo deben conocerlo durante la audiencia del debate y, especialmente, no deben tener a su vista, cuando existen, las actas de la instrucción preparatoria.

Algunos principios, como el *jura curia novit* y las posibilidades de *investigación judicial autónoma*, deben ser sometidos a estudio y revisión; de allí deriva, asimismo, la reforma de la manera de obtener la información, de interrogar al acusado, a los testigos y a los peritos que informan del debate, que debe ser sustraída, básicamente, de la tarea de los jueces, para pasar a manos de los contendores. Todo ello, a pesar de que no transformaría radicalmente el sistema, que seguiría devoto al acusatorio formal (formalización relativamente acusatoria de una persecución penal inquisitiva), le daría mayor apariencia y contenido de juicio acusatorio, aspecto que resulta de gran importancia para ciertos principios garantistas.

c) La participación de la *víctima* en los procedimientos por delitos de acción pública constituye un problema general del procedimiento común⁴⁴. Pero su ingreso al juicio público, en especial, plantea problemas políticos cuya solución no sólo no es sencilla, sino que, antes bien, está vinculada a la concepción misma del Derecho penal e, inclusive, al papel protector del imputado frente a la

(continuación de la página anterior)

juez realizara diligencias instructorias y presidiera el debate: cf. sobre ello el artículo de Fernández Entralgo, Jesús (uno de los jueces que plantó la cuestión): «La posible inconstitucionalidad de la acumulación de funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional», en *Jueces para la Democracia*, Unigraf, Madrid, octubre, 1987, págs. 19 y ss.; y las sentencias De Cubber (1984), Delcourt (1970) y Piersack (1982), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen pronunciamientos en el mismo sentido, para casos similares, detectando la quiebra de uno de los derechos humanos de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 6, parr. 1), y procediendo en consecuencia.

⁴⁴ Cf. Maier, Julio B.J. «La víctima y el sistema penal», en *De los delitos y de las víctimas*. cit. núm. 3, págs. 214 y ss., con los diferentes problemas relativos a la intervención de la víctima en el procedimiento común y su definición.

persecución penal que cumple el Derecho procesal penal. Se trata, aquí también, de un problema conjunto del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Mientras se mantenga el actual estado de cosas y el Derecho penal constituya, fundamentalmente, un medio de control social directo y vigoroso por parte del Estado, nos ha parecido mejor conceder a la víctima un papel en el procedimiento común, vinculado más a la colaboración con el ministerio público (*acusador adhesivo*), que a erigir otro acusador autónomo frente al imputado (*acusador conjunto*). Ello repercute, básicamente, en su propio poder de conducir a un acusado al juicio público y en el régimen de los recursos contra la sentencia.

Resta definir, sin embargo, problemas arduos relativos a la víctima en el procedimiento penal. En primer lugar, el ingreso de la cuestión civil emergente del delito al procedimiento penal, la forma de su ingreso y las modificaciones necesarias del rito, cuando ingresa la cuestión civil, que necesariamente lo tornan complejo y repercuten sobre la organización judicial si, como corresponde, se desea brindar auxilio a la víctima necesitada y evitar, en lo posible, la falta de acceso al procedimiento judicial que el mismo delito y la situación socioeconómica plantea a las víctimas.

Ni la intervención, ni la protección a la víctima, terminan con su papel activo en el procedimiento. Por el contrario, aunque la víctima o sus sustitutos decidan no inmiscuirse en él, el conocimiento del hecho punible depende en tal medida de ellos que, salvo casos excepcionales, no logrará evitar intervenir en él. Por ello, aún en este caso, deben preverse derechos de información de la víctima sobre la marcha del proceso, especialmente en los casos de clausura de la persecución penal por cualquier razón, y que la protección alcanza también a la víctima como testigo del hecho, caso en el cual, se sostiene, debe permitirse su asesoramiento jurídico. Casi todos los procedimientos tendentes a reemplazar la solución penal del conflicto deberían contar con la intervención de la víctima, suficientemente informada al respecto.

El procedimiento por delito de acción privada re-

presenta el máximo poder de la víctima en el sistema penal, pues de su voluntad depende no sólo la actuación del Derecho penal, sino también, regularmente, la ejecución de la pena.

d) El problema de las *prohibiciones probatorias* -o de las prohibiciones de valoración probatorias-, con ser un problema singular, atinente a todo el procedimiento, tiene una repercusión especial durante la preparación del debate (admisión de la prueba), durante el debate y en la fundamentación de la sentencia. Regular convenientemente la cláusula de exclusión, tarea difícil por sus extensiones, resulta, sin embargo, absolutamente necesario hoy en día. Se trata, como se sabe, de la afirmación de principios de garantía relativos a derechos humanos, cuyo desarrollo torna imprescindible nuevas formulaciones⁴⁵.

e) La *determinación judicial de la pena* es hoy un problema que comparten el Derecho penal y el procesal penal, con íntimos contactos con la propia ejecución penal. El Derecho penal, de gran desarrollo en relación a la teoría analítica del delito, no ha dedicado esfuerzos similares o, cuando menos, en relación a aquellos, para analizar parámetros y limitaciones que racionalicen la medición de la pena concreta a aplicar y conduzcan a decisiones predecibles sobre el punto, a pesar de la importancia capital del tema, en función de que la pena a aplicar es, en definitiva, el centro explicativo y la razón de ser del sistema penal. Para el Derecho procesal penal el tema es casi inexistente, entre nosotros, como objeto de meditación. En este capítulo del juicio y la decisión dejan de regir las exigencias ciertamente complicadas del enjuiciamiento penal para considerarlo justo o adecuado al Estado de Derecho: defensa, inocencia, fundamentación de la decisión y sus múltiples derivaciones en reglas de principio, carecen de aplicación para el juicio sobre la pena, sin explicación alguna que intente legitimar esa forma de proceder.

La doctrina, más que la legislación y la práctica judicial, postula hoy una división del juicio público o debate penal en dos y hasta en tres partes⁴⁶, con el objeto de racionalizar el juicio sobre la pena. Se discute acerca del momento de la cesura,

⁴⁵ Cf. Soler, Sebastián, que adelanta esa idea en «La formulación actual del principio "nullum crimen"», en Fe en el Derecho. TEA, Buenos Aires, 1956, págs. 277 y ss.

⁴⁶ Cf. Bustos Ramírez, Juan. «Medición de la pena y proceso penal», en Hacia una nueva justicia penal, Symposium sobre la transformación de la administración de justicia penal, Boletín Oficial, Buenos Aires, 1989, t 1, págs. 319 y ss.; Maier, Julio B.J. «La cesura del juicio penal», en Doctrina penal. Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 235 y ss. y bibliografía allí citada.

del contenido de cada período, pregunta relacionada íntimamente con la anterior, de la mayor o menor separación temporal entre ambos debates, pregunta vinculada a la mayor o menor formalidad de la separación y al momento de realización de la investigación preparatoria necesaria para el debate sobre la pena, por fin, acerca de la influencia de la cesura en el sistema de los recursos.

Existen antecedentes legislativos y prácticos sobre el tema, sobre todo en el ámbito de la legislación penal para menores y, por supuesto, en aquellos órdenes jurídicos que adoptan el juicio por jurados. Tanto el Proyecto federal argentino de 1986 (art. 287), como el CPP modelo Iberoamérica (art. 287) y el Proyecto guatemalteco (art. 308) introducen tímidamente la cuestión⁴⁷.

f) El sistema de recursos merece especial atención. Una simplificación de los recursos durante la investigación preliminar es deseable, en homenaje a la celeridad y eficiencia del procedimiento. Pero tal simplificación sólo puede ser instrumentada por la transformación del procedimiento penal íntegramente. En ese sentido, ella va de la mano con una desformalización de la instrucción preparatoria, con la estricta observancia de la regla que impide utilizar sus actos en el debate público, como fundamento de la sentencia, y con la estructuración de un procedimiento intermedio o audiencia preliminar al debate donde se discuta ampliamente las múltiples cuestiones incidentales que hoy son patrimonio de la instrucción.

La máxima que obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y a que los jueces que lo presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, reduce las posibilidades de recurrirla a un examen del procedimiento seguido, en el sentido de haberse observado las reglas del *juicio justo* (*fair trial*) para lograr la decisión del caso (*casación formal*), y a un reexamen de la solución material del caso conforme a reglas jurídicas (*casación material*)⁴⁸. Sin embargo, precisamente la regla de garantía que contienen las convenciones sobre derechos humanos sobre la recurri-

bilidad de la sentencia, obliga a prescindir de las innumerables trabas formales tradicionales en este recurso y a ampliar su comprensión convenientemente, para permitir verificar ante el tribunal de casación la irregularidad del procedimiento seguido o de las conclusiones y fundamentación de la sentencia, aunque la formulación del hecho punible esté vedada al tribunal de casación.

La simplificación del sistema de recursos se vincula, por lo demás, con una *horizontalización* de la organización judicial, hasta ahora verticalizada, necesaria en un Estado democrático y, a su vez, factor de la independencia e imparcialidad del juez en relación al caso que debe decidir, y con la preferencia de controles internos, propios del absolutismo.

g) Iberoamérica está constituida por Estados en los cuales, en mayor o menor proporción, conviven aún hoy individuos que proceden de diferentes culturas, una autóctona, anterior a la colonización europea, y otra migratoria, producto de la colonización y de la inmigración posterior. En varios de esos países el problema no es marginal, en el sentido de cuestionarse cómo tratar a una minoría étnica y cultural, sino principal, en el sentido de que una gran proporción de la población, que inclusive supera a la minoría poderosa y gobernante, de origen europeo, está constituida por indígenas, cuya manera de solucionar los conflictos sociales o bien no se compadece con nuestro sistema penal, originado en la cultura continental europea, o bien se trata de individuos extraños a él, pues no lo gobiernan ni comprenden en un mínimo indispensable, hasta el punto en que ni siquiera entienden el procedimiento concreto, que transcurre en un idioma que les es extraño, o bien ellos no comprenden el caso como conflictivo. No son raros, tampoco, los casos de un *bis in idem*: indígenas juzgados por el método oficial y por el propio de su comunidad, sobre todo cuando el caso queda encerrado en la propia comunidad aborígen. La civilización europea que colonizó y migró a estas latitudes domina e impone sus métodos, aun en los casos de países en los cuales esa población es, claramente una minoría.

⁴⁷ Acerca de los antecedentes y de propuestas concretas tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el procedimiento penal versó el seminario de este año del Departamento de Derecho penal y criminología que yo dirigí. Dos trabajos, aún inéditos, que esperamos poder publicar, no sólo proporcionan información sobre el tema, sino que, además, proponen soluciones concretas para él: Magariños, Mario. Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena; Bertoni, Eduardo Andrés. La cesura del juicio penal.

⁴⁸ La compatibilidad del recurso de casación con la regla de las convenciones de derechos humanos (Conv. americana, art. 8, núm. 2h) que prevé la obligatoriedad de un recurso contra la sentencia condenatoria en Maier, Julio B.J., DPPa cit., § 7, D. págs. 510 y ss.

La marginación del indígena es una triste realidad nuestra, con la que convivimos sin atinar a darle una solución distinta, acorde con la dignidad de esos pueblos y con la dignidad que sus individuos poseen por el solo hecho de ser seres humanos. Tal realidad no ha provocado tan siquiera nuestra imaginación académica, acorde con nuestra cultura de confrontación entre dos mundos distintos, respetables ambos y necesitados de la tolerancia para la convivencia común. La conquista ha sido nuestra única solución en quinientos años.

Para quien quiera esbozar una solución al sistema penal de Iberoamérica, que no sea concebida como el puro ejercicio del poder, ni pretenda sólo legitimar la violencia por intermedio de reglas jurídicas, resulta indispensable encarar esta cuestión. Y para encararla es preciso conocerla. Se debería fomentar el estudio histórico y actual profundo de los métodos de solución de conflictos sociales por parte de las comunidades indígenas para, a partir de ese conocimiento, intentar la solución de compromiso que permita la convivencia tolerante de ambas culturas en el seno de un mismo Estado. Ello aparece como bastante difícil, pues la misma noción política de Estado, en su significado cultural propio, es importada por la conquista y conservada por el dominio de la civilización europea, pero es el único camino para considerarnos hijos de un mismo país, ciudadanos de un mismo Estado democrático, que respete a las personas por el hecho de ser tales y tiende a concederles los mismos derechos efectivos a todo habitante del país, sin distinción de raza, credo o color de piel.

B. La organización judicial.

Según hemos observado, las reformas del procedimiento conducirán, inevitablemente, a una transformación de la organización judicial⁴⁹. Empero, tanto por necesidades relativas a la eficiencia del procedimiento, como por aquellas sólo relativas a la de democratización de la organización judicial, resulta imprescindible pensar en la transformación de esa organización, para apartarla del sistema tradicional utilizado entre nosotros.

1. Singular importancia tiene la discusión acerca de la incorporación de jueces accidentales o no profesionales al tribunal de juicio. La *participación ciudadana* en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modo del *juicio por jurados*, bien mediante la incorporación de escabinos que operan junto a los jueces profesionales, es desde antaño un símbolo de democratización e independencia judiciales que el iluminismo renovó, oportunamente, al crear el Estado de Derecho⁵⁰. No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en que lo haga, prefiere los *controles externos* a la administración de justicia para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los *controles internos*, burocráticos, propios del Estado autocrático, como forma política, y de la inquisición, como sistema punitivo.

2. Tal participación popular, con ser necesaria para desburocratizar el sistema judicial, pues evita que el poder penal del Estado sea operado tan sólo por funcionarios estatales⁵¹, no es suficiente para lograr ese propósito.

⁴⁹ Hasta qué punto ello es así puede mostrarlo, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (v. nota 43): al sentar la regla de principio acerca de que la confusión entre el juez que lleva a cabo o autoriza medidas de investigación o preliminares y aquél que interviene durante el juicio es intolerable, provocó toda una reforma del procedimiento de urgencia y, también, de la organización judicial española que se vincula con este tipo de procedimiento abreviado.

⁵⁰ Cf. sobre ello, Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Albatros, Buenos Aires, 1942, Libro VI, Cap. IV y V, págs. 117 y ss., Libro XI, Cap. IV, pág. 189 y Cap. XVIII, pág. 209; Beccaria. «*Dei delitti y delle pene*», en *Opere*, Mediobanca, Milán, 1964, § XIV, págs. 58 y ss.; Schmidt, Eberhard. «*Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*», 3ª edición, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttinge, 1967, §§ 290 a 293, págs. 332 y ss.; Carrara, Francesco. «Programa del curso de Derecho criminal dictado en la real Universidad de Pisa», trad. de la 11ª edición italiana por Soler, Sebastián, Javier, Ernesto R. y Núñez, Ricardo C. Depalma, Buenos Aires, 1944, t. 2, págs. 139 y ss., y §§ 916 y s., págs. 305 y ss.; sobre la institución, su historia y sus posibilidades, Soriano, Ramón. «*El nuevo jurado español*», Ariel, Barcelona, 1985; Caballero, Ricardo J., Hendler, Edmundo S. «*Justicia y participación*» Universidad, Buenos Aires, 1988.

⁵¹ Un profesor inglés, lord Gareth Williams, que visitó hace escasos días Buenos Aires, contestó a las réplicas vernáculas acerca del jurado, ininteligibles para él (había leído tres artículos de la Constitución argentina que imponían esta forma de juzgamiento: el juicio por jurados), que él no podía imaginar un Estado autoritario cuyo sistema judicial incluyera a los jurados, y que no conocía, históricamente, una forma de gobierno autocrática en presencia de tribunales integrados por jurados; parecía que, para él, esta institución era no sólo una de las bases, sino antes bien, el primer fundamento de aquello que los ingleses denominan democracia: el derecho a ser juzgado por un jurado de vecinos y no por funcionarios estatales. Recuerdo que el profesor alemán, doctor Albin Eise, expresó algo similar respecto de la justicia penal, concurso de ciudadanos sin el cual era escasamente concebible la idea de justicia correspondiente a un Estado democrático.

Imperan en América Latina formas tradicionales de gobernar el Poder Judicial jerárquicamente, negando la independencia judicial, concebida como prescindencia absoluta frente al caso de toda directiva dirigida al juez que administra justicia, que no sea la propia ley. Tal prescindencia no existe, tampoco, cuando ella parte del Poder Judicial mismo, de otros tribunales. Los remedios o controles -mal llamados recursos- que operan automáticamente, *de oficio*, el reexamen del caso por otro tribunal superior al de primer grado (por ejemplo, la consulta), el deber de recurrir puesto en cabeza de los funcionarios del ministerio público, la obligatoriedad de la doctrina de ciertos fallos para los tribunales inferiores y sus jueces, el abuso del efecto suspensivo de los recursos del acusador, para inhibir la ejecución de decisiones favorables para el imputado, hasta tanto no las confirme un tribunal superior, son ejemplos de una injerencia del propio Poder Judicial, que vulnera la independencia y la imparcialidad (caren- cia, en lo posible, de prejuicios previos) del juez de la causa, apotegma que no se agota con la crea- ción de un organismo judicial diferente del ejecu- tivo y del legislativo.

Transformar la estructura organizativa del Poder Judicial significa, si se realiza en el sentido correc- to, su *desburocratización*. Para lograrlo resulta im- prescindible *horizontalizar* esa estructura, de mo- do de evitar, en la mayor medida posible, el ca- rácter inverso contradictorio de su organización actual, la verticalización jerárquica, propia de los sistemas autocráticos, y terminar con la organiza- ción feudal, que identifica unidad administrativa con unidad de pronunciamiento, inmovilizando la integración de los cuerpos judiciales de deci- sión, incluso por períodos del procedimiento y en desmedro de la racionalización del aprovecha- miento integral de los recursos humanos y mate- riales del Poder Judicial. La tecnificación de la ges- tión administrativa, supuesta por una estructura tan compleja como la de los tribunales de justicia, que atienden un sin número de casos a la vez, cuando persigue un fin político adecuado y sirve a él, colabora con la tarea de aprovechar al máxi- mo los recursos humanos y materiales de los que dispone.

3. La transformación organizativa del ministerio público, conforme a las tareas que debe asumir en el procedimiento de persecución penal, aún de ca- racterísticas algo inversas a aquellas que gobier-

nan a los órganos judiciales (*unidad y jerarquía*), es también imprescindible.

Junto a ella resulta necesaria la creación de un *ser- vicio de defensa oficial o pública*, para cumplir con eficiencia la tarea de asistir al imputado que no provee a su defensa técnica, total o parcialmente. De los tres sistemas posibles de defensa oficial, el honorífico, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente, el or- ganizado sobre la base de funcionarios estatales y el organizado por las asociaciones profesionales de abogados sobre la base del auxilio económico estatal, que implica el deber de asistir técnica- mente a quien no puede o no quiere procurarse privadamente esa asistencia, prefiero el último, sobre todo porque, a pesar de no lograr el mismo efecto que el defensor de confianza, elegido y contratado por el imputado, preserva la relación de confianza profesional, base de todo servicio asistencial, y supone una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados⁵²

Del mismo modo, es preciso crear un servicio de asistencia para la víctima sin posibilidades de ha- cer valer su interés en el procedimiento, ya sobre la base del mismo sistema de defensa oficial, o bien con la colaboración de las asociaciones inter- medias existentes en el seno social, cuyo objeto asociativo coincide con este fin.

IV. LA CONSOLIDACION DEL MOVIMIENTO REFORMISTA EN EL MOMENTO ACTUAL.

1. El siglo XX transcurre prontamente hacia su fi- nal y los países latinoamericanos, en general, no logran consolidar sus instituciones de funciona- miento cotidiano conforme a la idea republicana y democrática que preside su orden jurídico funda- mental. La idea de una ruptura entre sus declara- ciones principistas sobre la forma de su organiza- ción social y sobre las relaciones sociales, en espe- cial la de los ciudadanos con el Estado, y las re- glas que gobiernan el ejercicio cotidiano del poder público y las relaciones con los ciudadanos y de ellos entre sí, sigue definiendo su realidad institu- cional. Al menos en el ámbito del sistema penal, esta realidad se presenta como evidente e impide ingresar a un debate moderno sobre el uso del sistema penal, aun desde un punto de partida tra- dicional o conservador. El hecho de que ideas so- bre el sistema penal conservadoras en otras latitu-

⁵² Cf. Guariglia, Francisco. «El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal» en *Jurisprudencia Argentina*, Ju- r. Arg. S.A., Buenos Aires, 1992, núm. 5/777 (20-5-1992), págs. 4 y ss.

des, sean tachadas por radicales y hasta por revolucionarias entre nosotros, ordinariamente, confirma esta tesis.

El escollo principal para un avance sustantivo del sistema penal, que al menos coloque a estos países en posición de respeto de su orden jurídico fundamental, es político: los estratos sociales que dominan la escena política no confían en una reforma que supere el esquema colonial, al que ellos se aferran como símbolo mágico de su dominio. El problema económico, traído a colación como argumento justificante de la resistencia a la reforma, en todo caso otra consecuencia del atraso cultural, es tan sólo un sofisma argumental, pues nada impide modificar una administración de justicia colapsada por otra que intente emerger de ese estado, con los mismos recursos destinados actualmente al Poder Judicial, mejor aplicados. En todo caso, lo único cierto de ese argumento es la existencia de extensas capas de población afectadas por la pobreza y marginadas de la vida social, clientes habituales del sistema penal, cuyo aparato selector los elige, tanto teórica como prácticamente: se trata de marginar más vigorosamente a los ya marginados.

2. En lo que hace al procedimiento penal, sólo islas han hecho frente al atraso cultural, aunque, se debe señalar, este enfrentamiento, con ser plausible, sólo es parcial, medido al momento actual, pues representa la recepción del Derecho europeo continental vigente en el siglo XIX. Los problemas modernos, expuestos antes parcialmente, son ignorados por el grueso de la legislación latinoamericana.

Dentro de esas islas se cuenta, desde antiguo, la legislación dominicana, que adoptó el código francés origen de la transformación en la Europa continental del siglo XIX (1808). Pero, lamentablemente, la puesta en práctica general adolece de defectos capitales que ya provienen de la propia organización administrativa del Estado. Si a ello se le suma que ya nadie conserva esa legislación, ni siquiera el propio país de origen, que primero la adaptó varias veces, inclusive durante el siglo XIX, y luego la reemplazó en la década de los sesenta, después de la segunda guerra mundial, a más de que la legislación penal francesa no resultó un modelo conveniente para tomar como ejemplo, ya en el siglo XX, el panorama resulta desolador.

El caso de la República Argentina es curioso, país federal, no fue la legislación del Estado federal lo que produjo algún tipo de modificación, rectora del progreso en la materia. Fue, en cambio, la le-

gislación provincial aquella que se ocupó del tema. A partir del famoso Código procesal penal para la provincia de Córdoba, sancionado por el parlamento provincial en 1939, cuya base está representada, principalmente, por los códigos italianos de 1913 y 1930, las demás provincias argentinas fueron produciendo, paulatinamente, sus propias reformas, que representan, genéricamente hablando, el resultado final de la legislación europeo-continental después de la gran reforma producida en el siglo XIX, tal como apareció a comienzos del siglo XX y siempre antes de la segunda conflagración mundial. La legislación federal fue, en cambio, el bastión de la resistencia de la legislación colonial, hasta que, hace apenas un mes, entró en vigencia un Código procesal penal, copia del cordobés originario, con modificaciones parciales que no alcanzan a transformar mínimamente el modelo y, en ocasiones, lo perjudican. Tal legislación se adopta en momentos en los cuales la provincia de origen y la de Tucumán intentan un paso adelante, en todo caso tímido, tomando a su cargo algunos problemas modernos del procedimiento penal.

El Código de Córdoba de 1939 tuvo repercusión en los países hispanoamericanos. Pero sólo Costa Rica decidió adoptarlo (1975), siguiendo el consejo inicial para la confección de un código modelo. Costa Rica tuvo la virtud, derivada de un sincero acercamiento general de sus instituciones a la forma de gobierno republicana, y el talento necesario para instrumentar su vigencia de manera adecuada, en especial, con un esfuerzo de transformación de su organización judicial casi extraño entre nosotros. La nueva ley no sólo produjo resultados prácticos notables, en la época de su vigencia, sino que, además, continúa produciéndolos actualmente, pues sus jueces y juristas, cualquiera que sean las críticas que merezca el proceso de reforma, continúan preocupados por su sistema penal y por la solución de los problemas modernos que él plantea.

3. En la década anterior da comienzo un movimiento inusual referido a los sistemas penales de los países iberoamericanos. Por primera vez se vincula institucionalmente al sistema penal, en especial a la administración de justicia penal, con el ejercicio democrático del poder estatal. Numerosos institutos académicos o semiacadémicos se ocupan ahora del estudio de este problema y de desarrollar planes de política criminal que involucren la reforma del sistema tradicional. El auxilio económico para países en desarrollo incluye al sistema penal como objeto de ese desarrollo, en especial del desarrollo social, base para su desarrollo económico y cultura.

De otra parte, los gobiernos de los países iberoamericanos parecen haber comprendido, en general, la necesidad de adecuar su funcionamiento institucional a los principios que rigen sus constituciones, en más o menos respetuosas del Estado de Derecho y de la forma democrática de gobierno. En ese sentido, han aceptado y hasta solicitado la ayuda externa para el desarrollo de este ámbito de relaciones y creado sus propias comisiones internas para intentar desarrollar un modelo de reforma del sistema penal o adaptar aquellos que los esfuerzos académicos o gubernamentales ya han desarrollado. No son ajenas a este movimiento las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, en alguna medida ya operativas y aplicadas por instituciones internacionales, y las asociaciones no gubernamentales que tienen por objeto el cuidado de la observancia de estos derechos.

Sin embargo, la situación no es clara mirando hacia el futuro, y sobre todo no se comprende con el esfuerzo —inclusive el financiero— realizado. Los frutos demoran en madurar y la resistencia política a esos cambios, enquistada en los propios gobiernos de la región y sus organismos encargados de la persecución penal, en el mismo Poder judicial y en las corporaciones de operadores jurídicos, logra paralizar el efecto práctico de los cambios propuestos.

Desde el punto de vista legislativo, el cenit de la reforma es alcanzado, hasta ahora, con el nuevo CPP de Guatemala, sancionado recientemente. No se trata, sin embargo, del mismo proyecto original, pues sufrió modificaciones⁵³; empero, era acompañado por modificaciones sustanciales en el derecho penal material, y después por un proyecto del nuevo Código Penal y la ley de ejecución penal, que hasta el momento no han sido debatidos parlamentariamente. Indudablemente, en el caso de Guatemala, no se logrará un progreso legislativo palpable en el uso del poder penal del Estado sin una reforma de sus leyes penales materiales.

Ecuador ha materializado ya un proyecto de nue-

vo CPP. El Salvador estudia, a través de una Comisión designada al efecto, una reforma total de su sistema penal, con base en la reforma de sus leyes procesales penales. Costa Rica ha creado una comisión que estudia modificaciones parciales a su CPP, relativas a los nuevos problemas que enfrenta el enjuiciamiento penal y la organización judicial, partiendo, como ya lo hemos observado, de un nivel superior, en la materia, al de los demás países. Se conoce que Perú modificó sus leyes operativas en materia penal⁵⁴. Colombia, a raíz de la nueva Constitución, modifica su organización judicial, en especial, según conozco, la ubicación institucional y el funcionamiento del ministerio público, y la manera en que proceden los tribunales de justicia penal, pero no parece que las reformas estén presididas por una idea similar a la del CPP modelo Iberoamérica; acerca de su contenido son precisos estudios más detallados. La Argentina ya casi ha completado, en un ciclo que supera los cincuenta años, la recepción de la antigua legislación de la provincia de Córdoba, que sirvió de punto de partida para el CPP modelo Iberoamérica con la sanción y vigencia de su nuevo CPP para la Nación, de deficiente instrumentación práctica y, paradójicamente, de una repercusión nula en su organización judicial. Merecen en cambio atención y estudio los nuevos Códigos de la provincia de Córdoba y la de Tucumán, que siguen una línea más moderna y representan mejor al CPP modelo Iberoamérica. Existen también esfuerzos parciales: en El Salvador, el movimiento reformista ha concebido, en una primera etapa, reformas legislativas parciales, que buscan adecuar mínimamente sus instituciones al Estado democrático de Derecho que se pretende; inclusive, allí se realizan esfuerzos para crear un sistema de defensa pública. Bolivia realiza un esfuerzo parcial en este último sentido e intenta transformar el ministerio público penal; a la par, destina muchos esfuerzos a la persecución penal de los delitos referidos a las drogas y sustancias controladas, esfuerzos que no guardan relación con la reforma del sistema penal, sino, antes bien, con una represión efectiva.

41. Creo que, como colofón, es preciso advertir que:

⁵³ Desconozco las modificaciones introducidas, aunque conozco que se dio de baja la participación de criminalistas en los tribunales penales y que la organización judicial propuesta no tuvo eco. Hasta lo que conozco, la estructura general del proyecto fue respetada.

⁵⁴ No he podido enterarme del alcance de esta reforma, ni conozco sus textos, de manera que me es imposible ubicar esta reforma, valorar el resultado o visorarse su futuro. Sin embargo, el opúsculo del Poder judicial en el Perú crisis y alternativas, debido al Instituto Justicia y Cambio, formado por funcionarios judiciales del Perú (1989), publicado en «Juices para la Democracia»; «Información y debate», Madrid, septiembre de 1990, núm. 100, págs. 75 y ss, era real la idea de que algo había cambiado y conlleva pensar que la noticia es tan sólo un espejismo o un simple error de información.

en líneas generales y sin ingresar en adaptaciones locales menores, se conoce bien tanto lo que sucede en el ámbito de los países iberoamericanos como los lineamientos de la reforma por introducir. No son mayormente necesarios estudios empíricos evaluativos sobre los resultados del sistema aplicado, pues ellos son bien conocidos⁵⁵. Por lo demás, si bien la reforma resulta necesaria para obtener fines prácticos, lo cierto es que, ya desde el punto de vista puramente especulativo, aparezca como imprescindible, porque se trata de que el Derecho común se corresponda con los principios democráticos y del Estado de Derecho que orientan las constituciones de los países del continente sudamericano y centroamericano. Tampoco resulta decisiva para la reforma la mayor o menor posibilidad económica del país que desee el cambio:

sistemas de justicia mejores a aquellos que rigen han sido posibles en sociedades menos pudientes que las nuestras e, inclusive, como lo hemos indicado, en países que sufren nuestros mismos problemas económico-financieros. Lo trágico no es, precisamente, aquello que hay que hacer, bien conocido en el mundo de la ciencia jurídica y de la política criminal, sobre todo si se trata de una reforma moderada y no de hacer efectiva una posición radical respecto del sistema penal, sino, por lo contrario, el obtener la decisión política sincera a favor de una reforma de envergadura de aquellos que dictan la política criminal de los países involucrados o tienen influencia decisiva en ella. Siempre ha sido más sencillo conservar que transformar.

⁵⁵ Como ejemplo, puede leerse Carranza, Elías-Houed, Mario-Mora, Luis Paulino-Zaffaroni, Eugenio Raúl. «El preso sin condena en América Latina y el Caribe», ILANUD, San José, Costa Rica, 1983; Garita Vélchez, Ana Isabel, «La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno. ILANUD, San José, Costa Rica, 1991; «El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno», ILANUD, San José, Costa Rica, 1991.

ERNESTO VELARDE ARENAS

Abogado
Notario de Lima

Conquistadores No. 960, San Isidro
Telfs. 70-3766 - 41-8236
Fax: 41-7371



CON BUENA NOTA.

Para que puedas oír y ser escuchado.
Sonatas, suites, sinfonías, oratorios, canciones.
Desde Beethoven hasta Los Beatles.
Desde Chabuata Granda hasta tus propias composiciones.



CON BUENA PINTA.

Para que puedas exhibir o admirar exposiciones.
Realismo, cubismo, expresionismo, surrealismo, indigenismo.
Desde Velázquez hasta Picasso.
Desde Camino Brent hasta tus propios lienzos.



**LA
UNIVERSIDAD
CATOLICA
ESTA LISTA
PARA
INGRESAR
A TI.**



CON BUENA VOZ.

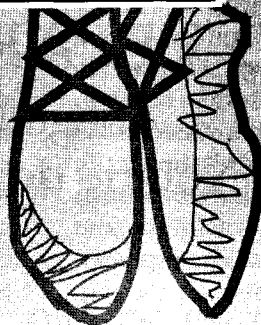
Para que puedas escuchar, exponer y debatir.
Conferencias, seminarios, charlas, mesas redondas.
Desde Platón hasta Ortega y Gasset.
Desde Mariátegui hasta tu propio pensamiento.



CON BUENA CARA.

Para que puedas ser público o actuar.
Drama, comedia, tragedia, musicales.

Desde Shakespeare hasta Woody Allen.
Desde Leonidas Yerovi hasta tus propias obras.



CON BUEN PIE.

Para que aprecies la danza y seas apreciado.
Ballet, danza moderna, folklore.
Desde Balanchine hasta Fosse.
Desde Victoria Santa Cruz hasta tus propias creaciones.



CENTRO CULTURAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ

camino real cdra. 10, san isidro. telf. 421627.

LA REFORMA DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA

Humberto Medrano Cornejo
Profesor de Derecho Tributario
Pontificia Universidad Católica

El Decreto Legislativo 774, en adelante, la Ley, que ha entrado en vigencia el 1° de enero de este año, ha introducido algunas modificaciones apreciables en el régimen del Impuesto a la Renta. Nos proponemos referir aquí algunos de los cambios más significativos.

1. CRITERIOS DE VINCULACION.

Si bien se mantienen como criterios de vinculación la nacionalidad y la fuente, el artículo 9° inciso b, introduce un cambio sustancial al señalar que «se exceptúa del carácter de rentas de fuente peruana los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades».

Según el artículo 6° de la Ley, en el caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recae sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana. Por lo tanto, la disposición transcrita no supone exoneración del Impuesto a la Renta, sino su inaplicabilidad a los no domiciliados, pues éstos, según se ha visto, sólo deben tributar por sus rentas de fuente peruana.

Más adelante, sin embargo, la propia Ley elimina el carácter de renta gravable de estos beneficios. En efecto, el artículo 25° establece que no constituye renta gravable:

«a) Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades».

Consecuentemente, la exclusión de estas ganancias se realiza por una doble vía. En rigor, habría sido suficiente la regla del artículo 25°, pues tratándose de rentas no gravadas el tributo no po-

Los cambios producidos en el ámbito de la legislación tributaria han alcanzado también al régimen del Impuesto a la Renta. La nueva ley de la materia, vigente desde el 1° de Enero del presente año, contiene una serie de modificaciones en relación a la anterior, las mismas que son tratadas críticamente en el siguiente artículo.

Las modificaciones que versan sobre los puntos de conexión, el tratamiento legal de los dividendos y los distintos supuestos contemplados en cada una de las cinco categorías de renta señaladas en la ley, resultan especialmente relevantes para un conocimiento cabal de la viabilidad de los objetivos que en materia tributaria buscan lograrse en el Perú.

dría exigirse a las personas domiciliadas en el exterior pues, como ya se indicó, éstas sólo están obligadas a tributar sobre sus «rentas gravadas de fuente peruana».

La exclusión comprende toda clase de dividendos y de distribución de utilidades, de tal manera que no están sujetos al tributo los beneficios u operaciones que con arreglo a la legislación anterior se consideraban dividendos y que en el nuevo ordenamiento no se han incorporado expresamente como renta gravable.

Al respecto, debe recordarse que según la Ley anterior se definía como dividendos «las utilidades que las sociedades anónimas [...] distribuyan entre sus socios en dinero, en especie o en acciones de propia emisión». Por lo tanto, si una sociedad anónima capitaliza utilidades y emite nuevas acciones o aumenta el valor nominal de las existentes, los importes que reciban los accionistas no estarán sujetos al tributo, pues se trata de dividendos y éstos, según lo dicho, no constituyen renta gravada.

2. LA REVALUACION DE ACTIVOS.

Según la ley derogada se consideraba como dividendos la distribución del mayor valor atribuido por revaluación de bienes del activo fijo en acciones de propia emisión. Según el artículo 252° de la Ley General de Sociedades, los bienes del activo pueden ser objeto de revalorización, previa comprobación.

Consecuentemente, si una empresa después de efectuar la correspondiente pericia técnica revalúa sus activos y capitaliza el respectivo excedente, los perceptores no estarían obligados al pago del tributo, pues si bien este ingreso ya no es calificable como dividendo, tampoco ha sido considerado como renta en la Ley.

Sin embargo, tal circunstancia no modifica el costo computable de los bienes para la sociedad, pues -como ocurría en la legislación anterior- la revaluación voluntaria no altera dicho costo computable.

3. REDUCCION DE CAPITAL O LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD.

De acuerdo con las normas vigentes hasta 1993, se consideraba dividendos a la diferencia entre el valor nominal de las acciones más las primas suplementarias de capital, si las hubiere, y los importes que los socios perciban en oportunidad de la reducción o de la liquidación de la sociedad.

Si tales circunstancias se produjeran a partir del ejercicio 1994, la referida diferencia constituiría un beneficio que, indudablemente, podría calificarse como distribución de utilidades. Parece claro que si el reembolso a los accionistas excede de los aportes efectuados por éstos, la entrega debe corresponder a utilidades generadas por la sociedad y, en tal virtud, su distribución estaría incluida en la inafectación global que contiene la Ley. Para efectos tributarios, se trataría de renta no gravada, pues ella derivaría de beneficios o utilidades que la sociedad entrega a sus accionistas.

4. LOS PARTES DE FUNDADOR.

Tenían en la legislación anterior el tratamiento que correspondía a los dividendos. A pesar de no ser estrictamente tales, la Ley establecía que se les otorgaba ese carácter para los efectos del impuesto. El Decreto Legislativo 774 los considera como renta gravada de segunda categoría (artículo 24° inciso h) «salvo que la empresa hubiera tributado el Impuesto a la Renta de tercera categoría antes del cálculo de estas participaciones».

Al respecto, debe recordarse que conforme al artículo 95° de la Ley General de Sociedades, los fundadores, además de su calidad de socios, pueden percibir hasta la décima parte de las utilidades por un período máximo de cinco años. Los beneficios por este concepto tenían antes el tratamiento de dividendos, mientras que ahora se les considera como renta gravada de segunda categoría, excepto si la empresa ha pagado el Impuesto a la Renta de tercera categoría.

Todo parece indicar que el propósito del legislador ha sido evitar que las rentas generadas por sociedades estén sujetas a una doble imposición, como ocurría en el pasado. Es decir, o bien tributa la sociedad sobre las rentas de tercera categoría generadas por ella o bien pagan el impuesto los perceptores de tales utilidades.

Sin embargo, obsérvese que en ciertos casos la empresa puede estar exonerada del Impuesto a la Renta respecto de sus utilidades, con lo cual el régimen resultaría perjudicando a las sociedades que otra ley desea fomentar. En efecto, las empresas industriales establecidas en zonas de frontera y selva, por ejemplo, están exoneradas del Impuesto a la Renta. Si en tales empresas los fundadores, conforme a ley, se hubieran reservado una parte de las utilidades, tendríamos que esas utilidades resultarían gravadas, pues la sociedad no habría tributado el Impuesto a la Renta. En otras palabras, la Ley no distingue entre el no pago del tributo en razón de una exoneración, de la falta

de pago por cualquier otro motivo. Por lo tanto, según una interpretación literal, las empresas exoneradas del Impuesto a la Renta, naturalmente, no están obligadas a pagar el impuesto y, además, sus accionistas tampoco resultan gravados, pues al percibir dividendos se encuentran excluidos del impuesto. En cambio, si en esas mismas empresas los socios fundadores se hubieran reservado una parte de las utilidades, ellos sí resultarían obligados a pagar el tributo.

5. CREDITO EN FAVOR DE LOS ACCIONISTAS.

Desde hace muchos años, nuestro ordenamiento legal ha tratado como dividendos todo crédito o entrega, hasta el límite de las utilidades o reservas de libre disposición, que las sociedades en general otorgaban a sus socios por un plazo superior a los doce meses.

Con arreglo a la nueva Ley, dicho crédito no generaría renta gravable pues si bien no se les considera como dividendos -ni tampoco lo son mercantilmente- la Ley no contiene ninguna presunción que permita considerar que se ha producido renta gravable para el accionista. En todo caso, la sociedad tendría que considerar que ha percibido intereses presuntos conforme a la regla del artículo 26° de la Ley. Sin embargo, si el accionista presuntario es otra persona jurídica ni siquiera habría lugar a dicha presunción de intereses por cuanto los libros de contabilidad servirían para probar en contrario.

6. DISTRIBUCION PRESUNTA.

Una de las consecuencias laterales más importantes del cambio operado en el régimen legal es que ya no habrá lugar a la aplicación simétrica del Impuesto a la Renta por «dividendos presuntos», cuando se produzcan reparos en la tercera categoría.

En efecto, antes se consideraba como dividendo toda suma que al practicarse la fiscalización resultaba renta gravable de tercera categoría, siempre que el egreso significara una disposición indirecta de dicha renta.

Por lo tanto, si en la fiscalización que se efectúe a partir del ejercicio 1994 las autoridades tributarias impugnaran un gasto considerándolo como no deducible (gasto ajeno al negocio, egresos no sustentados, etc.) el reparo originará, sin duda, una mayor renta de tercera categoría y consecuentemente la exigencia de pago de 30% del tributo, pero no cabrá establecer la existencia de dividen-

dos presuntos, toda vez que la Ley ya no grava la distribución de utilidades.

7. SUCURSALES DE EMPRESAS EXTRANJERAS.

Como se sabe, nuestra legislación ha otorgado siempre un tratamiento simétrico a las sociedades anónimas y a las sucursales de empresas extranjeras. Así, por ejemplo, en las normas recientemente derogadas, unas y otras tributaban 30% sobre sus respectivas utilidades y el saldo, en caso de las sociedades anónimas, estaba gravado con 10% en el momento de su distribución, impuesto que debía ser pagado, en definitiva, por los accionistas, de tal manera que la tasa sobre la renta de la sociedad alcanzaba 37% como máximo.

Por su parte, en el caso de las sucursales, el saldo disponible para el titular del exterior estaba gravado también con 10% que debía ser pagado por ellas conjuntamente con el tributo de 30%.

Con arreglo a la nueva Ley los dividendos y utilidades no se consideran renta de fuente peruana (artículo 9° inciso b) y no constituyen renta gravable (artículo 25° inciso a). Consecuentemente, así como los accionistas de una sociedad anónima no están obligados a tributar sobre los dividendos que perciben, la casa matriz tampoco está obligada a pagar el impuesto por las utilidades disponibles para ella, generadas por sus sucursales en el Perú.

Por tal razón, debe considerarse como un error de la Ley lo previsto por el artículo 79°, conforme el cual:

«Las sucursales [...] de personas [...] domiciliadas en el exterior, también deberán calcular en sus declaraciones juradas el impuesto sobre la renta imponible para el beneficiario no domiciliado en el país».

Si, conforme se ha dicho, el titular del exterior no está obligado a pagar el Impuesto a la Renta, carece de sentido hacer que la sucursal calcule también el impuesto que corresponda a quien no está gravado.

8. DE LOS CONTRIBUYENTES.

El Decreto Legislativo 774 considera como contribuyentes a las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales y similares y las personas jurídicas. También se considera contribuyentes a las sociedades conyugales que opten por ejercer la opción que se les otorga.

Como puede apreciarse de inmediato, el cambio más significativo consiste en considerar como contribuyentes a las asociaciones de hecho de profesionales y similares. En el régimen anterior, tales asociaciones no estaban sujetas al tributo, pues el impuesto se pagaba en cabeza de los integrantes. Con la modificación, es la «entidad» la que resulta gravada pero, en cambio, los integrantes han dejado de ser contribuyentes, respecto de sus ingresos como profesionales.

De acuerdo con la ley derogada, la renta se fracturaba en tantas partes como fueran los integrantes de las asociaciones de hecho, de manera que en cada uno de ellos la escala del tributo empezaba desde el segmento más bajo, lo que conducía a un menor tributo global.

Hasta el año pasado, la sociedad conyugal era considerada como contribuyente y se le daba el tratamiento correspondiente a las personas naturales, salvo que mediara separación de bienes de los cónyuges.

En cambio, conforme a las reglas del Decreto Legislativo 774, los cónyuges deben, en principio, declarar independientemente sus respectivas rentas. Las rentas producidas por los bienes comunes deben atribuirse por igual a cada uno de ellos.

Sin embargo, la Ley permite a los cónyuges declarar y pagar como sociedad conyugal; es decir, considerándola como un único contribuyente. Se trata de una opción que los interesados pueden elegir si lo consideran pertinente.

En todos los casos, las rentas de los hijos menores de edad deben ser acumuladas a las del cónyuge que obtenga mayor renta o, de ser el caso, a la sociedad conyugal.

9. LAS PERSONAS JURIDICAS.

Conforme a la legislación anterior, las únicas sociedades consideradas personas jurídicas eran las anónimas y las en comandita por acciones, en la proporción correspondiente al capital accionario. Teniendo ellas la calidad de personas jurídicas, estaban obligadas a pagar el tributo en cabeza propia, sin perjuicio del impuesto que correspondía abonar a sus socios por la distribución de dividendos.

La nueva Ley introduce en esta materia una modificación sustancial, pues considera como personas jurídicas a todas las sociedades. Este cambio tiene gran importancia porque las sociedades civiles, las sociedades comerciales de responsabilidad

limitada y las sociedades colectivas eran consideradas anteriormente como «transparentes»; es decir, el impuesto no se les aplicaba a ellas respecto de sus utilidades, pues no tenían la calidad de sujetos pasivos, sino que el tributo impuesto era pagado en cabeza de los socios.

Con las nuevas regulaciones, dichas sociedades deben ahora pagar el Impuesto a la Renta, produciéndose una igualación en el trato a todas las sociedades, eliminándose, así, la distinción que se efectuaba anteriormente entre sociedades «transparentes» y las que no lo eran. Conforme al Decreto Legislativo 774, todas las sociedades son contribuyentes y, por ello, el impuesto debe ser pagado por ellas respecto de sus propias utilidades, pero la distribución de los beneficios ya no da lugar al pago del impuesto en cabeza de los socios.

10. EMPRESAS UNIPERSONALES.

De acuerdo con el artículo 14° de la Ley, las rentas de estas empresas deben atribuirse al titular quien está obligado a pagar el tributo, en forma independiente, conforme a las reglas aplicables para las personas jurídicas. Esta regulación marca una diferencia muy significativa respecto del régimen anterior, toda vez que hasta el año pasado los propietarios de negocios individuales incorporaban a su renta global el beneficio generado por esta actividad para aplicar sobre ella la escala correspondiente.

El nuevo ordenamiento establece que la persona natural propietaria de un negocio individual debe pagar por la renta generada por dicho negocio el 30% del impuesto, sin perjuicio del pago del impuesto, respecto de sus rentas de otras categorías.

11. SOCIEDADES DE HECHO, ASOCIACIONES EN PARTICIPACION, JOINT VENTURES, CONSORCIOS, COMUNIDAD DE BIENES Y CONTRATOS DEL ARTICULO 406° DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

Para todos estos casos, se ha mantenido el criterio de la legislación anterior, conforme al cual no se les considera como contribuyentes del impuesto, pues las rentas se atribuyen a las personas que las integran o que son partes contratantes.

Sin embargo, existen dos cambios significativos en el tratamiento que se otorga a esta clase de entidades. De un lado, según el artículo 65° de la Ley, «deberán mantener contabilidad independiente de los socios o partes contratantes, tanto

para el manejo de la gestión del negocio como para la información a la SUNAT». Como se sabe, en el caso de la asociación en participación la costumbre mercantil era que el asociante manejara el negocio como si fuera propio, registrando las operaciones en sus propios libros. El artículo transcrito implica una innovación de carácter mercantil, con consecuencias tributarias, pues la contabilidad debe llevarse en forma autónoma, como si se tratara de una persona diferente.

Por otra parte, se ha establecido que tales entidades deben pagar el Impuesto Mínimo a la Renta (artículo 109°). Teniendo en cuenta que -según se ha dicho- dichas entidades no están obligadas al pago del tributo, el artículo mencionado precisa que el importe pagado por este concepto será atribuido «al socio o participacionista en la proporción a la participación en el capital y éste lo considerará como crédito contra el Impuesto a la Renta de tercera categoría que le corresponda pagar por el mismo ejercicio, sin derecho a devolución, cuando exceda del impuesto a su cargo».

Existe incongruencia en el texto, cuando señala que la atribución debe efectuarse «al socio o participacionista». En el joint venture, asociación en participación, comunidad de bienes, etc. no existen ni socios ni participacionistas. Lo pertinente hubiera sido referirse a integrantes o partes contratantes. Sin embargo, la incongruencia mayor es el elemento de referencia. En efecto, según el texto mencionado la atribución de los importes pagados debe hacerse en proporción a su participación «en el capital», siendo así que las referidas entidades carecen de capital.

Sería deseable que el Reglamento efectuara las precisiones correspondientes, a fin de permitir que la atribución del tributo pagado se efectúe de manera correcta. Nosotros estimamos que para ello debe respetarse los términos del contrato celebrado por las partes.

12. REGULACIONES SOBRE LAS RENTAS DE PRIMERA CATEGORIA.

Los cambios más importantes están referidos tanto al contenido de los ingresos que integran esta categoría, cuanto a la forma de establecer la renta neta de la misma. En efecto, además de la renta generada por el arrendamiento o subarrendamiento de predios, las mejoras y la renta ficta, el artículo 23° de la Ley considera en esta categoría «las producidas por la locación o cesión temporal de derechos y cosas muebles o inmuebles no comprendidas en el inciso anterior».

Tal inclusión resulta contradictoria, por cuanto, conforme al artículo 24°, se consideran como rentas de segunda categoría «el producto de la cesión definitiva o temporal de derechos de llave, marcas, patentes, regalías o similares». Como puede advertirse, en ciertos casos podría resultar difícil establecer si determinado ingreso pertenece a la primera o segunda categoría.

Sin embargo, la modificación más importante se da en el nivel de la determinación de la renta neta, pues se han eliminado las deducciones detalladas que por diversos conceptos permitía la regulación anterior, todas las cuales han sido sustituidas por una deducción única de 20% del total de la renta bruta.

Otra modificación importante consiste en la obligación de efectuar pagos a cuenta. Conforme al artículo 84° de la Ley, los perceptores de rentas de esta categoría deben abonar con dicho carácter el 15% sobre la renta neta, utilizando para efectos del pago el recibo por arrendamiento que apruebe la SUNAT.

La renta ficta es el 6% del valor del predio y se genera sólo respecto de aquellos predios cuya ocupación hayan cedido sus propietarios gratuitamente o a precio no determinado. Consecuentemente, si se trata de predios urbanos o casas de campo y playa ocupados por sus propietarios, no se genera renta ficta. Tampoco hay lugar a esta clase de renta, cuando se trata de inmuebles de propiedad de profesionales que lo destinan al ejercicio de esa actividad.

La Ley precisa que tratándose de renta ficta, no hay lugar a los pagos a cuenta. En éste, como en otros casos, se ha producido una importante simplificación en el procedimiento para determinar la renta neta, pero que no necesariamente coincide con las aspiraciones de justicia que todo Régimen Tributario debe procurar. Obsérvese, que en muchos casos la deducción única del 20% puede no cubrir los egresos reales incurridos para generar la renta, como sería el caso de los intereses que -en los créditos de largo plazo- pueden exceder largamente del 20% de la renta neta.

13. DEDUCCIONES Y PAGOS A CUENTA EN LAS RENTAS DE SEGUNDA CATEGORIA.

También en este caso, el legislador ha optado por una fórmula simple: existe una única deducción permitida. La renta neta se obtiene deduciendo el 10% del monto de la renta bruta.

De otro lado, las personas que abonen rentas de esta categoría están obligadas a retener con carácter de pago a cuenta el 15% sobre la renta neta, conforme a lo dispuesto en el artículo 72º de la Ley. Debe observarse que la obligación de retener no ha sido circunscrita a las personas jurídicas o entidades que llevan libros o registros contables. Consecuentemente, también las personas naturales que paguen intereses u otras rentas de segunda categoría resultan comprendidas en la obligación de practicar dicha retención. El Reglamento podría, eventualmente, introducir la restricción por razones de mejor control.

Conviene anotar que si el perceptor de los intereses es una sociedad o empresa no habrá lugar a la retención por cuanto en esa hipótesis la renta es considerada de tercera categoría y en ésta tal obligación no existe cuando el perceptor es una persona domiciliada.

14. LOS INTERESES DE BONOS.

El artículo 18º exonera del impuesto los intereses que se paguen a los tenedores de bonos nominativos emitidos por sociedades anónimas (inciso i). De otro lado, el mismo artículo otorga exoneración a la ganancia de capital derivada de la compraventa de acciones y valores en Rueda de Bolsa (inciso l).

Ahora bien, según el artículo 24º, inciso a, son rentas de segunda categoría los intereses producidos por bonos en general, pero a diferencia de lo ocurrido en todas las leyes anteriores, no se ha fijado ninguna tasa específica del tributo cuando se trata de intereses generados por bonos y otros títulos al portador.

En esa clase de valores no cabe la retención del 15% -común a las rentas de segunda categoría-, pues ella tiene el carácter de pago a cuenta, lo que supone la obligación de efectuar un pago de regularización; ello, a su vez, implica la necesidad de conocer al perceptor de la renta. Como es obvio, tal circunstancia no puede presentarse tratándose de bonos y otros instrumentos al portador.

Por ello, debe atribuirse a un error legislativo la exigencia del artículo 73º de la Ley, según el cual las personas jurídicas que paguen o acrediten rentas de obligaciones al portador deberán retener «el impuesto correspondiente». No existe tal impuesto, pues la Ley no contiene ninguna tasa específica para esta clase de intereses, de tal manera, que puede sostenerse válidamente que los intereses generados por dichos títulos no se encuentran gravados por el Impuesto a la Renta.

15. LA PERCEPCION DE DIVIDENDOS Y DE ACCIONES POR REEXPRESION DE CAPITALES.

Como ya se ha señalado, los dividendos y las utilidades en general no constituyen renta gravable. Como un lógico complemento de dicha regulación, el segundo párrafo del artículo 25º de la Ley, establece que «Los perceptores de dividendos o utilidades de otras empresas, no las computarán para la determinación de su renta imponible». Obviamente, si los ingresos de esta clase no tienen el carácter de renta gravable, quienes los perciben no deben tomarlos en cuenta para establecer el importe afecto al tributo.

De otro lado, por mandato de la regulación sobre Ajuste Integral por Inflación, prevista básicamente por el Decreto Legislativo 627, las empresas están obligadas a reexpresar su capital como consecuencia de tal ajuste.

Las acciones que se emitan a raíz de dicho ajuste no tienen, naturalmente, el carácter de renta. No se trata de beneficios reales, sino simplemente de la actualización de su importe para corregir la erosión motivada por la inflación.

Por tal razón, el mismo artículo 25º establece que no constituyen renta gravable: «Las acciones de propia emisión que correspondan a la reexpresión de capitales como consecuencia del ajuste integral por inflación».

Dicha norma señala, que el importe de las acciones resultantes de dichas capitalizaciones constituye una reserva de capital para las personas jurídicas que las perciben y que es susceptible de ser capitalizada o utilizada para cubrir pérdidas, estando prohibida su distribución.

Ahora bien, para las empresas receptoras, tales acciones tienen como costo computable su valor nominal (artículo 21º inciso c), pero las pérdidas que su venta origine no son deducibles (artículo 20º).

16. RENTAS DE TERCERA CATEGORIA.

Se mantienen como tales las que se derivan, en general, de los negocios. Sin embargo, en el enunciado del artículo 28º de la Ley se incluyen dos novedades muy significativas. De un lado, se ha considerado en esta categoría las rentas que obtengan los notarios. La mención expresa resultaba indispensable para atender la intención del legislador, ya que conforme a las reglas anteriores y también de conformidad con la nueva Ley, las

rentas obtenidas por el ejercicio individual de una profesión se consideran de cuarta categoría.

Por lo tanto, de no haberse efectuado dicha mención expresa, los notarios habrían continuado como perceptores de rentas de cuarta categoría, lo que, evidentemente, no ha sido querido por el legislador entendiendo que, por lo menos en las ciudades más importantes, la infraestructura, ingresos, personal dependiente, etc. de tales profesionales resultan equiparables a los de los profesionales que actúan en forma asociada.

Precisamente, la otra novedad en esta categoría es haber incluido «las rentas obtenidas por el ejercicio en asociación o sociedad civil de cualquier profesión, arte, ciencia u oficio». Como se sabe, nuestro ordenamiento siempre consideró estas rentas dentro de la cuarta categoría.

Puede cuestionarse esta modificación porque prescinde de un aspecto esencial. En la generación de rentas los profesionales aplican esencialmente su trabajo y no el capital, de manera que darles el tratamiento que corresponde a quienes perciben una renta fundamentalmente por el aporte de capitales implica un injusto tratamiento, pues obliga a pagar el mismo tributo (30%) a personas que deben realizar esfuerzos significativamente distintos.

Las sociedades mercantiles y las empresas son constituidas y establecidas -por definición- con el exclusivo propósito de lucrar, gracias al aporte de capitales de personas que pueden no realizar labor alguna. Las asociaciones de profesionales no suponen empleo intensivo de capital y, en cambio, implican la necesaria prestación del trabajo personal directo e indelegable.

Analizadas así las cosas, es evidente que no resulta justo exigir el mismo tributo sobre rentas de naturaleza y origen tan diferente y consideramos, que las substanciales diferencias existentes entre una y otra actividad deberían haber conducido al legislador a un tratamiento más equitativo.

En todo caso, si por razones administrativas el legislador ha considerado que resulta preferible tener un solo contribuyente (la asociación de profesionales) en lugar de numerosos obligados (cada uno de los profesionales), lo deseable hubiera sido que la tasa aplicable fuera sensiblemente menor a la que se aplica sobre las rentas generadas por las actividades mercantiles o, por lo menos, podría calcularse el tributo empleando la escala de dos tramos que la Ley contempla para las personas naturales.

17. DEDUCCIONES EN LAS RENTAS DE TERCERA CATEGORÍA.

Están contempladas en el artículo 37° de la Ley que, si bien consagra el principio de causalidad, parece haber introducido inadvertidamente una limitación al señalar que «en consecuencia, son deducibles»; al parecer, para establecer la renta neta sólo pueden rebajarse de la renta bruta los conceptos previstos en los incisos de dicho artículo. Creemos que se trata sólo de un defecto de técnica legislativa, de modo que pueden deducirse todos los gastos necesarios para producir la renta y mantener su fuente, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por la Ley.

En consecuencia, la frase cuestionada debería interpretarse como autorización para deducir, entre otros conceptos, los que allí se detallan. Tales conceptos no difieren fundamentalmente de los contenidos en la ley derogada, aun cuando consideramos que deben destacarse algunas particularidades.

17.1. Primas de seguro.

Como ocurría en la legislación precedente, también ahora son deducibles las primas por seguros que cubran riesgos sobre operaciones, servicios y bienes productores de rentas gravadas, así como las de accidentes de trabajo del personal y lucro cesante. El matiz está dado por el segundo párrafo del inciso c del citado artículo 37°, conforme al cual:

«Tratándose de personas naturales, esta deducción sólo se aceptará hasta el 30% de la prima respectiva cuando la casa de propiedad del contribuyente sea utilizada parcialmente como oficina».

Esta restricción implica que el legislador ha considerado, que cuando una persona natural lleva a cabo actividades mercantiles en su propia casa, los gastos por este concepto están destinados sólo en un 30% a los fines del negocio y que, por ello, sólo esta parte es aceptable. El saldo constituye un gasto personal no vinculado a la generación de renta, razón por la cual, su deducción no es procedente. Desde luego, la regulación comprende también a los notarios, a pesar de que su labor no tiene carácter mercantil pero, como quiera que sus ingresos están considerados como rentas de tercera categoría, y ellos son personas naturales, la norma les resulta aplicable.

17.2. Alquiler y gastos de mantenimiento.

En el mismo caso de las personas naturales que

perciben rentas de tercera categoría, el inciso s del mencionado artículo, precisa que tratándose de casa arrendada habitada por el contribuyente, parte de la cual es utilizada para obtener rentas de dicha categoría, sólo se aceptará como deducción el 30% del arrendamiento y el 50% de los gastos de mantenimiento.

Como en el caso anterior, el fundamento es que sólo una parte de los gastos está destinado a generar renta gravada, aunque el porcentaje resulta arbitrario, como suele ocurrir en todas las regulaciones similares.

18. RENTAS DE CUARTA CATEGORIA.

Conforme al artículo 33°, éstas han quedado reducidas a las obtenidas por:

- a) el ejercicio individual de cualquier profesión, arte, ciencia, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría.
- b) el desempeño de funciones de director de empresas, síndico, mandatario, gestor de negocios, albacea y actividades similares.

Como se advierte, se ha excluido de la posibilidad de percibir rentas de esta categoría a las asociaciones de profesionales y las sociedades civiles que, como ya se indicó, están incluidas entre los perceptores de rentas de tercera categoría.

Las deducciones no han sufrido mayor variación, pues se permite rebajar de la renta bruta el 20% de la misma hasta el límite de 24 U.I.T., en el caso de las rentas generadas por las actividades señaladas en el inciso a).

El artículo 74° obliga a las personas, empresas y entidades que llevan contabilidad completa o registro de ingresos y gastos a retener el 10% de las rentas brutas de cuarta categoría que abonen o acrediten. La retención es de 5% en el caso de contratos a suma alzada en los que no se exprese por separado el importe de los honorarios.

Ahora bien, según el artículo 86°, las personas naturales que perciben rentas de cuarta categoría deben efectuar pagos mensuales a cuenta, aplicando la tasa del 10% sobre su renta bruta mensual. Las retenciones sufridas conforme al artículo 74° se aplican a estos pagos mensuales.

Sólo existe obligación de presentar declaración por el pago a cuenta mensual si las retenciones no cubren la totalidad del mismo.

19. DEDUCCIONES POR LAS RENTAS DEL TRABAJO.

Los contribuyentes, en general, ya no tienen derecho a las deducciones detalladas que contemplaba la legislación anterior por mínimo no imponible, esposa, hijos, etc.

Para los perceptores de rentas de cuarta y quinta categoría, todas las deducciones han sido sustituidas por un monto fijo equivalente a 7 U.I.T.

En este caso, también puede apreciarse que el legislador ha optado por la simplificación en desmedro de la justicia, por cuanto todos los perceptores de rentas del trabajo tienen derecho a una deducción de igual monto, sin importar sus circunstancias personales, tales como el hecho de ser solteros o casados, no tener hijos o tener varios, mantener a los padres u otros parientes, etc.

Es indiscutible que esta regulación permite una más sencilla aplicación del tributo, pero sobre todo, desde el ángulo de la entidad fiscalizadora, que tiene ahora menos elementos que verificar y, por ello, mayor facilidad para establecer la renta neta y el tributo aplicable, todo lo cual no conduce -necesariamente- a una imposición más justa.

20. IMPUESTO ASUMIDO.

Tal como ocurría en la legislación anterior, la nueva norma (artículo 47°) permite que un contribuyente asuma el impuesto que corresponda a un tercero, aun cuando -como también ocurría en el pasado- el pagador no puede deducir de su renta bruta el tributo asumido.

Sin embargo, igual que antes, el contribuyente puede excepcionalmente deducir el Impuesto a la Renta que hubiere asumido y que corresponda a un tercero, cuando dicho tributo grave los intereses por operaciones de crédito a favor de beneficiarios del exterior.

Se ha producido una modificación casi imperceptible, pero significativa. La norma anterior sólo permitía dicha deducción cuando el impuesto asumido se aplicaba con la tasa de 1% sobre los intereses pagados al exterior. Para que esta tasa opere deben cumplirse los requisitos que contempla el artículo 56° de la Ley.

Obsérvese que la disposición vigente, no supedita la deducción a que resulte aplicable la tasa reducida, de tal manera que, aun cuando los intereses pagados al exterior resulten sujetos al 30%, el deu-

dor de tales intereses puede asumir el tributo y deducirlo como gasto para efectos impositivos.

21. RENTA PRESUNTA DE NO DOMICILIADOS.

También en este caso se repite casi literalmente (artículo 48°) el contenido del artículo 51° de la ley derogada, en cuya virtud se presume, sin admitir prueba en contrario, que los contribuyentes no domiciliados y las sucursales o agencias de empresas extranjeras que desarrollan las actividades que allí se indica, obtienen rentas netas de fuente peruana iguales a los importes que resulten por aplicación de los porcentajes que la norma señala.

En el caso concreto previsto por el inciso a, numeral 2, se considera como renta neta el «dos por ciento de los ingresos brutos por el fletamento o transporte marítimo [...]». La regulación anterior sólo aludía al transporte marítimo, aunque es verdad que el Tribunal Fiscal en su Resolución 13118 había ya considerado el contrato de fletamento como parte del transporte marítimo y, consecuentemente, sometido a esta forma especial de establecer la materia imponible. Sin embargo, la precisión legislativa introducida al modificarse el texto le otorga una solidez y permanencia de la que se carecía con la simple jurisprudencia.

22. PAGOS A CUENTA POR LAS RENTAS DE TERCERA CATEGORIA.

Los sistemas de pagos a cuenta se han reducido al procedimiento de coeficiente del ejercicio anterior y al 2% de los ingresos netos obtenidos en el mes. Consecuentemente, ha desaparecido el sistema de balances mensuales.

Sin embargo, el coeficiente puede modificarse «en base a los resultados que arroje el balance del primer semestre del ejercicio gravable». Aun cuando al escribir este texto no se ha publicado todavía el Reglamento, nosotros consideramos que el sentido de la norma es permitir a los contribuyentes modificar el coeficiente aplicable a partir del segundo semestre del ejercicio, en función de los resultados obtenidos en la mitad del periodo, prescindiendo así de los resultados del año anterior, que son los que sirvieron de base para calcular los pagos mensuales.

Obsérvese que la norma alude al balance del primer semestre, es decir el efectuado al mes de junio. Si de acuerdo con los resultados se amerita la modificación del coeficiente, nosotros entendemos que el cambio puede operar respecto de los pagos que se realicen a partir del mes de julio, es-

to es, el pago relativo al mes de junio. De esta manera, en la práctica, el coeficiente anterior sería aplicable sólo por los primeros cinco meses.

En cuanto al sistema del 2% de los ingresos netos, se ha establecido (vía fe de erratas) que el porcentaje «podrá ser modificado conforme al balance mensual». Nosotros consideramos, que ello no significa que puedan formularse balances cada mes a fin de fijar la cuota en función de ellos, pues eso supondría no haber eliminado este sistema, como fue el propósito del legislador. Es probable que el Reglamento precise que el sentido de la norma es permitir que en algún momento del ejercicio la cuota pueda variarse en función de los resultados que aparezcan del balance que se formule en ese determinado momento.

23. DEL IMPUESTO MINIMO A LA RENTA.

El Decreto Legislativo 774 mantiene el inconveniente y antitécnico Impuesto Mínimo a la Renta que, como se sabe, significa que los perceptores de rentas de tercera categoría no pueden pagar un tributo inferior al 2% del valor de sus activos.

En el caso de las sociedades de hecho, joint ventures, consorcios y asociaciones en participación, ya hemos señalado que están incluidas en la obligación de pagar el Impuesto Mínimo, cuyo importe se atribuye a las partes contratantes, según hemos detallado en el numeral 10.

Como en la Ley anterior, la actual excluye del activo las acciones, participaciones o derechos en el capital de otras empresas comprendidas dentro del campo de aplicación del impuesto, excepto las que se encontraran exoneradas de éste.

Al definirse el concepto de activos netos, la Ley introduce una modificación apreciable en el caso de entidades bancarias y financieras quienes ahora pueden deducir «la provisión por deudas de cobranza dudosa» (artículo 111°). Esta regulación es absolutamente racional, pues el activo de estas entidades está configurado, esencialmente, por el valor de sus colocaciones y si éstas se encuentran erosionadas por las malas deudas, constituía un verdadero contrasentido no admitir la deducción de las provisiones respectivas.

También resulta una novedad, el derecho que se otorga a las empresas exportadoras (artículo 112°) para deducir del valor de los activos netos «la cuenta de existencias y las cuentas por cobrar producto de operaciones de exportación». La norma se inspira, obviamente, en el propósito de no per-

judicar la actividad exportadora que el Estado tiene interés en fomentar.

Igualmente, es una modificación significativa la exclusión de la base imponible del «valor de las maquinarias y equipos nuevos adquiridos por las empresas productivas, durante el ejercicio en que se produzca la adquisición y el siguiente». La Ley no contiene una definición de las empresas que deben considerarse productivas, de tal manera que mientras no se expida el Reglamento, resulta válido considerar como tales aquellas a las que se referían las normas del derogado Impuesto al Patrimonio Empresarial.

De otro lado, el artículo 116° declara que, entre otras, no están afectas al Impuesto Mínimo:

«a) las empresas productivas desde que se constituyan o establezcan hasta el ejercicio siguiente en que inician sus operaciones.»

Sobre estas regulaciones cabe preguntarse si deben incluirse en el valor del activo las acciones de propiedad de una sociedad anónima («A») emitidas por una empresa productiva («B»). Como antes se señaló, se excluyen las acciones de otras empresas comprendidas en el campo de aplicación del impuesto salvo que estuvieran exoneradas. En el ejemplo propuesto («B») sería una empresa inafecta ¿Debe («A») excluir de su activo el valor de estas acciones? Puede sostenerse que la exclusión es operante por cuanto («B») no está exonerada, sino inafecta. Sin embargo sería deseable que se introdujera una precisión sobre el particular.

Desde luego, lo más conveniente sería derogar las normas sobre este impuesto que a pesar de que el legislador lo vincula con la renta, en los hechos, afecta inclusive a las empresas que han sufrido pérdidas, lo que carece de justificación.

JULIO CESAR BERNINZON OLIVI

**Abogado
Notario de Lima**

**Las Begonias N° 630, Of. 43, San Isidro
Telf. 42-0427**

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

ENTREVISTA A HECTOR FIX ZAMUDIO*

Los Derechos Humanos y sus medios procesales de defensa, su reconocimiento y adopción en el Derecho Positivo, su jerarquía constitucional y, sobre todo, los medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad de las leyes, son algunos de los temas sobre los que nos conversa el Dr. Héctor Fix Zamudio, destacado constitucionalista mexicano, en la presente entrevista.

El Doctor Fix Zamudio estudió en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y en la división de estudios de la facultad de Derecho de la UNAM. Es investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la UNAM, en ambos casos por más de 35 años. Es juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, autor de numerosas e importantes obras de Derecho Procesal Constitucional y miembro de diversas entidades académicas de México y otros países del mundo.

THÉMIS: *Tradicionalmente, el estudio de la función legislativa se atribuía al Derecho Constitucional, el de la función ejecutiva al Derecho Administrativo y el de la función jurisdiccional al Derecho Procesal. Sin embargo, hoy se reconoce que la función jurisdiccional tiene evidentes implicancias constitucionales, a tal punto que se ha configurado una nueva rama jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional. ¿Por qué surge y de qué se ocupa esta rama?*

FIX ZAMUDIO: Desde el punto de vista de la sistematización, es relativamente reciente. Desde luego, los mecanismos para resolver conflictos constitucionales son históricamente mucho más antiguos. Lo que pasa es que el estudio sistemático de estos instrumentos ha sido muy reciente. Para algunos autores, esta rama se empezó a sistematizar realmente cuando Kelsen en Austria propició la creación de la Corte Constitucional y empezó la elaboración de una serie de principios básicos de una disciplina que estudiara en forma sistemática este tipo de problemas. Hay que recordar ese famoso artículo de Kelsen, que fuera publicado en la Revista de Derecho Público Francés en 1928, donde habla precisamente de la Jurisdicción Constitucional, de la Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Luego propició, como miembro de la Comisión Redactora de la Constitución austriaca de 1920, establecer la Garantía de la Administración a través del Tribunal Constitucional y el Tribunal Federal Administrativo. De ahí surge una serie de estudiosos de tipo comparativo,

* La entrevista fue realizada por el Doctor Javier Neves Mujica, miembro del Comité Consultivo de THÉMIS - Revista de Derecho, en el mes de febrero de 1994. La edición estuvo a cargo de Héctor Calero, miembro de la revista.

entre los que ha destacado Mauro Capelletti, y podemos decir que se han sentado bases para una disciplina procesal más o menos reciente, tal vez la última de las que han surgido. Como se ha dicho, históricamente surgió primero el Derecho Procesal Civil, después se configuró sistemáticamente el Derecho Procesal Penal, Administrativo, Laboral, etc., y la última es una rama del Derecho Procesal que se ocupa del estudio de los instrumentos de solución de conflictos derivados de la aplicación de normas de la Constitución. Esa es la que algunos autores, cada vez con mayor frecuencia, llaman Derecho Procesal Constitucional. Inclusive, se han creado cátedras con esa denominación, sobre todo en la Argentina, que analizan ese tipo de instrumentos de solución de conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales, de la misma forma como otras ramas del Derecho Procesal se ocupan de los instrumentos de solución de conflictos en otras áreas.

THÉMIS: *Algunos autores distinguen el Derecho Procesal Constitucional del Derecho Constitucional Procesal. ¿Cuál es el contenido de este último?*

FIX ZAMUDIO: Parece un juego de palabras, pero en realidad es simplemente -como todas las clasificaciones- un poco arbitraria, simplemente para tratar de fijar conceptos. No existe una separación estricta en la realidad, lo que pasa es que el enfoque parece distinto, aunque tengan muchos puntos de contacto. Son disciplinas de frontera y confluencia. Podemos decir que el Derecho Procesal Constitucional, rama del Derecho Procesal, se ocupa de las normas de tipo instrumental, que se han desarrollado con el objeto de resolver este tipo de conflictos a través de órganos jurisdiccionales. El Derecho Constitucional Procesal es, en cambio, una rama o sector del Derecho Constitucional que estudia los instrumentos procesales que están dentro de la Constitución.

Las constituciones modernas cada vez tienen más disposiciones sobre la prestación jurisdiccional, la organización de los tribunales, su competencia, la selección del juez y del magistrado, los órganos de gobierno, etc. Entonces, ya es una disciplina bastante amplia, un sector bastante amplio que analiza esta categoría procesal desde el punto de vista constitucional. El Derecho Constitucional Procesal es una rama del Derecho Constitucional, son disciplinas de confluencia.

THÉMIS: *Volviendo al Derecho Procesal Constitucional y ubicándonos en lo que denomina Capelletti la jurisdicción constitucional de la libertad, y más concretamente en lo que ha llamado usted los medios procesales específicos, ¿en qué*

consiste el Amparo mejicano y cuál es su influencia sobre el ordenamiento internacional y el constitucionalismo latinoamericano?

FIX ZAMUDIO: El Amparo mejicano, que ha tenido trascendencia, primero en Latinoamérica y después en instancias internacionales, tanto de tipo regional como mundial, surgió con el propósito de establecer una serie de mecanismos para proteger los derechos. Claro que cuando surgió, a mediados del siglo pasado, era un instrumento de protección de derechos de carácter individual.

Surgió así el Amparo, como un procedimiento breve y sencillo, al menos en sus inicios, para lograr la protección a través de los tribunales de estos derechos de carácter individual. Tuvo influencia de la revisión judicial norteamericana, porque fue un trasplante, como dicen los comparatistas, de los principios del derecho angloamericano. El principio de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, contenido en la Constitución de los EEUU, se implantó en una tradición romanista. Entonces, si en EEUU es un principio, es decir, el principio de que los jueces inaplican leyes inconstitucionales o protegen los derechos a través de los procedimientos ordinarios. En nuestro país, dada la tradición romanista, se estableció un procedimiento especial para proteger a todas las personas y los derechos individuales, tanto frente a leyes como frente a actos. No se hizo distinción con el Habeas Corpus, sino que quedó comprendida también la protección de la libertad frente a detenciones indebidas por autoridades administrativas, y así sigue en la actualidad.

En conclusión, ese principio de un procedimiento especial, de un procedimiento breve y sencillo para proteger los derechos de carácter individual, fue lo que trascendió a otros ordenamientos latinoamericanos, primero en Centroamérica y luego en otros países, y actualmente son varios los países que tienen instrumentos con ese nombre. Esto se explica porque este nombre viene de la tradición española, tanto del Derecho castellano de los interdictos de protección de derechos y no sólo de bienes, como de la tradición aragonesa de la manifestación de las personas, que trascendió cuando menos como tradición, porque no se aplicó en América. Entonces, el nombre es castellano y por eso se ha implantado en varias constituciones latinoamericanas. Otras lo han establecido con otros nombres. Por ejemplo, en Chile, el Derecho de Protección; en Colombia, la Acción de Tutela; y el Mandado de Semblanza brasileño, que se ha traducido como Mandamiento de Amparo. También en España se ha establecido el Amparo, primero en la Constitución del 31, básicamente por

influencia de un jurista mexicano, Rodolfo Reyes. Después ha pasado a la Constitución actual -claro, también con influencia del recurso constitucional alemán-, pero el núcleo y muchos aspectos vienen del Derecho mexicano.

Lo que pasa es que en México el Amparo sufrió una transformación durante el siglo pasado y se le incorporó la Casación. Se acudió a un razonamiento un poco forzado, en el sentido de que cada vez que un juez no aplicaba estrictamente una disposición legal a un caso concreto, violaba un precepto de la Constitución del 57. Esto se hizo porque si bien nosotros copiamos el sistema norteamericano de doble jurisdicción, con tribunal local y tribunal federal (tribunal local es cada quien de acuerdo con su competencia), no había confianza en los tribunales locales y todos los asuntos se trataban de llevar a los tribunales federales a través del Amparo. Así se le incorporó el llamado control de la legalidad a través de este subterfugio, y con este mecanismo se le incorporó también la Casación, que es el aspecto que fue discutido todo el siglo pasado. Se discutió con el Constituyente del 17, se aceptó como una realidad y actualmente funciona así.

Hoy, este amparo judicial no es sino un recurso de casación, que es algo que se le añadió después y que es ajeno a la tradición, pues si vemos en los países latinoamericanos, aparte del Amparo y del Habeas Corpus existe la Casación como instrumento distinto. Por esto es un poco difícil comprender el Amparo mexicano, porque lo que trascendió no fue el Amparo actual con esta adición de la casación, sino el Amparo tradicional, el instrumento breve y sencillo para proteger los derechos.

Luego, cuando empezaron a surgir las Declaraciones, primero la Americana en mayo de 1948, y luego la Universal en diciembre del mismo año, a través de las representaciones mexicanas se buscó adoptar el principio de un proceso breve y sencillo que amparara a las personas contra las autoridades por violación de los derechos. Esto se incorporó al artículo 25 de la Declaración Americana y al artículo 2 del Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos. Desde entonces ha surgido esta idea de un instrumento más amplio desde el punto de vista internacional. Es la influencia del Amparo histórico y tradicional, y no del actual.

THĒMIS: *Agotada la jurisdicción interna, ante la vulneración de un derecho fundamental, se puede acudir a distintos organismos internacionales de Derechos Humanos. Quizá las principales limita-*

ciones en este campo se encuentran en el acceso verdadero a cualquier persona y en el carácter no jurídicamente obligatorio de las resoluciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una excepción a lo segundo y por eso a lo primero. ¿Cuál es su apreciación sobre esta materia?

FIX ZAMUDIO: Lo que pasa es que la Corte Latinoamericana se ha hecho sobre el modelo de la Corte Europea y ésta surgió primero que los instrumentos regionales americanos. Tenemos que verlo como un intento, que en todas partes fue muy difícil al principio, y que ahora ya se ve como algo más normal o aceptado, de permitir el acceso de los individuos a los organismos internacionales. Pero el acceso directo hubiera sido muy complicado y difícil, por lo que se creó un órgano que significó un filtro, un órgano de tramitación, de instrucción de las reclamaciones individuales. Entonces se debe acudir primero a la comisión y si ésta estima que el caso debe someterse a la Corte, entonces ella lo hace; si no, lo puede plantear un Estado directamente contra otro Estado. Es, pues, una vía indirecta.

En América, la aceptación era todavía más difícil que en Europa. Entonces, se creó primero la Comisión en 1960, como un órgano de promoción, que lentamente se fue transformando en un órgano de carácter investigatorio y formulador de recomendaciones cada vez más aceptado, por lo que fue ampliando sus competencias. La Corte no vino sino varios años después, prácticamente 20 años después, al aprobarse la Convención Americana de Derechos del Hombre, en San José de Costa Rica en 1969, que no entró en vigor sino hasta 1978. La Corte se constituyó a fines de 1979 y realmente empezó a funcionar en 1980 y los primeros procesos contenciosos no se sometieron hasta 1986.

Es decir, si en Europa al principio fue muy difícil aplicarlo, lo es aún más para los estados en América, que son más reticentes que los europeos para aceptar órganos de carácter internacional, por una serie de experiencias desfavorables que hemos tenido los países latinoamericanos en materia de arbitraje internacional. Con decisiones de carácter obligatorio, fue todavía más difícil. Si bien la Comisión ha tenido un mayor grado de aceptación y ha actuado de una forma más regular, el caso de la Corte ha sido algo más complicado, pero podemos decir que estamos ahora en un período de consolidación. Ya hay 16 estados que han aceptado la jurisdicción obligatoria, poco a poco el número va en aumento y los casos se someten con mayor regularidad, pero son siempre casos muy complicados y difíciles.

En Europa, esta situación es excepcional. Ellos tienen casos menos difíciles y además la Comisión Europea tiene medios mucho más amplios que la americana para hacer su instrucción; entonces, la Corte sirve sólo de censura. Ahora parece que en Europa están pensando fundir los dos órganos, establecer una asesoría etc., pero esto está en estudio. Acá en la Corte Interamericana, tenemos que hacer primero de órgano de instrucción, lo que dificulta más las cosas.

THĒMIS: *En cuestión de Derechos Humanos, se admite generalmente una supremacía del orden internacional sobre el interno. En algún trabajo usted destaca que el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 otorgaba a los tratados de Derechos Humanos el mismo rango que la propia Constitución. Nuestra nueva Constitución asigna a dichos tratados nivel legal, pero recoge de la Constitución española una regla, en virtud de la cual los preceptos constitucionales que reconocen derechos, se deben interpretar en el marco de los tratados que los desarrollan. ¿Cuál es para usted la importancia de esta regla?*

FIX ZAMUDIO: La regla que tenía la Constitución anterior era más avanzada, lo cual es atípico en las constituciones latinoamericanas. Estas han ido poco a poco reconociendo esta primacía del Derecho Internacional, con mucha reticencia y muy lentamente. Ahora, las últimas constituciones, como la colombiana, la paraguaya, etc., son un poco más amplias en ese reconocimiento. Pero aunque algunas no lo dicen expresamente, están dando a los tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior, al menos a la de las leyes ordinarias, hasta reconocer en otros casos una jerarquía constitucional. Creo que es la Constitución paraguaya la que sostiene que para modificar un tratado de Derechos Humanos se debe seguir las reglas de la reforma constitucional. Es decir, siguiendo el ejemplo del caso peruano. En Europa hay un reconocimiento más amplio del Derecho Constitucional, no sólo del convencional, sino de las normas consuetudinarias. La Constitución española y la portuguesa, si bien no reconocen esa primacía de los tratados sobre el Derecho Constitucional interno, sí establecen que deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales, lo que quiere decir que incorporan las normas que no son contrarias a la Constitución, como normas del mismo nivel que las normas constitucionales.

THĒMIS: *Entre las cuestiones no justiciables, se encuentran las declaratorias de regímenes de excepción, que en el Perú abarcan un extenso territorio desde hace mucho tiempo. A partir de una*

imprecisión de nuestra Constitución de 1979, surgió un debate entre los especialistas, sobre si en dichos estados se suspende sólo los derechos o también sus garantías. Aunque la actual Constitución ha resuelto la discusión, ¿qué efecto tiene la declaración de un régimen de excepción sobre el ejercicio de los derechos fundamentales?

FIX ZAMUDIO: Bueno, desde el punto de vista internacional, es decir, según lo que establecen la Convención Americana y el Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, que son los que tienen aplicación en este continente, cuando menos para los países que los han suscrito, hay una serie de limitaciones a los estados de excepción. Se establece que hay ciertos derechos que no pueden suspenderse, sino restringirse. Además, la Corte Interamericana ha sostenido que en los estados de excepción no pueden suspenderse los dos instrumentos fundamentales de protección de derechos: el Amparo y el Habeas Corpus, pues estos instrumentos son los que pueden servir de base para proteger los derechos suspendidos en los estados de excepción. Además, hay una serie de reglas de información respecto de dichos organismos: cuándo existe estado de excepción, cuándo cesa, cuáles son las limitaciones establecidas, etc. Entonces, existe una serie de restricciones a los estados de excepción; es decir, no se pueden suspender todos los derechos, sino que hay algunos que son insusceptibles y tratándose de los que se suspenden, también tienen ciertas limitaciones.

THĒMIS: *Respecto de la jurisdicción constitucional orgánica, sabemos que existen dos grandes sistemas: el americano y el austriaco. En este último, el control de la constitucionalidad de las leyes se confía a tribunales constitucionales y no al Poder Judicial. Así ocurre en Europa continental. En América Latina, ¿no hubiera sido más natural otorgar la jurisdicción a un órgano existente sin crear uno más, es decir, al Poder Judicial y no al Tribunal Constitucional?*

FIX ZAMUDIO: Bueno, se lo ha hecho de cierta manera en algunos países donde no hay un tribunal especial. En estos casos, se le confía al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía. Lo que pasa es que en Europa, por ejemplo, existen tribunales especiales independientes del Poder Judicial, pese a que según mi modo de ver, su función también es jurisdiccional. Ocurre que al principio, cuando se crearon, algunos consideraban que eran órganos legislativos negativos (por ejemplo, Kelsen y, después, Calamandrei en Italia, etc.), así que no tenían ni debían tener relación alguna con el Poder Judicial.

Sin embargo, la discusión ha establecido que estos tribunales son parte de la función jurisdiccional, pero desde un punto de vista especializado. Entonces, la situación es variada. Por ejemplo, en Alemania, el Tribunal Federal Constitucional forma parte del Poder Judicial. En otros estados, está fuera y algunos otros le han dado al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía esta función. También ha habido una solución intermedia, sobre todo en América Latina, que son las Salas Constitucionales de la Corte Suprema. La que ha tenido en este sentido una función más importante es la de Costa Rica, la sala 10, que está dentro de la Corte Suprema, pero que tiene autonomía. Pienso que ésta es la razón de la creación de este tipo de tribunales especiales, que en América Latina también ya se está consolidando. Por ejemplo, en el caso del Perú, primero el Tribunal de Garantías Constitucionales y ahora el Tribunal Constitucional; y también la Corte Constitucional en Colombia, cuya creación fue muy discutida, pues antes esa función la tenía la Corte Suprema con una Sala Constitucional.

La discusión ha surgido en relación a si es necesaria la especialización o si puede resolver las controversias un magistrado que no tenga especialización. Inclusive si estos magistrados deben ser nombrados en la misma manera que los jueces ordinarios, o si deben de tener un nombramiento diferente, como sucede en Europa, donde se nombran por un mecanismo distinto y no forman parte de la carrera judicial. Creo que lo principal es la existencia de la especialización. En México, por ejemplo, se adoptó un sistema intermedio a partir de enero de 1988, donde a la Suprema Corte se le quitó el control de la legalidad. La función de Corte de Casación se le pasó a los Tribunales Federales y la Corte ahora sólo conoce problemas de constitucionalidad. Se ha dicho, con cierta razón, que se ha transformado en un Tribunal Constitucional, aunque por el nombre no lo sea, porque se ha especializado en materia constitucional.

THĒMIS: *Hoy, el Poder Judicial tiene importantes atribuciones constitucionales, no sólo para eliminar reglamentos inconstitucionales o ilegales, sino incluso para crear normas a través del precedente persuasivo, que según Pisorusso, configura una fuente del derecho. ¿Que evolución se ha registrado en esta dirección en América Latina?*

FIX ZAMUDIO: En América Latina, paulatinamente se ha ido creando instrumentos que se asemejan a los europeos. Por ejemplo, lo que ocurrió desde el principio de siglo en Colombia y Venezuela con la Acción Popular de Inconstitucionalidad,

que permitía a cualquier persona acudir ante la Corte Suprema. Hoy, esta función la tiene en Colombia la Corte Constitucional, pero es muy reciente y sólo para declarar con efectos generales una norma inconstitucional.

La misma función se le ha dado, en general, a los tribunales constitucionales que se han creado en América Latina, al Tribunal Constitucional en Guatemala, al Tribunal Constitucional en el Perú; se ve evolución en este sentido en Ecuador y su Tribunal de Garantías Constitucionales, y también en el Tribunal Constitucional chileno. Así pues, paulatinamente se han ido creando este tipo de tribunales, cuyas resoluciones tienen efectos generales, como los existentes en Europa. Por otro lado, en México, por ejemplo, tenemos un sistema intermedio entre lo que es el *stare decisis* norteamericano y la llamada jurisdicción persuasiva, porque las resoluciones en el mismo sentido de la Suprema Corte de tribunales colegiados, con determinadas características, forman precedentes obligatorios. Claro que pueden ser modificadas por el mismo órgano que las emitió, pero tienen carácter obligatorio.

THĒMIS: *La interpretación constitucional y también -aunque en menor medida- la legal, ya sea ejercida por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, ¿es una función técnica o política? Si es lo segundo y no lo primero, como sostiene Varille, ¿no se convertirían los órganos de control constitucional en verdaderos órganos paralegislativos o superlegislativos, como dicen algunos autores? ¿Cómo lograr un equilibrio entre la jurisdicción constitucional y la labor del Poder Legislativo?*

FIX ZAMUDIO: Aquí hay una discusión muy amplia. Kelsen y Calamandrei decían que la Corte Constitucional austriaca o la Corte Constitucional italiana realizaban una función de legislador negativo, que no era de carácter judicial, que desde luego es técnica, pero que tiene una repercusión política. Política en el sentido técnico y no en el sentido, digamos, partidista. Es decir, política no porque influyan los partidos políticos y porque, además, los magistrados deben ser imparciales, sino en el sentido de que dicen la última palabra en discursos políticos muy importantes, interpretando la norma constitucional. Desde ese punto de vista, es una decisión de tipo político, pero político en el sentido de participación en la toma de decisiones fundamentales. Y aquí han surgido una serie de críticas u objeciones, señalando que una serie de personas que no han sido elegidas popularmente podrían limitar las funciones de carácter legislativo de órganos que sí han sido elegidos popularmente. Se ha hablado de la legitimidad o

legitimación de los tribunales. En Estados Unidos es muy común, es periódico, que se cuestione la legitimidad, pues -dicen- hay señores que ahí en Washington (la Corte Suprema) pueden determinar el alcance de la Constitución sobre órganos que han sido elegidos popularmente.

Esto ha sido muy discutido. Inclusive en un Congreso, hace 4 o 5 años, se habló de la legitimidad de las Cortes y los Tribunales Constitucionales. Capeletti ha hecho un buen análisis en este sentido, y además los estudios que se han hecho determinan que en el caso de los tribunales constitucionales su legitimación no deriva de su elección, sino de que tenga la sensibilidad suficiente para lograr una aceptación mayoritaria de la comunidad. Es decir, no pueden rebasar esa opinión más o menos amplia, pues entonces empiezan a ser cuestionados.

El ejemplo más citado es el de la Corte Suprema de Estados Unidos en los años 30, cuando fue contraria a la política social de Roosevelt, lo que provocó un conflicto muy serio. Después, la misma Corte superó esta imagen proyectada, pero recientemente hay también una gran discusión por la orientación más conservadora que tiene la Corte. Y las cosas se entienden de tal modo, que cada vez que hay que nombrar a un magistrado se genera una gran discusión pública, como ocurrió con este magistrado Vall, que no llegó precisamente por las ideas que como autor había divulgado. Pienso que es una función que tiene repercusiones políticas y que la legitimación, que no es un término jurídico, sino de sociología política, tiene que ver con la sensibilidad de un Tribunal de no rebasar ciertos límites de consenso de la comunidad en la que funciona.

THĒMIS: *Una última pregunta, de tipo más personal. Usted tiene más de 30 años en la vida universitaria dedicados a la investigación y a la docencia, y ha formado generaciones de constitucionalistas, tanto en su país como fuera de él. ¿Qué significa para usted la vida universitaria, en especial la actividad docente?*

FIX ZAMUDIO: Bueno, mire: más que la docente, la que he tenido más extensa es la de investigación. Es una vocación que me despertó un gran jurista español que fue Alcalá Zamora. Yo estaba en el Poder Judicial inmerso en la carrera judicial, y él me fue atrayendo a la investigación y a la docencia. Es decir, me formé con él durante varios años y después tomé la decisión vocacional de dedicarme a esta actividad. Entonces se desarrolló primero en una forma paralela; estaba a la vez en la Corte Suprema y en la Universidad, después ya me dediqué totalmente a este campo y ya no he querido abandonarlo. Pienso que es una vocación que hay que regularla. Desde luego que la función judicial me sigue atrayendo y ahora la desempeño en el ámbito internacional, pero también la investigación y la docencia como su complemento. En México, por razones prácticas, hay dos categorías académicas que tienen un desarrollo profesional en la Universidad: el investigador, que dedica más tiempo a la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos; y el docente, que la mayor parte de su tiempo lo dedica a la enseñanza. El docente tiene que hacer la investigación, y el investigador la docencia, pero la diferencia está en el tiempo que dedican a una u otra actividad. Nosotros tenemos que hacer docencia, pero en una forma más limitada; el docente tiene que hacer investigación, pero se dedica más a la enseñanza, que es un complemento ineludible.

SOBRE EL SIGNIFICADO ECONOMICO DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL*

Pietro Trimarchi**
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Milán
Italia

El artículo que a continuación presentamos es una profunda reflexión acerca de los criterios que deben adoptarse en la puesta en práctica de un sistema eficiente de responsabilidad contractual. Este sistema, ¿debe estar basado en la culpa?, o por el contrario, ¿resulta más conveniente que el factor atributivo de responsabilidad sea objetivo?

Las dos preguntas anteriores constituyen la médula del trabajo del Doctor Trimarchi, quien examina, para llegar a su respuesta, cuáles son las funciones que debe cumplir una adecuada reglamentación de la responsabilidad contractual.

El artículo es quizás el primer análisis de la responsabilidad contractual, realizado desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, que en nuestro medio se difunde. Al mismo tiempo, es tal vez el primer acercamiento a la doctrina italiana del análisis económico.

1. Las implicancias económicas de los diversos criterios de responsabilidad contractual no han sido objeto de estudio, a diferencia de cuanto ha ocurrido para la responsabilidad extracontractual.

Ello se explica en parte considerando que el problema de la responsabilidad extracontractual presenta aspectos de mayor y más evidente gravedad social: basta pensar en las consecuencias sociales y económicas de la ausencia, o incluso tardanza, del resarcimiento de los daños a la persona derivados de accidentes industriales o automovilísticos.

De aquí una amplia literatura jurídica, en la cual se ha tenido a veces consideraciones incluso sobre las consecuencias económicas de la responsabilidad extracontractual en lo que se refiere al destino óptimo de los recursos productivos: consideraciones a veces fragmentarias, a veces desarrolladas en análisis sistemáticos¹.

* El presente artículo ha sido traducido y cedido gentilmente a THEMIS - Revista de Derecho, por el Doctor Hugo Forno Flórez, a quien agradecemos sinceramente. Nota del traductor: el título original de este artículo es «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale». Ha sido tomado de la versión publicada en «Interpretazione giuridica e analisi economica», a cargo de Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà, Franco Romani, prefacio de Guido Calabresi, Giuffrè, Milano, 1982. Este artículo es uno de los más importantes que se han escrito en Italia sobre análisis económico del derecho, y uno de los pocos que afronta desde esta nueva perspectiva el problema de la responsabilidad contractual. Fue escrito en 1970 y publicado por primera vez ese año en la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Con algunas notas de más y con el último párrafo de menos, este artículo ha sido reproducido en 1972, bajo el título Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischen Sicht, en «Zeitschrift Handelsrecht», 1972, 136, 118.

** De Rev. trim. der. proc. civ., 1970, pág. 512 y sgtes.

¹ Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad extracontractual, v. G. Calabresi, Does the fault system optimally control accidents costs?, en Law Cont. Probl., 1968, pág. 429 ss.; Id., The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs, en Harv. Law rev., vol. 78 (1965), pág. 713 ss. y literatura allí citada. Me permito remitir también a mi trabajo Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961.

Nada de ello en el campo de la responsabilidad contractual. Aquí no se presentan problemas sociales que tengan un aspecto dramático. En cuanto al problema estrictamente económico, se ha pensado poder superarlo. Se ha sostenido, en efecto, que sería económicamente irrelevante distribuir en un modo u otro el peso de los daños derivados del incumplimiento, porque todo desplazamiento vendría a reequilibrarse por una modificación del correspondiente debido: mayor la responsabilidad a cargo de una parte, mayor el correspondiente debido².

Con mayor profundidad analítica se ha escrito que la repartición legal del peso de los daños derivados de incumplimiento puede ser irrelevante para los fines de la distribución óptima de los recursos productivos. Porque si, de las dos partes contratantes, una pudiese evitar el daño de un modo más económico que la otra, ambas tendrían por conveniente la regulación contractual de la responsabilidad, haciendo que se grave con el riesgo del daño a la parte que puede tomar medidas para removerlo con menor costo, atribuyéndole una adecuada compensación³.

Empero, ello se funda sobre el presupuesto de que esta reglamentación contractual no implique costos excesivos.

Veremos más adelante que tal presupuesto se realizaría sólo en una situación próxima a la de un mercado ideal, en el cual los contratantes tengan un perfecto conocimiento de todos los datos de la producción y se comporten de modo perfectamente racional, y en el cual -además- los ajustes sean muy rápidos. Por el contrario, en el mundo real y con particular referencia a las situaciones en las que se presenta el problema específico de la responsabilidad contractual, aquél presupuesto no se realiza.

Se justifica por ello un análisis económico de la responsabilidad contractual: análisis que tiene una importancia particular en el campo contractual justamente porque aquí, a diferencia del campo extracontractual, lo económico puede constituir, por regla, el criterio de valoración único e incontrastado.

2. ¿Cuáles son los fines económicos que pueden

perseguirse mediante el instrumento de la responsabilidad contractual? Ante todo, el de una mejor distribución de los recursos productivos.

Se considera que la amenaza de la responsabilidad contractual constituye una presión para inducir a un diligente cumplimiento de las obligaciones contractuales. Cuando la diligencia consiste en un particular grado de atención o de habilidad en el desarrollo de una prestación de trabajo o profesional, entonces el peso de la responsabilidad no se puede confrontar con el grado de diligencia exigido, porque éste -a diferencia de aquél- no es inmediatamente traducible en términos monetarios. Pero fuera de esta hipótesis, las cosas son de otro modo: así, si se trata de una prestación de empresa, las medidas de diligencia pueden consistir en la asunción de nuevo personal o de personal más calificado, en la adopción de máquinas o materiales de mejor calidad, en la multiplicación de los controles, en un mantenimiento más frecuente, en la constitución de un almacén: todas medidas que tienen un costo en dinero. En consecuencia, el esfuerzo debitorio es inmediatamente traducible en términos de costo, de modo de poder ser confrontable con el peso de la responsabilidad contractual.

De esto resulta que el empresario será inducido a adoptar nuevas medidas de diligencia, toda vez que su costo sea inferior a la consecuente reducción del peso de la responsabilidad contractual.

De otra parte, puede ocurrir que también el acreedor esté en aptitud de adoptar medidas idóneas para anular o reducir los daños que derivarían del incumplimiento de su deudor. Y puede darse que el sistema jurídico, al menos en algunos casos, no atribuya al deudor incumplidor, o no le atribuya por entero, el peso de los daños derivados de su incumplimiento. En tales hipótesis, el acreedor también será inducido a adoptar cuidados, en la medida en que su costo sea inferior a la consecuente reducción de los daños que el sistema jurídico deja a su cargo.

Por lo tanto, la responsabilidad contractual debe ser regulada teniendo presente la oportunidad de estimular al acreedor y al deudor a adoptar una combinación de medidas de diligencia que sea óptima desde el punto de vista de la economía ge-

² Bianca, *Inadempimento delle obbligazione*, in «Commentario del codice civile» a cargo de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, pág. 94 s.

³ Coase, *The problem of social cost*, en «J.L. & Econ» vol. 3 (1960), pág. 1 ss.

neral. De ese modo, las reglas sobre la responsabilidad contractual pueden contribuir a determinar una distribución óptima de los recursos productivos, en el sentido que se atribuye a esta expresión en los estudios de «economía del bienestar».

Sin embargo, se recalca que la idea enunciada sólo vale en la hipótesis en la cual tanto el esfuerzo debido, como el riesgo de daño por incumplimiento, sean traducibles en dinero. Ya se ha dicho que el esfuerzo debido no es inmediatamente traducible en términos de costo debido, cuando se trata de atención o de habilidad en una prestación individual de obra o en una prestación profesional. Se agrega que a veces también el daño que deriva del incumplimiento no es enteramente valorable en dinero: la hipótesis principal es aquella en la cual el incumplimiento ocasiona daños a la persona.

También en esta hipótesis, sin embargo, la responsabilidad contractual puede ejercitar una presión útil, cuando se acompañe a sanciones de otra naturaleza.

Por otro lado, en la mayor parte de los casos es posible instituir una confrontación entre gasto debido y daño, de modo que la tesis enunciada tiene plena e incondicionada validez.

3. Existe un segundo aspecto económico de la responsabilidad contractual que debe considerarse.

El peso económico de los daños derivados del incumplimiento puede remover la estabilidad financiera de una empresa o de una economía individual; la sacudida será tanto más grave cuanto los daños sean ingentes o imprevisibles.

El régimen de la responsabilidad contractual puede repartir los daños de modo de facilitar la absorción de la sacudida. Como veremos en seguida, este resultado puede ser alcanzado a veces negando, a veces afirmando la responsabilidad.

Consideremos en primer lugar la hipótesis de una relación contractual entre empresas. Por ejemplo: *A* se compromete a suministrar a *B* ciertas máquinas, de su fabricación, que *B* pretende utilizar en su propia oficina. Si por el mal funcionamiento de la organización de *A*, las máquinas resultan defectuosas e inutilizables, y por ello no se pueden entregar a *B* en tiempo útil, el daño total para la economía en su conjunto será igual al valor del trabajo, del material y del capital desperdiciado para la construcción de las máquinas defectuosas (designaremos con la letra *a* este componente del daño), unido al daño derivado para *B* del retardo en la disponibilidad de las máquinas necesarias para el

funcionamiento de su oficina (daño que designaremos con la letra *b*).

Ahora, si a *A* no se le hace responsable y nos limitamos a negarle el derecho al correspondiente, él sufrirá el daño sólo en la medida de *a*, mientras que *B* también sufre un daño en medida igual a *b*.

Si por el contrario, además de negar a *A* el derecho al correspondiente, se le impone el resarcimiento del daño de *B*, *A* experimentará daño en la medida de *a + b*, y *B* saldrá indemne.

Como es claro, la negación de la responsabilidad determina una repartición del daño entre los contratantes, con el resultado de atenuar el impacto financiero sufrido por cada uno.

Es oportuno relieves que la persecución de este fin puede ser incompatible con el de privilegiar la prevención de accidentes y de los daños que derivan de ellos; lo uno, en efecto, puede exigir que la responsabilidad del deudor se consolide (colocándose así a su cargo el daño total); el otro puede exigir que la responsabilidad se niegue (con la consecuencia que el daño se reparta entre acreedor y deudor).

Una solución intermedia puede ser la de afirmar la responsabilidad del deudor, limitándola sólo a los daños previsibles.

No obstante, cabe poner de relieve que en otras hipótesis una distribución del daño, tal como para hacer más fácil su absorción, se realiza afirmando, y no negando, la responsabilidad del deudor.

No se considere ya una relación entre empresas, sino una relación entre una empresa y el consumidor final. Supóngase, por ejemplo, que la cosa vendida sea defectuosa y ocasiona daño a la persona o a las cosas del consumidor adquirente; afirmar la responsabilidad significa aquí trasladar la incidencia del daño del consumidor, que puede no estar en aptitud de afrontarlo, a la empresa vendedora, que puede fácilmente asegurarse contra tales riesgos, o bien puede autoasegurarse, predisponiendo un fondo con este fin, y puede distribuir el daño entre la generalidad de los consumidores a través de un pequeño aumento del precio de venta correspondiente.

Esto presupone que el consumidor pueda presumirse menos dispuesto a asegurarse, o no esté en aptitud de asegurarse en condiciones tan económicas como las ofrecidas al empresario.

La validez de este presupuesto puede estar limita-

da sólo a una sociedad de bienestar (por otra parte todavía no alcanzada), en la cual todo ciudadano en cuanto tal esté asegurado contra todo posible daño a la persona, cualquiera que sea su causa.

Una aseguración tal no comprendería los daños a las cosas, pero éstas estarían cubiertas frecuentemente por una seguro voluntario, para cuya estipulación el incentivo es tanto mayor cuanto más grande es el valor de la cosa.

Sin embargo, aún así quedarían zonas descubiertas. Es poco práctico, por ejemplo, asegurarse contra el riesgo de la pérdida o el hurto de los objetos personales que se llevan con uno en viaje. Es mucho más práctico que sean los hoteleros quienes se aseguren contra el riesgo de robo del equipaje de los clientes: por ello, una norma legal que obligue a los hoteleros a garantizar a los clientes contra el riesgo de robo de las cosas depositadas en los albergues conduce a un resultado económicamente satisfactorio: el de trasladar la incidencia del daño a quien está en mejor aptitud de asegurarse contra él.

4. El tercer y último aspecto que debe considerarse es el de la reducción de los costos de distribución judicial de los daños.

Esta reducción se puede realizar a través de la simplicidad de la norma jurídica: cuanto más simple es el criterio que gobierna la responsabilidad contractual, y cuanto más previsible la decisión del juez, tanto más se estimula la composición extrajudicial de la litis con ahorro evidente.

En segundo lugar, una reducción de costos se puede realizar con la adopción de criterios jurídicos cuya aplicación no requiera procesos complejos.

A propósito de la reducción de los costos judiciales se ha escrito que, cuando no existe una razón específica que justifique el traslado del daño a través del mecanismo de la responsabilidad, la misma responsabilidad debe negarse y el daño se deja donde se ha producido, para no hacer girar en vano la máquina de administración de justicia⁴. Esta tesis, convincente a primera vista, se revela no siempre válida frente a un análisis más atento. Supóngase que la responsabilidad esté justificada en la mayor parte de los casos pertenecientes a una categoría de contornos netos. Supóngase por

otro lado que en algunos casos pertenecientes a esta categoría y no fácilmente definibles, la afirmación de la responsabilidad no conduce a resultados útiles. Según la tesis en examen se debería aquí negar la responsabilidad, para no hacer girar en vano la maquinaria judicial. En cambio, es verdad lo contrario: la introducción de la excepción complicaría el sistema jurídico, y en razón a que - en la hipótesis presentada- los casos excepcionales no son fácilmente definibles, de ello resultaría una menor previsibilidad de las decisiones y -en consecuencia- una mayor litigiosidad. Por lo tanto, un aumento y no una disminución de los costos judiciales⁵.

5. Examinemos más de cerca en qué modo el régimen de la responsabilidad contractual puede contribuir a una mejor distribución de los recursos productivos.

Consideremos las relaciones contractuales entre un grupo de proveedores, que indicaremos con la letra *A*, y sus clientes que indicaremos con la letra *B*. Supongamos que los incumplimientos recurrentes de los *A* determinen inmediatamente para ellos mismos daños cuyo monto total indicaremos con la letra *a* (se trata de daños iguales a la ausencia de ganancias y al valor del trabajo, de la materia prima y del material desperdiciado en los intentos de cumplimiento) y determinan frente a los clientes *B* daños (derivados del trastorno de sus planes económicos) cuyo monto total indicaremos con la letra *b*.

Supongamos que los proveedores *A* puedan eliminar el riesgo de incumplimientos mediante la adopción de nuevas medidas (mejores máquinas, controles más frecuentes, etc.), cuyo costo total sea igual a α .

Frecuentemente, también los *B* pueden adoptar medidas idóneas para impedir o para reducir los daños derivados del incumplimiento. Pueden, por ejemplo, constituir depósitos de materia prima que absorban los eventuales retardos de los proveedores; o, para dar otro ejemplo, pueden someter el material adquirido a controles cuidadosos para verificar eventuales defectos ocultos antes que deriven daños de ellos. Supongamos que el costo total de estas medidas sea igual a β (y supongamos que tales medidas eliminan totalmente el riesgo del daño *b*).

⁴ Holmes, *The common law*, 45ª reimp., Boston, s.f., pág. 96.

⁵ G. Calabresi, *Does the fault system*, cit., pág. 45.

Supongamos en fin, para simplificar la exposición, que las estructuras técnicas de los diversos proveedores *A* son iguales entre sí, de modo que no existan diferencias en los cálculos de economía válidos para los diferentes miembros del grupo. Y adoptemos la misma hipótesis para los miembros del grupo de clientes *B*.

Es claro que para valorar la conveniencia del gasto α desde el punto de vista social, se necesitará confrontarlo con el riesgo de daño que él elimina, donde quiera que este daño se produzca en el sistema económico. Como, en tal hipótesis, él elimina totalmente el riesgo de incumplimientos, con todas las consecuencias que éstos comportarían como daños para *A* y para *B*, α debe confrontarse con $a + b$: el gasto α sería conveniente sólo si $\alpha < a + b$.

En cuanto al gasto β , él tiene un efecto más limitado, porque no elimina el riesgo de los incumplimientos, sino que influye sólo sobre las consecuencias dañosas que éstos podrían determinar frente a los *B*; por ello el gasto β podrá ser conveniente sólo si $\beta < b$.

Si sólo se verifica una de estas desigualdades, deberá efectuarse únicamente el gasto correspondiente. Por el contrario, si ambas desigualdades se verifican, se presenta el problema de elección entre el gasto α y el gasto β . En efecto, no sería racional acumularlos porque, por hipótesis, una vez hecho el gasto α se eliminaría todo riesgo de daño (y por lo tanto también el riesgo del daño *b*), y por ello el gasto β sería inútil.

Si $\alpha < a$, el gasto α es de cualquier modo conveniente (haciendo superfluo el gasto *b*).

Por el contrario si $\alpha > a$ para operar una elección conveniente desde el punto de vista de los intereses generales se necesitará confrontar el rendimiento social de uno y otro gasto.

Tal rendimiento es igual al excedente del resultado útil respecto al gasto: el rendimiento de α es igual a:

$$a + b - \alpha$$

y el rendimiento de β es igual a:

$$b - \beta$$

Por lo tanto, desde un punto de vista general será preferible el gasto α si

$$a + b - \alpha > b - \beta;$$

será preferible el gasto *b* si

$$b - \beta > a + b - \alpha.$$

Hasta aquí hemos considerado la hipótesis simplificada en la cual las medidas adoptables por *A* eliminan *totalmente* el riesgo de incumplimientos, y las medidas adoptables por *B* eliminan *totalmente* el riesgo de los daños que podrían derivar para los *B* de los mismos incumplimientos.

Más a menudo, las medidas adoptables reducen, pero no eliminan el riesgo: en tal caso, como resulta de un análisis análogo al ya desarrollado, y como además resulta intuitivo, puede ser conveniente acumular los gastos α y los gastos β .

De cuanto precede resulta que, en las hipótesis en las que es socialmente conveniente que se haga el gasto α , debe hacerse responsables a los *A* frente a los *B*, por el daño *b*: de este modo, en efecto, se crea en ellos el interés de gastar α puesto que $\alpha < a + b$.

Se podría objetar que también excluyéndose la responsabilidad de los *A*, éstos serían siempre inducidos a cumplir exactamente para no perder el derecho al correspondiente. Pero esta objeción sólo sería tendencial. Si se niega la responsabilidad de los *A*, éstos basarán sus propios cálculos económicos sólo sobre la previsión del riesgo de daño *a*. En consecuencia sólo harán el gasto α cuando

$$a - \alpha > 0$$

mientras, como se ha visto arriba, desde un punto de vista general el gasto *a* es oportuno cuando

$$a + b - \alpha > 0$$

(incluso si, eventualmente, sea $a - \alpha < 0$)

Más bien se podría decir que, incluso negando la responsabilidad de los *A* y dejando el daño *b* a cargo de los *B*, se determinaría una presión indirecta sobre los *A*, por la razón que los *B* serían inducidos a tener mayor cuidado en la elección de sus proveedores. Pero se trataría, como es claro, de una presión insuficiente, sobre todo en la hipótesis en que sea difícil para los *B* darse cuenta previamente de la eficiencia de cada *A*, y además ellos sean de escasa importancia y poco vinculados entre sí. En esta hipótesis la amenaza de la responsabilidad contractual constituye la única presión eficaz que puede ejercitarse sobre los *A*.

En los casos en que es socialmente conveniente que se haga el gasto β , la responsabilidad de los *A*

debe negarse y el daño b se deja no resarcido a cargo de los B , porque si los B contasen con el resarcimiento, no tendrían incentivo para gastar en la previsión del daño.

En la hipótesis, en fin, en que sea conveniente acumular los gastos α y β , el daño b debe resarcirse sólo en parte, para distribuir la presión sobre los A y los B a fin de que cada uno adopte las medidas de su competencia.

6. De cuanto se ha dicho hasta aquí resulta la justificación de la regla que, al limitar a los daños previsibles el resarcimiento debido por el incumplimiento culposo, dispone que la previsibilidad esté referida al momento de la conclusión del contrato.

En efecto, se ha visto cómo ante el silencio del contrato, el esfuerzo debido se conmensura en la gravedad de la responsabilidad por incumplimiento: es justo por ello que esta última se valore al momento de la conclusión del contrato, a fin que el deudor esté en aptitud de calcular el esfuerzo debido, para poder asumir conscientemente el compromiso de realizarlo y poder pretender un correspondiente adecuado.

7. Podemos examinar ahora el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual. Como es sabido, los esquemas de la responsabilidad contractual son dos: responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva. La primera resulta de la violación de las reglas de la diligencia. La segunda es llevada hasta el límite de la imposibilidad objetiva: es decir, está excluida sólo cuando se pruebe que el incumplimiento se ha debido a una causa *externa* a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras que las causas internas a la empresa quedan a cargo del deudor aun cuando no sea culpable. Las soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos jurídicos o propuestas por los escritores se agrupan en torno a estos dos polos.

En lo que sigue buscaré demostrar que, cuando la prestación sea una prestación de empresa (abastecimiento, construcción, transporte, etc.), el fin de facilitar una óptima distribución de los recursos puede ser realizado mejor, adoptando el régimen de responsabilidad objetiva.

El análisis será desarrollado en dos tiempos. Examinaré primero cómo la responsabilidad objetiva puede contribuir al fin ya enunciado. Sucesivamente, analizaré las razones por las cuales -en mi opinión- la responsabilidad por culpa es menos idónea para la consecución del fin antedicho.

8. La responsabilidad objetiva, cubriendo todos los incumplimientos debidos a causas internas a la organización del deudor y los debidos a causas externas que no sean de naturaleza catastrófica, pone a cargo del deudor mismo los factores que se puede presumir dominables por el hombre. Ella es netamente distinta de la responsabilidad por culpa, porque opera también cuando la causa de incumplimiento sería dominable sólo con un gasto excesivo o desproporcionado respecto de la medida debida.

Adoptándose este régimen de responsabilidad, la adopción de las medidas orientadas a reducir el riesgo de incumplimiento será determinada por un mecanismo de mercado: el deudor tenderá a adoptar todas las medidas cuyo costo α satisfaga la desigualdad:

$$a + b - \alpha > 0.$$

(Recuérdese que, por simplicidad de la exposición, partimos del presupuesto que las empresas de los proveedores A eran homogéneas entre sí, y así también las de los clientes B : dada esta condición, las desigualdades globales discutidas arriba mantienen validez, pro cuota, incluso para las empresas individuales de cada proveedor A y de cada cliente B).

Como se ha visto ya, este comportamiento es conforme a los intereses generales, salvo el caso límite en que

$$a - \alpha < 0 \text{ y } b - \beta > a + b - \alpha$$

El régimen de la responsabilidad objetiva requiere por lo tanto un correctivo para la hipótesis en que el acreedor pueda adoptar medidas idóneas para eliminar totalmente el riesgo de las consecuencias dañosas del incumplimiento, y la adopción de tales medidas sea preferible desde el punto de vista de los intereses generales. El correctivo puede ser ofrecido por las reglas sobre el concurso de culpa del acreedor, si son convenientemente interpretadas y aplicadas.

Habíamos visto que el acreedor puede adoptar medidas contra el riesgo de los daños de incumplimiento, y puede darse que la adopción de tales medidas, en lugar de las adoptables por el deudor o bien (más frecuentemente) en adición a ellas, sea conforme a los intereses generales. Nos podemos preguntar entonces por qué no imponer al deudor como regla el peso de todos los daños del incumplimiento salvo que se pruebe la culpa del acreedor, y no proceder, al contrario, de modo del todo opuesto, negando por regla la respon-

sabilidad del deudor, salvo que se pruebe su culpa.

La respuesta es simple. En primer lugar es más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que puede adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna. En segundo lugar debe considerarse que casi todas las medidas adoptables por el acreedor son adoptables también por el deudor. El adquirente puede controlar las mercaderías que le han suministrado, para comprobar en ellas defectos ocultos antes que produzcan daños; pero otro tanto puede hacer el deudor y -por regla (aún cuando no siempre)- lo puede hacer igualmente bien. El adquirente puede constituir un depósito, para absorber los eventuales retardos de los proveedores, pero otro tanto puede hacer el proveedor para no incurrir en retardos. Y nótese que, muy frecuentemente (pero no siempre), la misma medida es menos costosa para el deudor que para el acreedor. Por ejemplo, el control de los defectos de fabricación es -por regla- menos costoso para el fabricante-vendedor que para el adquirente-usuario.

En tercer lugar obsérvese que las medidas adoptables por el deudor tienen por regla un mayor ámbito de eficacia, porque impiden el incumplimiento y sus consecuencias (y por lo tanto evitan el daño en la medida de $a + b$), mientras las medidas adoptables por el acreedor previenen sólo las consecuencias dañosas del incumplimiento (y por lo tanto evitan el daño en medida no superior a b): por ello, a igualdad de gasto, es preferible que lo asuma el deudor.

Se justifica por ello que la responsabilidad pese por regla sobre el deudor.

Tratándose de responsabilidad objetiva, ella opera aún cuando el incumplimiento no sea evitable, según el estado actual de la técnica. Pero porque se trata siempre de un incumplimiento debido a causas internas a la empresa, o a causas externas que no sean manifiestamente irresistibles, es presumible que un desarrollo de la técnica pueda aportar nuevos métodos para dominar tales causas de mal funcionamiento de la empresa. La responsabilidad objetiva tiene por ello el efecto de estimular el progreso técnico.

9. Cabe relevar en fin que sólo la responsabilidad objetiva permite transferir a la empresa que ha funcionado mal el peso total del daño que de ello se ha derivado para el sistema económico, aún cuando no se haya verificado frente al adquirente inmediato. Como ilustración de esto, considérese la hipótesis en que A deba suministrar a B piezas separadas que B se propone utilizar para la construcción de máquinas; a su vez B se ha obligado a transferir las máquinas a C , el cual se propone utilizarlas en su oficina para la producción de bienes de consumo. Puede ocurrir que el incumplimiento de A frente a B no permita a este último cumplir oportunamente frente a C : por ello, del incumplimiento de A deriva un daño a frente a A , un daño b frente a B y un daño c frente a C . Si se adoptara un sistema de responsabilidad por culpa, B no sería responsable frente a C porque su incumplimiento es -por hipótesis- no culpable. A sería responsable frente a B , al cual debería resarcir en medida igual a b . En consecuencia, A tendría que adoptar medidas preventivas del incumplimiento sólo si para el costo α vale la desigualdad:

$$a + b - \alpha > 0$$

Este comportamiento, no obstante, no corresponde a un óptimo social, porque el daño total derivado del incumplimiento es igual a $a + b + c$, de modo que el gasto α es conveniente cuando sea

$$a + b + c - \alpha > 0$$

Es necesario por ello atribuir a A también el daño c , y ello sólo es posible a través de la responsabilidad objetiva. Esta, en efecto, impondría a B resarcir el daño c , después de lo cual B podría regresar sobre A ; este último debería pagar así a B el resarcimiento del daño en la medida: $b + c$.

Se objetará que de este modo se agrava mucho la responsabilidad de A . Pero la objeción -en mi opinión- no tiene valor: si las empresas de B y C se fusionaran como consecuencia de un proceso de integración vertical, A ciertamente debería resarcir el daño en la medida $b + c$. Y entonces no se ve por qué la responsabilidad deba ser reducida cuando frente a A se encuentre no ya una gran empresa integrada verticalmente, sino una cadena de empresas independientes.

Contra la posibilidad de una responsabilidad ex-

⁶ Nótese que la responsabilidad de B por el incumplimiento debido al anterior incumplimiento de su proveedor A responde a la misma lógica de la responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares.

cesivamente onerosa opera el correctivo que limita la responsabilidad a los daños previsibles al momento de la conclusión del contrato.

Y un correctivo ulterior es ofrecido por la regla sobre el concurso de culpa del damnificado: es claro en efecto que, cuanto más se aleja del incumplimiento inicial, tanto más se atenúan las perturbaciones que de él se han derivado y tanto más fácil evitarlas.

10. A primera vista podría parecer que, mientras la responsabilidad objetiva confía a un mecanismo de mercado la elección de la medida de la diligencia a adoptarse, la responsabilidad por culpa confiaría tal elección al juez.

Esto es verdad sólo en parte.

También en un régimen de responsabilidad por culpa, el empresario será inducido a confrontar el costo de las medidas de seguridad con el riesgo y el peso de la responsabilidad contractual que podría corresponderle: por ello el mecanismo del mercado opera también aquí. Pero opera en una medida limitada, porque aquí el empresario puede esperar que ciertas medidas, aún siendo económicamente adoptables, sean entendidas por el juez como extrañas a la obligación de diligencia: y ello puede ocurrir ya sea por que se trate de medidas no tradicionales, ya sea simplemente como resultado de las incertidumbres del proceso. La consecuencia es que la presión económica ejercitada sobre el empresario para la adopción de las medidas de seguridad es menor que la necesaria en interés general.

Para alcanzar el resultado de estimular la mejor distribución de los recursos, incluso en el ámbito de un sistema de responsabilidad por culpa, se necesitaría que, al determinar las medidas de la diligencia debida (además de las expresamente impuestas en el contrato), el juez las regulase según una confrontación entre el costo de las medidas de diligencia y su resultado útil desde el punto de vista general, según las desigualdades ilustradas en las páginas precedentes.

Como es notorio, el juez no procede de este modo, sino que considera debidas las medidas tradicionales de diligencia y las que le parezcan apropiadas en base al buen sentido y a un genérico sentido de honestidad. Es claro que tales criterios pueden ser suficientes para los problemas de una sociedad agrícola o artesanal, pero no para los de una sociedad industrial tendiente a un uso racional y consciente de sus propios recursos.

De otra parte, si los jueces adoptasen un concepto económico de «culpa» fundado sobre las desigualdades ilustradas arriba, y si este concepto debiera aplicarse en toda causa en la que se controvierta sobre la responsabilidad contractual, es claro que los procesos devendrían muy lentos y costosos, haciéndose necesarias complicadas pericias. Además, es por lo menos dudoso que en sede judicial puedan emerger todos los datos relevantes como para fundar valoraciones atendibles. ¿Por qué por lo tanto afrontar estas complicaciones, estas incertidumbres y estos costos judiciales, cuando el mismo resultado económico podría alcanzarse de modo más simple a través del instrumento de la responsabilidad objetiva?

Considérese también que, si se adoptase el criterio de la culpa, la responsabilidad debería negarse cuando el estado actual de la técnica no ofrezca medidas idóneas para prevenir económicamente el riesgo de un mal funcionamiento de la empresa. En consecuencia, la responsabilidad por culpa no estimula el progreso técnico mediante nuevos inventos.

Además, la responsabilidad por culpa no permite la traslación en bloque del daño hasta la empresa que ha funcionado mal, y también por esta razón no estimula en medida adecuada la distribución óptima de los recursos.

Agréguese que, también desde el punto de vista del costo de funcionamiento, el sistema de la responsabilidad por culpa aparece menos ventajoso. Cualquiera que sea el criterio de culpa adoptado, es claro que su aplicación hace el proceso más largo, complicado y costoso de lo que sería si se tratara simplemente de juzgar si el incumplimiento ha sido debido o no a una causa catastrófica externa a la empresa. Además, es claro que el problema de la existencia de la culpa se puede presentar mucho más frecuentemente que el de la existencia de causas catastróficas extrañas a la empresa: en consecuencia, el régimen de la responsabilidad por culpa da lugar a mayor litigiosidad. En fin, este criterio de responsabilidad hace las decisiones menos previsibles, lo que contribuye ulteriormente a aumentar el número de las litis.

11. Frente a estas desventajas, ¿cómo se puede justificar una preferencia por el criterio de la culpa?

El único argumento de algún peso es que el sistema de la responsabilidad por culpa facilita la absorción del daño, en las hipótesis en que el incumplimiento sea no culpable. En efecto, cuando la responsabilidad se niega por falta de culpa del deudor, el acreedor sufre las consecuencias

dañosas del incumplimiento (daño que designamos con la letra *b*), mientras el deudor sufre un daño igual a la falta de ganancia y a los gastos inútilmente incurridos en el intento de cumplimiento (daño que designamos con la letra *a*). De tal modo, el daño total ($a + b$) se reparte entre el deudor y el acreedor, en lugar de gravar por entero sobre el primero: el golpe es sufrido por ambos, pero la repartición atenúa su peso, ocasionando menores dificultades financieras.

Por lo tanto, aquí hay una indicación a favor del criterio de la culpa, frente a las contrarias precedentemente analizadas.

Pero el peso de esta argumentación no es grande.

Obsérvese en primer lugar que -por regla- el peso de la responsabilidad contractual no es tal como para poder ocasionar serias dificultades financieras a una empresa sana y organizada de modo adecuado al tipo de actividad que desarrolla.

Por regla, el daño *b* no es de una magnitud superior al daño *a* (no es concebible que el retardo en la provisión de un tornillo bloquee la construcción de un trasatlántico y, de cualquier modo, en tales casos operaría el correctivo del concurso de culpa del damnificado); por ello, si el deudor está en aptitud de absorber el daño *a*, está en grado de absorber el daño $a + b$.

Considérese en fin que *A* de cualquier modo debe estar preparado para afrontar la responsabilidad, incluso en un régimen de responsabilidad por culpa, porque la adopción de un criterio objetivo de culpa y la extensión de la responsabilidad a la hipótesis de culpa de los dependientes, no permite más al deudor tener certeza de escapar de la responsabilidad a través del empleo de una particular diligencia. En consecuencia, la extensión de la responsabilidad a hipótesis de ausencia de culpa no agrava sustancialmente el peligro de que se infieran a la empresa golpes financieros insostenibles. Contra todo exceso opera la regla que limita la responsabilidad al daño previsible.

12. Si luego abandonamos el campo de las relaciones entre empresas y pasamos al de las relaciones entre empresas y consumidores, entonces no se puede sostener más que la responsabilidad por culpa reparta el daño mejor. Justamente ocurre lo contrario: que si se trata de daños ocasionados por la cosa vendida, o bien de infortunios sufridos por el pasajero, o de daños sufridos por la co-

sa confiada al transportista o al depositario, o introducida en un albergue, la empresa estará más consciente del riesgo, más preparada para afrontarlo y en mejor aptitud de absorber el daño.

13. Debemos ahora examinar dos objeciones ya señaladas al inicio del presente trabajo, orientadas a demostrar que la elección de un régimen de responsabilidad contractual antes que otro no influiría en la distribución de los recursos productivos.

La primera objeción es que toda modificación del peso de la responsabilidad vendría a reequilibrarse a través del mercado con una modificación del *correspective* debido: mayor la responsabilidad a cargo de una parte, mayor el *correspective* a ella debida. Así, si se niega la responsabilidad objetiva de los proveedores, disminuiría el precio que éstos pueden exigir, y la disminución correspondería al riesgo de daño que queda a cargo de los acreedores. En consecuencia, si los proveedores pueden adoptar medidas que eliminen el riesgo de daño, y el costo α de estas medidas satisface la desigualdad: $a + b - \alpha > 0$, ya ilustrada en su lugar, los proveedores tendrían interés en adoptarlas efectivamente, encontrando compensación en el aumento de los precios (con el aumento de los cobros hasta llegar a *b*) que podrían pretender y obtener en razón del menor riesgo de incumplimiento al cual expondrían a los clientes.

La refutación de esta objeción es muy fácil. En primer lugar, el proceso de ajuste del precio de mercado sería muy lento y muy poco evidente para constituir un incentivo eficaz para la adopción de medidas de seguridad. En segundo lugar, la insuficiente información que los clientes pueden tener sobre las condiciones y métodos de producción y de trabajo de los proveedores individuales haría que la hipotética modificación del precio de mercado no se diferenciara para los diversos proveedores según las medidas de diligencia adoptadas por cada uno, sino que sería igual para todos: en consecuencia el incentivo a utilizar para la adopción de tales medidas se reduce prácticamente a cero.

Mayor consistencia tiene la segunda objeción, según la cual, si una de las partes contratantes pudiese evitar el riesgo en mejores términos económicos que la otra, ambas tendrían la conveniencia de regular contractualmente la responsabilidad, haciendo que el riesgo de daño gravite en torno a la parte que puede asumirlo con menor gasto y atribuyéndole una adecuada compensación⁷.

⁷ Nótese que, mientras la objeción examinada y criticada poco antes presupone que los clientes no sólo valúen la entidad del

Así -retomando los símbolos constantemente adoptados en el presente trabajo- si la ley no hace a los *A* responsables por el daño *b*, pero

$$a + b - \alpha > b - \beta > 0$$

ya sea que tanto los *A* como los *B* tengan por conveniente estipular cláusulas con las cuales los *A* asuman el riesgo del daño *b* contra el pago de sumas totales no superiores a β y no inferiores a $\alpha - a$.

(si $b - \beta < 0$, las sumas a pagarse a los *A* deberían ser no superiores a *b* y no inferiores a $\alpha - a$).

Esta posición empero, presupone un mercado idealmente perfecto, y no vale frente a las imperfecciones del mercado real.

Obsérvese en primer lugar que el problema de la responsabilidad contractual, como se presenta efectivamente, es un problema de elección entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva.

Pues bien, cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad a la hipótesis de culpa o -viceversa- la extienden a las hipótesis de riesgo inculpa- ble de empresa son muy técnicas como para poder ser adoptadas frecuentemente en la contratación común⁸.

Aparte de ello, varios factores, incluso psicológicos⁹, frenan la adopción de tales cláusulas.

Si, por ejemplo, en el régimen legal de la responsabilidad por culpa, los proveedores *A* declarasen estar dispuestos a asumir una responsabilidad objetiva, contra el pago de un mayor precio, es pre-

sumible que en la mayor parte de los casos el cliente *B* rechazaría esta propuesta, sobre todo si se trata de un cliente ocasional. Ello porque el menor precio constituye una ventaja cierta, mientras que una más rigurosa responsabilidad de la contraparte constituye una ventaja exclusivamente en términos de probabilidad, referida a una prestación individual: una ventaja no tangible, que viene fácilmente subvaluada¹⁰. (Es interesante observar que si, en la misma situación técnica y económica la ley impusiese a *A* una responsabilidad objetiva, no se estipularía una cláusula de atenuación de la responsabilidad. Ello porque si *A* la propusiese, para disfrutar la subvaluación del riesgo por parte de *B*, este último, advertido, sería inmediatamente inducido a sobrevalorar el mismo riesgo).

Los obstáculos a la posibilidad de corregir un sistema legal errado a través de la reglamentación convencional de la responsabilidad no terminan aquí. Considérese que frecuentemente un empresario puede estar dispuesto a asumir una responsabilidad más rigurosa, contra el pago de un suplemento de precio, sólo si este pacto es aceptado por todos sus clientes. Ello porque el gasto necesario para afrontar la responsabilidad más rigurosa adoptando adecuadas medidas de seguridad es frecuentemente un gasto indivisible.

Pero obtener la aceptación de la cláusula por parte de todos sus clientes puede no ser fácil. Y entonces la reglamentación convencional de la responsabilidad no será adoptada. O bien, se adoptará con la mayor parte de los clientes, pero no con todos; algunos no estipularán la cláusula de responsabilidad y no pagarán el suplemento de precio, pero -de hecho- gozarán igualmente del beneficio derivado de la adopción de las más rigurosas me-

riesgo de incumplimiento, sino que también puedan conocer y controlar las medidas adoptadas por el deudor para reducir el riesgo mismo, esta segunda objeción presupone exclusivamente que los clientes valúen la entidad del riesgo de incumplimiento y lo tengan en cuenta. Como se dirá en un momento, tampoco este más limitado presupuesto es realista.

⁸ También aquí por lo tanto, aunque en medida más atenuada que en el campo de la responsabilidad extracontractual, la adopción de un régimen convencional de la responsabilidad tiene un costo. La presencia de tales costos frena la obra del mecanismo del mercado para la distribución óptima de los recursos: Coase, op. cit., p. 15 ss.; G. Calabresi, *Transaction costs, resource allocation and liability rules - a comment*, en «J.L. & Econ.», vol. 11 (1968), p. 67 ss.

⁹ Principalmente la tendencia a la subvaluación del riesgo por parte de quien afronta sólo una fracción de él: G. Calabresi, *Does the fault system*, cit., p. 441; 10., *The decisions for accidents*, cit., p. 726 ss.

¹⁰ Ello no contradice la hipótesis, sobre la cual se basa el presente trabajo, que un número sustancial de empresarios esté en aptitud de valorar el riesgo de daño evitable con la adopción de determinadas medidas de diligencia. Esta hipótesis se refiere en efecto al empresario que organiza la propia empresa, adoptando medidas permanentes, cuyo resultado útil se hace tangible a largo plazo. La estipulación de una cláusula de responsabilidad, por el contrario, influye sólo en la ejecución del contrato individual en el cual se inserta: por ello la ventaja queda cuando mucho en el campo de las ideas y de las valoraciones de probabilidad.

didas de seguridad por parte de su deudor¹¹: ello constituye una discriminación que provoca una distorsión de la competencia.

Entiendo por ello poder concluir que el mercado no ofrece correctivos seguros para remediar eventuales defectos de la disciplina legal de la responsabilidad contractual.

14. Para concluir, es oportuno considerar brevemente la hipótesis que los costos de producción cambien durante el tiempo necesario para la ejecución del contrato.

La programación del esfuerzo debido por el deudor se remonta al momento de la conclusión del contrato, y es en relación a ella que ha sido pactado el correspectivo.

Hechos económicos sobrevenidos, de naturaleza imprevisible, pueden modificar notablemente la relación entre prestación y contraprestación. La hipótesis considerada más frecuentemente es la del aumento de los costos que el deudor debe afrontar para ejecutar la prestación. No obstante, merece atención también la hipótesis opuesta, de reducción de los costos del deudor.

En esta última hipótesis, un remedio a favor del otro contratante se justifica ya sea porque de otro modo el deudor recibiría un provecho económico injustificado, ya sea porque la otra parte -si es empresario- se encontrará en desventaja respecto de los propios competidores no vinculados por análogos contratos en curso, y esta desventaja en la competencia no tendría justificación.

En la hipótesis de aumento de los costos que el deudor debe afrontar para ejecutar la prestación, la concesión de un remedio en su favor se justifica ya sea porque de otro modo la contraparte -si es empresario- se encontraría en desventaja concurrencial injustificada, ya sea y sobre todo para evitar que la empresa del deudor sufra un daño que no tendría ninguna función económica útil.

Si la ley impusiese en estos casos la modificación del correspectivo, ella transferiría al adquirente el beneficio del menor costo o, respectivamente, el peso del mayor costo. Pero a veces las condiciones del mercado son tales que no permitirían esta

traslación, y en tales hipótesis no tendría sentido que la ley impusiese a los desventurados sorprendidos por las variaciones de los costos en el intervalo entre la conclusión y la ejecución del contrato. Se justifica por ello que la ley conceda a la parte lesionada sólo la resolución del contrato, y haga depender de la voluntad de la otra parte la posibilidad de mantener en vida el contrato mismo con un correspectivo reequilibrado¹².

El acreedor puede, por lo tanto, ofreciendo un mayor correspectivo, pretender que el deudor ejecute la prestación aún si ésta ha devenido más onerosa. Empero, este derecho del acreedor debe encontrar un límite en donde la mayor onerosidad es tal que desnaturaliza la prestación, transformándola en una prestación diversa y extraña a la normal actividad del deudor. En este sentido, se puede interpretar útilmente -en mi opinión- la distinción entre «excesiva onerosidad» e «imposibilidad» sobrevenida.

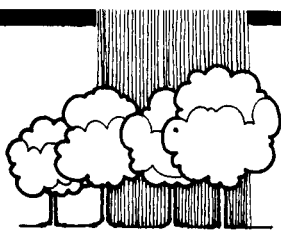
Así -por ejemplo-, si todas las vías terrestres entre dos países fronterizos quedaran bloqueadas, la empresa de transporte terrestre quedará liberada, y no podrá ser constreñida, ni siquiera con un mayor correspectivo, a ejecutar un transporte aéreo, siendo ésta una prestación extraña a su actividad normal: se deberá hablar por ello de imposibilidad antes que de excesiva onerosidad sobrevenida.

Esta valuación depende, en mi opinión, de la naturaleza de la empresa del deudor; si en el ejemplo recién visto, se tratase de una empresa de transporte terrestre y aéreo, se deberá encontrar una simple excesiva onerosidad sobrevenida. En este caso -en efecto-, la ejecución de la prestación podría ser impuesta (contra el pago de un mayor correspectivo, se entiende) sin ocasionar ningún trastorno en la organización del deudor.

Es claro que, adoptándose esta interpretación, el concepto de «imposibilidad» sobrevenida viene a distinguirse netamente del de la «imposibilidad» originaria (causa, esta última, de nulidad del contrato): la imposibilidad sobrevenida es una imposibilidad relativa a la naturaleza de la empresa del deudor, mientras que la imposibilidad originaria es absoluta.

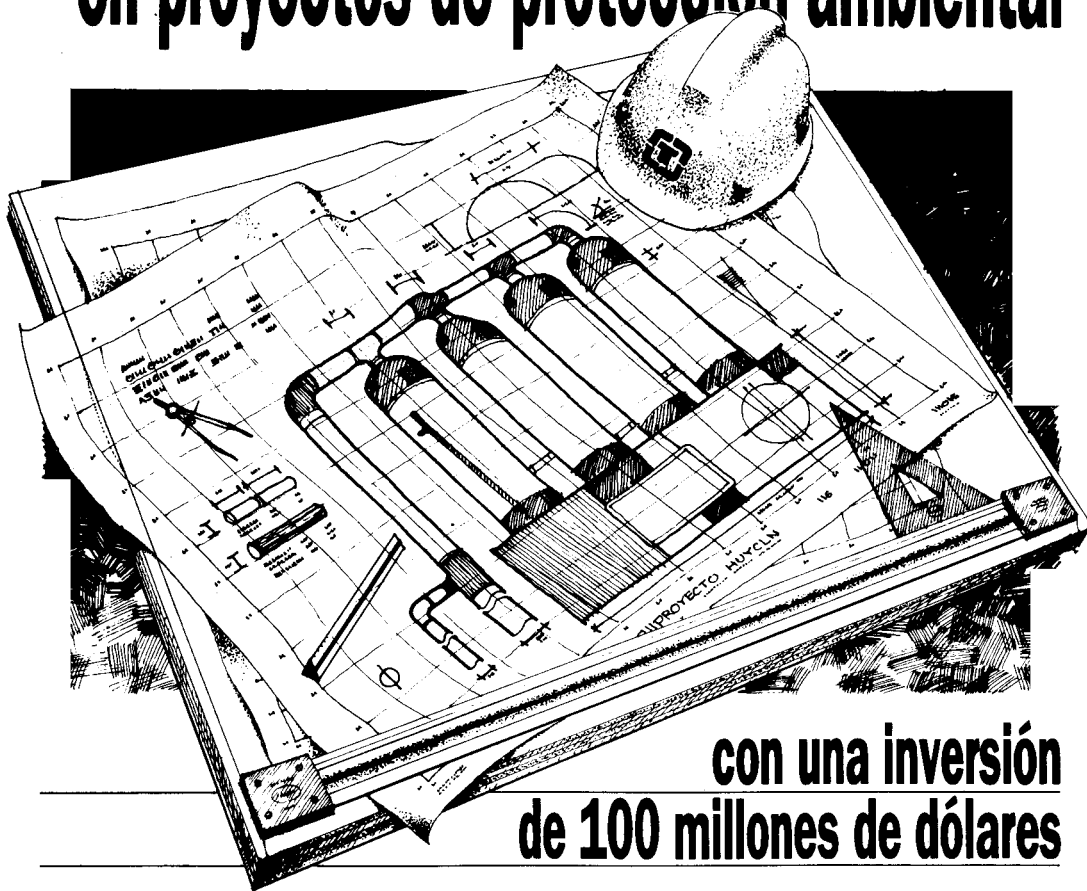
¹¹ Son los «free loaders» mencionados por G. Calabresi, en *Transaction costs*, cit., p. 67.

¹² En la obra el contratista puede exigir un aumento del precio correspondiente al incremento de sus costos (art. 1664 c.c.); pero ello encuentra un correctivo en la facultad de recesso del comitente (art. 1671 c.c.).



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



MESA REDONDA: LAS RELACIONES LABORALES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION*

Oscar Ermida, Néstor De Buen y Fernando Suárez

Los procesos de integración, como todos aquéllos que dependen de la coordinación de varios países, presentan problemas en el momento de la unificación de los criterios que serán utilizados. Estos problemas tienen el más variado origen, desde aspectos culturales hasta los que tienen fundamentos esencialmente económicos. Muchas opiniones se han vertido sobre el tema, pero las que verdaderamente reflejan la problemática real del asunto son las emitidas por las personas directamente vinculadas con la materialización de estos procesos.

La presente mesa redonda nos revela cómo, en procesos de integración distintos, los puntos controversiales son muchas veces los mismos; siendo las soluciones, por el contrario, de lo más variadas.

Sobre la Comunidad Europea nos habla el Dr. Fernando Suárez, ex-ministro de trabajo español y actual diputado por España ante el Parlamento Europeo. En torno al Tratado de Libre Comercio (TLC o NAFTA, por sus siglas en inglés) tenemos la opinión del Dr. Néstor De Buen, representante mejicano en las negociaciones del mencionado tratado. Finalmente, analizando la situación del Tratado de Asunción, creador del MERCOSUR, contamos con el aporte del Dr. Oscar Ermida Uriarte, ex-profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica, quien participó en las discusiones conducentes a la celebración de dicho instrumento.

THĒMIS: *A manera de introducción, ¿podrían señalarnos cuál es el grado de integración alcanzado en vuestras regiones?*

SUAREZ: La Unión Europea, que empezó siendo un mercado común, en un principio circunscrito a la política agraria y de transportes de la comunidad, desembocó luego en un gran mercado de doce países sin fronteras interiores, en el cual circulan libremente personas, bienes y servicios.

El proyecto inicial ha sido concluido, pero han surgido nuevos problemas que hacen necesaria la actuación conjunta de los países de la Unión Europea. Un ejemplo de ello es el ocasionado por el libre tránsito de personas. En principio, cualquier persona puede pasar de España a Francia sin pasaporte; incluso podría hacerlo un delincuente que haya robado un banco en Madrid y sea perseguido por la policía hasta la frontera francesa. La policía, en cambio, se encuentra impedida de cruzar dicha frontera. Como puede apreciarse, es necesario encontrar una fórmula para evitar que este mecanismo creado sea mal utilizado. Otro ejemplo, que los afecta a ustedes directamente, es el relacionado con la exigencia de una visa para ingresar a España. Antigüamente, España no exigía visa a sus hermanos peruanos. Sin embargo, desde hace algún tiempo ésta se ha convertido en un requisito indispensable para ingresar a mi país. Esto encuentra su justificación en la existencia de la Unión Europea, y en la libre circulación

* La Mesa Redonda fue realizada por Javier de la Vega, Cristina Rey y Juan Antonio Egúez, alumnos de quinto y cuarto ciclo de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Los dos primeros son, además, miembros de THĒMIS - Revista de Derecho.

Agradecemos a los Doctores Mario Pasco Cosmópolis y Javier Neves Mujica por su colaboración en el presente trabajo.

de personas decretada por ésta. Ahora, quien ingresa en España, entra en doce países a la vez; en vez de contar con doce visados, es suficiente tener solamente uno. Tales circunstancias obligan a una política común de inmigración y a una política común de control del extranjero.

Con el surgimiento de nuevas necesidades, han surgido al mismo tiempo dos tesis sobre el futuro de la Unión Europea. Una de ellas plantea la necesidad de una mayor integración que pueda llegar, idealmente, a los Estados Unidos de Europa. La segunda tesis, en cambio, sostiene que la Unión Europea debe mantenerse simplemente en una zona de libre cambio. Entre estas dos tesis existen posiciones intermedias.

Personalmente, creo que la Unión Europea debería tender hacia una mayor integración, ya que una Europa con una política común sería muchísimo más fuerte y podría tomar decisiones mucho más rápidas y efectivas. Es innegable, sin embargo, que los sentimientos nacionalistas pueden ir postergando este proyecto europeo. La razón impone una política común, pero la aplicación práctica de ello significa la pérdida de un poco de soberanía.

DE BUEN: La integración norteamericana creada a raíz del Tratado de Libre Comercio (TLC) es fundamentalmente económica. El Tratado entró en vigor el 1º de enero de 1994, y sin embargo, recién se alcanzará la plena integración económica dentro de quince años.

Actualmente, las economías mejicana, estadounidense y canadiense son muy dispares. Debido a ello, resulta imposible realizar una apertura económica total, pues ello causaría la quiebra de todo el sistema económico mejicano. Las economías estadounidense y canadiense son infinitamente superiores, cuentan con mejor tecnología y mayores recursos. Por esto, se ha creado un sistema de salvaguarda en virtud del cual durante quince años - los plazos también pueden ser más cortos: seis meses, un año, etc.- diferentes áreas de la economía continuarán protegidas. Se ha previsto además, como una especie de cláusula de salvaguarda general, la posibilidad de que cualquiera de los tres países pueda denunciar el TLC con seis meses de anticipación, si lo considera perjudicial.

La integración norteamericana, a diferencia de la europea, no incluye el libre tránsito de personas. Las economías de los tres países miembros del TLC se encuentran actualmente bastante desequilibradas. Si se permitiera el libre tránsito de personas, millones de personas cruzarían inme-

diatamente la frontera e irían rumbo a los Estados Unidos para buscar trabajo, lo cual generaría un grave problema de desempleo en los Estados Unidos y Canadá. Se espera, sin embargo, que dentro de quince años, la economía mejicana haya mejorado y pueda tal vez pensarse en una completa integración, similar a la europea.

ERMIDA: El Tratado de Asunción celebrado en 1991, entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, prevé la creación del MERCOSUR- Mercado Común del Sur- a partir del 1º de enero de 1995. Actualmente, nos encontramos en un periodo de transición, en el cual los cuatro países miembros están decididos a cumplir ciertas metas, con el fin de poder construir el mercado común a partir del próximo año. Entre las diferentes metas se encuentran:

1º Establecer una zona de libre comercio entre los cuatro países, con arancel cero para el comercio interregional.

2º Idear el establecimiento de una unión aduanera, donde además del establecimiento del arancel aduanero cero exista un arancel externo común.

3º La promoción de acuerdos sectoriales privados, entre los sectores productivos de los cuatro países.

4º Determinar la estructura orgánica definitiva del mercado común.

Esto es lo que se ha previsto, pero todos sabemos que los plazos no se van a cumplir. Para ese entonces, habremos creado una zona de libre cambio con arancel cero entre los países miembros, pero dicho arancel tendrá tantas excepciones que difícilmente podremos determinar cuál es la regla y cuáles son las excepciones. Del mismo modo, formalmente, existirá un arancel externo común, que igualmente contará con muchísimas excepciones. Muy probablemente, tampoco se encontrará establecida la estructura orgánica definitiva del MERCOSUR.

THĒMIS: *Dentro de este proceso de integración económica, ¿existe alguna política social común?*

SUAREZ: El proyecto europeo es un proyecto económico. Sin embargo, el eliminar la pobreza de nuestros países es también una forma de realizar una política social común. No obstante, sería absurdo creer que todos los problemas sociales de nuestros países se solucionarán con el desarrollo económico, ya que siempre existirán personas incapacitadas que no podrán valerse por sí mismas y que necesitarán la ayuda del Estado.

En este orden de ideas, la Unión Europea ha tomado ciertas medidas de política social que bus-

can solucionar la problemática existente en los países miembros. La tendencia en la comunidad es la de realizar una política social común cuando se trata de temas vinculados a la ayuda que se debe prestar a los minusválidos, marginados, desempleados, etc., pero que cada país actúe independientemente cuando se trate de establecer sus propias condiciones de trabajo. La legislación laboral no es una política común; se pretende con ello que los países puedan competir entre sí, en virtud de sus condiciones de trabajo.

No se puede hablar, entonces, de una política social común, sino sólo de algunas medidas de política social adoptadas por la comunidad. La más importante de ellas ha sido sin duda el Fondo Social Europeo, que es una cantidad de dinero que aportan todos los países y que luego se distribuye entre las zonas más necesitadas. Así, cuando un sector de la economía esté pasando por graves dificultades económicas, se le otorgará facilidades para que pueda reestructurarse y pueda seguir brindando posibilidades de empleo.

DE BUEN: No existe una política social común, pues la integración norteamericana es puramente económica. Pese a ello, se han tomado ciertas medidas sobre política social, pero que a diferencia de lo que sucede en la Unión Europea, no se encuentran destinadas a aliviar los problemas sociales existentes en la región, sino simplemente buscan eliminar todos los posibles obstáculos que podrían «falsear la libre competencia». Así, a pesar de haberse adoptado ciertas decisiones de política laboral en nuestros países, éstas se justifican en la decisión de los gobiernos de evitar la competencia desleal y evitar el denominado «dumping social».

Los acuerdos complementarios al TLC son simplemente condicionamientos para impedir que algunas empresas que no cumplan con las leyes laborales o las disposiciones sobre contaminación ambiental obtengan alguna ventaja comercial indebida.

ERMIDA: El proyecto de integración previsto en el Tratado de Asunción celebrado en 1991, nos hace pensar que la integración es fundamentalmente económica. No obstante ello, se han tomado ciertas medidas de política social.

Como sabemos, el MERCOSUR, además de contar con sus órganos de gobierno, ha constituido once subgrupos de trabajo, cada uno con un tema específico. Entre estos «Ministerios del MERCOSUR» se encuentra el subgrupo de trabajo N° 11, al cual se le ha encomendado el tema de las relaciones laborales, empleo y seguridad social.

El subgrupo de trabajo N° 11 funciona desde el mes de marzo de 1992, cuenta con una composición tripartita (gobiernos, empleadores y trabajadores) y está dividida a su vez en ocho subcomisiones. Entre éstas, la más activa y la que ha dado los pasos más importantes para la construcción de una política social del MERCOSUR, es la subcomisión N° 8 de Principios. Sus aportes más importantes han sido: 1) la seria intención de crear una Carta Fundamental del MERCOSUR, en la cual se establezcan las condiciones de trabajo mínimas que deberán observar los empleadores de los cuatro países de la región; y 2) la elaboración de una lista consensuada de 44 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, de los cuales trece ya han sido ratificados por unanimidad.

THEMIS: *Considerando que existe consenso sobre ciertas condiciones mínimas de trabajo que deben formar parte de toda legislación nacional, ¿no es posible aspirar a una legislación laboral supranacional?*

DE BUEN: No creo que esto ocurra en muchísimo tiempo. Habría una gran resistencia por parte de los tres países. Los mejicanos no podemos aceptar un mecanismo de homologación de condiciones laborales que consista en disminuir los derechos reconocidos a nuestros trabajadores. Los Estados Unidos, por su parte, tampoco aceptarían la aplicación en su país de reglas tales como la participación en las utilidades, la estabilidad en el empleo en caso de un despido injustificado, la prohibición de contratar nuevos trabajadores durante periodos de huelga, etc.

Actualmente, lo único establecido en el Acuerdo de Cooperación Laboral, que podría ser considerado como normas supranacionales son los principios laborales plasmados en el acuerdo que, sin embargo por ser tan genéricos, tendrán poca aplicación práctica.

Así, el único mecanismo establecido en los acuerdos paralelos al Tratado de Libre Comercio (TLC), para evitar la competencia desleal, basada en la disminución de condiciones de trabajo, ha sido el establecer que los países miembros se encontrarán obligados a hacer efectivas las normas laborales establecidas en sus propios países. No ha existido ninguna propuesta que busque sujetarlas a algún ordenamiento supranacional, únicamente se ha buscado hacerlas efectivas.

ERMIDA: Algunas personas han manifestado su inquietud por considerar que las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales pueden tornar poco viable el proyecto de creación

de una Carta Social. Por el contrario, creo, que ello no será obstáculo para la integración. La experiencia más avanzada hasta el momento, la Unión Europea, es una prueba de ello. Ellos, contando con legislaciones nacionales tan diversas, han sido capaces de emitir una serie de directivas en materia laboral, obligatorias para todos los Estados miembros.

Algunos sectores de opinión se han opuesto, sin embargo, a la creación de una Carta Social, pues consideran que se estaría duplicando el trabajo y que sería suficiente la aprobación de los Convenios OIT. Otros -entre los cuales me incluyo- afirman, sin embargo, que estos mecanismos son complementarios. El incumplimiento de los Convenios OIT sólo lleva a sanciones morales; lo que se busca con la elaboración de una Carta Social es que existan sanciones realmente efectivas.

SUAREZ: Esa es la tesis de muchos de nosotros, pero para ello hace falta el acuerdo de los doce países.

Actualmente, existen ciertas directivas emitidas por la Unión Europea en materia laboral que son obligatorias para todos los países miembros de la comunidad, pero no existe ninguna Carta Social que regule de manera integral y sistematizada las relaciones de trabajo en los países miembros.

Hace poco, hubo un intento de elaborar una Carta Social Europea que estableciera las condiciones mínimas de trabajo en la comunidad. Este proyecto, sin embargo, se vio frustrado por la negativa inglesa. Finalmente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores quedó simplemente como un testimonio de once países que buscaron regular de manera conjunta la política social de la comunidad.

Los ingleses se opusieron a tal Carta Social por dos motivos fundamentalmente: en primer lugar, porque la aprobación de la Carta implicaría la renuncia a una serie de tradiciones, como aquella que aconseja a los niños ingleses menores de catorce años a realizar pequeños trabajos como parte de su educación. Y, en segundo lugar, porque ello implicaría un retroceso a su proceso flexibilizador de las relaciones de trabajo. «La Thatcher no se pasó una década combatiendo a los sindicatos de su país y flexibilizando las relaciones laborales para aceptar después que la política laboral de su país se decidiera en Bruselas».

Actualmente, con la ingreso de Suecia, Finlandia, Noruega y Austria a la comunidad, se favorece más la tesis inglesa sobre el futuro de Europa, es

decir, la zona de libre cambio. Según parece, aún tendremos que esperar cierto tiempo para poder contar con una Carta Social Europea que establezca las condiciones mínimas de trabajo de la comunidad.

THÉMIS: *Dr. Suárez, en caso lograra aprobarse la Carta Social Europea por todos los países miembros de la comunidad, ¿cuál sería el sistema ideal que debería ser consagrado en ella?*

SUAREZ: La legislación supranacional europea deberá consagrar el entendimiento y la cooperación entre las clases sociales, es decir, todas aquellas instituciones que potencien el diálogo y busquen eliminar los momentos de conflicto. En este sentido, el convenio colectivo será un instrumento en alza y la huelga uno en baja. El ideal europeo es que las mejoras en las relaciones laborales sean producto del diálogo y de un estudio de la realidad de las empresas europeas. Los sindicatos deberán ser conscientes de su nuevo papel, no deberán ceder en la defensa de los trabajadores más que cuando sepan que sus excesivas peticiones pueden poner en riesgo a la empresa misma. El equilibrio es básico y esencial en toda legislación laboral.

THÉMIS: *¿Cuál es el grado de obligatoriedad de las normas existentes en materia social? En caso de incumplimiento, ¿existen sanciones realmente efectivas o son simplemente sanciones morales?*

SUAREZ: La Unión Europea emite tres tipos de disposiciones: reglamentos, directivas y recomendaciones. Los reglamentos y directivas son normas de obligatorio cumplimiento desde el momento de su aprobación. Son normas supranacionales que automáticamente se asimilan a las legislaciones internas de cada país, sin necesidad de ratificación por los respectivos parlamentos nacionales. Las recomendaciones, en cambio, al igual que las emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, no son normas legales, sino simplemente consejos.

Respecto de las sanciones existentes, a diferencia de las sanciones emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, éstas sí son realmente efectivas porque «afectan el bolsillo» de los países incumplidores. Estas sanciones son fundamentalmente multas que pueden llegar a ascender a varios millones de ECUS. En caso persista el incumplimiento, se puede finalmente adoptar la sanción de expulsar al país infractor de la comunidad.

DE BUEN: Todas las normas del Tratado de Libre Comercio y del Acuerdo de Cooperación Laboral

son obligatorias. Ante su incumplimiento es posible interponer una queja. Sin embargo, para que proceda ésta, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, como la existencia de un interés legítimo -que generalmente es el no poder competir con las empresas del país que no respeta sus normas laborales- y la demostración de que los daños producidos por los precios tan bajos no se deben a un hecho aislado, sino a «una pauta persistente de conducta». Finalmente, se deberá probar que las normas violadas existen también en el país del empresario denunciante, en la misma medida y en la misma intensidad.

Cabe señalar, sin embargo, que estas quejas no serán admisibles cuando se trate de problemas de tipo colectivo relacionados con el ejercicio de la libertad sindical. Estos temas son considerados «políticos», y por tanto se encuentran fuera de todo sistema de evaluación.

En cuanto a las sanciones existentes, éstas son fundamentalmente sanciones económicas. Para este año, en ningún caso, las multas podrán ser mayores a los veinte millones de Dólares. Sin embargo, a partir del próximo año, la multa será equivalente al 0.007% del valor de las transacciones comerciales realizadas a partir del TLC. Esta multa deberá ser pagada en efectivo. En caso el país infractor se niegue a pagar dicha multa, entonces se hallará sujeto a una suspensión de los beneficios derivados del TLC. El valor de la suspensión no podrá exceder del valor de la multa; cuando el valor de la suspensión de los beneficios arancelarios llegue al importe de la multa, ésta quedará saldada.

Canadá, por su parte, no aceptó la suspensión de derechos derivados del Tratado. Pidió, en cambio, que la resolución condenatoria del Consejo Ministerial o del Panel de Arbitros que ordene el pago de la multa correspondiente, sea llevada a un tribunal canadiense. Esta resolución tendrá el valor de un título ejecutivo.

ERMIDA: Actualmente existe un proyecto de Carta Social, presentado por la Coordinadora de las Centrales Sindicales del MERCOSUR -entidad supranacional que agrupa a las Centrales Sindicales de los países miembros-. Este proyecto, que ha sido elaborado con tanta precisión y detalle, obligaría a los países miembros de forma automática, una vez ratificado.

El tema de las sanciones ha sido abordado en dicho documento como un mecanismo necesario para hacer realmente efectivas las distintas disposiciones legales en ella contenida. Sin ellas, la Car-

ta Fundamental sería una hermosa poesía y nadie se sentiría obligado a cumplirla.

Este tema del control del cumplimiento de la Carta a través de un mecanismo basado fundamentalmente en sanciones económicas involucra tanto a los gobiernos como a los empleadores y los trabajadores.

Este asunto es de particular importancia para todos aquellos gobiernos que se consideran a sí mismos como «buenos cumplidores de las normas» y que se sienten en desventaja frente a aquellos países donde las normas legales no son realmente cumplidas. Por esta razón, les interesa que se fijen mínimos de obligatorio cumplimiento con sanciones realmente efectivas, establecidas principalmente para los «incumplidores crónicos».

Por su parte, los empleadores que cumplen con todas las disposiciones de protección al trabajador establecidas en la legislación también se encuentran interesados en el tema, pues de esta manera se podría evitar la competencia desleal que podrían estar realizando ciertas empresas que no respetan ciertas condiciones mínimas de trabajo.

Finalmente, los trabajadores, que se consideran los beneficiarios de la Carta, han establecido en su Proyecto de Carta Social mecanismos de control de la misma basados fundamentalmente en informes periódicos y en la posibilidad de que cualquier organización de trabajadores o de empleadores pueda formular la denuncia respectiva en cualquier caso concreto. Las sanciones previstas en este proyecto son fundamentalmente económicas. Frente a un incumplimiento, la primera medida será una amonestación. En caso persista la violación de la norma, dicho país podrá ser multado internacionalmente con sumas de dinero que pueden incluso llegar a ser equivalentes a todo el beneficio obtenido.

THĒMIS: *¿Cuál es el organismo jurisdiccional encargado de hacer efectivas dichas sanciones?*

SUAREZ: El organismo jurisdiccional encargado de hacer efectivas dichas sanciones en la Unión Europea es el Tribunal Europeo de Luxemburgo, el cual es una entidad supranacional, integrada por jueces de los doce países de la comunidad.

DE BUEN: Para responder esta pregunta, considero adecuado explicar, someramente, cuál es el procedimiento establecido para formular una denuncia y, dentro de este procedimiento, cuáles órganos emiten decisiones jurisdiccionales.

En cada país existe una oficina administrativa encargada de recibir las denuncias de competencia desleal formuladas contra las empresas extranjeras. Estas quejas son luego remitidas al Secretariado, el cual es el órgano administrativo del Consejo Ministerial. Este pide la información pertinente al país denunciado, y si luego de realizar los estudios necesarios considera tener los elementos de juicio suficientes, remite toda aquella información al Consejo Ministerial, con el fin de que emita un dictamen. Si éste considera que no tiene la información suficiente, entonces constituye un Comité de Expertos Evaluadores para que realicen un estudio del problema. Si este comité considera que se trata realmente de la violación de una norma, entonces emite un dictamen que puede ser observado por el país afectado. Finalmente, el Consejo Ministerial emite el dictamen definitivo y convoca a las partes con la intención de llegar a un arreglo directo. Si no se llega a ningún arreglo, el país afectado puede solicitar ante una nueva instancia del propio Consejo Ministerial que convoque a un panel de árbitros, el cual finalmente emitirá una opinión que tendrá el valor de una sentencia.

Sin embargo, cuando se trate de una violación consistente en no pagar los salarios mínimos o en no respetar las reglas sobre seguridad e higiene, se puede seguir un procedimiento especial conocido como «procedimiento de solución de controversias», en el cual el Consejo de Ministros, al constatar que se están violando estas leyes, le otorga al país infractor un plazo para que cumpla con dichas disposiciones legales. En caso persista el incumplimiento, se podrá convocar a un panel de árbitros que podrá dictar una resolución condenatoria.

ERMIDA: Existen distintas instancias jurisdiccionales, cada una de ellas emite sus respectivos dictámenes, pero finalmente es la Comisión Tripartita de la Carta Social, la entidad encargada de emitir dichas sanciones.

Todas las denuncias presentadas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, con sede en Montevideo, son remitidas inmediatamente a una Comisión de Expertos, los cuales, luego de hacer una evaluación técnica de la denuncia, determinan el grado de incumplimiento del país denunciado. Finalmente, dicha información es elevada con una carta de recomendación a la Comisión Tripartita de la Carta Social, que antes de ser un organismo técnico, es fundamentalmente político.

THÉMIS: *¿Le parece a Ud. que resulta válido que un país compita reduciendo sus condiciones laborales, o le parece que son actos de competencia*

desleal, lo que se suele llamar el «dumping social»?

SUAREZ: Muchos de nosotros defendemos la tesis de un mínimo digno obligatorio para todos los países. Sin embargo, no debemos perder de vista que los costos laborales son costos de producción y como tales encarecen los productos terminados. En este sentido, resulta lógico que por encima de aquellos niveles mínimos exista cierto grado de competitividad respecto de las condiciones de trabajo.

La economía española nunca podrá competir con la alemana si no es sobre la base de salarios menos elevados y sobre «condiciones laborales menos exquisitas». Nosotros no tenemos materias primas, ni tampoco un territorio tan rico como el alemán o el francés. Si no competimos trabajando un poco más, difícilmente lograremos potenciar la inversión extranjera. Es necesario que busquemos el equilibrio que nos permita asegurar ciertas condiciones mínimas de trabajo, pero que a su vez no ahuyente a la inversión extranjera.

DE BUEN: Sería odioso que un país aceptara competir rebajando sus condiciones laborales. Los mexicanos no podríamos aceptar que en estos momentos, en aras de potenciar la inversión extranjera, nuestro gobierno pretendiera desconocer o recortar derechos conseguidos por los trabajadores, tales como los descansos remunerados, la participación en las utilidades o el irrestricto ejercicio del derecho de huelga.

Los norteamericanos pretendieron establecer en el Acuerdo de Cooperación Laboral que bajo ningún concepto los tres países buscarían la competitividad bajando salarios o disminuyendo sus condiciones de trabajo. Nosotros no aceptamos que se plasmara la intención norteamericana en el documento, no porque pretendiéramos reducir o suprimir derechos laborales, sino simplemente porque consideramos que se estaría atentando contra nuestra soberanía.

ERMIDA: El concepto de «dumping social» no es novedoso. Cuando se creó la OIT en 1919, se dijo expresamente que se la creaba para tratar de establecer ciertos mínimos de obligatorio cumplimiento que buscarían evitar la competencia desleal basada en la explotación de los trabajadores. Personalmente, creo que la competitividad debe hacerse sobre la base de la calidad y de la eficacia, y no debe basarse en las malas condiciones de trabajo.

Cabe señalar además que nuestros gobiernos latinoamericanos, al momento de establecer su políti-

ca laboral en aras de fomentar la inversión extranjera, deberán evitar copiar modelos europeos, pues nuestra realidad es completamente distinta. En Europa, los costos laborales representan aproximadamente el 80% del valor del producto terminado. En nuestros países, en cambio, los costos laborales apenas representan el 5% del valor del producto listo para su comercialización.

Según afirman algunos economistas, las economías más prósperas del próximo siglo serán aquellas en las que los recursos humanos hayan sido atendidos de manera prioritaria. En la dinámica economía del siglo XXI, el único factor de produc-

ción de difícil desplazamiento será el factor humano, toda vez que las grandes multinacionales podrán trasladarse fácilmente con todas sus maquinarias.

En este sentido, no parece económicamente aconsejable suprimir indistintamente los derechos laborales en aras de potenciar la inversión extranjera en los países latinoamericanos. La poca incidencia que tienen los costos laborales en el proceso de producción no justifica la posible desatención a los recursos humanos. Si se quiere ser competitivos, lo que debe potenciarse es la reducción de otros costos de producción.

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

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

CPT *Pensando en sus clientes ofrece el nuevo servicio de información especializada*

1 2 3



**Horario de atención inicial
de Lunes a Sábado
de 08:00 h a 18:00 h.**

*La Compañía Peruana de Teléfonos,
en concordancia con sus postulados
de crecimiento, diversificación y
consolidación de la calidad del
servicio y con el fin de brindar todo
tipo de información especializada a
los clientes que soliciten atención
a través del código "123",
pone a disposición el nuevo
SERVICIO DE INFORMACION
ESPECIALIZADA "123".
El "123" prestará inicialmente
los siguientes servicios:*

CPT MATRIZ

*Información sobre los trámites
administrativos y operativos, dando
a conocer tarifas de servicios
telefónicos y servicios
suplementarios.*

CPT CELULAR,

*Tarifas, promociones, beneficios,
servicios y procedimientos.*

CPT TELEDATA,

Servicios en general.

CPT GUITEL,

Promociones y servicios.

CPT TELEQUIPOS,

*Tarifas, beneficios y servicios en
general.*

INFORMACION HORARIA

*Hora local y la diferencia horaria de
todos los países y ciudades del
mundo en relación a Lima.
Los Códigos y tarifas a nivel
nacional e internacional.*

INFORMACION SOBRE EL CAMBIO DE VALOR DIARIO DEL DOLAR Y ACCIONES CPT

*Cronograma de entrega de acciones
y lugares donde se pueden recoger
las acciones.*

INFORMACION DE FARMACIAS

*Se proporcionarán números
telefónicos y direcciones de
farmacias que brindan atención en
horarios especiales de lunes a
domingo y de atención 24 horas.*

*Desde hace 105 años, la CPT trabaja
para el futuro, basándose en un
presente de alta tecnología.*



Empresa Privada de Telecomunicaciones.

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE Y SUS PRINCIPIOS RECTORES: EL CASO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Germán Vera Esquivel
Master en Derecho Internacional por la
Universidad de Hull, Inglaterra

«If in doubt, don't pump it out»

Greenpeace

I. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO: ORIGENES Y CONTENIDO.

El principio precautorio es uno de los más importantes y novedosos en el derecho internacional del medio ambiente. Recientemente propuesto, el principio precautorio está obteniendo cada vez mayor aceptación por parte de la doctrina internacional. Sin embargo, aún persisten algunos problemas en su definición y puesta en práctica. El presente ensayo busca, desde una perspectiva jurídica y técnica, señalar cuál es el contenido de este principio, cuál es su desarrollo actual y cuáles son sus perspectivas para el futuro.

La mayoría de los autores reconoce la dificultad que existe para encontrar una definición adecuada del principio precautorio². Así, Gundling ha señalado que el concepto de este principio tiene un carácter elusivo y que dada la variedad de aspectos que involucra no existe hasta el momento una definición clara del tópico bajo análisis. Por otro lado, la definición de este principio se complejiza más, especialmente, por el carácter internacional del tema³, así como por la diversidad de denominaciones que este principio ha acuñado en la doctrina. Así, se ha llamado a este principio el «principio de la acción precautoria», el «principio de la aproximación precautoria», el «principio de la protección anticipatoria» y el de la «acción sobre una base precautoria»⁴.

¹ «En caso de duda, no contamines». La frase ha sido traducida buscando su sentido más apropiado. Este slogan debe entenderse referido al contexto Europeo, especialmente en lo vinculado a los esfuerzos por la protección del mar del norte. Greenpeace utilizó esta proclama, entre otros usos, para evitar el derrame al océano de petróleo o vertidos químicos de los cuales no se tenía certeza científica de su grado de toxicidad.

² GUNDLING, Lothar, The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action. pp. 23-30. En: FREESTONE, David and IJlstra, Ton (Ed.) The North Sea: Perspectives on Regional Environmental Cooperation (Special Issue of International Journal of Estuarine and Coastal Law), London: Dordrecht, Boston: Graham and Trotman. Martinus Nijhoff. 1990. p. 25.

³ Op. cit.

⁴ STEBBING, A.R.D. Environmental Capacity and the Precautionary Principle. pp. 287-295. En: Marine Pollution Bulletin. Volumen 24, Número 6, 1992. p 289.

Sin embargo, pese a estas imprecisiones terminológicas, es posible encontrar algunas ideas provisorias sobre este principio. El mismo Gundling ha indicado que: «El principio precautorio es uno de los principios más importantes de una política preventiva del medio ambiente. Este principio va más allá de la mera reparación del daño y de la prevención de los riesgos. Además, exige la reducción y prevención de los daños al medio ambiente inclusive sin tomar en cuenta la certeza científica de la existencia de los riesgos ambientales»⁵.

Como podemos apreciar, el principio precautorio tiene como finalidad fundamental proteger el medio ambiente antes que ninguna situación de riesgo lo haya puesto en peligro y sobre todo su aplicación conlleva el planteamiento de que la falta de certeza científica sobre la existencia de un daño al medio ambiente no debe ser considerada impedimento para tomar medidas que reduzcan o desaparezcan ese posible daño. Como hemos mencionado al inicio este principio es uno de los más importantes en materia ambiental internacional⁶.

Quizá un ejemplo pueda aclarar de una mejor manera el contenido del principio bajo análisis. Imaginemos que las torres de alta tensión eléctrica puedan generar cáncer o alguna otra enfermedad en las personas que sufren exposición diaria o están en contacto permanente con ellas. Así por ejemplo, si estas torres se encuentran cerca de un poblado o de un colegio, el principio precautorio nos obligaría a retirar las torres eléctricas cercanas o a no establecer en el futuro más de ellas en las cercanías. En este caso, la certeza científica que es-

ta torres causen alguna enfermedad no existe. Lo que existe es una probabilidad que causen un efecto dañoso. Consecuentemente aplicar el principio precautorio en este caso significa que aún cuando no haya plena seguridad científica que la exposición a las torres cause daño a las personas - que son parte del medio ambiente- la sola presunción de este daño obliga a evitar la acción que pueda causarlo. Así, como puede apreciarse el principio precautorio tiene un espectro protectivo muy amplio.

Es generalmente aceptado que el principio precautorio tiene su origen en la doctrina jurídica alemana, donde ha sido reconocido como el más importante principio de su política medioambiental⁷. El principio precautorio, conocido por los publicistas germanos como «Vorsorgeprinzip», ha tenido un desarrollo bastante singular en Alemania y por consiguiente en toda Europa, donde tiene un lugar relevante en todas las consideraciones ecológicas actuales. Así, ha sido incluso incorporado en el reciente tratado de Unión Europea de Maastricht, donde en su artículo 130r, parágrafo 2, se sostiene que uno de los pilares de protección ambiental de la Comunidad Económica Europea - ahora Unión Europea- es el principio precautorio conjuntamente con el principio contaminador-pagador⁸.

Por lo común, la mayoría de publicistas internacionales reconocen que uno de los mejores ejemplos en los cuales se puede encontrar una aplicación certera del principio precautorio es en la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985⁹, donde explícitamente se encuentra la existencia de una aproximación

⁵ GUNDLING, Lothar. Op. cit., p 26. (Traducción libre). Similares conceptos han vertido Hay y Handl. Véase: HEY, Ellen. The Precautionary Approach. Implications of the Revision of the Oslo and Paris Conventions. p 245. Asimismo, HANDL, Gunther. Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law. London: Dordrecht, Boston: Graham and Trotman, Volumen 1, 1990. p 22.

⁶ Freestone ha señalado sobre el contenido del principio precautorio que: «The crux of the precautionary principle, action to prevent serious or irreversible damage should not be delayed until the scientific evidence is clear -by which time it may be too late». FREESTONE, David. The Road from Rio. International Environmental Law after the Earth Summit. Hull: The University of Hull Press, 1993. p. 23. David Freestone es catedrático en la Law School de la Universidad de Hull en Inglaterra y está próximo a publicar un libro sobre el contenido del Principio Precautorio.

⁷ Gundling, citado por Freestone. Véase: FREESTONE, David. The Precautionary Principle. pp. 21-39. En: CHURCHILL, Robin and Freestone David. International Law and Global Climate Change. London: Dordrecht, Boston: Graham and Trotman. Martinus Nijhoff, 1981. p. 21.

⁸ «Treaty on European Union». (Maastricht, 1992). En: FOSTER, Nigel G. EEC Legislation. Third Edition. London: Blackstone Press Limited, 1992. El Tratado de Maastricht -Maastrique en Español- que recientemente ha entrado en vigencia trasunta una gran preocupación por la protección del Medio Ambiente. Al respecto puede verse nuestro artículo: «Maastricht, entre el europeísmo y el europesimismo». En: El Peruano, 4 de diciembre de 1992.

⁹ «Convención para la Protección de la Capa de Ozono». 26 International Legal Materials 529. (Viena, 22 de marzo de 1985).

precautoria¹⁰. Es menester recordar en este punto que los países europeos tuvieron destacada participación en la elaboración, negociación y adopción de esta Convención.

Finalmente, constituye opinión generalizada que el principio precautorio ha tenido un sustantivo soporte internacional y debe parte de sus orígenes a las preocupaciones desarrolladas durante las Conferencias para la protección del Mar del Norte en donde se encuentran variedad de documentos que lo incorporan¹¹.

II. PRINCIPALES DOCUMENTOS INTERNACIONALES EN LOS QUE SE ENCUENTRA INCORPORADO EL PRINCIPIO PRECAUTORIO.

Como es de común aceptación, el principio precautorio, pese a su novedad, se ha desarrollado a lo largo de las recientes pasadas décadas. La doctrina publicista reconoce su existencia -sugerida o definida- en algunos documentos internacionales como:

a) La Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972). En el principio 2 de este documento se encuentra un primer planteamiento del principio bajo análisis, cuando la cláusula bajo comentario señala que el medio ambiente debe ser preservado para beneficio de las generaciones presentes y futuras a través de una cuidadosa planificación u ordenación¹². Recordemos que la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano es uno de los más relevantes documentos en materia ambiental internacional y es considerado por algunos autores una suerte de «Carta Internacional del Medio Ambiente».

b) La Declaración de Nairobi de 1982. Esta Declaración fue suscrita a instancia de Naciones Unidas para conmemorar los diez años de existencia de la Declaración de Estocolmo antes mencionada. La provisión referida al principio precautorio se encuentra en el principio 3 de este documento que señala la necesidad de administrar y evaluar el impacto medioambiental¹³.

c) La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Carta Mundial de la Naturaleza fue elaborada a propuesta de la IUCN (International Union for the Conservation of Nature) y es considerada un documento de importancia mundial sobre el tema del medio ambiente. El principio bajo estudio, tal cual señalan Gundling y Freestone, se haya sugerido en varios de sus artículos¹⁴.

d) La Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. En efecto, en este documento se reconoce la necesidad de una aproximación precautoria para enfrentar los problemas ambientales internacionales (Principio 15). Así mismo, en la pasada reunión de Río de Janeiro, el principio bajo análisis fue incorporado en dos de las Convenciones que se aprobaron en dicha cita mundial. El principio está recogido en la Convención sobre Cambio Climático (Artículo 3) y en la Convención sobre Diversidad Biológica (Preámbulo).

Finalmente, es importante remarcar que también se pueden encontrar ideas de una aproximación precautoria en la Convención del Mar¹⁵, en el Acta Unica Europea¹⁶, así como en todos los documentos legales relacionados con la protección del Mar

¹⁰ BIRNIE, Patricia W. y BOYLE, Alan E. *International Law and the Environment*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p 98. De la misma manera lo reconocen otros autores. Puede verse: NOLLKAEMPER, André. *The Precautionary Principle in International Environmental Law: What's New Under the Sun?*, pp. 107-110. En: *Marine Pollution Bulletin*. Vol. 22, Núm. 3, 1991. p 108.

¹¹ FREESTONE, David. Op. cit. p 22 y siguientes.

¹² ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo 5 al 16 de junio de 1972. Nueva York: Naciones Unidas, 1973. Doc A/CON 48/14/Rev. p 183.

¹³ Sobre la Declaración de Nairobi puede verse: TOLBA, Mostafá Kamal. *Evolving Environmental Perceptions: From Stockholm to Nairobi*. London: United Nations Environment Program, Butterworths (London, Boston, Singapore, Sydney, Toronto, Wellington). 1988. p 458.

¹⁴ (The World Charter for Nature) «Expressly recognises precautionary thinking and contains various provisions in which the principle is further developed». GUNDLING, Lothar. Op. cit. p 30. FREESTONE, David. Op. cit. p 34.

¹⁵ La aproximación precautoria se encuentra recogida en el artículo 192 de la Convención que se refiere a la protección y preservación del medio ambiente marino. United Nations Convention on the Law of the Sea. pp. 249-308 (Montego Bay, 1982). En: EVANS, Malcom D. *International Law Documents*. London: Blackstone Press Limited, 1990. p 290.

¹⁶ El Acta Unica Europea sólo tiene referencias superficiales al principio precautorio. Una buena evaluación de la orientación de la Comunidad Europea en cuanto al principio precautorio y otros temas relacionados puede verse en: KRAMER, Ludwig. *Focus on European Environmental Law*. London: Sweet & Maxwell, 1992. p 321 y RUIZ PEREZ, Manuel. *Panorama Ambiental de las Comunidades Europeas*. Madrid: Asociación Coda-Quercus, 1990. p 208.

del Norte¹⁷, especialmente la Convención de Londres sobre vertidos marinos¹⁸

III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, EL PRINCIPIO PREVENTIVO Y OTROS PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.

La mayoría de la doctrina internacional reconoce que los principios generales del derecho¹⁹ son los principios que son universales en todos los sistemas nacionales (municipal law) y que pueden ser aplicados por las cortes internacionales a los Estados en sus relaciones jurídicas²⁰. Sin embargo, los principios de los que nos ocupamos en este acápite -como el principio precautorio por ejemplo- son principios básicamente referidos al área ambiental y sirven de inspiración como grandes líneas rectoras en esta materia. Constituye idea generalizada que estos principios ambientales no tienen un consenso universal y están en muchos casos en un proceso formativo. Algunos de ellos, que pueden ser considerados ampliamente reconocidos, han sido señalados por Kiss y Shelton como por ejemplo, el principio preventivo o de no interferencia, el principio por el cual se debe resarcir por el daño ambiental y el principio de que la supervivencia de las especies en peligro debe ser garantizada²¹.

En referencia y vinculado al principio precautorio es importante relevar el concepto del principio preventivo. La razón de esta importancia estriba en la posible conexión o vinculación que existe entre estos dos principios.

La mayoría de la doctrina reconoce que el principio preventivo se encuentra cristalizado en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre Entorno Humano de 1972:

«(...) los Estados tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional»²².

El planteamiento fundamental del principio preventivo reside en que los Estados tienen la responsabilidad de no dañar con sus actos el medio ambiente de otros Estados. Derivado de esta idea el principio preventivo prescribe que los Estados tienen un deber de prevenir cualquier daño contra el medio ambiente.

¿En qué se diferencia entonces el principio preventivo del principio precautorio? Si aparentemente son muy similares. La diferencia estriba en el hecho que frente a una acción que pueda ocasionar un daño al medio ambiente, en el caso del principio preventivo, lo que existe es certeza científica de que esa acción va a ocasionar un efecto dañoso. En contraste, en el caso del principio precautorio no existe esta certeza científica, es sólo ante la imposibilidad de conocer con anterioridad el efecto dañoso que se aplica el principio precautorio. En ese sentido, se puede afirmar que el principio precautorio es un paso previo al principio preventivo, puesto que este último principio se puede aplicar aún antes de saber si un acto puede o no ser dañoso para el medio ambiente. Además, este planteamiento descarta la idea que el principio precautorio y el principio preventivo

¹⁷ Cf. FREESTONE, David and Ijstra, Ton (Ed.) *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*. Dordrecht, Boston, London: Graham and Trotman, Martinus Nijhoff. 1991. p 450.

¹⁸ Cf. THORNE-MILLER, Boyce. *The London Dumping Convention, The Precautionary Approach, and the assessment of wastes for Sea-Disposal*, pp. 335-339. *Marine Pollution Bulletin*. Volumen 24, Número 7, 1992.

¹⁹ Los Principios Generales del Derecho son considerados una de las fuentes de Derecho Internacional, de acuerdo a lo que señala el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que señala: «La Corte, cuya función es resolver, de acuerdo al Derecho Internacional todas las disputas que le son sometidas, aplicará: (...) (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Recuerdese que las fuentes del Derecho Internacional, tal como lo reconoce el mismo artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son: a) Las Convenciones Internacionales, b) La Costumbre Internacional, c) Los Principios Generales del Derecho, d) La Jurisprudencia de las Cortes Internacionales y la Doctrina de los publicistas más reconocidos a nivel mundial. «Statute of International Court of Justice». En: EVANS, Malcolm D. Op. cit. p. 32.

²⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1973. p 16.

²¹ KISS, Alexandre-Charles and Shelton, Dinah. *International Environmental Law*. London: Transnational Publishers, Ardsley-on-Hudson, Graham and Trotman, 1991. p 107.

²² ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Op. cit.

sean un mismo principio. Para este autor queda claro que ambos principios son diferentes y tienen esferas de actuación en diferentes planos, tal cual lo reconoce la doctrina más autorizada²³.

Establecido este punto previo sobre el principio preventivo, es nuestro deseo plantear en las siguientes líneas algunas ideas generales sobre otros principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Como hemos señalado al inicio del este ensayo, no todos los principio que se postulan en la materia ambiental, tienen necesariamente, una fuerza mandatoria. Por ejemplo, académicos de diversas partes del mundo han planteado innumerable cantidad de principios, que no siempre cuentan con apoyo unviuersal. Tal es el caso de Simpson que señala que de acuerdo a una Directiva de la Unión Europea existe un «Principio de Proximidad». Así, sostiene que en cuanto a la eliminación de residuos tóxicos se debe seguir una política que permita su eliminación en el lugar apropiado más próximo, considerando la tecnología disponible y con la meta de reducir los riesgos a la salud pública y al medio ambiente²⁴.

Este planteamiento de Simpson es muy interesante y posiblemente de aplicación al nivel de la Unión Europea, pero no es un principio generalizado a nivel global. Así mismo, desde el punto de vista hispanoamericano existe también una gran cantidad de principios que no cuentan con apoyo mundial. Véase el caso de los llamados «principio de realidad», «principio de solidaridad», «principio de regulación jurídica integral», «principio de ordenamiento ambiental», «principio de toma de decisiones tomando en cuenta la variable ambiental», entre otros²⁵.

Esta proliferación de principios origina que no todos ellos tengan universal aceptación y obligatoriedad. En las páginas siguientes trataremos de señalar cuáles son los principios de derecho internacional del medio ambiente que tienen aceptación universal.

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO: ¿ES UN PRINCIPIO O UNA REGLA DE DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE?

En este acápite lo que trataremos de definir es si el principio precautorio es realmente un nuevo «principio» o si tiene suficiente fuerza legal para ser considerado una «regla de derecho internacional». Sands sostiene que existe una diferencia entre lo que es un «principio» y lo que es una «regla de derecho internacional». Este autor señala que «principio» es una disposición que es sólo un planteamiento, una guía orientadora (*mere guideline*) que no tiene fuerza mandatoria (*not legally binding*). Por el contrario, una «regla de derecho internacional» sí tiene fuerza mandatoria y debe ser acatada por toda la comunidad internacional²⁶. Es lo que la doctrina anglosajona conoce como la contraposición entre el «soft law» y el «hard law». El «soft law» en el derecho internacional, es aquel que no tiene fuerza vinculante (v.g. el que proviene de una declaración), en tanto que el «hard law» es legalmente obligatorio (v.g. el generado por un tratado).

Así, en este punto la pregunta que debemos hacernos es si el principio precautorio tiene el suficiente grado de consenso mundial para ser considerado una regla de derecho internacional o si, por el contrario, es meramente un principio o una norma de derecho nacional que le compete regular a cada país en particular.

Adicionalmente, para responder a esta pregunta es necesario, a su vez, considerar si el principio precautorio es parte, o no, de la costumbre internacional reconocida por el Derecho Internacional vigente²⁷, dado que, de ser así, podremos afirmar válidamente su carácter obligatorio para todos los Estados del mundo.

La doctrina considera que para reconocer el carácter de costumbre internacional a una supuesta

²³ FREESTONE, David. The Precautionary Principle. Op. cit. pp. 30-31.

²⁴ SIMPSON, Struan. The Times Guide to the Environment. London: Times Books, 1990. p. 85.

²⁵ La doctrina hispanoamericana ha sido prolífica en la creación de gran cantidad de «principios ambientales». Las razones son, de un lado, la novedad de la temática jurídico-ambiental y de otro, la visión, a veces, elogiamente jusnaturalista de algunos autores. Véase al respecto: MARTÍN MATEO, Ramón. Derecho Ambiental. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977. p. 766; JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Monografías de la Dirección de Medio Ambiente, 1989. p. 319; FIGRETTI, Eduardo y otros. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Buenos Aires, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1986. p. 212.

²⁶ Véase: Speakers' Notes 9357, Volumen 1. The British Council. International Seminar UNCED: A framework for sustainable environmental and development law. Londres 12-17 de setiembre de 1993. pp. 431-432.

²⁷ La Costumbre Internacional es otra de las principales fuentes del Derecho Internacional. Véase: Statute of International Court of Justice, pp. 26-36. En: EVANS, Malcolm D. Op. cit. p. 32.

regla internacional es menester que ésta cumpla con dos requisitos: a) que sea una práctica estatal definida y difundida en el espacio y en el tiempo y b) que cumpla con el requisito subjetivo de la *opinio iuris sive necessitatis*, es decir que los Estados consideren con su actuar que esta regla corresponde al Derecho²⁸. El concepto de *opinio iuris* es uno de los más complejos en el Derecho Internacional moderno. En esencia que una regla de derecho tenga este elemento subjetivo significaría que los Estados han mostrado su acuerdo con la existencia y cumplimiento de dicha regla a nivel internacional.

En el caso del principio precautorio, no es claro afirmar que exista consenso mundial sobre su carácter de costumbre internacional y, consecuentemente, sobre su contenido obligatorio mundial. Las dos principales convenciones mundiales en las que se le ha incorporado -la Convención sobre Diversidad Biológica, y la referida al Cambio Climático- todavía no muestran un total consenso a nivel global aunque debemos remarcar que esta situación no sólo significa falta de acuerdo sobre este punto -el principio precautorio- sino sobre otros temas de la agenda global de medio ambiente. Consecuentemente, este principio no es aún parte de la costumbre internacional vigente, pero está en un nivel progresivo.

La muestra de esta última afirmación se encuentra en el hecho que el principio precautorio cada vez está adquiriendo mayor aceptación a nivel mundial. Por lo pronto, la Unión Europea -como ya hemos mencionado- lo ha reconocido a nivel regional como uno de sus principios rectores de política medioambiental y en general a nivel mundial hay una tendencia generalizada a reconocerlo como un principio básico del medio ambiente.

V. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LATINOAMERICA: ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Como hemos señalado al inicio, el principio precautorio es uno de los más nuevos y apasionantes en la arena internacional. En la línea de otros principios internacionales del medio ambiente²⁹, el principio precautorio está ganando día a día más adeptos entre los académicos mundiales.

Sin embargo, es menester detenerse en este punto para señalar que este principio recién está estableciéndose teóricamente y que tiene que desarrollarse aún más. No se puede negar, por ello, que muchos Estados en la actualidad tienen una aproximación muy cauta a este principio por lo que podría tener de contrario en un caso, o a la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales o en otro, al libre desarrollo de las inversiones económicas o al manejo empresarial de éstas. Como otros principios, el principio precautorio todavía tiene que caminar un largo trecho para su consagración definitiva, y esto depende bastante de cómo se logre poner en práctica y aplicar en el futuro.

A este respecto, los países de América Latina deben tener una posición progresiva en la asimilación de este nuevo principio, pero además un criterio atento al desenvolvimiento de las cambiantes relaciones internacionales. Su aplicación en nuestros países debe ser parte de un cuidadoso consenso entre todos los sectores -Estado, empresa, ONGs, sociedad civil-, pues todos estamos llamados a la conservación del medio ambiente aquí y en cualquier parte del mundo.

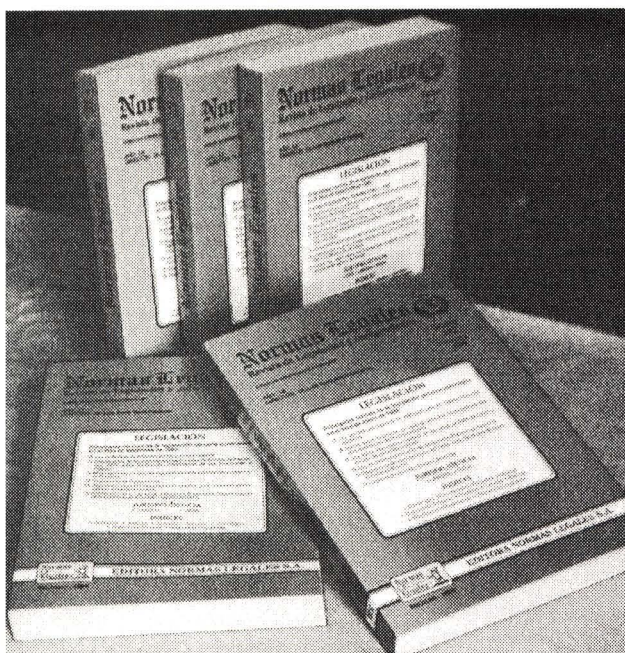
²⁸ Cf. AKEHURST, Michael. Custom as a Source of International Law, pp. 1-53. En: The British Yearbook of International Law. Oxford University Press. Número XLVII, Años 1974-1975. p. 1.

²⁹ La doctrina internacional reconoce seis principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Estos principios se hallan en la Declaración Estocolmo sobre Medio Humano de 1972 y son: a) Igualdad (principio 1), b) Desarrollo Sustentable (principio 8), c) Soberanía Estatal sobre los Recursos Naturales Propios (principio 21), d) Preventivo o de No Interferencia (principio 21), e) Responsabilidades Compartidas pero Diferenciadas o de Corresponsabilidad Asimétrica (principio 22) y f) Buena Vecindad y Cooperación Internacional (principio 24). Puede verse un análisis más detallado de estos principios en: VERA ESQUIVEL, Germán. El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. Lima: Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú. Serie Estudios de Política Internacional, 1992. pp. 89-91 y Amazonia: A Test Case for International Environmental Law. Dissertation submitted for the Degree of Master in International Law. The University of Hull, Inglaterra, 1993. En un próximo libro referido al Derecho Internacional del Medio Ambiente (a publicarse en Gran Bretaña) Philippe Sands sostiene que se están estableciendo dos principios adicionales: el Principio Precautorio (sugerido en el principio 2 de la Declaración de Estocolmo) -y que hemos estudiado en este ensayo- y el Principio Contaminador (Afectador)-Pagador. Nosotros concordamos con esta opinión. Véase: Speakers' Notes 9357, Volume 1. The British Council. International Seminar UNCED: A framework for sustainable environmental and development law. Op. cit. p. 430 y siguientes.

Normas Legales

Revista de Legislación y Jurisprudencia

**El Compendio Jurídico por excelencia,
designado como Edición Oficial**



*Circula en el Perú
desde 1942,
editada con la más
avanzada tecnología
informática
y de impresión.*

*Contiene
los dispositivos
legales que expide
el Estado, ordenados
en un práctico
y fácil sistema
de índices
con información
actualizada.*

**Una fuente
de consulta
permanente..!**

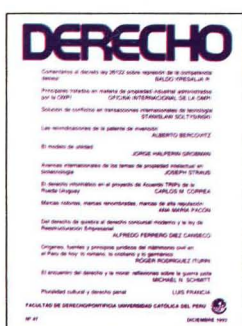


**SOLICITE SUSCRIPCION ANUAL
LOGRE DESCUENTOS Y
RECEPCION OPORTUNA**

servigraf

Los Pinos 515 San Isidro Telefax (51) (014) 407930 LIMA
Orbegoso 338 © (044) 241418 - 257509 Fax (51) (044) 256011 TRUJILLO

El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú anuncia la aparición de sus publicaciones



Revista "Derecho"

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad
Católica del Perú

En el País de las
Colinas de Arena
Reflexiones sobre la
Inmigración China en el
Perú del S. XIX desde la
Perspectiva del Derecho

Dr. Fernando de
Trazegnies Granda

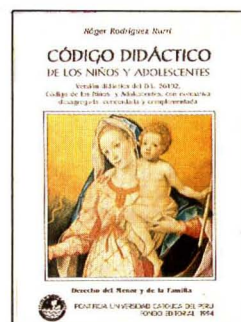


El Contrato en General,
2ª parte
Biblioteca Para Leer el
Código Civil, vol. XV

Dr. Manuel De la Puente y
Lavalle

Código Didáctico de los
Niños y Adolescentes

Dr. Roger Rodríguez Iturri



Para mayor información, comunicarse con los teléfonos 62-6390
62-2540 anexo 220 o visitar nuestras oficinas ubicadas en el
campus universitario, Av. Universitaria s/n, San Miguel

EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTIAS*

Luigi Ferrajoli
Profesor de Teoría General
y Filosofía del Derecho
Camerino, Italia

1. CRISIS DEL DERECHO Y CRISIS DE LA RAZON JURIDICA. EL MODELO GARANTISTA.

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del Derecho, que manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiré, esquemáticamente, tres aspectos de esta crisis.

Al primero de ellos lo llamaré *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia -pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España- numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz, en estos meses, un gigantesco sistema de corrupción, que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de estado paralelo, desplazado a sedes extralegales y extrainstitucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de los límites y los vínculos que las mismas imponen al ejercicio

El presente artículo describe la crisis por la que atraviesa actualmente el derecho, definiéndola fundamentalmente como un resquebrajamiento del principio de legalidad y del sistema garantista, que son, en definitiva, los rasgos distintivos del Derecho contemporáneo.

Sin embargo, el autor plantea un nuevo enfoque para la solución de esta crisis, el cual tiene como punto de partida una redefinición de la razón jurídica, posibilitando así, la elaboración y diseño de nuevas técnicas en la formulación del Derecho y, asimismo, asignándole un papel crítico que posibilite corregir las contradicciones que el Estado de Derecho, como tal, alberga.

* Ponencia expuesta en las jornadas sobre «La crisis del derecho y sus alternativas», organizada por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. Agradecemos al Dr. César San Martín por haber cedido el presente artículo para su publicación.

El presente artículo fue originalmente publicado en la revista «Jueces para la Democracia», N° 16-17, 1992.

de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, la pérdida de contenido de la función parlamentaria, los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos.

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es el de la inadecuación estructural de las formas del estado de derecho a las funciones del *welfare state*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del estado social. Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, y por tanto eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad, y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y control, al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, constituye un factor de ineficacia de los derechos y el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.

Un tercer aspecto de la crisis del derecho está ligado a la *crisis del estado nacional* y se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la

alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales, fuera de los confines de los estados nacionales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatistas de los derechos de ciudadanía, pone en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario -directivas, reglamentos y, después del Tratado de Maastricht, decisiones económicas e incluso militares-, sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra nacionales.

Es evidente que esta crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del estado de derecho. Y se resuelve en la producción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada «*complejidad*» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían -según autores como Luhmann, Teubner y Zolo- una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales¹.

¹ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, (1972), trad. it. de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1977, págs. 245-254; *id.* *II Welfare State come problema politico e teorico*, en *Transformazione e crisi del Welfare State*, E. Fano, S. Rodotà y G.

Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser -importa poco si en clave determinista o apologética- es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación. No cabe duda que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. Y, sin embargo, el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto. Y nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos, con las que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del estado de derecho.

Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en ese artificial *reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el estado de derecho. La situación del derecho propia del *ancien regime* era bastante más «compleja», irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del iusnaturalismo y de la ilustración, que desde Hobbes hasta Montesquieu y Beccaria, formaban un cuadro segura-

mente más dramático y desesperante que el que aparece hoy entre nuestros ojos. Y también entonces, en los orígenes de la modernidad jurídica, fueron muchas y autorizadas las voces que se levantaron contra la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y de la garantía de los derechos: basta pensar en la oposición de Savigny y de la Escuela Histórica a los proyectos de codificación y, desde una perspectiva bien diferente, en la incomprensión y la infravaloración por Jeremy Bentham de la Declaración Francesa de los Derechos de 1789.

El problema representado por las múltiples formas en que ahora se expresa la crisis del derecho pone a la razón jurídica ante un reto que no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por los juristas ilustrados, al emprender la obra de la codificación bajo la enseñanza del principio de la legalidad. Si bien, respecto de la tradición positivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permite configurar y construir hoy el derecho -bastante más que en el viejo estado liberal- como un sistema *artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el «ser» o la «existencia» del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, «puesto» o «hecho» por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el «deber ser» del derecho positivo, o sea sus condiciones de «validez», resulta positivizado

Marramao (eds.), Angeli, Milán, 1983, p. 352; *id.*, The Unity of the Legal System, en The Self-Reproduction of the Law. Actas del congreso sobre «Autopoiesis in Law and Society», Instituto Universitario Europeo, Florencia 1984; *id.*, Some Problems with «Reflexive Law», *ivi*; G. Teubner (ed.) O Dilemma of Law in the Welfare State, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984; After Legal Instrumentalism?, *ivi*; H. Wilke, G. Teubner, Konexte und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexive Fecht, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1984, 6, n.1; d. Zolo, Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo, en L. Gianoformaggio (ed.), Le ragioni del garantismo, Giapiccheli, Turín, 1993; *id.*, Cittadinanza democratica e quiurisdizione, en curso de publicación en «Questione giustizia».

por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos -igualdad, dignidad de la persona, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes -su «deber ser», y no sólo su «ser»- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a formas de producción, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad -de su «ser» y de su «deber ser»- la legalidad positiva o formal en el estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos, no sólo formales, sino también sustanciales. Podemos llamar «*modelo*» o «*sistema garantista*», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia, y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la in-

terpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y por tanto del papel de la ciencia jurídica que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto².

2. RACIONALIDAD FORMAL Y RACIONAL SUSTANCIAL EN EL PARADIGMA GARANTISTA DE LA VALIDEZ.

Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho -de Kelsen a Hart y Bobbio-, la «validez» de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva a su vez de una incompreensión de la complejidad de la legalidad en el estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas -habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional-, no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad-, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una forma sustancial sobre su producción.

Como es sabido, Hans Kelsen trató de resolver esta aporía afirmando la validez también de las normas, comprendidas por ejemplo en las leyes ordinarias, cuyos contenidos se encuentren en contradicción con normas superiores, como las constitu-

² Estas cuatro implicaciones del modelo garantista serán desarrolladas de manera más analítica y rigurosa en un trabajo de teoría del derecho de próxima publicación. Ahora puede consultarse: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2ª ed. 1990, págs. 348-362, 551-556, 898-992 (edición castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid); y *Note critiche e autocritiche intorno alla discussiones su «Diritto e ragione»*, en L. Gianformaggio, op. cit., apartados 1 y 3.

cionales. Estas normas, escribe, «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine»³. De este modo, confunde la anulación con la abrogación y, lo que es más grave, calca el deber ser sobre el ser del derecho valorando, con una suerte de presunción general de legitimidad, todas las normas vigentes como válidas. Herbert Hart, de modo más consecuente, ha negado la validez de tales normas, situando las normas sustanciales sobre su producción en el mismo plano que las formales en materia de competencia, con el resultado todavía más insostenible de negar la existencia de las normas formal, pero no sustancialmente, conformes con las relativas a su producción y, en consecuencia, de calcar el ser sobre el deber ser del derecho y de desconocer como no vigentes las normas inválidas y, sin embargo, aplicadas hasta que se produzca su anulación⁴.

Estas aporías desaparecen cuando se abandona la concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o la legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o la correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que por el contrario tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la *vigencia* guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado*, es por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. En términos kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es en el primer caso de tipo *nomodinámico* y en el segundo de tipo *nomostático*; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). Carecería de sentido decir que una ley no promulgada o un testamento sin forma escrita son incoherentes o contradicen las normas formales que imponen la promulgación de las leyes o la forma escrita de los testamentos; así como no tendría sentido decir que una ley lesiva para el *habeas corpus* o para el principio de igualdad no es subsumible en (o no aplica) las normas constitucionales sustanciales que contradice.

El paradigma del estado constitucional de derecho -o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción a dos tipos de reglas diferentes de ambas dimensiones, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como

³ H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, (1945), trad. de E. García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p 137.

⁴ H. Hart: *The Concept of Law*, trad. de G.R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, cap IV, apartado 3, págs. 82 y ss. También Bobbio, como Kelsen, identifica la validez con la «existencia» y se priva así de la posibilidad de dar cuenta de la existencia de normas inválidas. Es cierto que distingue entre «validez formal» y «validez material», identificando esta última con la coherencia lógica de la norma «con otras normas válidas del ordenamiento» (Sul ragionamento del giuristi, en «Rivista di diritto civile, I, 1995, ahora en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1989, vol II, págs. 167-169). Sin embargo, su identificación de la validez con la existencia y por tanto de la invalidez con la inexistencia, le construye, a propósito de la norma formalmente pero no sustancialmente válida por ser «incompatible con una norma jerárquicamente superior», a hablar de «abrogación implícita» de la primera por parte de la segunda en el mismo sentido en el que se afirma que una norma es implícitamente abrogada por otra sucesiva de significado incompatible. *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, págs. 37-38; hay trad. cast. de E. Roza Acuña en *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991. De este modo, no queda claro si para Bobbio una norma semejante, cuya incompatibilidad se produce con una norma superior a ella por lo general precedente, existe (como para Kelsen) hasta su implícita abrogación por el intérprete, o no existe (como para Hart) al resultar implícitamente abrogada ab origine. En ambos casos queda sin explicitar el fenómeno de la norma inválida y no obstante vigente (o existente) hasta el pronunciamiento que determina su invalidez: que no consiste, en efecto, en una abrogación implícita por vía de interpretación asimilable a la de la norma en contradicción con otra norma sucesiva de nivel equivalente, sino de un acto de jurisdicción con el que (la existencia de) la norma inválida queda formalmente anulada.

lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno estado social. Todos los derechos fundamentales -no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo los *fines* a que está orientado este moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

3. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL.

Se comprende -y con ello entro en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista- que una dimensión sustancial del estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás. En segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial, no sólo en el derecho, sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que ayer Neil McCormick hizo una apasionada defensa, es no tanto, como él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. En efecto, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido -las *formales* que condicionan la *vigencia* y las *sustanciales* que condicionan la *validez*- garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión for-

mal de la «*democracia política*», que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse «*democracia sustancial*», puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizada por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación, sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Es claro que semejante estructura del estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Estos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinados, respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *espectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *espectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos para los poderes públicos.

Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total elimi-

nación. Un estado constitucional de derecho es por naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el estado absoluto -poco importa si políticamente democrático- donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida.

De este modo, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos o no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales -ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales- como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del «derecho inválido» o «lagunoso» -o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho- es la condición previa tanto del estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.

De otra parte, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de ellos son reducibles mediante adecuadas *garantías*, que no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, y por lo tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela y satisfacción han sido previstas las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan. Las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que la satisface. En todos los

casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos de las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

4. EL PAPEL DEL JUEZ Y LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DE SU INDEPENDENCIA.

Esta concepción de la validez de las normas en el estado constitucional de derecho, y al mismo tiempo de la relación entre las que he llamado «democracia política» (o «formal») y «democracia sustancial», se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa -dicho sea incidentalmente- entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa», recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ballester y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su

reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o justamente porque son- poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase «*«existen tribunales en Berlín!»*»: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución.

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No deriva de la voluntad de la mayoría. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado «democracia sustancial». En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan, como la otra faz de la misma medalla, con el segundo fundamento de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso.

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su

consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso, y sobre todo del proceso penal, las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad que -nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)- algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de la pena. En efecto, ningún consenso -ni el de la mayoría, ni el del imputado- puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.

5. LA CIENCIA JURIDICA Y EL RETO DE LA COMPLEJIDAD.

La cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista es la que afecta al papel de la cultura jurídica. Y permite, a mi juicio, reaccionar frente al excesivo pesimismo alimentado -como he recordado al comienzo- por muchos análisis de la actual crisis del derecho.

Se ha dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de resolverse en una crisis de la democracia. Pero ello no depende de su supuesta incompatibilidad con las formas -en efecto, bastante más complejas que las paleopositivas y clásicamente liberales- del estado constitucional de derecho, como lamentan cuantos ven en ellos los síntomas de la crisis de la función normativa del derecho. Por el contrario, como he tratado de hacer ver, la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del estado democrático de derecho, que, por su naturaleza, excluye formas de legitimación absoluta y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales.

Lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocidos para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud, le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la *crítica del derecho* el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a los cuales pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de ese conflicto -virtualmente generado por límites negativos, como los *derechos de libertad*, impuestos por las constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor- hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción, como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identificaban el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del «quién» y del «cómo». Una vez caída semejante presunción, es precisamente el «derecho inválido» o «ilegítimo» producido por la contradicción con normas superiores a él, y por tanto por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido, dirigida a propiciar su anulación, lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.

Por el contrario, la falta de plenitud atribuye a la ciencia jurídica un cometido, sobre todo, de innovación y de proyecto. El reconocimiento de las *lagunas* generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador indica, generalmente, no sólo una fal-

ta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales -a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos.

En algunos casos -piénsese en el salario mínimo garantizado, las pensiones, la educación o la asistencia sanitaria gratuitas- la técnica garantista es relativamente simple, al fundarse en obligaciones *ex lege* de los poderes públicos. En otros casos, como todos aquellos en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o bien se da en formas bastante rudimentaria. En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos, nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un estado social de derecho equipable al viejo estado de derecho liberal y han permitido que el estado social se desarrolle de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho».

Además de la incoherencia y la falta de plenitud generadas por las violaciones, en positivo o en negativo, de la legalidad constitucional, hay un tercer vicio que he recordado al comienzo como el tercer aspecto de la actual crisis del derecho: la crisis del constitucionalismo, subsiguiente a la alteración del sistema de fuente producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento. Es claro que la formación de un sujeto político nuevo, como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen -o al menos lo pretendan- sobre las leyes y a veces sobre las constituciones de los estados miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura

constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, la estipulación de una constitución europea. Yo creo que está dentro de la misma lógica del actual proceso de integración europea llegar, en más o menos tiempo, a la unificación jurídica de Europa y, quizá, a la emanación de una constitución europea. Pero depende de la cultura jurídica de nuestros países que esto se produzca a través de un proceso constituyente no confiado exclusivamente a la clase política, sino abierto a la aportación de los juristas -y no sólo de los juristas, sino en general de las fuerzas de la cultura y los movimientos sociales- y, sobre todo, rígidamente orientado a la salvaguarda y la garantía de los valores democráticos de nuestro tiempo: igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derecho al medio ambiente y similares. En particular, depende esencialmente de la cultura jurídica y politológica, que llegue a superarse la antinomia entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, que atormenta desde siempre la historia de los derechos fundamentales, y que éstos sean finalmente garantizados fuera del viejo esquema estatista, también frente a sus estados.

En esta perspectiva, el compromiso por un constitucionalismo europeo se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos, si no tomamos finalmente «en serio» -según la feliz fórmula de Dworkin- la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la «fortaleza Europa»; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma.

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras

constituciones y en las declaraciones internacionales, quiere decir hoy poner fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, disponer, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus estados: un código penal internacional contra los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario, sino obligatorio, y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos⁵.

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, más que -como sucedió en el origen de los estados modernos- de inclusión e igualdad, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales. Es claro que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación, crearía problemas enormes para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración del resto del mundo. Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el «*ius communications*», el «*ius migrandi*», el «*ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*», así como de «*accipere domicilium in aliqua civitate illorum*»⁶. Entonces, cuando eran

⁵ Cfr. sobre el particular: L. Ferrajoli, S. Senesse, Quattro proposte per la pace, en «Democrazia e diritto», 1992, 1, págs. 243-257.

⁶ Francisco de Vitoria, *Relectiones de Indis recenter inventis* (1539), en *De indis et de jure belli relectiones*, ed. de Ernest Nys, Oceana, Nueva York, 1964, III, 3-5, págs. 256-260. Para un análisis más profundo de las tesis de Francisco de Vitoria y del paradigma de legitimación por él inaugurado, cfr. mi trabajo: La conquista dell'America e la nascita del diritto internazionale, en «Meridiana, Revista di storia e scienze sociali», n. 15, 1992.

concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido, y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales, representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual -de por sí saludable y en todo caso imparable- del Estado nacional puede ser afrontada, en esta dirección, sólo repensando los *topoi* del constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, y al mismo tiempo aquellos a los que hay que confiar la rigidez normativa de los derechos fundamentales y sus garantías. Es cierto que no cabe pensar en una reforma del sistema de fuentes que reproduzca la vieja jerarquía vertical basada en la primacía de las fuentes centrales sobre las locales y periféricas. Esta jerarquía podría muy bien invertirse para tutela de las autonomías en todos los niveles, aunque fuera reservando una rígida preferencia de las normas que garantizan derechos fundamentales, sobre cualquier otra fuente.

Naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero, si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una «*garantía*»⁷: precisamente, como una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante fun-

ción pragmática -crítica y proyectiva- de la ciencia jurídica contradice el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimiento de un papel semejante que la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social, si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es, sino en el que debe ser, «el objeto común de los que piensan»⁸ vuelve a ser «crítica del derecho» existente y al mismo tiempo «ciencia de la legislación» y «ciencia de las constituciones».

Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950⁹: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud -en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho- de hecho no *existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes, pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimismo excluida por la posible no producción de las normas o los actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya colocación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente, no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar

⁷ La Gianformaggio: Diritto e ragione tra essere e dover essere, en *id.*, op. cit., págs 24-27.

⁸ G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1783), en *La scienza delle legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruselas, 1841, Introducción, p 57.

⁹ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 2, 1950, págs. 342-367, ahora en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, págs. 287-324; en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. y estudio preliminar de A. Ruíz Miguel, Debate, Madrid, 2ª ed. 1990.

una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional.

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una ex-

cesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero creo que, con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

JORGE ERNESTO VELARDE SUSSONI

**Abogado
Notario de Lima**

**Luis Felipe Villarán N° 815, San Isidro
Telfs. 42-8218, 41-7447 y 41-0638**

EL REGIMEN TRIBUTARIO EN LA CONSTITUCION: ESTUDIO PRELIMINAR*

Jorge Danós Ordóñez
Profesor de Derecho Administrativo
y Derecho Tributario
Pontificia Universidad Católica

El propósito de este trabajo es esbozar algunas reflexiones acerca de las principales innovaciones contenidas en la Constitución de 1993, referidas a la materia tributaria.

I. DISTRIBUCION DEL PODER TRIBUTARIO.

Partimos del concepto de poder tributario como atribución o potestad atribuida por la Constitución a los diferentes niveles de gobierno para crear, modificar, suprimir o exonerar tributos.

El artículo 74° de la nueva Carta sólo considera a dos niveles de gobierno como titulares del poder tributario: al Gobierno Central y a los Gobiernos Locales o Municipios, pero ya no a las Regiones, como sí lo hacía la Carta de 1979¹. Esto es perfectamente explicable si consideramos que el diseño constitucional ha sido propenso a acentuar el centralismo y por ello el Capítulo XIV reduce notablemente las atribuciones de las instancias de gobierno descentralizadas.

Respecto del Gobierno Central, el poder tributario está repartido entre el Congreso y el Poder Ejecutivo. Al Ejecutivo le corresponde regular aranceles (tributos que gravan las importaciones) y tasas; al

La Constitución de 1993 ha renovado la discusión sobre los alcances que, en nuestro país, debe tener el poder tributario. El Doctor Jorge Danós analiza en el presente artículo la opción que ha adoptado la nueva Carta, criticando los defectos en que ha incurrido y realizando interesantes y ejemplificadoras comparaciones con el Derecho español.

El autor se ocupa, también con rigor, de los principios rectores de la Constitución, la vigencia de las normas tributarias, la inmunidad tributaria y las Garantías Constitucionales aplicables a la tributación.

* A mi madre, con cariño y gratitud. A Marta, abnegada esposa.

¹ Aunque se trataba de un poder meramente delegado supeditado a que el Congreso le otorgase facultades legislativas a la Asamblea Regional para normar materia tributaria, lo que nunca se produjo durante la existencia de los Gobiernos Regionales. Sobre el tema se puede leer la Tesis de Bachiller de Andrés Velarde Angeles, que contiene interesantes consideraciones sobre la teoría de los poderes tributarios originario y derivado «Poder Tributario Regional: una interpretación alternativa del artículo 139° de la Constitución» y el trabajo de Ricardo Salazar Chávez «Aspectos Tributarios del Financiamiento de los Gobiernos Regionales», 1991.

Congreso, crear todos los demás tipos tributarios, que son los impuestos (es decir, los tributos de mayor gravitación económica) y las contribuciones. En este aspecto, la modificación reside en que se han incrementado los poderes del ejecutivo para regular el tipo tasas, que como sabemos son tributos vinculados, que a su vez conforme al nuevo texto del Código Tributario, comprenden arbitrios, derechos y licencias.

En esta materia, la Constitución ha configurado una verdadera «reserva de Administración», de tal modo que sólo el Ejecutivo podrá regular los tipos tributarios aranceles y tasas, sin que al Congreso le esté permitido intervenir en la regulación de estos tributos².

A pesar de que, en un primer momento, el Proyecto de Constitución elevado al Pleno por la Comisión de Constitución³ pretendió reservar el poder Tributario al Parlamento para su ejercicio exclusivo a través de leyes, finalmente el artículo 79º vigente establece en forma expresa que cabe la delegación de facultades legislativas en favor del Ejecutivo para regular lo tributario mediante Decreto Legislativo, como sucedió con frecuencia durante la Carta de 1979. No existe duda alguna de que este dispositivo admite también que en un futuro el Pleno del Congreso pueda delegar facultades legislativas a la Comisión Permanente para aprobar leyes de carácter tributario, conforme al inciso 4) del art. 101º de la nueva Constitución⁴.

Pero la innovación más importante estriba en que se prohíbe expresamente que el Ejecutivo pueda utilizar los Decretos de Urgencia, a que se refiere el inciso 19) del artículo 188º de la Carta, para regular la materia tributaria.

Para explicar esa drástica limitación, vale la pena recordar que durante la vigencia de la Constitución de 1979 se dictaron largamente más de 2,000

Decretos de Urgencia, de los cuales un importante porcentaje estuvo referido a la materia tributaria. Aunque en un primer momento, ante la avalancha de tales dispositivos, la reacción de amplios sectores de la doctrina fue más bien de desconcierto y aún de rechazo, la posibilidad de dictar Decretos de Emergencia de carácter tributario fue finalmente reconocida por el Congreso a través de la Ley de control parlamentario, Ley N° 25397 de 1991, pero limitando su accionar tan sólo a la modificación o a la suspensión temporal de tributos.

Los constituyentes, en lugar de optar por una fórmula semejante a la citada ley, han preferido establecer una rigurosa prohibición total que no parece aconsejable. Incluso ello es contradictorio con el comportamiento del Gobierno en lo que va de su gestión, porque es evidente que las más importantes normas tributarias en los últimos años han sido dictadas por el Ejecutivo.

Se sabe que la referida prohibición fue propuesta por el congresista Chirinos Soto y encontró inmediata acogida en otros integrantes de la Comisión de Constitución (en la 49ª sesión celebrada el 26.04.93). No cabe duda de que en ese momento era coherente con la parte inicial del mismo artículo que proyectaba una reserva de lo tributario a la ley formal del Congreso (ver nota 4).

Se trata también de una manifestación de cómo la nueva Constitución, no obstante haber mantenido la mención a la «economía social de mercado», ha establecido prohibiciones e incorporado instituciones que orientan el régimen económico previsto en la Constitución hacia un modelo decididamente más cercano con la fórmula del Estado liberal abstencionista.

En los países donde se acepta la legislación de urgencia en materia tributaria, la doctrina señala

² El concepto «reserva de Administración» es polémico, pero creo que permite graficar la existencia de un ámbito constitucionalmente reservado al Ejecutivo. Al respecto: A. Embid Irujo. «La relación entre los Poderes del Estado en la reciente dogmática Alemana». En Revista de Administración Pública N° 115. Ab. 1988 Madrid.

³ Proyecto de Reforma Constitucional elevado al pleno como dictamen de la Comisión de Constitución. Artículo 78º: «Los Tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley del Congreso, salvo aranceles y tasas que se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Locales...». Publicado en: Carlos Torres y Torres Lara. La nueva Constitución del Perú 1993. p 348.

⁴ Las Leyes de Comisión constituyen una de las novedades legislativas de la Carta de 1993. Seguramente se tomó como referencia el artículo 72º de la Constitución Italiana de 1948 y el artículo 75.2 de la Constitución Española de 1978. En Italia, las leyes aprobadas mediante este procedimiento llegan a alcanzar las dos terceras partes del total de la legislación, y en España también alcanzan un número significativo. Ver: L. Cazorla Prieto. Las Cortes Generales: ¿Parlamento Contemporáneo?. Civitas 1985. p 124. y Luis Villacorta Mancebo. Hacia el equilibrio de Poderes (Comisiones Legislativas y robustecimiento de las Cortes). Salamanca. 1989.

que ésta nace «en gran medida ligada al fenómeno de la intervención del Estado en la economía», sobre todo con la difusión del modelo de Estado Social de Derecho luego de la segunda guerra mundial⁵.

Esa rotunda prohibición puede traer graves consecuencias, no sólo porque entorpecerá el accionar del gobierno en un instrumento de política económica tan importante como el tributario, sino porque no permitirá hacer frente con la diligencia necesaria a verdaderas situaciones de emergencia o circunstancias imposibles de prever que requieran una acción normativa inmediata, sino hasta que el Congreso se reúna y adopte una solución. Como señaló en una oportunidad el Tribunal Constitucional Español acerca de la procedencia de la legislación de urgencia:

«Se puede dar también en aquellos casos en que por circunstancias o factores concurrentes no pueda acudirse a la medida legislativa ordinaria sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, ya sea por la lentitud del procedimiento legislativo o por la necesidad de inmediatez de la medida a adoptar»⁶.

Hubiera sido mejor que los constituyentes, sin duda recelosos del uso abusivo de los Decretos de Urgencia, los contrarrestaran con la incorporación de mecanismos efectivos de control parlamentario, lo que sin embargo no se produjo, limitándose más bien a señalar que el Congreso los puede modificar o derogar (inciso 19 de artículo 118°).

Existe el riesgo que en el futuro se resienta el modelo si es que el Ejecutivo promueve la progresiva degradación del rango legal de la materia tributaria, mediante la incorporación a las leyes de cada tributo, de normas que faculden al Poder Ejecutivo para modificar o regular por simple Decreto Supremo aspectos sustanciales de los tributos, como ya se puede apreciar en algunas leyes que facultan al Gobierno a variar la tasa de los tributos o aumentar las exoneraciones. Sin embargo, en tales casos el límite de esa posible tendencia deslegali-

zadora estará determinado por el principio de reserva de ley, que analizaremos más adelante.

En lo que respecta al poder tributario de los gobiernos locales, se mantienen sus atribuciones para crear tributos vinculados, esto es, contribuciones y tasas, y por ende derechos, arbitrios y licencias municipales dentro de su jurisdicción territorial.

Es importante que el segundo párrafo del artículo 74° precise que el poder tributario de los municipios se ejercita «con los límites que señala la ley», esto es, que ya no será necesaria una ley previa que autorice a los municipios a crear tributos aunque sea vinculados, sino que tales órganos de gobierno local podrán crearlos sin requerir de una ley que los autorice, en la medida que respeten los límites o restricciones que les imponga la legislación sobre la materia.

Sin embargo, la polémica expedición por el Poder Ejecutivo del Decreto Legislativo N° 776 -Ley de Tributación Municipal- pone de manifiesto la fragilidad del esquema, porque es indudable que el Gobierno, contrariando el espíritu del nuevo texto constitucional y de la garantía institucional de la autonomía municipal, ha establecido limitaciones y requisitos que reducen notablemente las atribuciones de los municipios en materia tributaria.

Es verdad que en nuestro país el poder tributario de los municipios no encaja plenamente en ninguna de las conocidas clasificaciones de poder originario o delegado, porque se trata de una potestad directamente atribuida por la Constitución, pero sujeta a las limitaciones que pueda señalar la ley.

Pero la intervención legislativa que permite el segundo párrafo del artículo 74° de la Constitución no puede servir de pretexto para que por esa vía el Congreso o el Ejecutivo, puedan afectar los caracteres básicos del poder tributario atribuido por

⁵ La cita corresponde a Fernando Pérez Royo. «Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria». En Revista Española de Derecho Constitucional. N° 13. Ab. 1985. p 1. Madrid. Sobre el acrecentamiento de las funciones legislativas del Ejecutivo derivado del concepto de Estado Social y Democrático de Derecho como Estado interventor en la economía se puede leer a Manuel García Pelayo «Las Transformaciones del Estado Contemporáneo». Alianza Editorial 1992. p 61 y ss. El autor peruano que más ha trabajado el tema del modelo económico en la Constitución es el Dr. César Ochoa. Se puede leer uno de sus primeros trabajos: «Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución Peruana de 1979». En «Estudios sobre la Constitución Peruana de 1979». Colectivo dirigido por Francisco Eguiguren. Cultural Cuzco. Lima 1987.

⁶ Sentencia tomada de: Antonio Domínguez Vila. «Reflexiones sobre el Decreto-Ley en materia económica». Revista Española de Derecho Administrativo. N°s 40-41. Mar. 1984. p 163.

la Constitución a las municipalidades. La legitimidad democrática directa de la que gozan las instancias de gobierno descentralizado determina que la Constitución consagre la autonomía municipal, entendida ésta como la garantía de un núcleo o reducto competencial indisponible para el legislador, quien no debería rebasar o desconocer la referida autonomía mediante limitaciones que la conviertan en una proclamación teórica⁷.

Asimismo, en el capítulo de Descentralización encontramos algunas novedades. Por ejemplo, ya no se reproduce la lista de tributos que constituían necesariamente recursos municipales que contenía el artículo 257° de la Carta de 1979; ahora, el inciso 3) del artículo 193° de la nueva Constitución precisa que la creación de los tributos municipales corresponde al respectivo Consejo, que es el órgano deliberante y legislativo de los gobiernos locales. Este último dispositivo no parece ser incompatible con el tenor del artículo 94° de la Ley de Municipalidades que establece que los edictos, que son los instrumentos legales que deben utilizar los municipios para ejercer su poder tributario, tras ser aprobados por los municipios distritales, deben ser ratificados por los provinciales para que entren en vigencia.

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA TRIBUTACION.

La Constitución contiene un conjunto de preceptos que establecen pautas o reglas de orden formal y material a las que deben sujetarse los poderes públicos en el ejercicio del poder tributario o en la aplicación de los tributos.

El artículo 74° reduce la lista de principios rectores de la tributación que contemplaba el artículo 139° de la Carta de 1979, porque suprime algunos como el de justicia, publicidad, obligatorie-

dad y certeza; y sólo conserva tres principios: el de reserva de ley, igualdad y no confiscatoriedad, además de recalcar el necesario respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Antes de entrar al análisis de cada uno de los referidos principios, parece indispensable precisar el valor y la eficacia plenamente normativa de tales principios constitucionales tributarios. Como es sabido, en el Derecho Público contemporáneo está en pleno retroceso, sino definitivamente superada, la consideración de normas simplemente programáticas como tradicionalmente se calificaban ciertos preceptos de la Constitución.

Las viejas tesis que sostenían la existencia de normas constitucionales de carácter programático, o meramente declarativo y orientador, han quedado obsoletas, dejando paso a la tesis del valor normativo de toda la Constitución con eficacia jurídica inmediata⁸.

Sin embargo, es necesario resaltar que las normas constitucionales son disposiciones heterogéneas que no tienen la misma naturaleza ni idéntico nivel de eficacia. Muchos de los preceptos constitucionales son normas de significado abierto, abstractas, con efectos jurídicos distintos, por razón de su propia estructura, con mayor grado de generalidad y abstracción que cualquier norma legal ordinaria⁹.

Por ello, no obstante se proclama el carácter vinculante de las disposiciones constitucionales como normas de obligatorio cumplimiento para todos, se reconoce la existencia de otros preceptos de diferente funcionalidad. Tal es el caso de los principios constitucionales en materia tributaria que, a decir de Alvaro Rodríguez Bereijo, «más que un mandato susceptible de aplicación por sí mismo constituyen la base, el criterio o la justifi-

⁷ En el Derecho alemán y en el español, por influencia del primero, se reconoce a la autonomía municipal el carácter de «garantía institucional», concepto que limita al legislador, puesto que si bien no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, si asegura «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». La cita corresponde a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 28-VII-1981. Sobre el tema: Luciano Pareja Alfonso. «Garantía institucional y autonomías locales». IEAL. Madrid. 1981. El inciso 6) del artículo 203 de la Constitución les asigna a los municipios capacidad de reaccionar contra las intromisiones legislativas en su autonomía.

⁸ Corresponde al profesor español Eduardo García de Enterría el enunciado de esa posición a los pocos meses de entrada en vigor la Constitución Española de 1978 con el manifiesto objetivo de poner coto a las vacilaciones de la doctrina entonces propensa a resucitar la antigua tradición sobre el valor programático de las normas Constitucionales. Ver «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional». Civitas. Madrid. 1992.

⁹ Al respecto: Alejandro Nieto. «Peculiaridades de la norma constitucional». Revista de Administración Pública Ns 100-102. En/Dic 1983. pp 395-407. También Luis Díez Picasso «Constitución, Ley, Juez». Revista Española de Derecho Constitucional. No. 15. Set/Dic 1985.

cación del mandato, en cuanto necesitan de una concreción en ulteriores normas y decisiones...»¹⁰.

Según el citado autor, los principios tributarios incorporados a la Constitución cumplen una doble función como límites al ejercicio de los poderes públicos:

a) La función positiva, que consiste en el influjo o predeterminación que ejercen en las sucesivas decisiones y, de este modo, en el contenido de la regulación que tales decisiones crean, en cuanto fuentes del Derecho y en cuanto informadores del conjunto del ordenamiento jurídico.

b) la función negativa, que consiste en la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre estos valores.

Por tales razones, sostiene que el «carácter esquemático, abstracto, indeterminado y elástico de los principios constitucionales tributarios, y la dificultad de precisar con exactitud su alcance o su contenido indubitado, hace que sea su función negativa la que prevalezca claramente a través de la protección jurisdiccional de los jueces y tribunales, a quienes ha de reconocerse un amplio margen de apreciación en su función aplicativa de tales principios».

Por ello, el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia N° 221 del 11 de diciembre de 1992, a propósito de resolver una demanda interpuesta contra una ley que supuestamente transgredía los principios tributarios constitucionales, señaló lo siguiente:

«...el principio de capacidad contributiva no es un axioma del que pueden extraerse por simple deducción lógica consecuencias positivas, precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria; [...] es constitucionalmente posible que el legislador tributario, al regular cada figura impositiva, otorgue preminencia a otros valores o principios, respetando en todo caso, los límites establecidos por la Constitución [...]».

Los principios rectores de la tributación consagrados por la Constitución gozan de una eficacia principalmente derogatoria de las leyes que los contradigan¹¹, deben ser utilizados como parámetros para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, ya que es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender el mandato al legislador en el que cada uno de los principios constitucionales se concreta¹².

2.1. El principio de reserva de ley o de legalidad.

Aparece como heredero directo del principio medieval de «autoimposición» o de consentimiento de las asambleas estamentales medievales a los «pedidos» de impuestos por parte de los monarcas. De allí es recogido por el primer constitucionalismo hacia finales del siglo XVIII y todo el siglo XIX, expresado en las fórmulas «no taxation without representation» y «Todos los ciudadanos... tienen el derecho [...] de consentir libremente [...] la contribución pública» de la Constitución de Filadelfia y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, respectivamente.

Dice Javier Pérez Royo¹³ que en esa época el principio de legalidad tributaria pasa a cumplir dos funciones principales: una de carácter político, de relación entre poderes, que asegura «el control indirecto por parte del parlamento sobre la actuación del gobierno y sobre la dirección política del país, e incluso como garantía formal de la propia convocatoria de las Cámaras», y una segunda función de garantía de protección individual, de tal modo que «el requisito de que los tributos sean consentidos por los representantes de los propios contribuyentes aparece como la mejor garantía de la propiedad (y libertad) individual, afectada por el establecimiento de tributos».

De ese modo queda demostrado el fuerte sello defensivo que desde sus orígenes impregna la

¹⁰ «El Sistema Tributario en la Constitución. (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)». En: Revista Española de Derecho Constitucional. No 36. Set/Dic. 1992. p 22 y ss.

¹¹ Alvaro Rodríguez Bereijo. Op. cit. p 23.

¹² Así se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 10 de noviembre de 1988, reproducida en: Eusebio González García. «Tributación individual frente a la tributación conjunta en el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas». Tecnos. Madrid. 1991. p 48.

¹³ En: «El Principio de legalidad tributaria en la Constitución». Estudios sobre el proyecto de Constitución. Dirigidos por F. Garrido Falla. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978. pp 397 y 398.

evolución del principio de legalidad tributaria que, junto con el de legalidad penal constituyeron auténticos precursores del Estado de Derecho respecto del resto del Derecho Público¹⁴.

Ello explica el por qué, aunque se hayan superado las concepciones contractualistas del Estado propias de los orígenes del constitucionalismo, es indiscutible que el principio de legalidad tributaria no ha perdido del todo su carácter garantista de la libertad y propiedad de los ciudadanos, como se comprueba de la jurisprudencia constitucional comparada en materia tributaria.

Modernamente, el principio de reserva de ley tributaria es un principio meramente formal. Consiste en establecer que determinados aspectos sólo pueden ser regulados por el órgano a quien se le dota de potestades normativas en materia tributaria. Se trata de una regla cuyo objeto es precisamente la disciplina de la producción normativa en materia tributaria.

Al respecto, para la mejor comprensión del principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, es indispensable recurrir a la doctrina del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, disciplinas que estudian a los referidos institutos desde una perspectiva general¹⁵.

La reserva de ley en el Estado contemporáneo cumple una doble funcionalidad, a decir de Juan A. Santamaría Pastor:

«1. Es una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del gobierno;

2. Es una garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma, el parlamento no puede renunciar a llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias o indeterminadas en favor de la potestad reglamenta

Sin embargo, a continuación precisa que la reserva de ley es en verdad una exigencia de regulación mediante normas de determinado rango y no necesariamente una reserva parlamentaria. Por esa razón, la regulación de determinadas materias, no obstante estar sujeta a la reserva de ley, puede hacerse mediante Decretos Legislativos o Decretos de Urgencia, dependiendo del diseño constitucional.

Para el autor español Luciano Parejo Alonso¹⁷, el instituto de la reserva de ley es el mejor «ejemplo paradigmático de la influencia inercial de las construcciones dogmáticas enraizadas en la filosofía del Estado liberal de Derecho», puesto que en su formulación inicial el concepto de reserva de ley servía para la protección de un espacio social resistente a la intervención del Estado.

La reserva de ley como principio de la doctrina constitucional nace en el siglo XIX en Alemania, esbozado en unos momentos de dura pugna entre el parlamento y el ejecutivo dominado por el monarca. Esto es, el conflicto se planteaba entre dos diferentes legitimidades: la democrática, representada por el parlamento, en el que tenían asiento la burguesía y otros sectores sociales en ascenso, y la legitimidad dinástica, representada por el Emperador, que mantenía la potestad regia de designar a los miembros del gobierno. Ese conflicto que, entre otras cuestiones, se manifestó también en lo relativo a las discusiones acerca de la naturaleza del presupuesto como acto administrativo o como ley formal, condujo a que el parlamento alemán creara el principio de reserva de ley, según el cual ciertas materias, como la remuneración al ejercicio de los derechos de propiedad y libertad, sólo serían susceptibles de ser normadas por ley formal del Congreso. De esta forma, la burguesía y sus sectores sociales aliados podían garantizar que las bases de su poder no serían atacadas por el monarca¹⁸.

¹⁴ Eusebio González García. «El principio de legalidad en la Constitución Española de 1978». «La Constitución Española y las Fuentes del Derecho». IEF. 1979. Vol II p 972 y D. Jesch. «Ley y Administración». IEA. Madrid. 1978. p 138.

¹⁵ Javier Lazarte en el prólogo a la obra de Luis María Cazorla Prieto «El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio». IEF. Madrid. 1981, a propósito del tema central del libro, reflexiona sobre los efectos nocivos que para la doctrina tributaria ha significado el distanciamiento de las otras ramas del derecho público, debido a que no le ha sido fácil desembarazarse de conceptos decimonónicos que han quedado obsoletos y ha sido superados por otros más complejos, por ello demanda «fertilizar» la dogmática tributaria con una aproximación al campo del derecho público en general.

¹⁶ «Fundamentos de derecho administrativo». Centro de Estudios Manuel Areces. Madrid. 1988. pp 776 a 778.

¹⁷ «Crisis y renovación en el derecho público». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. pp 53-54.

¹⁸ Introducción de Alvaro Rodríguez Bereijo al libro de Paul Laband. «El derecho presupuestario». IEF. Madrid. 1979. p XXVIII y ss. También Ricardo García Macho. «Reserva de Ley y potestad reglamentaria». Ariel. Barcelona. 1988. p 27.

Independizada la reserva de ley de las circunstancias históricas que motivaron su elaboración, adquiere en el presente una nueva virtualidad. Por esa razón, Manuel Aragón¹⁹, desde una perspectiva (orgánica) que incide en la reserva de ley como reserva de parlamento, defiende una concepción de la reserva de ley como «reserva a un determinado procedimiento de emanación normativa (el procedimiento legislativo parlamentario) dotado de las características de contraste, publicidad y libre deliberación...», a diferencia del procedimiento de elaboración normativa del Ejecutivo, de tal modo que se garantiza mejor el pluralismo político asegurando a la minoría parlamentaria el ejercicio de su derecho al debate o a la discusión pública de los proyectos de ley.

En cuanto al contenido o alcances del principio de legalidad tributaria, se entiende que exige la regulación de los elementos esenciales o estructurales del tributo a través de una norma con rango de ley.

En la doctrina europea, sobre todo por influencia de la italiana, se suele clasificar dos clases de reservas de ley, distinguiendo entre una reserva absoluta y otra relativa. La primera, la reserva absoluta de ley, se caracteriza por obligar al legislador a regular de modo directo la totalidad de la materia reservada, de tal modo que sólo sería posible dejar a otras fuentes secundarias (reglamentarias) la emanación de disposiciones de puro detalle necesarias para la ejecución de la ley. En cambio, la reserva relativa admite que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas de la disciplina, atribuyendo parte de la regulación al reglamento, pero siempre que la ley determinase los criterios y directivas a los que deberían sujetarse los susodichos reglamentos²⁰.

En el Derecho español, al que recurrimos por razones comparativas y a título ilustrativo, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que la reserva de ley en materia tributaria tiene el carácter de relativa²¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional Español ha expresado en numerosa jurisprudencia que el principio de legalidad tributaria no tiene el mismo rigor que en épocas anteriores, por lo que se descarta que la Constitución haya estable-

cido en lo tributario una reserva absoluta, como la que sí existe en otros sectores del ordenamiento (se entiende que la Constitución establece reservas de ley con distintas intensidades).

En la anteriormente citada Sentencia 221 del 11 de diciembre de 1992, el Tribunal, al referirse a la extensión del principio de reserva de ley en materia tributaria, ha señalado que:

«La citada reserva comprende la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria.

De otra parte, la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los integrantes del tributo (fundamento jurídico N° 7)».

Se afirma, pues, que la legalidad en materia tributaria debe comprender la regulación de la estructura nuclear del tributo. Ello no impide que la ley pueda contener remisiones a normas reglamentarias, pero sí cabe exigir que la ley predetermine el contenido del reglamento configurando los elementos esenciales del tributo. Por esa razón, debe descartarse por contrariar a la Constitución la posibilidad de que la ley efectúe simples remisiones en blanco (indeterminadas) al reglamento, generando una degradación de la reserva consagrada por la Constitución en favor de normas con rango de ley.

En nuestro país, los alcances del principio de legalidad tributaria han estado tradicionalmente determinados por la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario. Así, conforme a la versión vigente al momento de escribir estas líneas, la aprobada por el Decreto Legislativo N° 773, la reserva de ley se extiende a lo que podríamos denominar la vida de la relación jurídica tributaria, desde el momento de su nacimiento hasta el momento de su extinción, comprendiendo a los elementos estructurales de la relación jurídica tributaria: la determinación del hecho imponible, de los sujetos activo y pasivo, de la base y de la alícuota; así como otros aspectos vinculados al

¹⁹ «Constitución y Democracia». Tecnos. 1989. p 126-127.

²⁰ Juan A. Santamaría Pastor. «Fundamentos...», ob. cit. p 784 y Clemente Checa González. «El Principio de reserva de ley en materia tributaria». En: Estudios de Derecho y Hacienda. MEH. Madrid. 1987. Tomo II. p 799.

²¹ Ma. Dolores Arias A. «El decreto-ley en materia tributaria». Revista Jurídica de Catalunya. No. 2. 1984. Barcelona. p 510.

régimen sancionador, a los beneficios y a los modos de extinción de la deuda tributaria.

En lo que respecta a los municipios, la legislación vigente establece que el edicto es el tipo normativo que deben emplear los Gobiernos Locales para ejercer su potestad de imposición²². Sin embargo, esa figura normativa no parece ajustarse a la nueva Constitución, puesto que el inciso 4 del artículo 200º sólo menciona dentro de la categoría de normas con rango de ley a las ordenanzas, que son las únicas disposiciones municipales que cumplen con el principio de legalidad. Además, no se encuentra justificación para que el legislador distinga entre dispositivos que han de ser igualmente aprobados por el Concejo Municipal²³.

2.2. El principio de igualdad.

Parece evidente que el principio material de igualdad tributaria garantizado por el artículo 74º de la Constitución comprende los dos planos distintos de la igualdad:

a) Igualdad en la ley, como obligación impuesta al legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias.

b) Igualdad ante la ley, que tiene por objeto cauterizar el funcionamiento imparcial de los órganos administrativos o jurisdiccionales al momento de aplicar las normas.

Esto es, a diferencia del derecho a la igualdad a que se refiere el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución, que parece haber sido concebido sólo como el derecho formal de igualdad ante la ley, este principio constitucional tributario sí está decididamente dirigido a servir de límite a la competencia legislativa de los titulares de poder tributario.

El origen de este principio se remonta al artículo 13º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue la

primera Carta que consagró expresamente el principio de igualdad ante el impuesto, como reacción frente al sistema discriminador del antiguo régimen que exceptuaba a las «clases privilegiadas», fundamentalmente nobleza y clero, del pago de tributos²⁴.

A diferencia del Perú, en otros países la invocación del principio de igualdad ha llegado a usarse sistemáticamente para la impugnación de las leyes. Así por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional, a decir de Alvaro Rodríguez Bereijo²⁵, ha elaborado una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales se resumen en la sentencia 76/1990, que se transcribe a continuación:

«a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción [...] de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

²² Artículos 94º y 110º de la Ley 23853 Orgánica de Municipalidades; segundo párrafo de la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo Nº 773. Inciso a) del artículo 60º del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación municipal.

²³ En un trabajo anterior formulamos críticas a la artificiosa creación de los Edictos municipales: «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general». Publicado en el colectivo «La Constitución Peruana de 1979». Dirigido por F. Eguiguren. Cultural Cuzco. Lima 1987. pp 340-341.

²⁴ José A. Pueyo M. «El Principio Constitucional de Igualdad Tributaria». Estudios de Derechos y Hacienda. MEH. Madrid. 1987. p 277.

²⁵ «El sistema tributario...», op. cit. p 46.

En resumen, el Tribunal Constitucional utiliza principalmente el test de razonabilidad para evaluar la constitucionalidad de la desigualdad introducida por una norma jurídica, de tal modo que analiza si hay relación entre la finalidad perseguida por la norma y la medida concretamente impugnada. Sólo en ocasiones utiliza el test de proporcionalidad con el fin de evaluar en qué medida la desigualdad que se introduce ha de ser apta o proporcional, para no entrar en conflicto con el principio de igualdad²⁶.

En conclusión, el principio de igualdad obliga al legislador a abstenerse de utilizar criterios discriminatorios, pero no supone tratamiento legal igual en todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica, puesto que en verdad no prohíbe toda diferencia de trato, sino que esa diferencia esté desprovista de una justificación objetiva y razonable.

2.3. El principio de no confiscatoriedad.

El principio de no confiscatoriedad de los tributos es una derivación singular del derecho de propiedad consagrado en el inciso 16 del artículo 2º y el artículo 70º de la Carta. Refuerza la garantía de la propiedad como límite al poder impositivo estatal. Dice Cazorla Prieto que «trata de evitar una privación virtual de la propiedad privada por medios indirectos, pero muy eficaces, como son los tributos»²⁷.

Este principio protege la propiedad tanto en sentido subjetivo, previniendo que una ley tributaria pueda afectar gravemente la esfera patrimonial de los particulares, como en sentido objetivo, garantizando el sistema económico y social plasmado en la Constitución. Por esa razón es considerado como un «principio estructural» de la constitución económica que tutela el respeto del sistema fiscal de otros valores y derechos consustanciales al modelo o sistema económico previsto por la Constitución, como la economía de mercado (artículo 58º), la libertad de empresa (artículo 59º), el

pluralismo económico (artículo 60º), y la inviolabilidad del derecho de propiedad (artículo 70º)²⁸.

Es explicable que el texto constitucional no establezca parámetros o límites cuantitativos fijos para determinar la confiscatoriedad de un tributo, porque corresponderá a la justicia constitucional apreciar con arreglo a la circunstancias políticas, sociales y económicas concretas, si el tributo en cuestión supera el máximo tolerable.

La jurisprudencia de los países de nuestro entorno ha establecido que un tributo es confiscatorio cuando el monto de su tasa es irrazonable, porque absorbe una parte sustancial del valor del capital, renta o utilidad.

Existe copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina que considera inconstitucional todo tributo que grave el patrimonio o el capital con una tasa superior al 33%, «porque por esa vía, en menos de tres años el Estado se apropiaría sin indemnización alguna de toda la riqueza privada»²⁹.

En tales casos, se ha entendido que la declaración de inconstitucionalidad no afecta a la totalidad del tributo, sino únicamente a la parte en que excede el monto o porcentaje límite considerado como razonable, porque considerar inconstitucional la totalidad del tributo «origina una desigualdad entre aquellos contribuyentes a quienes se les exonera de todo pago al declararse la confiscatoriedad del tributo por superar, aunque no sea más que mínimamente, el tope más allá del cual se considera que el impuesto transgrede el derecho de propiedad, y aquellos otros que por no exceder el impuesto el límite máximo admisible lo deben pagar íntegramente...»³⁰.

En alguna jurisprudencia, la Corte Suprema argentina ha establecido que el límite del 33% señalado como «techo» de los gravámenes no es aplicable a los tributos y aranceles que afectan la importación de mercaderías, porque se considera

²⁶ José Suay Rincón. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Estudios sobre la Constitución Española. Vol II. Civitas. 1991. Madrid. pp 857-864.

²⁷ «Poder Tributario y...», ob. cit. p 217.

²⁸ Carlos Palao Taboada. «La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario». En: colectivo «Hacienda y Constitución». IEF. Madrid. 1979. pp 288 y 310. La cita corresponde a Alvaro Rodríguez Bereijo en «El Sistema Tributario...», ob. cit. p 53.

²⁹ Rodolfo Spisso. «Derecho Constitucional Tributario». Depalma. Bs. As. 193. p 263.

³⁰ Rodolfo Spisso. «Derecho...», ob. cit. pag. 274; ver también Juan E. Figueroa Valdés. «Las Garantías Constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980». Jurídica de Chile. Santiago. 1985. p 225.

que el Estado puede utilizar su poder tributario para disuadir la importación o el consumo de ciertos productos extranjeros.

2.4. El respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Es novedosa la remisión expresa que el artículo 74º de la nueva Constitución efectúa a «los derechos fundamentales de la persona» como límites para el ejercicio del poder tributario, aunque en verdad no era indispensable porque se entiende que la eficacia de los derechos constitucionales se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico sin que sea necesaria una norma que remarque su efectividad para la materia tributaria. La doctrina pública contemporánea advierte que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal, por esa razón constituyen el fundamento de todo orden político democrático.

Los derechos constitucionales ostentan una doble naturaleza, subjetiva y objetiva. Por ello, el Tribunal Constitucional español ha considerado que:

*«En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica...»*³¹.

Lo singular de este principio estriba en que se refiere a «los derechos fundamentales de la persona» que son únicamente aquellos derechos contemplados en los tres primeros artículos contenidos en el Capítulo I de la Carta de 1993 y que no comprende los demás derechos de índole social o colectivos. Se trata de uno de los pocos preceptos de la Constitución que sólo hace referencia a tales

derechos con aparente exclusión de los demás derechos de índole económica o social³². Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, nuestra Constitución no ha previsto un régimen de protección más intenso que los distinga de las otras categorías de derechos³³, por lo que difícilmente puede considerarse que tienen asegurada una posición prevalente respecto de los demás derechos constitucionales.

Cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 3º de la Carta, los derechos fundamentales no constituyen un catálogo cerrado, sino que pueden considerarse otros derechos distintos de los enumerados de modo expreso por la Constitución.

El precedente más antiguo del citado artículo 3º es la Novena Enmienda a la Constitución estadounidense, del 17 de Setiembre de 1787, según la cual «la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no deberá interpretarse como que niegan o menoscaban otros que conserva el pueblo». Este principio de «lista abierta» permite la emergencia de nuevos derechos que no están explícitamente formulados en la Constitución, pero que son dignos de la protección constitucional.

Sin embargo, no cabe duda de que ciertos derechos constitucionales, más que otros, pueden tener una mayor incidencia en el campo de lo tributario, como es el caso de los siguientes³⁴:

- a) Derecho a la intimidad personal y familiar (inc. 7 art. 2º).
 - El secreto bancario y la reserva tributaria (inc. 5 art. 2º).
 - El secreto profesional (inc. 18 art. 2º).
- b) Derecho a la inviolabilidad del domicilio (inc. 9 art. 2º).
- c) Derecho a la libertad de residencia y de tránsito (inc. 11 art. 2º).
- d) Derecho a la libertad de asociación (inc. 13 art. 2º).

³¹ Sentencia del pleno de 14 de julio de 1981, tomada de Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo. «Derechos Fundamentales y Constitución». Civitas. 1998. Madrid. p 56.

³² Los otros dos artículos constitucionales que aluden con propósito excluyente a los derechos fundamentales son el último párrafo del art. 32º y el inciso 2) del art. 137º.

³³ En la Constitución Española, los derechos fundamentales gozan de los siguientes mecanismos de aseguramiento: a) se les reconoce eficacia directa; b) la ley debe respetar su contenido esencial, c) son los únicos derechos tutelados a través del recurso de amparo, d) se reserva su desarrollo legislativo sólo a leyes orgánicas y e) se prevé un procedimiento bastante riguroso de reforma constitucional.

³⁴ La lista se ha inspirado en una similar contenida en el trabajo de A. Rodríguez Bereijo «El Sistema...», ob. cit. p 62.

- e) Derecho de propiedad (inc. 16 art. 2°).
- f) Derecho al secreto y a la inviolabilidad de los papeles privados (inc. 10 art. 2°).
- g) Derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (inc. 3 art. 139°).
 - La pluralidad de la instancia (inc. 6 art. 139°).
 - La no privación del derecho de defensa (inc. 14 art. 139°).
- h) Derecho a que las resoluciones administrativas puedan impugnarse mediante la acción contenciosa-administrativa ante el Poder Judicial (art. 148°).

La eficacia de los derechos constitucionales se proyecta en el ámbito de lo tributario vinculado no sólo al legislador, sino también a la administración en el ejercicio de las potestades de gestión y aplicación de tributos que el ordenamiento le encomienda.

Los titulares del poder tributario están constitucionalmente obligados a respetar los alcances o los elementos mínimos de cada derecho fundamental. La Constitución española, por influencia de la Ley Fundamental de Bonn, establece que la intervención del legislador en la esfera de los derechos fundamentales en ningún caso podrá afectar su «contenido esencial», es decir, los rasgos identificadores que resultan indispensables para que el derecho no deje de existir o se transforme en algo distinto. De ese modo, la garantía constitucional del «núcleo esencial» de los derechos fundamentales se configura como un límite a la potestad legislativa de regulación de tales derechos con la finalidad de preservarles una zona de intangibilidad o una última trinchera de protección de su contenido nuclear³⁵.

III. VIGENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS.

La nueva Constitución no recoge la parte del artículo 187° de la Carta anterior, que permitía la retroactividad benigna de las normas tributarias. Conforme al segundo párrafo del art. 103°, sólo en materia penal cabe la retroactividad de las normas cuando sean más favorables al reo.

En verdad, no se justifica esa supresión, porque

durante la vigencia de la Constitución de 1979 la jurisprudencia del Tribunal Fiscal con bastante acierto había precisado que la retroactividad benigna en materia tributaria contemplada por el artículo 179° de la Carta debía interpretarse como una facultad sólo concedida al titular del poder tributario, quien podría ejercerla expresamente en cada caso. Por tanto, no existía posibilidad alguna de que las disposiciones que suprimieran un tributo u otorgasen exoneraciones podían aplicarse automáticamente en forma retroactiva, liberando al deudor u omiso del cumplimiento de las prestaciones tributarias.

Sin embargo, no obstante la supresión del precepto que permitía la retroactividad benigna en materia tributaria, nada impide que el legislador disponga en el Código Tributario la aplicación retroactiva de las normas que suprimen o reducen las sanciones por infracciones tributarias, amparándose por derivación en el precepto constitucional que permite la retroactividad de las normas favorables en materia penal, puesto que el derecho administrativo sancionador se debe ceñir a los principios y las garantías previstas por el derecho penal ordinario. Por otra parte, entendemos que la retroactividad benigna en el supuesto indicado no contraviene el correcto sentido de la garantía de la irretroactividad de las leyes, que consiste en tutelar la seguridad jurídica y no afectar los derechos de los contribuyentes³⁶.

IV. EXONERACION E INMUNIDAD TRIBUTARIA.

En esta materia se aprecia que la nueva Constitución ha tomado decidido partido por una orientación reductora o limitante del otorgamiento de beneficios tributarios.

En tal sentido, no ha recogido una norma como la del art. 19° de la Carta de 1979, que disponía el establecimiento de un régimen tributario especial para la atención y el tratamiento de los minusválidos.

El último párrafo del art. 70° de la Constitución impone condiciones rigurosas para el establecimiento de un régimen tributario especial para

³⁵ Samuel Abad ha trabajado el tema en relación a nuestro derecho en: «Límites y respeto al contenido esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar». Publicado en THEMIS. N° 21. Lima. 1992. p 21 y ss.

³⁶ El artículo 168° del nuevo Código Tributario, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 773, prohíbe la retroactividad benigna de las normas sancionadoras, lo cual es una opción legislativa válida, pero no significa que sea la única permitida por la Constitución en esa materia.

una determinada zona del país, porque dispone que sólo puede ser otorgado por una ley expresa, aprobada por una mayoría calificada del Congreso que ni siquiera se exige para la aprobación de leyes orgánicas, y sólo en forma selectiva y temporal. A no dudarlo, es una norma que perjudicará sobre todo a las zonas de selva y de frontera, que tradicionalmente han gozado de un tratamiento particular en atención a sus singularidades geográficas.

Asimismo, también en el art. 79° de la Constitución, en su tercer párrafo, se condiciona al Congreso para que previa a la aprobación de leyes que otorguen exoneraciones u otros beneficios tributarios, se recabe la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas. Sin perjuicio de que dudemos de la conveniencia de que se haga referencia a un ministerio determinado en lugar del Poder Ejecutivo o del Gobierno, corresponde llamar aquí la atención de que se trata de un precepto ubicado en el marco de un artículo que establece diversas limitaciones a la iniciativa legislativa en materia financiera y presupuestaria del parlamento.

El citado dispositivo no supedita el otorgamiento de las exoneraciones a que lo apruebe el parlamento, sino que sólo exige que se solicite informe al ejecutivo, se supone que para ilustración del Congreso sobre las consecuencias de la decisión.

Se trata de una norma positiva porque apunta a racionalizar el sistema tributario con el fin de que no se distorsione mediante el otorgamiento indiscriminado de beneficios que disminuyen la recaudación y originan déficit fiscal. La experiencia de los últimos años demuestra que el parlamento no ha sido inmune a los apresuramientos y muchas veces a posturas demagógicas con ánimo de clientelaje electoral, que determinaron el fácil expediente de otorgamiento de exoneraciones con escaso fundamento técnico y nula selectividad, pero con grave perjuicio para el financiamiento estatal.

En otros ordenamientos, como el español, de donde parece fue tomado este dispositivo (art. 134° numeral 6 de la Constitución de 1978), no sólo se exige la previa conformidad del gobierno, sino que, además, paralelamente a la ley de presupuestos se aprueba la ley de gastos fiscales que cuantifica anualmente el importe de los recursos dejados de percibir por el fisco debido a las exoneraciones y otros beneficios vigentes en el ejercicio, de tal modo que los poderes públicos dotados de potestad tributaria pueden tener la información necesaria para adoptar decisiones, con plena conciencia de las consecuencias, lo que lamentablemente no ha venido sucediendo en el Perú.

Sin embargo, el tema vinculado a la tributación que más discusiones originó durante los debates tanto en Comisiones como sobre todo en el pleno del Congreso, no fue ninguno de los tratados a lo largo de este trabajo, sino el relativo a los beneficios otorgados a las universidades, institutos superiores y demás centros educativos, lo que la doctrina brasileña denomina la inmunidad tributaria y que está regulada en el art. 19° de la nueva Constitución.

El tenor del citado precepto evidencia hasta qué punto se trata de un dispositivo que sufrió múltiples modificaciones y adiciones durante los debates constituyentes, hasta el último momento.

Uno de los escasos aciertos del mismo reside en haber sustituido el término exoneración por inafectación, al establecer que las universidades, institutos superiores y demás centros educativos «gozan de inafectación de todo impuesto», porque el concepto correcto de inmunidad tributaria es de limitación impuesta a los titulares de poder tributario para que no puedan gravar o afectar a quienes la Constitución quiere exceptuar del pago de tributos en atención a razones de orden social, económicas, o por otras que considere atendibles.

Asimismo, el beneficio se reduce a tan sólo los impuestos y ya no comprende a los tributos vinculados, como las contribuciones, tasas y derechos, aunque sí abarca los aranceles, porque se trata de verdaderos impuestos que gravan las importaciones.

Adicionalmente, se ha establecido que la inafectación cubre sólo las actividades, bienes y servicios relacionados con la finalidad educativa y cultural.

Es evidente que la referencia a los impuestos indirectos en el citado artículo 19° de la Constitución es a todas luces innecesaria, porque bastaba enunciar el género impuestos para entender que el beneficio comprendía a todas sus modalidades, es decir los directos e indirectos. Sin embargo, en este último extremo el precepto constitucional es virtualmente inoperante, en lo referido a la inafectación de impuestos indirectos, porque por la mecánica de impuestos, como el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto Selectivo al Consumo, las universidades y los centros educativos, al adquirir bienes o servicios, no actúan como contribuyentes, sino que son considerados sujetos incididos a quienes se les traslada la carga económica del tributo y por ende la inafectación no les alcanza si es que el legislador no dicta en el futuro las disposiciones para hacer esto viable.

V. OTRAS NORMAS REFERIDAS A TRIBUTACION.

El artículo 56° establece que los Tratados Internacionales que tienen por objeto crear, modificar o suprimir tributos requieren ser aprobados por el Congreso y por ende las materias tributarias enunciadas no pueden ser objeto de regulación por los denominados Tratados Ejecutivos.

El artículo 32° señala que las normas de carácter tributario no pueden ser sometidas a referéndum, lo cual es explicable, pues por su carácter «odioso» o «impopular», difícilmente serían aprobadas.

Aunque en estricto no se trate de un tributo, sino de lo que la doctrina financiera denomina ingresos originarios, por oposición a los recursos derivados que sí son los tributarios, el CANON ha sido regulado por el artículo 77°, pero limitándolo a consistir en tan sólo una participación «adecuada» del Impuesto a la Renta que se recaude por explotación de recursos naturales, con lo que pierden fundamento aquellas posiciones que sostenían que el Canon debería consistir en un recurso pagado por la explotación de recursos naturales, independientemente de los tributos ordinarios que graven las operaciones de las empresas.

En el inciso 5) del artículo 2°, se ha constitucionalizado la reserva tributaria, la misma que siempre había estado prevista en el Código Tributario. Parece claro que su consagración constitucional responde al objetivo de modular el derecho de acceso a la información en poder de las entidades públicas que por primera vez se consagra en nuestro derecho constitucional y que será tutelado a través de la acción de Habeas Data.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 74° se prohíbe que las leyes de presupuesto puedan contener normas sobre materia tributaria, lo cual se explica en razón de que la aprobación de la Ley de Presupuesto se lleva a cabo a través de un procedimiento parlamentario sometido a importantes limitaciones para el debate, sobre todo de índole temporal. Por ello se quiere evitar que la ley de presupuesto se convierta en un cajón de sastre, porque la materia tributaria requiere un debate

parlamentario serio y pormenorizado.

VI. GARANTIAS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA TRIBUTACION.

Entre las novedades que contiene la nueva Carta en materia de control de constitucionalidad, se cuenta la prohibición del Amparo directo contra normas, dispuesto por la última parte del inciso 2) del artículo 200°. Se trata de un mandato que en una primera lectura puede parecer acertado porque en principio, por regla general, no cabe la interposición de demandas de Amparo contra normas en forma directa, sino únicamente contra los actos de aplicación de dichas normas cuando éstas se juzguen violatorias de derechos constitucionales, pues en todo caso del trámite del procedimiento se determinará la inconstitucionalidad o ilegalidad, y por ende la inaplicación de la norma en cuestión de que se trate. Así lo ha considerado reiterada jurisprudencia constitucional de los últimos años y lo ha previsto expresamente la Ley 23506, reguladora de las acciones de Amparo y Habeas Corpus y sus modificatorias³⁷.

Más aún, la compatibilidad del ejercicio paralelo de la acción de Amparo y de la Acción Popular, o del posible trámite simultáneo de un procedimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ostentaba la indiscutible ventaja de que los efectos de la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad beneficiarían desde sus inicios a los actores de los procesos de Amparo contra los actos de aplicación basados en normas inconstitucionales³⁸.

Sin embargo, la dificultad se presentará en el futuro con las disposiciones autoaplicativas, es decir, con aquellas normas que producen efectos sin que se requiera un acto de aplicación de la administración tributaria. En tales casos, se trata de normas cuya sola expedición produce los efectos queridos por quienes las dictaron, pudiendo en consecuencia lesionar derechos constitucionales sin que se produzca un acto administrativo concreto. Justamente los ejemplos más comunes de normas autoaplicativas están usualmente referidos a disposiciones de índole tributaria, que debido a lo absoluto de la prohibición del amparo con-

³⁷ Ley 23506, art. 3°: «Las acciones de garantías proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución». En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento. Ley 25398, art. 5°: «Las resoluciones recaídas en las acciones de garantía, tratándose del supuesto del artículo 3° de la ley, no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan a declarar su no aplicación al caso concreto.»

³⁸ Sobre el tema hemos reflexionado en: «La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico Peruano». Publicado en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. N° 7 Lima. 1991. pp 61 y ss.

tra normas dispuestas por la Constitución, privará a los particulares de uno de los mecanismos más efectivos de reacción.

Es probable que la referida prohibición haya tenido por objeto poner coto a la práctica viciosa de los últimos años, en que se estilaba interponer acciones de Amparo contra casi cualquier impuesto, alegando los más inverosímiles argumentos sobre su presunta inconstitucionalidad, pero con el oculto propósito de obtener una medida cautelar de suspensión que permitiera ganar tiempo hasta que los lobbies y la respectiva presión política que se ejercería consiguieran la derogación del tributo cuestionado.

Sin embargo, es evidente que una prohibición tajante, como la prevista por el precepto constitucional comentado, presenta el grave inconveniente de dejar desprotegidos a los posibles afectados por la expedición de normas tributarias autoaplicativas de carácter inconstitucional o ilegal³⁹.

Es casi seguro que por esa razón, en una suerte de compensación, la nueva Carta dispone en el último párrafo del artículo 74º que «no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo», lo cual supone la retroactividad de los fallos que declaren la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma tributaria, lo que constituye una excepción al principio general establecido por el art. 204º, según el cual los fallos de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos y tan sólo determinan la inexequibilidad para el futuro de la norma constitucionalmente descalificada.

El efecto práctico de este precepto que determina la nulidad de la norma tributaria inconstitucional desde que se dictó consiste en que obligará a la administración a devolver los tributos cobrados según leyes inconstitucionales.

No cabe duda de que se trata de una disposición decididamente garantista que privilegia la efectividad del control de constitucionalidad y legalidad en la materia tributaria.

Es un dispositivo que se aparta de las reglas gene-

rales de nuestro sistema de justicia constitucional, porque cabe recordar que el sistema adoptado por nuestro país desde la Carta de 1979 consagra el efecto constitutivo de las sentencias de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Es decir, las normas, aunque inconstitucionales, se ejecutan hasta que sean inaplicadas por las instancias jurisdiccionales o sea declarada su inconstitucionalidad con carácter general por el procedimiento correspondiente.

En cambio, en el derecho comparado, otros ordenamientos, es cierto que pocos, consagran los plenos efectos declarativos de las sentencias de inconstitucionalidad, es decir declaran la nulidad de origen de la norma descalificada. Sin embargo, en esos países las veces que sus órganos de control de la Constitución han declarado la inconstitucionalidad de normas tributarias lo han efectuado fijando los efectos de las sentencias para esos casos sólo para adelante, es decir, con efectos *ex nunc*.

En buena cuenta, en los países que se adscriben al sistema declarativo de inconstitucionalidad de las normas, cuando sus tribunales constitucionales han fallado en contra de una ley tributaria, por excepción expresamente han ordenado que esas sentencias sólo surtan efectos para adelante y no retrotraigan sus efectos, porque los perjuicios que podría originar para la administración tributaria, devolver los tributos recaudados durante varios años por la aplicación de la ley inconstitucional serían mayores que las ventajas que se persiguen con la declaración de inconstitucionalidad.

Así ha sucedido en Alemania, en Estados Unidos, en Portugal⁴⁰ y no hace muchos años en España, cuando el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 45/1989, de 20 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de una parte de la Ley del Impuesto a la Renta que ordenaba a los cónyuges declarar obligatoriamente en forma conjunta sus ingresos, bajo el sistema de «unidad familiar matrimonial», por contrariar el principio de igualdad ante la ley, entre otros preceptos constitucionales también transgredidos.

En el citado caso, el Tribunal Constitucional español se apartó de su Ley Orgánica que expresa-

³⁹ Samuel Abad también considera que la prohibición deja en el desamparo las lesiones producidas por normas autoaplicativas. En: «El modelo de jurisdicción constitucional. Reformas y retrocesos. (Un Estudio Preliminar)». IUS ET VERITAS Nº 7. 1993 p 105.

⁴⁰ Sobre el tema: Francisco Rubio Llorente. «La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho». En: Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 22. En/Abr 1988. Madrid. p 48. También: Raúl Bocanegra Sierra. «El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional». IEAL. Madrid. 1982. p 244.

mente le ordenaba declarar la nulidad de las normas inconstitucionales, porque entendemos que valoró el hecho de que otorgar efectos retroactivos a su sentencia hubiera significado colapsar a la administración tributaria debido a que la hubiera obligado a la titánica tarea de devolver los tributos recaudados durante casi diez años de aplicación de la ley que en esa oportunidad declaraba inconstitucional, con evidente perjuicio para el sector público y por último para toda la sociedad por los onerosos costos que acarrearía el cumplimiento de esa medida y la disminución de los ingresos que se dejarían de percibir por la distracción de la administración.

Es previsible que la regla establecida por el último párrafo del artículo 74° de la Constitución de 1993, en el sentido de que las declaraciones de inconstitucionalidad de normas tributarias tengan necesariamente efectos retroactivos, determinará que los órganos encargados de cautelar la constitucionalidad o legalidad de las normas obren con bastante prudencia y hasta es probable que se muestren reticentes de ejercer el tremendo poder que significa declarar prácticamente la nulidad de una norma tributaria, más aún si es posible que haya sido aplicada durante varios años⁴¹.

Al respecto, es notorio que en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presentado por los congresistas Ferrero y Fernández Arce,

prepublicado en el Diario Oficial el 28 de enero de 1994, se pretende atribuir al Tribunal Constitucional, en el segundo párrafo del artículo 36°, la facultad de determinar el momento de efectividad de la declaración de inconstitucionalidad de las normas tributarias, solución que deja en manos del Tribunal decidir cuáles serán los efectos que esa invalidación ha de tener en el ordenamiento.

Para finalizar, parece conveniente reproducir lo expresado por el catedrático español Eusebio González García en relación con la importancia que reviste en los países dotados de Tribunales o Cortes Constitucionales la jurisprudencia constitucional referida a la materia tributaria:

«Desde hace aproximadamente una década resulta difícil, particularmente en los trabajos de las doctrinas Alemana e Italiana, encontrar algún curso, monografía o artículo de revista, en los que pueda desarrollarse plenamente el pensamiento de su autor sin necesidad de recurrir frecuentemente a las decisiones del correspondiente Tribunal Constitucional. Es más, en el momento presente, ya no sólo resulta difícil seguir el curso de la doctrina tributaria que podemos calificar de cimera prescindiendo de la aportación de la jurisprudencia constitucional..., (sino que) no es exagerado afirmar que en el futuro, al buscar antecedentes de una nueva disposición, deberá primero espigarse entre la jurisprudencia constitucional»⁴².

⁴¹ Luis Hernández Berenguel comenta que la hipótesis de un fallo que origina la devolución masiva de tributos acarrearía consecuencias desfavorables para el fisco. En: El poder tributario y la nueva Constitución. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. N° 24. 1993. p 29.

⁴² En: «Aportaciones que cabe esperar del Tribunal Constitucional en materia tributaria a la vista del derecho comparado». Publicado en: El Tribunal Constitucional. Vol. II. IEF. Madrid. 1981. p 1189.

SONRÍA

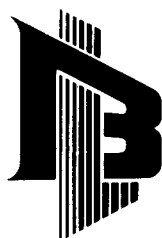


*La única que no le cuesta
ni al adquirirla ni al usarla.*

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.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LLAMADA VENTA DE BIEN AJENO* **

Freddy Oscar Escobar Rozas
Alumno del 9° ciclo de Derecho
Jefe de Práctica de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica
y Universidad de Lima

El tema de la venta de bien ajeno no ha recibido un tratamiento uniforme en la historia de la codificación civil peruana. La opción tomada por el Código Civil actual, sin embargo, no aparece del todo clara para un gran sector de la doctrina nacional. Son muchas las interpretaciones que se han dado al respecto, unas con mayor sustento que otras.

El autor del presente trabajo, alumno y jefe de prácticas en la Pontificia Universidad Católica del Perú, realiza una profunda y metódica investigación del tema, aportando nuevos cuestionamientos, pero también nuevas respuestas.

Particular interés merece el análisis del sistema de transferencia de propiedad en el Perú y el acercamiento a la noción de obligación como relación jurídica que el autor realiza

A lo largo de nuestra historia legislativa, la venta de bien ajeno ha merecido un trato disímil que parecería encuadrarse dentro de una línea de evolución conceptual signada por el alejamiento de posiciones radicales que tenían más de morales que de jurídicas. Así, se observa cómo se fue abandonando el criterio del Código de la Confederación Peruano-Boliviana, que establecía la nulidad de este contrato, para llegar hasta nuestros días, donde rige un criterio totalmente opuesto, esto es, el de la validez y la eficacia del mismo.

No obstante esta evolución, el tratamiento que el actual Código Civil le dispensa a esta figura presenta todavía ciertas deficiencias, lo que se debe, en nuestra opinión, a una errada conceptualización de las instituciones jurídicas que se ven involucradas en este tema.

En atención a ello, el presente trabajo pretende realizar una nueva lectura de las normas del Código Civil relativas a tan singular contrato, tomando como pretexto el análisis crítico de las distintas doctrinas que han inspirado al legislador al regular la figura y a los comentaristas en su intento por explicarla. Para ello partimos de una apreciación crítica de las distintas doctrinas que han inspirado al legislador en su afán por regular la figura.

* A Teresa, mi futura esposa

** Mi gratitud a todos los que integran el Estudio Benites, Mercado & Ugaz, Abogados, en especial al doctor Hugo Forno Flórez, por el apoyo constante y el afecto cotidiano que de ellos recibo.

I. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD Y SU RELACION CON LA ADMISIBILIDAD DE LA FIGURA.

Los distintos Códigos Civiles que nos han regido, incluyendo al actual, oscilaron dentro de las dos grandes tendencias que existen a propósito de la venta de bien ajeno: aquella que establece la validez y la eficacia de este contrato; y aquella otra que rechaza la idea de que el mismo pueda merecer tutela estatal, a través de su reconocimiento jurídico.

En legislación comparada podemos ubicar dentro de la primera orientación, a manera de ejemplo, a los Códigos de Italia (1942), Bolivia (1976), Perú (1984) y Paraguay (1987); y dentro de la segunda, a los Códigos de Francia (1804) y Guatemala (1973), entre otros¹.

Este panorama ha suscitado la interrogante sobre las razones que han llevado a los distintos legisladores a asumir posiciones tan contrarias, y en mérito a ella es que una difundida corriente de opinión² ha sostenido que, dependiendo de lo que se haya establecido en materia de transferencia de propiedad, la venta de bien ajeno será considerada como contrato válido o inválido (nulo). Así, si la propiedad se transfiriese por el cumplimiento de una obligación (de transferir), sería plenamente admisible que se le otorgara validez y eficacia a este contrato. Si, en cambio, la propiedad se transfiriese por el sólo consenso, no sería concebible que existiera compraventa sobre un bien cuyo titular no es la parte que debe provocar la adquisición derivativa de tal derecho.

Esta manera de enfocar el asunto no parece, sin embargo, del todo correcta, y en atención a que el legislador peruano de 1984 se ha servido de ella para justificar el tratamiento dispensado a este contrato, se hace necesario realizar un análisis de la misma, a efectos de determinar, posteriormen-

te, los reales alcances normativos de la figura. Este análisis, por otro lado, debe partir del asunto relativo a los sistemas de transferencia de propiedad.

Como se sabe, en el Derecho Occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad: el «Sistema de la Separación del Contrato» y el «Sistema de la Unidad del Contrato».

El primero de ellos surgió en Alemania a mediados del siglo XVIII, constituyéndose en una alternativa crítica al sistema del Título y el Modo, con gran apogeo en ese entonces. Este sistema -el del título y el modo-, establecía que para transferir la propiedad de un bien era necesaria la concurrencia de dos actos jurídicos distintos, pero unidos por un nexo causal: el contrato, que para el vendedor importaba la obligación de entregar la cosa al comprador; y la tradición, que implicaba la entrega misma, la cual, sin embargo, podía ser real o ficta³.

Para que la transferencia operase resultaba fundamental que el contrato fuera válido y eficaz, por lo que su inexistencia, nulidad o ineficacia determinaba que la propiedad no se transfiriese, aun cuando la tradición hubiera sido efectuada.

Esta dependencia entre el contrato (título) y la tradición (modo) fue duramente criticada por la Escuela Pandectista alemana, la misma que propugnaba el retorno al sistema romano que imperó en la época clásica y justiniana, en donde la «traditio» producía la transferencia de propiedad independientemente de las vicisitudes que afectasen al «contractus»⁴.

Con la dación del Código Civil alemán, la Escuela Pandectista vio coronados sus esfuerzos, ya que este cuerpo normativo llega a establecer un sistema de transferencia de propiedad similar al que

¹ Castillo Freyre, Mario. «El Bien Materia del Contrato de Compraventa». Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. Lima, 1992. Págs. 307 y 308.

² Así: Castán Tobeñas, José. «Derecho Civil Español, Común y Foral». REUS, S.A. Madrid, 1988. Tomo IV. Pág. 86; Badenes Gassett, Ramón. «El Contrato de Compraventa». Librería Bosch. Barcelona, 1979. Tomo I. Pág. 132; López de Zavalía, Fernando J. «Teoría de los Contratos. Parte Especial». Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires, 1976. Tomo I. Págs. 118 y 119; Wayar, Ernesto. «Compraventa y Permuta». Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1984. Pág. 201; De la Puente y Lavalle, Manuel. «Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios» Delia Revoredo de Deakey (compiladora), Okura Editores, págs. 208 y 209; Arias Schreiber Pezet, Max. «Exégesis», San Jerónimo Ediciones. Lima, 1988. Tomo II, pag. 48; entre otros.

³ Puig Peña, Federico. «Compendio de Derecho Civil Español». Ediciones Nauta S.A.-Rios Rosas. Barcelona, 1966. Tomo II. Págs. 170 a 176; Josseland, Louis. «Derecho Civil». Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires 1950. Tomo I. Vol. III. Págs. 262 y 263.

⁴ Puig Peña, Federico. Op. cit., pag. 176.

rigió en Roma Clásica y Justiniana. Este sistema tiene la peculiaridad de exigir, para que opere la transferencia de propiedad, la concurrencia de dos negocios jurídicos distintos y de un «acto ejecutivo real»⁵.

El primer negocio, de eficacia meramente obligatoria, viene a identificarse en general con los contratos de finalidad traslativa. En tal sentido, en mérito de una compraventa, por ejemplo, el vendedor sólo se obliga a transferir la propiedad de un bien y dicha obligación queda cumplida con la conclusión del segundo negocio y la realización del «acto ejecutivo real», respectivamente.

El segundo negocio, al que se denomina «contrato real», contiene la voluntad de las partes de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de un bien. Este contrato es de naturaleza abstracta, es decir, se desvincula de su causa (el contrato obligatorio), por lo que los vicios que afecten a aquella no inciden en él.

Finalmente, el «acto ejecutivo real» está constituido por la tradición del bien, en el caso de que éste sea mueble, y por la inscripción del «contrato real» en el Registro, en caso fuere inmueble.

En este sistema, la transferencia de propiedad descansa en la conclusión y realización, respectivamente, del «contrato real» y del «acto ejecutivo real», de manera que si no existen vicios que los afecten, la transferencia de propiedad se produce independientemente de las vicisitudes que afecten al contrato obligatorio⁶.

En contraposición a este sistema, el Sistema de la Unidad del Contrato prescinde del llamado «contrato real», pues se considera que el acuerdo de voluntades necesario para la transmisión de la propiedad está ya contenido en el contrato de finalidad traslativa, reputando innecesario un nuevo consentimiento para el efecto.

Aquí se conocen dos modalidades: el «Principio Contractual Puro» y la «Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición», respectiva-

mente. En la primera, la transferencia de la propiedad opera con la sola celebración del contrato de finalidad traslativa, es decir, no se requiere ningún hecho, acto o negocio jurídico adicional para que se produzca dicha transferencia. En la segunda modalidad, en cambio, además del contrato de finalidad traslativa, se requiere la concurrencia de un acto jurídico adicional: la entrega del bien o la inscripción del contrato en el Registro. Aquí, aquél sirve de título para la adquisición, mientras éstos dos fungen de modos.

Ahora bien, según la corriente de opinión citada, cada uno de estos sistemas de transferencia tendría relevancia para efectos de establecer si se admite o no la validez de la venta de bien ajeno. Así, tanto en el Sistema de la Separación del Contrato, como en el de la Unidad del Contrato (en su modalidad de Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición), la venta de bien ajeno sería un contrato perfectamente válido y eficaz. La razón radicaría en que si el primero de ellos requiere la realización de tres pasos distintos para que la transferencia de propiedad opere, la celebración del contrato de compraventa, o de otro con finalidad traslativa, importaría tan solamente haber efectuado el primer paso, por lo que no habría inconveniente alguno para que este contrato verse sobre un bien ajeno, pues el vendedor, al estar obligado a transmitir la propiedad de un bien que no es suyo, tendría la posibilidad de adquirirlo de su titular para luego cumplir con su obligación.

Similar razonamiento se aplicaría en el caso de la yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, pues el vendedor de un bien ajeno podría, aquí también, adquirir el bien de su titular, para luego transferírselo al comprador⁷.

Adviértase que cualquier objeción a la validez de esta figura resultaría, en estos casos, irremediablemente infundada. Así, si se sostuviera que en este caso existe error, ya sea en la persona del vendedor o en la cualidad de la cosa, o dolo, bastaría con recordar que ambos vicios de la voluntad presuponen un negocio jurídico válido que puede ser eficaz, por lo que la discusión se redu-

⁵ Larenz, Karl: «Derecho de Obligaciones». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957. Págs. 19 y 20; Puig Peña, Federico: Op. cit., págs. 176 y 177; Wayar, Ernesto. Op. cit., págs. 52 y 53; Clemente de Diego, Felipe. «Instituciones de Derecho Civil». Madrid, 1959. Tomo I. Pág. 400.

⁶ Larenz, Karl. Op. cit., págs. 22 y 23; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin. «Tratado de Derecho Civil». Traducción de José Puig Brutau. Bosch. Barcelona 1971. Tomo III. Vol. I. Págs 391 y siguientes; Puig Peña, Federico. Op. cit., pág. 177.

⁷ Así, por ejemplo, Albaladejo, Manuel. «Derecho Civil». Bosch. Barcelona 1975. Tomo II. Vol. I. Pág. 23; Lacruz Berdejo, José Luis. «Elementos de Derecho Civil». Bosch. Barcelona 1977. Tomo II. Vol. III. Pág. 19.

ciría a la posibilidad de que se anule o no algo que ya existe y que puede haber comenzado a desplegar sus efectos.

Por otro lado, si se sostuviera que éste es un supuesto de ausencia de legitimación por parte del vendedor, sería suficiente argüir que ella -la legitimación- no es un requisito de validez del acto jurídico en general, sino de eficacia⁸.

Finalmente, si se adujese que el objeto de este contrato es jurídicamente imposible, tendríamos que concluir que ello no parece presentarse en este caso, dado que la celebración del contrato no contraviene ninguna de las instituciones en juego, pues el bien permanecerá en el patrimonio de su titular, mientras el contrato generará efectos tendentes a lograr la transferencia.

Todo este razonamiento, sin embargo, y según la corriente de opinión citada, carecería de exactitud cuando en un Ordenamiento Jurídico se hubiese establecido la eficacia real de los contratos de finalidad traslativa, pues en tal caso no podría, la venta de bien ajeno, desplegar los efectos propios de toda compraventa, en atención a que nadie puede transferir algo que no está en su patrimonio.

En este sentido, la nulidad de la venta de bien ajeno sería una consecuencia lógica de los sistemas que consagren la eficacia real de los contratos, pues «...como el efecto traslativo debe operarse con el sólo contrato, siendo ese efecto imposible *ab initio* (debido a la ajenidad de la cosa), provoca en cuanto vicio congénito la nulidad del acto»⁹.

Esta manera de entender el asunto, al parecer, no le fue extraña al legislador de 1984. En efecto, el doctor Manuel De La Puente y Lavalle, ponente del contrato de compraventa, ha señalado que «este artículo (refiriéndose al artículo 1537 de nuestro Código Civil) contempla el problema relacionado con lo que la doctrina llama la venta de cosa ajena... si bien en un sistema como el del Código Civil francés, en el que la transmisión de la propiedad va implícita en la compraventa, el

vendedor debe ser propietario, pues sólo así podría transmitir la propiedad, lo que justifica la declaración de nulidad de la venta de bien ajeno, esto no resulta congruente en un sistema, como el adoptado por el Código, en el que la compraventa que se limita a crear la obligación de transferir el derecho de propiedad...»¹⁰.

No obstante la opinión de tan autorizada voz y según dijimos anteriormente, no parece que pueda compartirse esta postura. En nuestro entender, no se justifica la necesidad de que la admisibilidad de la venta de bien ajeno dependa del sistema de transferencia de propiedad que se adopte. En nuestro concepto, la invalidez de un negocio jurídico debe resultar del hecho de que éste resienta, de algún modo, uno o más elementos de validez exigidos por el Ordenamiento Jurídico, y de todos los cuestionamientos realizados a la figura, ninguno es determinante para que ella no deba ser admitida como un contrato válido y eficaz, esto aún en los sistemas de eficacia real de los contratos.

En efecto, descartado que la existencia de error o dolo, o la ausencia de legitimación, pudieran incidir en la admisibilidad de la figura, resta por analizar si la venta de bien ajeno, en los sistemas de eficacia real, tiene un objeto jurídicamente imposible.

Como se sabe, la imposibilidad jurídica consiste en la inadecuación de un acuerdo a la configuración de las instituciones jurídicas reguladas por la ley. Así, resulta jurídicamente imposible establecer por contrato un nuevo derecho real, dado que el Código ha optado por el sistema de los *numerus clausus*. La imposibilidad jurídica ha de distinguirse de la ilicitud, en tanto que ésta presupone una prohibición de realizar algo que, en principio, podría ser objeto de contratación, mientras aquella no presupone prohibición alguna, sino disconformidad con la propia configuración de las instituciones. En este sentido, es ilícito vender droga, pero es jurídicamente imposible hipotecar una silla. En el primer caso, de no existir la norma que prohíba esa venta, los particulares válidamente podrían haberla celebrado. Por otro lado, aunque

⁸ Se entiende por legitimación al presupuesto subjetivo-objetivo consistente en la aptitud de la parte para obtener o recibir los efectos jurídicos del negocio creado. Así: Scognamiglio Renato: «Teoría General del Contrato». Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. 1991. Págs. 39 y siguientes. Nuestro Código civil no reconoce a la legitimación como requisito de validez del acto jurídico, pues el inciso primero de su artículo 140 se refiere solamente a la capacidad de obrar, que es tan solo la aptitud que se requiere para poder celebrar validamente un negocio jurídico.

⁹ López de Zavalía: Op. Cit. Págs. 118 y 119.

¹⁰ Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios: Delia Revoredo de Debakey (compiladora). Lima, Okura Editores. Págs. 208 y 209.

exista tal prohibición, en los hechos se concluyen este tipo de contratos, con la correspondiente sanción de nulidad por parte del Ordenamiento. En el segundo caso, en cambio, no existe prohibición alguna, sino incoherencia entre el diseño estructural que la ley le ha conferido a la hipoteca y la intención de las partes. Aquí ni siquiera es posible hipotecar la silla en los hechos¹¹.

Ahora bien, para saber si en el caso materia de análisis se transgrede la estructura misma de las instituciones en juego, resulta fundamental analizar si en los sistemas de eficacia real existen supuestos en los cuales el contrato no transfiere directamente la propiedad. De existir tales supuestos, no habría razón alguna para que la venta de bien ajeno no sea admitida, dado que a ella se le podría otorgar algún tipo de eficacia que, como en los otros casos, esté dirigida a que opere la transferencia.

En esta línea, si se toma como ejemplo el propio Código Civil francés, se podrá notar la presencia de ciertos casos en los cuales la transferencia de propiedad no es efecto directo del contrato y, sin embargo, éste resulta válido y eficaz. Así, por ejemplo, la venta alternativa o la venta de bienes genéricos. En estos casos, la transferencia de propiedad opera no con el solo consentimiento, sino con la concentración de la obligación o con la individualización del bien, respectivamente¹².

De manera similar, si se analiza el Código Civil

italiano -donde el contrato es traslativo-, se encontrará supuestos en los cuales la transferencia queda postergada para un momento posterior al de la celebración del contrato, dando con ello pie a que cierta doctrina califique como «contratos de eficacia real diferida» a todos estos supuestos¹³.

Si estos dos Códigos, que comparten el mismo sistema, contemplan casos en los cuales la eficacia real del contrato queda suspendida para un momento posterior, en atención a que no está presente por lo menos uno de los presupuestos para que el efecto real opere, ello significa que jurídica y normativamente sea posible otorgar validez y eficacia a contratos en los que la regla general, esto es, la eficacia real, queda excluida por una regla excepcional, según la cual los contratos producen distintos efectos, todos ellos tendentes a actuar lo que el simple consentimiento no pudo desplegar.

Si ello es así, no resulta comprensible por qué habría de excluirse de tal regla -excepcional- a la venta de bien ajeno, pues tan imposible sería vender un bien determinado sólo por el género como vender un bien del cual el titular es un tercero ajeno al contrato. Lo que se quiere decir con esto es que, aun cuando rija el Principio Contractual Puro, al existir supuestos de «eficacia real diferida», en los que falta por lo menos uno de los presupuestos para que el efecto real sea inmediato, se abre la posibilidad de que ciertos contratos encuentren respaldo normativo mediante la asignación de efectos que tengan por finalidad actuar

¹¹ En este sentido: Puig Peña, Op. cit. Tomo IV. Vol I. Pág. 40; Lacruz Berdejo, José Luis: Op. Cit. Tomo II. Vol I. Págs.31 y 32; Espín Cánovas, Diego: «Manual de Derecho Civil Español». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1983. Vol III. Págs. 47 a 50; Cazeaux, Pedro y Trigo Represas, Félix. «Compendio de derecho de las obligaciones». Tomo I. Librería Editora Platense, La Plata 1984. Pág. 52; entre otros.

¹² Así: Colin A. y H. Capitant. «Curso Elemental de Derecho Civil». Instituto REUS: Madrid 1960. Págs. 21 y 398.

¹³ Se ha sostenido que en la venta de bien ajeno, venta de bien futuro, venta bajo condición suspensiva, venta de bienes genéricos, venta alternativa y venta con reserva de dominio, el contrato tiene un «efecto real diferido», dado que, si bien la transferencia de propiedad se basa en el acuerdo expresado en cada uno de estos contratos, ésta solo opera en un momento posterior: cuando el vendedor adquiera el bien, cuando éste llegue a tener existencia, cuando acaezca el hecho puesto como condición, cuando se individualice el bien, cuando se concentre la obligación y cuando se pague la última cuota, respectivamente. En estos casos, se dice, la compraventa ha tenido efecto obligatorio inmediato y efecto real diferido. El efecto obligatorio se produciría en virtud de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1476 del Código Civil italiano, el cual establece que cuando la adquisición no es efecto inmediato del contrato, el vendedor tiene la obligación de hacer adquirir la propiedad al comprador. Así: Capozzi, Guido: «Dei Singoli Contratti». Giuffré Editore. Milano 1988. Volume Primo. Págs. 98 y siguientes; Scognamiglio, Renato: Op. Cit. Págs. 258 y siguientes; Ferri, Giovanni. «La vendita in generale-Le obbligazioni del venditori e del obbligazioni del compratore» en «Trattato di Diritti Privato» Diretto da Pietro Rescigno. UTET. 1985. Vol 11. Pág. 230; Trimarchi, Pietro. «Istituzioni di Diritto Privato». Giuffré Editore. Milano 1983. Pág. 468; entre otros. La categoría de los contratos con eficacia real diferida, en nuestro concepto, presta alguna utilidad si se advierte que en tales contratos la transferencia de propiedad no siempre opera como consecuencia del cumplimiento de una obligación por parte del vendedor. En efecto existen casos en los cuales es el propio comprador quien determina que se produzca el efecto traslativo. Así, piénsese, por ejemplo, en la venta alternativa donde se le ha otorgado al comprador el derecho de concentrar la «obligación». En este caso, basta la declaración por parte del comprador, para que la transferencia opere, sin que para ello el vendedor haya ejecutado prestación alguna. Salvo esta peculiar configuración y el hecho de que la transferencia de propiedad no se publicite, los contratos de eficacia real diferida se asemejan a los contratos que fungen de título en el sistema de la yuxtaposición de los principios de unidad y tradición.

lo que en un principio no se pudo verificar: el efecto real. Y siendo la venta de bien ajeno uno de los casos en los que falta uno de los presupuestos a los que se ha aludido (a saber la legitimación), ella debería estar comprendida dentro del régimen excepcional «eficacia real diferida» dado que no existe conceptualmente razón alguna para su no inclusión.

De allí que resulte injustificable afirmar a priori, y desde un punto de vista meramente conceptual, que en los sistemas en los que rige el Principio Contractual Puro, la venta de bien ajeno tenga un objeto jurídicamente imposible, pues éste contrato puede ser encuadrado dentro de las compraventas -válidas y eficaces- en los que se supedita la transferencia de propiedad a un hecho posterior, el mismo que no tiene una configuración unitaria, sino más bien diferenciada, dependiendo del caso de que se trate.

Debe, entonces, resultar claro que sólo se puede sostener que en un sistema donde rija el Principio Contractual Puro es jurídicamente imposible celebrar un contrato de compraventa sobre un bien ajeno, si es que el modo en que han sido estructuradas las instituciones se vería alterado por un contrato así. Y ya se ha visto que en los Códigos donde rige tal principio existe un lugar para los supuestos en los cuales no es posible desplegar el efecto real de manera inmediata. Por lo tanto, la venta de bien ajeno debería ser considerada, aún aquí, como contrato válido y eficaz, pues la falta de legitimación tiene la misma incidencia que la inexistencia del bien o que la determinación genérica del mismo.

II. SISTEMA ADOPTADO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.

Concluido que el sistema de transferencia de propiedad no es determinante para considerar válida o inválida (nula) a la venta de bien ajeno, resulta importante examinar el sistema de transferencia

de propiedad establecido en nuestro Código Civil, pues en él se ha basado el legislador tanto para justificar la admisibilidad de esta figura, como para dispensarle una regulación determinada.

Como se sabe, la posición que mayoritariamente se ha sostenido en nuestro medio es aquella que propugna que la transferencia de propiedad no opera por el sólo contrato, en atención a que las dos normas que regulan el tema (nos referimos a los artículos 947 y 949 del Código Civil) establecen que la tradición de la cosa, en un caso, y la «obligación de enajenar», en el otro, son los «hechos» jurídicos que, unidos a un título preexistente, determinan la transferencia de propiedad.

Si estas normas son concordadas con aquella que establece que el contrato tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir obligaciones y luego con las que definen cada uno de los llamados «contratos nominados», que aluden únicamente a las obligaciones creadas por cada contrato, se tendría que concluir que, en nuestro sistema, el contrato no tiene eficacia real, sino meramente obligatoria¹⁴.

En esta línea de pensamiento es casi unánime que, en materia de propiedad mueble, el Código haya optado por el Sistema de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición. Mayor debate, en cambio, ha suscitado el tema de la transferencia de propiedad inmueble. Al respecto, se ha sostenido que, aquí también, el Código ha optado por el sistema mencionado líneas atrás. Así, para algunos el contrato de compraventa (y todos los demás contratos con finalidad traslativa, suponemos) constituye, a la vez, el título y el modo de la adquisición del derecho de propiedad¹⁵. Para otro autor, en cambio, el título lo constituye el contrato respectivo, mientras el modo vendría a ser la ley (más precisamente el artículo 949 del Código Civil)¹⁶.

Estas opiniones, sin embargo, no parece que pue-

¹⁴ En ese sentido: Puente y Lavalle, Manuel de la: «El Contrato en General». Editorial PUCP. Lima 1991. Tomo III. Pág. 443; Arias Schreiber Pezet, Max: «Exégesis». Studium Editores. Lima 1987. Tomo I. Pág. 155; Mosqueira Medina, Edgardo: «La Venta de Bien Ajeno». Tesis para optar el grado de Bachiller. PUCP 1987. Pág. 87; Oquendo Heraud, Sergio: «Posesión de Buena Fe y Rescisión: Virtualidad de un Conflicto» en Themis - Revista de Derecho. Segunda Epoca 1990. Número 7. Pág. 26; Cantuarias Salaverry, Luis Felipe: «Análisis Económico de la Compraventa de Inmuebles con Reserva de Propiedad» en «El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales». Autores Varios. Fondo Editorial PUCP. Lima 1993. Pág. 94. Se debe hacer notar empero que la tesis de este último autor resulta un tanto curiosa desde que afirma que: «La transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú opera por el solo consentimiento de las partes. Ello no obstante, no es el contrato el que transfiere la propiedad, ya que éste solo genera la relación contractual, sino es esta última la que transfiere, es decir, es la obligación generada por el contrato la que produce el efecto transmisivo de la compra-venta»

¹⁵ Así: Bigio Chrem, Jack: «La Compraventa y la Transmisión de Propiedad» en «Para Leer el Código Civil I». Fondo Editorial PUCP 1985. Pág. 95; Fernández Cruz, Gastón: «El Contrato Consensual de Prenda» en «Garantías» de Jorge Avendaño. PUCP 1991. Pág. 62.

¹⁶ Manuel de la Puente y Lavalle: citado por Torres Mendez, Miguel. Op. Cit. Pág. 137.

dan ser compartidas. Según se dijo anteriormente, la teoría del título y el modo descansa en la existencia de dos actos jurídicos con vinculación causal, lo cual es extraño al caso de la transferencia de propiedad inmueble, pues aquí, además del contrato, no existe ningún acto jurídico (ni siquiera hecho jurídico en sentido estricto) al cual se le atribuya, en conjunción con el título, el efecto traslativo. En este caso, basta el consentimiento para que la transferencia de propiedad opere, muy a pesar de la redacción de diversas normas que parecerían indicar cosa distinta.

Una posición absolutamente minoritaria es la que sostiene que, tanto en el caso de bienes muebles como en el de inmuebles, la transferencia de propiedad opera en virtud del consentimiento¹⁷. Esta tesis se basa en una lectura muy peculiar del artículo 1549, pasando por considerar producida la tradición ficta en supuestos en los cuales no se han configurado todos los elementos necesarios al efecto¹⁸.

Al igual que la anterior, también minoritariamente se ha sostenido una tesis según la cual la transferencia de la propiedad, sea esta mueble o inmueble, operaría sobre la base de la tradición del bien¹⁹. Para llegar a tal conclusión, el autor de esta tesis parte de la idea de que existe un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 949 y lo dispuesto por el artículo 1529. Según él, aquella norma se afiliaría al Sistema del Principio Contractual Puro, mientras ésta otra lo haría al Sistema de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, estatuyéndose así una irremediable contradicción en el interior del Código Civil. La norma conflictual sería el artículo 949, pues ella no consolida la naturaleza obligatoria de la compraventa, tal como lo hace el artículo 947. La solución entonces debería partir de la norma conflictual y a su análisis se aboca el autor. En este camino, advierte que el artículo 949 admite dos excepciones: una legal y otra convencional; y, en su concepto, sería la primera la que se encarga de solucionar la contradicción a la que se ha hecho referencia. Así, sostiene que, como el artículo 1529 es contrario al artículo 949, debe entenderse que aquél constituye una excepción de este último. Este razonamiento se vería reforzado por aquel principio según el cual la norma especial debe primar frente a la norma

general. En consecuencia, a la compraventa inmobiliaria no se le aplicaría el artículo 949, sino el artículo 1529, por ser éste una excepción.

Ahora bien, dos objeciones se le podrían hacer de plano a esta tesis. La primera de ellas consiste en que el artículo 1529 no establece ningún modo para la transferencia de la propiedad. La segunda de ellas consiste en saber a qué contratos se aplicaría el artículo 949, dado que si el artículo 1529 fuera una excepción, igual naturaleza deberían tener todas las normas que definen a cada contrato nominado (típico).

En respuesta a tales objeciones, previstas además por el autor, se dice que el artículo 1529, al no establecer un modo, adolece de vacío legal, por lo que aplicando analógicamente el artículo 947, quedaría llenado dicho vacío. En consecuencia, la tradición sería el modo de adquirir la propiedad inmueble. De otro lado, el autor considera que su tesis no dejaría sin ámbito de aplicación al artículo 949, pues él regularía la transferencia de propiedad inmueble mediante la celebración de contratos atípicos.

No obstante los argumentos esgrimidos, la tesis que se comenta debe ser descartada de plano por una muy sencilla razón: errada conceptualización de lo que es una norma excepcional.

Si ante nosotros una norma afirma que «todos los peruanos adquirirán capacidad jurídica plena cuando cumplan dieciocho años de edad, salvo las excepciones que establezca la ley», resultará fácilmente comprensible que una excepción a tal norma sería, por ejemplo, aquella que estableciese que los naturales de Arequipa solo podrán adquirir la capacidad jurídica plena cuando cumplan veinticinco años de edad. En este caso, la norma excepcional tendrá un supuesto de hecho distinto para una misma consecuencia jurídica. Trasládemos esto a la tesis materia de comentario.

Como se sabe, los artículos 947 y 949 del Código Civil determinan la forma (mecanismo) por la cual se transfiere la propiedad sobre los bienes. Así, la tradición, en un caso, y el contrato, en el otro, son los hechos que producen dicha transferencia. Ahora bien, para entender que una norma,

¹⁷ Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo: «Temas de Derecho Civil». Universidad de Lima 1991. Págs. 230 y 234 a 236.

¹⁸ Ver al respecto nuestro trabajo en: IUS ET VERITAS. Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año III. Número 5.

¹⁹ Así Torres Mendez, Miguel: Op. Cit. Págs. 143 a 151.

o un pacto, son excepciones al artículo 949, debe constar en ellos el mecanismo por el cual se transferiría la propiedad inmueble. Este mecanismo, por otro lado, tendría que ser distinto de aquél que establece la regla general. Si ello es así, resulta entonces insostenible la afirmación por la cual el artículo 1529 se constituye en una excepción del artículo 949, dado que aquél no precisa cuál es la forma por la cual operaría la transferencia de propiedad.

Sólo se puede sostener que nos hallamos ante una excepción de la regla contenida en el artículo 949 de nuestro Código, cuando ésta -la excepción- indique un mecanismo de transferencia dominial distinto del que contiene la norma citada. Y ello, evidentemente, no ocurre en el caso que se nos propone, pues el artículo 1529 no contiene lo que debería, esto es, el modo o el mecanismo por el cual la propiedad inmueble se transferiría. Adviértase que no se puede sostener que este modo o mecanismo es la «obligación de transferir la propiedad», pues no se establece que clase de obligación es: de dar, de hacer o de no hacer.

Adviértase, asimismo, que no se puede afirmar, como se afirma, que el mecanismo de transferencia sería la tradición, pues a ella se llega en vía de analogía, lo cual presupone la existencia de un vacío legal, el cual, por lo demás, se ubicaría en lo relativo al mecanismo de transferencia, es decir, justo en el tema que la «norma excepcional» debería regular de manera diferente al de la norma general. Cabe entonces preguntarse, ¿qué clase de excepción es esa que no contempla, precisamente, el aspecto materia de regulación especial?, ¿qué clase de excepción es esa que tiene que recurrir a la integración legal para poder ser «excepción»?

Más allá de ello, la tesis que se comenta no conduce a eliminar la contradicción que su autor denuncia. Lo único que hace es trasladar dicha contradicción a otro campo: el de los contratos atípicos. En efecto, si el artículo 949 alude a «la sola obligación de enajenar...», queda claro que el contrato atípico debe establecer tal obligación a cargo de una de las partes, por lo que aquí también tendríamos una norma que se afilia al Principio Contractual Puro y otra que lo hace a la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, por lo que resultaría más cuestionable aún que el Código Civil tuviese dos formas distintas de transferir la propiedad inmueble, dependiendo ello de la tipificación del contrato.

Una mirada desprejuiciada de las normas que regulan el tema de la transferencia de propiedad nos proporciona, creemos, una conclusión que parecería ser rebatible sólo con algún artificio. Esta conclusión no puede ser sino que el sistema de transferencia de propiedad en el Código Civil peruano es dual: en algunos supuestos es consecuencia directa del contrato (Principio Contractual Puro) y, en otros, de la conjunción entre un negocio jurídico y un hecho -jurídico- distinto del mismo (Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, y Eficacia Real Diferida). En efecto, tratándose de bienes inmuebles la regla general consiste en que la transferencia de propiedad opera con la sola celebración del contrato, pues el transferente -llámese vendedor, donante, etc.- no requiere realizar conducta alguna -prestación- para que se produzca dicha transferencia. En este sentido, resulta irrelevante que la ley (artículo 949 del Código) aluda a una «obligación de enajenar», pues al no tener ella un contenido -o un objeto según se adopte la teoría patrimonialista o personalista de la obligación- pierde todo su significado y relevancia jurídica. Lo que ocurre en este caso es que el contrato del que se trate -compraventa, donación, etc.- habrá producido una «atribución patrimonial»²⁰, concepto éste de amplio contenido, en el que se comprende cualquier disposición de un derecho propio a favor de otro sujeto, sea que para ello se utilice a la obligación como medio de cooperación, sea que se prescinda de ese medio por resultar transferido el derecho como consecuencia de un acto que incida directamente en la esfera de quien requiere la cooperación.

Cosa similar ocurre en el caso de la transferencia de la propiedad mueble cuando en ella concurre la denominada «tradición ficta». En este caso, bastará con la celebración de un contrato para que dicha transferencia opere. Piénsese al efecto en el caso en el cual se posee un bien mueble a título de arrendatario y luego celebran un contrato de compraventa sobre el mismo quienes son arrendador y arrendatario. En este caso, el comprador adquirirá la propiedad del bien por la sola celebración de la compraventa, pues al operar la tradición ficta (*traditio brevi manu*), el vendedor se ve exonerado de realizar conducta alguna para satisfacer el interés de su contraparte.

En cambio, si la tradición ficta no fuese de aplicación, sino más bien la tradición real, qué duda cabe de que tratándose de bienes muebles, el Siste-

²⁰ Capozzi, Guido: OP. Cit. Pág. 8

ma que rige es el de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición.

Finalmente, habrán casos en los cuales registrará un sistema similar al que se aplica a los supuestos que la doctrina italiana ha denominado de «eficacia real diferida». La característica de este régimen es que la transferencia de propiedad operará en un momento distinto dependiendo del caso de que se trate. Así, por ejemplo, en la venta alternativa de dos bienes inmuebles perfectamente determinados y en la venta de un bien inmueble determinado sólo por el género, la transferencia de propiedad operará cuando se elija y concentre la obligación, y cuando se individualice el bien, respectivamente.

Ahora bien, si el contrato de compraventa tiene eficacia real en algunos casos, ¿cómo explicar, en ellos, la validez de la venta de bien ajeno a la luz de los argumentos utilizados por el legislador para regular esta figura? Dos opciones parecen surgir: limitar la figura a los casos en los que la transferencia de propiedad no sea efecto directo del contrato o, prescindiendo de las consideraciones del legislador, aceptar la validez y la eficacia de este contrato con independencia absoluta del sistema de transferencia de propiedad que se aplique.

De las dos opciones propuestas, no cabe duda de que la segunda debe ser la que predomine, pues no existe ninguna razón conceptual que impida considerar a la venta de bien ajeno como contrato válido y eficaz, sin importar al efecto el sistema de transferencia de propiedad que se haya adoptado. En esta línea de pensamiento, es significativo constatar que el Código Civil haya admitido la figura sin realizar ninguna distinción al respecto.

III. LA VENTA DE BIEN AJENO EN EL CODIGO CIVIL.

Para comenzar, cabe decir que la venta de bien ajeno es un contrato de compraventa en donde la única particularidad que existe es que el vendedor no ostenta la propiedad del bien materia del contrato al momento de su celebración.

Cabe decir, también, que el bien del que se trate debe estar determinado o ser determinable, pues si se tratase de bienes genéricos, el contrato se re-

gularía por las normas sobre obligaciones genéricas.

Hechas estas precisiones, lo primero que habría que mencionar es que el Código Civil parecería regular la venta de bien ajeno, por primera vez, en el artículo 1537, que está ubicado en el Capítulo Segundo, Título Primero, de la Sección Segunda del Libro VII, el mismo que se refiere al bien materia de la venta.

Sin embargo, resulta claro que esta norma contempla un supuesto distinto, en nuestro concepto sui generis, al que se le podría denominar «compromiso de obtener que otro adquiera». En efecto, por la compraventa una de las partes -el vendedor- debe provocar en otra la adquisición derivativa del derecho de propiedad sobre un bien. Ello quiere decir que la propiedad debe «salir» de la esfera jurídica del vendedor y no de otra persona, sin que para ello importe que la transferencia opere por el solo contrato o por el pago de una obligación.

En este sentido, de su sola lectura, se puede notar que el artículo 1537 no regula contrato de compraventa alguno. Lo que la norma contempla es un contrato distinto, en virtud del cual un sujeto se compromete frente a otro a obtener que la propiedad de un bien ingrese a la esfera jurídica de este último. Y este compromiso se puede cumplir a través de dos formas distintas: que el «promitente» adquiera el bien y, luego, se lo transmita a la otra parte; o que el «promitente» consiga que el verdadero titular le transfiera el bien a esta otra parte, a través de un contrato a favor de tercero, por ejemplo²¹.

Contra esta última afirmación, empero, un autor²² ha sostenido que quien funge de deudor sólo podría liberarse obteniendo que el verdadero propietario transfiera la propiedad del bien a quien funge de acreedor, pues el artículo 1537 constituiría un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. En apoyo de su tesis, este autor cita la Exposición de Motivos del artículo 1537, en donde el doctor Manuel de la Puente y Lavalle afirma que el llamado «vendedor» («promitente») no se está obligando a transferir un bien de su propiedad, sino que únicamente promete que el verdadero dueño lo hará. Cita, asimismo, a Max Arias Schreiber, para quien lo esta-

²¹ Así: Puente y Lavalle, Manuel de la: Op. Cit. Tomo III. Págs. 440 y 441; Mosqueira Medina, Edgardo: «La Venta de Bien Ajeno en el Código Civil Peruano» en: THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca 1987. Número 8. Págs. 76 y 77.

²² Castillo Freyre, Mario: Op. Cit. Págs. 300 y 311 a 315.

blecido en esta norma no sería otra cosa que un supuesto específico de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Cita, finalmente, el artículo 1478 del Código Civil italiano -fuente de nuestro 1537- que, según este autor, establece una doble alternativa para que el vendedor -obligado a transferir la propiedad- pueda liberarse de su obligación: que él transfiera la propiedad al comprador, caso en el cual su obligación habrá quedado extinguida por pago; o que consiga, por una vía distinta, que el comprador adquiera la propiedad del bien en cuestión. La norma del Código Civil peruano no habría previsto, según el autor, aquella alternativa.

Contra esta tesis, a su vez, cabe hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, el artículo 1537 de nuestro Código no contempla el supuesto en el cual una de las partes prometa a otra el hecho de un tercero, sino que contempla un supuesto distinto: el compromiso que alguien asume de hacer adquirir a otro la propiedad de un bien que ambos saben es ajeno. En este sentido, si Cayo se comprometiese frente a Ticio asegurándole a éste que adquirirá la propiedad de una tonelada de piedras de río, no se podría afirmar que aquél está prometiendo el hecho de un tercero, que el verdadero dueño transfiera la propiedad, pues las piedras de río no pertenecen a nadie. En este caso, a Cayo le bastaría con aprehender esas piedras, para luego convenir con Ticio su transferencia, la cual se realizaría finalmente con la tradición de las mismas. También podría Cayo contratar a Brutus para que éste se encargue de transferir la propiedad de las piedras a Ticio. Para ello, Brutus tendría que aprehender las piedras, celebrar un contrato con Ticio y luego realizar la respectiva tradición.

El mismo esquema habría de repetirse cuando Primus promete a Secundus que éste adquirirá la carreta de Tercius. Aquí no se podría sostener que Primus ha prometido un hecho a cargo de Tercius. En este caso, lo único que se habría prometido es la incorporación de la carreta de Tercius al patrimonio de Secundus y tal incorporación podría obtenerse de varias formas.

Ahora bien, ambos ejemplos encuadran perfectamente dentro del supuesto de la figura contemplada en el artículo 1537, mas no dentro del supuesto de la promesa de hecho ajeno. De ello hay que concluir, necesariamente, que el contrato al cual se refiere el artículo 1537 no tiene la misma configuración estructural que el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En segundo lugar, no es cierto que el artículo 1478

del Código Civil italiano establezca que el vendedor esté obligado a transferir la propiedad del bien. Lo que esta norma establece es que el vendedor está «obligado» a procurar -con prescindencia del medio- que el comprador adquiera el bien, cuando tal adquisición no ha sido consecuencia directa de la celebración del contrato. Y semejante «obligación»- su configuración como tal resulta discutible- puede ser cumplida de más de una manera, de tal suerte que sostener que por esta norma el vendedor sólo está obligado a transferir la propiedad del bien, implica no una interpretación de la ley, sino más bien una corrección de la misma, lo cual escapa a nuestra labor.

Más allá de ello, resulta evidente que sostener que se considerará cumplida una obligación aun cuando no se haya ejecutado la prestación debida, implica nada menos que afirmar que nos encontramos ante una obligación facultativa o con facultad de sustitución, categoría no regulada por el Código Civil italiano.

En tercer lugar, no se entiende por qué el artículo 1537 de nuestro Código no contemplaría las alternativas previstas en el artículo 1478 del Código italiano, no si de su sola lectura se advierte lo contrario.

En nuestro concepto, cuando el legislador estableció que el contrato contemplado en el artículo 1537 sea regulado por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, lo hizo bajo un esquema conceptual erróneo, pues creyó que se trataba de un mismo supuesto, cuando en verdad ello no es así, según se ha visto. Este hecho, sin embargo, no puede significar un pacífico asentimiento a semejante postura. Y en este sentido, hay que aplicar aquél principio según el cual las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido que produzcan algún efecto y no en el que no produzcan ninguno. En este caso, si sostiene que el artículo 1537 es un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, la norma sería una inútil repetición de otras y carecería de efecto. Como una interpretación así no puede prosperar, sostenemos que el contrato contemplado en el artículo 1537 tiene características propias que lo distinguen, según se ha visto, de la promesa de hecho ajeno. Lo que sucede es que su regulación, por razones que se verán más adelante, debería ser similar a la que se establece para la promesa del hecho ajeno. Entonces la remisión a los artículos 1470 y siguientes resulta, después de todo, «feliz». Este hecho, sin embargo, no puede hacernos perder de vista que ambos contratos -«obtener que el otro adquiera» y «promesa del hecho ajeno»- son distintos, por lo que el cumpli-

miento de cada uno de ellos se verificará de distinta forma: en el primer caso no importará quién transfiera la propiedad, pudiendo hacerlo la parte que se comprometió o un tercero; mientras que en el segundo sólo interesará que el tercero se obligue o ejecute un hecho. Lo curioso es que a ambos casos les debería ser aplicable, como de hecho lo es, el mismo régimen de responsabilidad contractual: aquél que se contempla en los artículos 1470 y siguientes.

Descartada entonces la idea que asimila al «compromiso de obtener que otro adquiera» con la promesa de hecho ajeno, queda tan sólo insistir en que este contrato también se distingue del contrato de compraventa. Para ello, además de las razones anteriormente expuestas, proponemos una consideración adicional: si el artículo 1537 contemplara un supuesto de compraventa, no tendría ningún sentido la norma que le sigue. En efecto, el artículo 1538, al establecer que si la parte que se comprometió en los términos del artículo 1537 adquiere la propiedad del bien, quedará obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, indica que sólo con su aplicación una de las partes -el que se comprometió en los términos del artículo 1537- asume el «status» propio de todo vendedor, por lo que de no aplicarse esta norma, dicho «status» no nacería en cabeza de quien asumió el compromiso de obtener que la otra parte adquiera. Por consiguiente, si la calidad de vendedor se obtuviese con el artículo 1537, no tendría ningún efecto, y por consiguiente ningún sentido, el artículo 1538.

Debe advertirse que el artículo 1538 cumple, en nuestro concepto, una función tutelar de la parte a la que se le prometió la adquisición del bien. Ello se puede graficar con el siguiente ejemplo. Imagínese que Cayo se hubiese comprometido a obtener que Ticio adquiera el caballo «Urano», de propiedad de Sempronio. Imagínese, además, que Cayo lograra adquirir a «Urano». ¿Este hecho bastaría para que Ticio se haga propietario del caballo? No. Para que la transferencia de propiedad operase, Cayo tendría que celebrar con Ticio un contrato de compraventa, por ejemplo, y luego tendría que traditarle el animal. Para evitar estas dos operaciones, susceptibles de incumplimiento, el artículo 1538 sustituye a la compraventa, facilitando de esta manera que Ticio pueda satisfacer su interés, pues al ya existir una obligación de transferir la propiedad éste podría, por ejemplo, pedir la entrega forzada del animal. Si el bien fue-

se inmueble, mayor aún sería la tutela, pues en aplicación del artículo 949, el bien sería de propiedad de Ticio.

Hechas estas atinencias, no queda sino concluir que el artículo 1537 no contempla la llamada venta de bien ajeno.

Donde esta figura, sin embargo, encuentra su consagración normativa es en el artículo 1539, que establece que «la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que el bien no le pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera dicho bien, antes de la citación con la demanda». En todos los demás casos, *contrario sensu*, la venta de bien ajeno no será rescindible.

No obstante lo evidente de semejante conclusión, a ella se le opone una opinión²³ según la cual si al momento de celebrar el contrato ambas partes saben que el bien es ajeno, el contrato así celebrado no sería una compraventa -de bien ajeno-, sino más bien un «compromiso de obtener que otro adquiera». Así, sólo se podría hablar de venta de bien ajeno propiamente dicha, cuando el vendedor ocultase la ajenidad del bien. Esta opinión, en nuestro concepto, no debe ser compartida, pues el hecho que las partes conozcan la ajenidad del bien no determina, per se, que el contrato que se está celebrando sea el regulado por el artículo 1537. Lo que determina la tipología contractual no es el hecho, por demás subjetivo, de que las partes conozcan o no ciertas circunstancias fácticas que rodean el caso. Lo determinante es la estructura del conjunto de atribuciones patrimoniales que cada una de las partes asuma, pues de acuerdo con este dato objetivo, la ley le asigna al contrato un tipo determinado y una regulación propia.

En este sentido, las partes pueden declarar conocer la ajenidad del bien y, no obstante ello, querer celebrar un contrato por el cual una se obligue a transferirle a la otra la propiedad de ese bien. En este caso, sostener que no se ha celebrado una compraventa -obviamente sin eficacia real-, sino otro contrato, distinto al que se quiso y declaró, importaría imponerle a las partes una relación jurídica no querida por ellas. Por lo tanto, para saber ante qué contrato nos encontramos, habrá que estar a lo que las partes declaren celebrar, haciendo la salvedad de que el hecho que las partes conozcan la ajenidad del bien no determina, per se, que

²³ Así: Puente y Lavalle, Manuel de la: OP. Cit. Tomo III. Pág. 443

el contrato celebrado sea el regulado por el artículo 1537 del Código Civil.

Ahora bien, ubicada ya la norma que regula a la venta de bien ajeno, resulta fundamental saber qué clase de relación jurídica produce el contrato, más allá de que éste sea o no susceptible de rescisión.

A este respecto, la doctrina nacional que se ha ocupado del tema sostiene que este contrato, como toda compraventa según según se dice, generaría una obligación, la de transferir la propiedad (de un bien ajeno). Para ello, el vendedor tendría que adquirir previamente el bien de su verdadero propietario, de tal suerte que si no lograra hacerlo, el comprador podría demandar la resolución del contrato por incumplimiento²⁴.

Esta posición, en nuestro concepto, no puede ser compartida, por cuanto parece partir de un concepto particularmente inexacto de la obligación. Las líneas que siguen intentarán delinear los caracteres de la obligación para así determinar si esta categoría resulta aplicable al contrato que estamos analizando.

IV. LA OBLIGACION COMO RELACION JURIDICA.

Superada ya la anacrónica tesis que entendía a la relación jurídica como un vínculo entre personas o entre personas y cosas, se ha sostenido que ella constituye «... una unidad de vinculación entre sujetos de derecho, determinada normativamente, mediante la cual se establecen comportamientos orgánicamente estructurados, con la finalidad de dotar a ciertos intereses de tutela efectiva...»²⁵. Tal unidad de vinculación, se dice, constituye el eje de gravitación del Derecho, pues al tener el Derecho una función eminentemente relacional, no sería admisible la existencia de una situación jurídica aislada de toda idea de relación²⁶.

A tal concepción se le podría objetar, sin embargo, la por lo menos aparente confusión entre la función relacional del Derecho y la noción misma de relación jurídica.

En nuestro concepto, resulta cuestionable la tesis que afirma que la relación jurídica es el criterio fundamental de calificación jurídica, pues es fácil comprobar la existencia de situaciones jurídicas monosubjetivas en las cuales los sujetos adquieren derechos y deberes sin que para ello tengan que estar vinculados entre sí. Es más, no sólo para la adquisición, sino también para el cumplimiento de tales deberes o para el ejercicio de tales derechos, los sujetos no requieren vinculación jurídica alguna. Así, piénsese en el status jurídico que se adquiere cuando se alcanza la mayoría de edad. En este caso, la norma coloca al sujeto en una situación que le significa la adquisición de una plena capacidad para desenvolverse, jurídicamente, en sociedad. Esta situación, por otro lado, no está vinculada con ninguna otra; permanece, por el contrario, al margen de cualquier relación jurídica, a menos que se pretenda sostener la exagerada tesis de que, en este caso, el sujeto se encuentra vinculado con el Estado.

La admisión de situaciones jurídicas monosubjetivas no implica, por cierto, que en tales casos el Derecho no cumpla su función relacional. Tampoco implica que se tenga una visión individualista del Derecho. Bien visto el asunto, una concepción así implica distinguir entre la finalidad del Derecho y los medios que éste utiliza para alcanzarla. Nótese que en el ejemplo propuesto se evidencia cómo el Derecho otorga los individuos una herramienta necesaria para que ellos, si así lo desearan, establezcan las relaciones jurídicas que crean convenientes a sus intereses. Aquí es clara la finalidad que se busca: que los individuos se relacionen jurídicamente. Sin embargo, el mecanismo para lograr dicha finalidad no pasa por el expediente de imponer directamente la relación.

Nadie puede negar que los individuos estamos en continua relación, contraposición o ligamen con otros, mas este hecho no quiere decir que tales relaciones, contraposiciones o ligámenes hayan de manifestarse por medio del esquema técnico de la relación jurídica²⁷.

Por otro lado, en cuanto a la estructura misma de la relación jurídica, la opinión que se cita parece, aquí también, objetable, pues entiende que dicha

²⁴ En este sentido: Mosqueira Medina, Edgardo: Op. Cit. Págs. 79 a 81; Castillo Freyre, Mario: Op. Cit. Pág. 291; entre otros.

²⁵ Bullard Gonzales, Alfredo: «La Relación Jurídico-Patrimonial. Reales vs. Obligaciones». ARA Editores. Lima 1990. Pág. 124.

²⁶ Bullard Gonzales, Alfredo: Op. Cit. Págs. 126 a 128.

²⁷ Breccia, Umberto; Bigliazzi Geri, Lina; Natoli, Ugo; Busnelli, Francesco: OP. Cit. Tomo I. Vol. I. Pág. 331.

estructura se agota en comportamientos o conductas²⁸. A este respecto, se debe mencionar que en el actual estado de evolución doctrinal, una concepción así parece insuficiente para comprender, dentro de ella, la amplia gama de relaciones jurídicas que se pueden identificar en la realidad.

Quizás convenga recordar que desde hace ya algún tiempo autores como Santoro Passarelli distinguían las pretensiones de los derechos potestativos y éstas de las cargas, a fin de hacer notar las diferentes formas de cooperación que se pueden dar y, por ende, los diferentes tipos de relación jurídica que se pueden establecer²⁹.

En esta línea de pensamiento, se sostiene que la relación jurídica no sería otra cosa que el vínculo existente entre dos situaciones de ventaja o entre una situación de ventaja con una de desventaja. En cada una de ellas se ubicarían los sujetos de derecho, quienes verían tutelados sus intereses de distintas maneras, dependiendo ello de la naturaleza que tenga cada situación.

Así, se afirma que las situaciones de ventaja y de desventaja podrían ser, a su vez, activas e inactivas, dependiendo ello de si es o no posible obrar (realizar una conducta). La situación de ventaja activa contemplaría a los llamados derechos subjetivos (derechos de la personalidad, derechos reales, derechos de pretensión y derechos potestativos) y la situación de ventaja inactiva al legítimo interés y a la expectativa. Por su parte, la situación de desventaja activa contendría, básicamente, a la obligación; mientras la situación de desventaja inactiva, al estado de sujeción³⁰.

Ahora bien, aun cuando no se comparta este o cualquier otro intento de sistematización de la estructura de la relación jurídica, resulta innegable que ella no se agota en comportamientos, pues existen formas de cooperación en donde no se requiere actuación alguna por parte del llamado a cooperar. Baste citar al efecto al contrato de op-

ción, en donde se observa que el concedente no se obliga a nada, pues su cooperación no se traduce en el deber de realizar una conducta. En este caso, al otorgársele al optante el derecho de celebrar un contrato definitivo, se está dejando en sus manos la satisfacción de su propio interés, de manera tal que el concedente nada puede hacer para impedir o provocar tal satisfacción. La cooperación que él presta se traduce en la afectación de su propia esfera jurídica a la decisión que pueda tomar el optante, siendo tal afectación efecto directo del contrato. La relación jurídica aquí formada estaría compuesta por una situación de ventaja activa, conformada por un derecho subjetivo y más precisamente por un derecho potestativo; y por una situación de desventaja inactiva, conformada por un estado de sujeción.

Frente a una relación jurídica con semejante estructura, existe otro tipo de relaciones en las cuales la cooperación se traduce en comportamientos; y dentro de este conjunto, la obligación debe ser, probablemente, la relación jurídica más importante. Y por obligación se entiende no otra cosa que aquella relación por la cual sobre un sujeto, llamado deudor, recae el deber de realizar una conducta -prestación- en interés de otro, denominado acreedor, quien puede pretenderla³¹. Elemento configurante de la obligación resulta ser la prestación, pues en ella se encuentran las notas distintivas de este tipo de relación: la cooperación actual; la especificidad del deber; y la patrimonialidad. Se debe mencionar, empero, que a lado de la prestación se advierte la existencia de una serie de deberes accesorios, cargas y facultades que tienen por función hacer operativos tanto el derecho del acreedor, como el deber del deudor.

Por prestación -como contenido u objeto de la obligación- se entiende a la conducta, comportamiento o actividad que debe desplegar el deudor como mecanismo de satisfacción del interés del acreedor³². Hay que señalar, sin embargo, que no siempre se la conceptualizó así. En el Derecho ro-

²⁸ Bullard Gonzales, Alfredo: Op. Cit. Págs. 157 y siguientes. En el mismo sentido: Wayar, Ernesto: «Derecho Civil. Obligaciones». Ediciones Depalma. Buenos Aires 1990. Tomo I. Pág. 1 y siguientes.

²⁹ Santoro Passarelli, Francesco: «Doctrinas Generales del Derecho Civil». Trad. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1964. Págs. 67 y siguientes. En el mismo sentido: Giorgiani Michelle: «La Obligación». Trad. Evelio Verdera y Tuells. Bosch Casa Editora. Barcelona. Pág. 78 y siguientes.

³⁰ Breccia, Umberto; Bigliuzzi, Lina; Natoli, Ugo; Busnelli, Francesco: Op. Cit. Tomo I. Vol. I. Págs. 330 y siguientes.

³¹ Así: Zatti, Paolo y Vittorio Colussi: «Lineamenti di Diritto Privato». CEDAM. 1979. Pág. 255; Larenz, Karl: Op. Cit. Tomo I. Pág. 18 y siguientes; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin: Op. Cit. Tomo II. Vol. I. Pág. 1; Hernández Gil, Antonio: «Derecho de Obligaciones» Editorial CEURA. Madrid 1983. Págs. 63 y 64; Puig Peña, Federico: Op. Cit. Tomo IV. Vol. I. Pág. 35; entre otros.

³² Díez-Picazo, Luis: «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Tecnos. Madrid, 1979. Vol. I. Pág. 435; Puig Peña, Federico: Op. Cit. Tomo IV. Vol. I. Pág. 39; Trabucchi, Alberto: «Instituciones de Derecho Civil». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967. Tomo II. Pág. 6; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin: Op. cit. Tomo II, vol. I. Pág. 18; entre otros.

mano, por ejemplo, al distinguirse las obligaciones de «dare», «facere» y «praestare», se configuraba un tipo de prestación que no resultaría comprendida en la definición consignada. En efecto, se sostiene que las obligaciones de «praestare», a diferencia de las de «dare» que no eran otras que las obligaciones con prestación de dar y de las de «facere» que agrupaban a las obligaciones de hacer y no hacer, al cumplir una función de garantía no comportaban ninguna actividad a cargo del deudor³³. Así, se dice que si el vendedor prometía que el esclavo era sano, no era ladrón, ni vagabundo, ni fugitivo, ni sepulturero, aquél difícilmente podría quedar obligado a un dare o a un facere, dado que no le era posible lograr que el esclavo tuviese las características señaladas. En este caso, el vendedor habría asumido una obligación de garantía, lo que lo obligaría a indemnizar al comprador en caso que el esclavo resultara siendo un ladrón o un vagabundo.

En este mismo sentido se ha pronunciado Alcaro³⁴, para quien las obligaciones de «praestare» eran aquellas en las cuales el deudor simplemente «soportaba» un riesgo ajeno, hecho que satisfacía directamente el interés -de seguridad- del acreedor, independientemente del pago de una indemnización y del desarrollo de toda conducta por parte de aquél.

Modernamente, algunos autores aún entienden que la prestación no se agota en comportamientos. Betti, por ejemplo, indica que la prestación puede consistir en el desarrollo de una conducta, en la consecución de un resultado o en la asunción de una garantía por riesgo. En el último caso, pone como ejemplo el contrato de seguro y al respecto señala que el interés del asegurado no es recibir la indemnización -pues su pago depende de un hecho incierto-, sino ganar tranquilidad, seguridad y libertad de preocupaciones. Aquí el asegurador tiene a su cargo una prestación que, según él, no es una conducta que se pueda valorar por una medida de diligencia, ni por un resultado útil. La cooperación -entendida como conducta- que brindaría el asegurador sería, pues, virtual³⁵.

Sin embargo, el hecho de que algunos puedan denominar «prestación» a formas de cooperación en donde no se percibe un comportamiento debido no es tan importante como lo es el hecho de que se les pretenda aplicar, a estas formas de cooperación, normas que han sido elaboradas tomando en cuenta una estructura distinta a la que éstas poseen.

Si la satisfacción del interés de un sujeto dependiese de una persona distinta, la ley debería contemplar mecanismos por los cuales el titular de ese interés pueda, de alguna manera, satisfacerlo si es que el llamado a hacerlo se negara a ello. En este sentido, resulta lógico que el acreedor pueda, por ejemplo, pedir la ejecución forzada de la prestación, cuando el deudor se niegue a cumplir la obligación. En cambio, si la satisfacción de un interés dependiese únicamente de su titular, la ley no tendría por que contemplar mecanismos alternos -o sustitutos- para su satisfacción. En este caso, resultaría por demás absurdo que el titular del interés pretenda, por ejemplo, utilizar los derechos que la ley le confiere al acreedor.

La diferente estructura de las relaciones jurídicas debiera incidir en la manera como se las regula; y en este sentido, quizás la principal labor del jurista sea la determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones que se le presentan, para así saber qué normas se les puede aplicar a unas y qué normas a otras. De no realizarse semejante labor podría ocurrir que se pretenda que el juez autorizase al marido, ante la negativa de su cónyuge de cumplir con sus deberes de lecho y habitación, a procurarse por otra persona el cumplimiento de tales deberes, amparándose para ello en el inciso segundo del artículo 1219 del Código Civil.

Se ha dicho ya que por prestación no se entiende otra cosa que el deber -patrimonial y específico- de realizar una conducta determinada o determinable en interés de un sujeto distinto del obligado. Tal concepción puede no ser compartida, no interesa; pero lo que sin duda debe resultar de absoluta relevancia es la imposibilidad de aplicar

³³ Grosso, Guiseppe: «La Obligación. Contenido y Requisitos de la Prestación». Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1981. Pág. 60 y siguientes.

³⁴ Alcaro, Francesco: «Promesa del Fatto del Terzo» en «Enciclopedia del Diritto». Guiffre Editore. Tomo XXXVII. Págs. 72 y 73.

³⁵ Betti, Emilio: «Teoría General de las Obligaciones». Trad. Jose Luis delos Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. Tomo I. Págs. 40 y siguientes. Al respecto debe decirse que algunos autores entienden que la prestación de «praestare» sería una suerte de «prestación subsidiaria» que se podría advertir en todo contrato. Esta prestación actuaría cuando el deudor no hubiese cumplido con la prestación principal, hecho que la configuraría como una suerte de garantía. Véase al respecto: «L' oggetto dell' obbligazione» de Carlo Augusto Cannata en «Trattato di Diritto Privato» diretto da Pietro Rescigno. UTET. Torino 1986. Tomo XIX. Vol. I. Págs 39 a 41; «Le Obligazioni» de Umberto Breccia. Giuffré. Milano 1991. Págs. 155 a 157.

normas que la ley establece para lo que ella entiende por prestación, a formas de cooperación en las que están ausentes uno o más requisitos que la ley establece para la misma.

En este sentido, se debe mencionar que la noción de prestación que acojemos no atiende sino a lo que la ley entiende por ella³⁶. Por lo tanto, si en algún otro lugar se utiliza la expresión «prestación» o la expresión «obligación» en un sentido distinto del que estamos comentando, habrá que concluir que esas «prestaciones» y «obligaciones» no lo son en sentido técnico y que, por ello, no les serán de aplicación las normas en las que subyace un concepto como el que estamos proponiendo.

Ahora bien, la prestación, tal como la hemos entendido, debe cumplir unos requisitos que tanto la ley como la doctrina se han encargado de establecer. Así, se dice que la prestación debe ser determinada o determinable (artículo 219, inciso 3), patrimonial (artículo 1351), posible (artículo 1403), lícita (artículo 1403) y susceptible de incumplimiento. Este último requisito constituye el sustrato mismo del concepto de deber y en él, fundamentalmente, debe hallarse la diferencia entre un deber y un estado de sujeción. De todos estos requisitos mencionados, nos interesa aquí el de la posibilidad.

Según ha dicho Betti³⁷, cuando el Derecho estatuye un precepto, tiene en cuenta el poder de hecho como presupuesto del deber, de manera tal que no admite que un deber pueda ser constituido, impuesto o aún mantenido en vigor si no es para que subsista el poder de cumplirlo. Con ello no se ha querido significar otra cosa que la necesidad de que el obligado a realizar una conducta determinada esté en aptitud de cumplirla con su propio esfuerzo, sin que para el efecto tenga que depender de un condicionante externo. La razón de esto se puede encontrar, en nuestro concepto, en la propia configuración estructural del deber.

En efecto, si se advierte que todo deber no es más que una imposición que puede ser desobedecida, caso en el cual actuaría la sanción correspondiente, tendrá que aceptarse que éste, es decir el deber, no puede consistir en una conducta que no

dependa del obligado, pues de lo contrario sobre él pendería una sanción de la cual sólo el azar podría librarlo. Como ello no es ni lógico, ni justo, la historia se ha encargado de acuñar un principio hoy recogido en todas las legislaciones. Según este principio, nadie puede estar obligado a lo imposible.

Nuestro Código Civil en sus artículos 219, Inciso 3; 1138; 1154; 1155; 1156; 14031; 1166; 1431; 1433; 1434; entre otros, se refiere a la posibilidad de la prestación, haciendo depender la validez del negocio y la subsistencia de la relación al hecho de que el deudor esté en aptitud de cumplir, por sí mismo, la obligación. En consecuencia, no queda sino concluir que no se puede considerar que exista una verdadera obligación cuando la conducta a cargo del obligado no pueda ser ejecutada por él mismo, valiéndose para ello de su solo esfuerzo.

V. ANALISIS DE LA FIGURA A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS.

Se ha dicho ya que la prestación, elemento central de la obligación, debe ser posible. Toca ahora determinar si el que vende un bien ajeno está en la aptitud de transferir la propiedad de dicho bien al comprador, de estarlo no habría ningún inconveniente para considerarlo obligado a ello. En caso contrario ya se sabe la consecuencia.

Como se supondrá, para que el vendedor pueda transferir la propiedad del bien ajeno debe, previamente, adquirir el bien materia de la venta. Ahora bien, ¿qué es lo que tendría que hacer este vendedor para lograr que el bien ingrese a su patrimonio? La respuesta es simple: tendría que contratar con el propietario del bien para que éste se lo transmita y así pueda él, a su vez, transferírselo al comprador.

Este hecho -la contratación- no depende, sin embargo, de la actividad que realice el vendedor, pues quien finalmente decidirá si se contrata o no es el propietario del bien. El vendedor podría ofrecer un muy alto precio por el bien y aún así no lograr que el propietario se lo transfiera. Resulta cla-

³⁶ Tal como lo menciona Forno, si bien es cierto que nuestro actual Código no contiene una norma como la del artículo 1220 del Código Civil de 1852, la cual establecía que el objeto de una obligación es dar, hacer o no hacer alguna conducta, es evidente que ha admitido en líneas generales el mismo concepto. Al respecto ver: Forno Flórez, Hugo: «Precisiones Conceptuales en torno a la Promesa de Hecho Ajeno» en «Advocatus». Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Año III. Cuarta Entrega. 1992.

³⁷ Op. Cit. Tomo I. Pág. 48.

ro, entonces, que la conducta que pueda desplegar el vendedor no es determinante para que éste llegue a adquirir el bien materia de la venta. Si ello es así, es decir, si del vendedor no depende la adquisición del bien, resulta obvio que de él tampoco depende que la transferencia de propiedad opere en favor del comprador.

En este sentido, resultan bastante significativas las palabras de Ruggiero Luzzatto cuando, comentando la obligación del que vende un bien ajeno de hacer adquirir la propiedad del mismo al comprador (segundo párrafo del artículo 1476 del Código Civil italiano), sostiene que «...nos encontramos frente a un tipo anómalo de obligación, puesto que para el cumplimiento de la promesa precisa la actividad combinada del deudor y de un tercero que no se ha obligado; es necesario que a la actividad del vendedor, el cual, por su lado, ha de hacer lo posible para obtener la cosa del tercero propietario, se asocie la actividad de éste, que se adhiera a la propuesta y preste el consentimiento necesario»³⁸.

Si el vendedor no está, por sí mismo, en la posibilidad de transferir al comprador la propiedad del bien ajeno, aquél no puede estar sujeto a la obligación de hacerlo, desde que no es ni conceptual, ni jurídicamente admisible que se imponga un deber a quien no tiene el poder de cumplirlo. Nótese, al efecto, que el Código no dice expresamente que sobre tal vendedor recaiga semejante obligación. Es verdad que no tendría por qué decirlo, dado que al tratarse de un tipo especial de compraventa, se supone que éste contiene los elementos que configuran a la misma. Sin embargo, debe resultar claro que aun cuando el Código hubiese establecido expresamente que el que vende un bien ajeno está obligado a transferírselo al comprador, tal obligación estaría siendo utilizada en un sentido diverso de aquél que se utiliza en el Libro VI, pues dicha obligación tendría por objeto una conducta que no podría llegar a ser prestación, pues ella no cumpliría con el requisito de la posibilidad.

Al igual que lo que ocurre con la «obligación» a la que se refiere el artículo 949, la «obligación» de transferir la propiedad de un bien ajeno no podría

ser entendida con el mismo alcance y significado con el que se entiende a la obligación regulada por las normas del Libro VI del Código Civil. Ello determina, obviamente, que a esta «obligación» no se le pueda aplicar las normas contenidas en ese Libro.

En este sentido, la referencia a una «obligación» de transferir la propiedad de un bien ajeno resulta siendo intrascendente, dado que no existen normas que regulen semejante «obligación», pues como ya se dijo, es imposible aplicarle normas en las que subyacen requisitos que ella no llega a cumplir. Si ello es así, resulta claro que se ha configurado un vacío legal, debido a que no se advierten las normas aplicables a este contrato.

Frente a tal vacío, en nuestro concepto debería aplicarse, por analogía, el artículo 1537, que establece que el contrato ahí descrito se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472. ¿Y qué significa que estos contratos se regulen por estos artículos? En nuestro concepto, no otra cosa que el establecimiento de una relación de asunción de garantía por riesgo, en virtud de la cual tanto el «promitente», como el vendedor de bien ajeno, se verían obligados a indemnizar de no producirse el hecho esperado por sus respectivas contrapartes: la obtención de la adquisición de la propiedad de un bien ajeno y la transferencia de la propiedad de un bien ajeno, respectivamente³⁹.

Tal conclusión, por otro lado, resulta del análisis de la norma contenida en el artículo 1470 del Código Civil.

Sobre la naturaleza jurídica de la promesa de hecho ajeno -figura contemplada en el artículo 1470 de nuestro Código- se ha discutido arduamente en la doctrina, siendo, en nuestro concepto, la teoría más acertada aquella que sostiene que el promitente no asume en este caso ninguna obligación, dado el hecho de que el tercero no depende de la actividad que pueda desplegar al efecto dicho promitente. En este sentido, se dice que lo que asume el promitente es el riesgo de que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho prometidos, caso en el cual tendría que indemnizar al promisorio⁴⁰.

³⁸ Ruggiero Luzzatto: «La Compraventa». Traducido por Francisco Bonet Ramón. REUS. Madrid 1953. Pág. 178.

³⁹ Así opina, por ejemplo, Ruggiero Luzzatto, para quien las reglas comunes de responsabilidad e imposibilidad quedarían desproporcionadas para un supuesto donde el cumplimiento de la «prestación» no depende enteramente de la actividad del deudor. A su entender, en la venta de bien ajeno el vendedor asumiría, incluso, los riesgos del caso fortuito, por lo que finalmente esta figura terminaría pareciéndose al contrato de seguro. (Op. Cit. Págs 179 y 180)

⁴⁰ Véase al respecto Forno, Hugo. op. cit.

Los argumentos a favor y en contra de esta tesis no pueden ser examinados aquí. Sin embargo, convendría analizar sucintamente lo que establece el artículo 1470.

Según la referida norma, es válido el acuerdo por el cual un individuo promete a otro el acaecimiento de un hecho (que el tercero se obligue o que realice una actividad) que no depende de su actuar, quedando el promitente obligado a indemnizar si es que el hecho prometido no llega a producirse. Si se mira las normas que definen a la compraventa, arrendamiento, permuta, etc., no se advertirá un enunciado similar, pues la estructura de estos contratos no contiene esta obligación de indemnizar. Ante ello, cabe preguntarse si este hecho es fortuito u obedece a alguna razón en particular. Piénsese qué pasaría si la norma bajo comentario obviara toda referencia a dicha obligación; ¿sería exigible un acuerdo de semejante naturaleza? Evidentemente que no, pues al no estar el promitente en aptitud de provocar que el tercero se obligue o que el tercero ejecute un hecho, no se habría configurado obligación alguna a su cargo, por lo que el promisorio nada podría exigirle. Para evitar que un acuerdo así no pueda ser vinculante, la norma estructura una relación jurídica distinta de la obligación, en donde se requiere no la aptitud en una de las partes para provocar un resultado determinado, sino la sola afectación patrimonial de la misma para garantizar la indemnidad, también patrimonial, de su contraparte.

El artículo 1470, al contemplar la obligación de indemnizar dentro del esquema contractual allí previsto, establece una relación jurídica de garantía, permitiendo la validez y eficacia de un pacto que, de otro modo, no sería vinculante.

Ahora bien, traslademos el artículo 1470 a los contratos regulados en los artículos 1537 y 1539 del Código Civil. Según se dijo, los hechos prometidos en el «compromiso de obtener que el otro adquiera» y en la venta de bien ajeno resultan imposibles de ser alcanzados con la sola actividad que puedan desplegar al efecto «promitente» y vendedor. Estos hechos, sin embargo, tienen una configuración distinta del hecho prometido en el contrato regulado por el artículo 1470, de donde se sigue que esta norma no regula, en este aspecto —es decir, en el hecho «prometido»—, a los otros dos contratos. Donde la norma entra a tallar, en nuestro concepto, es en lo atinente a la obligación de indemnizar.

Se ha dicho ya que un pacto por el cual un individuo se compromete a conseguir un resultado que

no depende de él mismo, no puede ser válido a no ser que la ley o las partes establezcan que tal promesa se hace con cargo a una indemnización, caso en el cual se habría asumido una garantía. En los contratos que estamos analizando, ni el promitente ni el vendedor han asumido la obligación de indemnizar si es que no se logra el resultado esperado por sus contrapartes. A su vez, ni el artículo 1537, ni el artículo 1539 establecen tal obligación. Esta omisión, no obstante, resulta siendo subsanada por el artículo 1470 que, en este aspecto, sí regularía al «compromiso de obtener que otro adquiera» y a la venta de bien ajeno. En consecuencia, si el «promitente» o el vendedor no obtuviesen aquello a lo que se hubiesen comprometido, deberían indemnizar a sus respectivas contrapartes.

En este sentido y no en otro debe ser entendida, en nuestro concepto, la norma que establece que el «compromiso de obtener que otro adquiera» y, por analogía, la venta de bien ajeno, se regularán por las normas que contemplan la llamada promesa de hecho ajeno.

Como dato para tomarse en cuenta, nótese cómo estos tres contratos comparten una característica común: el hecho prometido no depende de la actividad que las partes puedan realizar para cumplir con semejante promesa. En atención a ello, a éstos se les debe aplicar un mismo régimen: el de la asunción de una garantía por riesgo, que implica una mayor responsabilidad. Sin embargo, nótese también el diferente hecho que se promete, detalle que resulta decisivo para que cada uno de estos contratos tenga individualidad propia.

Como conclusión de todo esto, se debe decir que si el vendedor no le transfiriese al comprador la propiedad del bien ajeno, éste no podría solicitar la resolución por incumplimiento, dado que el vendedor no asumió obligación alguna. En este caso, el comprador debería demandar el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 1470, lo cual, obviamente, le significa una mayor tutela, pues esa indemnización se deberá sin que al efecto interesen las normas del Libro VI de nuestro Código, que regulan los factores atributivos de la responsabilidad contractual y su relación con los daños resarcibles en este ámbito.

VI. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD.

Se ha dicho que la venta de bien ajeno no produce obligación alguna de transferir la propiedad de dicho bien. La relación jurídica que surgiría de este contrato sería una asunción de garantía por ries-

go. Ello, sin embargo, no resuelve el problema del momento en que la propiedad del bien se transferiría.

A este respecto, cabe decir que, en verdad, no existe problema alguno, pues las normas que regulan el tema son claras. Para el caso de bienes muebles, la tradición será la que produzca la transferencia, por lo que el vendedor de un bien ajeno, si es que logra adquirirlo de su propietario, tendrá que traditarlo al comprador para así cumplir con el contrato. Para el caso de bienes inmuebles, el contrato de compraventa cobrará eficacia traslativa cuando el vendedor, por cualquier medio, logre adquirir el bien.

Debe quedar claro que la única peculiaridad de la venta de bien ajeno es la ausencia de legitimación por parte del vendedor, por lo que una vez que éste adquiera la propiedad del bien materia del contrato, el efecto traslativo podrá operar de acuerdo con lo que las normas pertinentes establezcan. En el caso de bienes muebles, se ha dicho, la ley establece que se debe traditar el bien. En el caso de bienes inmuebles no hay que hacer nada para que el efecto real opere, pues como dicho efecto había quedado suspendido por la falta de legitimación en el vendedor, subsanado el defecto la transferencia de propiedad se produce.

Miraflores, mayo de 1994

Ricardo Fernandini Barreda

Notario - Abogado

Las Begonias 441 Of. 401
San Isidro

Telfs. : 423718 • 424924
Fax : 411377

APUNTES MERCANTILES Y TRIBUTARIOS DERIVADOS DE LA RECIENTE PRIVATIZACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Julio A. Fernández Cartagena
Profesor de Derecho Tributario
Universidad de Lima

El 28 de febrero del presente año, en acto público que se llevó a cabo en el auditorio del Museo de la Nación, se procedió a abrir los sobres que contenían las ofertas económicas de los tres consorcios que se presentaron al Concurso Público Internacional para la Transferencia de Acciones de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPTSA) y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL PERU S.A.).

Ese día culminó un largo proceso iniciado hace más de un año, exitosamente conducido por el Comité Especial de Privatización en Telecomunicaciones (CEPRITELECOM). La apertura de los sobres dio como ganador al consorcio liderado por Telefónica Internacional de España.

Las ofertas económicas de los tres postores fueron las siguientes:

Telefónica Internacional (España)
US\$2,002'179,198
Southwestern Bell International (EEUU)
US\$ 857'142,857
GTE International Telecommunications (EEUU)
US\$ 803'000,000

Del monto ofertado, US\$ 610'752,289.09 corresponden a la suscripción por nuevos aportes al capital de CPTSA, lo cual otorga derecho sobre 57'988,003 nuevas acciones, que sumadas a las 46'565,523 que actualmente son de propiedad del Estado y por las que se pagó US\$ 490'446,269.81, originan que el ganador acceda al 35% del capital de CPTSA. Por su parte, por las 112'605,184 acciones que también fueron objeto del proceso, emitidas por ENTEL

Culminado el procedimiento de transferencia de acciones de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPTSA) y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL PERU S.A.), el presente artículo analiza algunas consecuencias mercantiles y tributarias de la exitosa privatización.

Respecto del tema mercantil, el autor determina el alcance de la concesión de un derecho especial a cierta clase de acciones. Este derecho especial es la elección de un número determinado de Directores.

Respecto del tema tributario, el autor menciona las consecuencias favorables y desfavorables de la variación de la legislación tributaria nacional, específicamente en lo referido al Impuesto General a las Ventas e Impuesto a la Renta.

PERU S.A., se pagó la cantidad de US\$ 900'980,539.10.

Tanto en ENTEL PERU S.A. como en CPTSA, el ganador adquirirá el 35% de las acciones de las respectivas empresas. Además, en virtud de las respectivas modificaciones estatutarias, dicho 35% está representado por acciones privilegiadas, que otorgan el control y la administración de la sociedad a sus tenedores.

I. OTORGAMIENTO DE ACCIONES PRIVILEGIADAS AL POSTOR GANADOR.

Estos derechos especiales se ejercen a través de la elección de la mayoría de los directores de las empresas, quienes cuentan con facultades que no pueden ser modificadas si previamente ello no es aceptado por las acciones privilegiadas reunidas en Junta Especial, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 138 y 209 de la Ley General de Sociedades.

El artículo 105 de la Ley General de Sociedades dice que «pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en el valor nominal, en el contenido de derechos, o en ambas cosas a la vez. Las acciones de la misma serie o clase serán de igual valor y conferirán los mismos derechos».

El artículo 108 de la misma Ley indica que la creación de acciones privilegiadas requiere la previa modificación del Estatuto y que es nula la creación de acciones con voto plural, de lo cual resulta que el privilegio no puede consistir en la concesión de un voto plural, directa ni indirectamente.

En el mismo sentido, el Decreto Legislativo 672, que establece normas complementarias a la Ley General de Sociedades aplicables a las sociedades anónimas de accionariado difundido, como es el caso de CPTSA¹, dice que este tipo de sociedades puede emitir series de acciones con derechos especiales, distintas de las acciones ordinarias o de

otras series de acciones, siendo nula la disposición estatutaria que establezca diferencias de derechos entre acciones de una misma serie o clase.

De acuerdo con lo anterior, es legalmente posible que la Junta General de ENTEL PERU S.A. y CPTSA acuerde otorgar un derecho especial a alguna o algunas de las clases de acciones actualmente en circulación e inclusive crear una nueva clase de acciones privilegiadas.

Ahora bien, la interrogante que cabe formular es si este derecho especial puede consistir en otorgar a una clase «el derecho especial de administrar a la compañía (...) a través de la elección de la mayoría de los miembros del directorio».

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA NORMA PERUANA.

Es oportuno citar a Garrigues-Uría², pues el texto de la ley mercantil española sirvió de antecedente al legislador nacional. En efecto, nuestra ley en muchas partes copia literalmente a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951. Así, los artículos 105 y 108 de nuestra Ley General de Sociedades corresponden a los artículos 37 y 38 de la ley española.

El maestro español Rodrigo Uría señala que debido a la gran amplitud del texto legal, éste abarca «toda la variedad de ventajas o privilegios que conoce la práctica mercantil en orden a los derechos económicos del accionista. De ahí que no sea posible ensayar una enumeración exhaustiva de los diferentes privilegios, que tampoco sería útil porque la práctica es siempre más rica que la más aguda previsión humana. Pero sí interesa señalar que, desechada la licitud de los privilegios sobre el derecho de voto, las acciones privilegiadas quedan circunscritas a los derechos corporativos de contenido patrimonial: derecho al dividendo, derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, y derecho preferente a suscribir las acciones nuevas en las ampliaciones de capital (de modo especial a los dos primeros)»³.

¹ El D. Leg. 672, reglamentado por D.S. 033-92-EF, modificado este último por el D.S. 166-93-EF; se aplica a las sociedades anónimas en las que no menos de mil accionistas son titulares de no menos del veinticinco por ciento del capital social suscrito. En estas sociedades: (i) El estatuto no puede contener disposiciones que de algún modo restrinjan la libre negociación y transferencia de las acciones, (ii) Es obligatoria la inscripción de las acciones en Bolsa de Valores y su negociación en rueda, y (iii) No se reconoce y es inválida la concesión de derechos preferenciales a los accionistas para adquirir acciones en caso de su transferencia.

² GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, Tomo I, p. 423 y ss.

³ GARRIGUES y URÍA. op. cit., p. 432.

La opinión anterior pareciera inclinarse a considerar el derecho especial al que nos referimos como viciado de nulidad, por implicar la concesión de un voto plural indirecto en favor de dicha clase⁴.

Sin embargo, el mismo Uría se encarga de aclarar su pensamiento en los siguientes términos:

«No hay que confundir, sin embargo, esas ACCIONES DE PRIORIDAD (que son una especie de las acciones privilegiadas) con las que otros ordenamientos han denominado ACCIONES PRIORITARIAS. Estas últimas fueron introducidas en Holanda el año 1898 con el fin de evitar que el control de las compañías de petróleo cayera en manos de la Standard Oil norteamericana. Merced a las modificaciones de estatutos que al efecto se autorizaron, resultó posible reservar a esas acciones el nombramiento de los miembros de la Dirección, al mismo tiempo que se limitaba la transmisión de las mismas mediante un sistema de sindicación obligatoria que, posibilitando la formación de un poder oligárquico dentro de la sociedad, eliminaba el peligro de la dominación extranjera. Se trata en definitiva de acciones que no atribuyen una posición especial en el terreno patrimonial en el que tradicionalmente se han desenvuelto las acciones privilegiadas, sino en la esfera del poder de mando o control de la sociedad, circunstancia que asemeja su función a la de las acciones de voto plural (...). En definitiva, se trata de acciones que refuerzan extraordinariamente la posición de los órganos de gobierno de la sociedad emisora»⁵.

De esta manera, el derecho especial consistente en otorgar la administración no es ilegal por sí mismo. Es necesario, además, que el derecho especial implique la concesión, directa o indirectamente, de un voto plural o, si se quiere dicho en otras palabras, es lícito otorgar derechos especiales a alguna clase de acciones, siempre que estos derechos no colisionen con lo dispuesto por la última parte del art. 108 de la Ley General de Socie-

dades que impide la creación de acciones con voto plural.

III. SISTEMAS DE ELECCION DEL DIRECTORIO MEDIANTE VOTO ACUMULATIVO Y DE REPRESENTACION PROPORCIONAL.

En los Estatutos de ENTEL PERU S.A. y CPTSA no se da la creación de acciones con voto plural. Veamos por qué: el artículo 158 de la Ley General de Sociedades establece el procedimiento para la elección del Directorio de las sociedades anónimas mediante el sistema denominado de «voto acumulativo». Este sistema consiste en otorgar a cada acción tantos votos como directores corresponda elegir, pudiendo cada votante acumular sus votos en favor de una sola persona o distribuirlos entre varias. El tercer párrafo del artículo 158 de la Ley dice, sin embargo, que «cuando existan acciones con derecho a elegir un número determinado de directores, se efectuarán votaciones separadas entre los accionistas que representen a estas acciones y los que representen a las demás, pero cada votación se hará con el sistema de participación de la minoría» (subrayado incluido).

En el sistema de elección mediante voto acumulativo para los Directores, el legislador peruano se aparta de la Ley de Sociedades Anónimas española. En efecto, el artículo 71 de esta última norma establece un sistema de representación proporcional mediante un cálculo matemático que consiste en dividir la cifra de capital por el número de miembros del Directorio. Una vez obtenido el cociente, las acciones que voluntariamente se agrupen y alcancen dicha cifra, tendrán derecho a designar a su representante en el Directorio⁶.

En el sistema peruano, el accionista tiene tantos votos como directores deban elegirse⁷.

⁴ En efecto, si las acciones privilegiadas tienen el derecho de elegir más directores que lo que corresponde a su participación en el capital social, entonces, en la votación para la elección de directores, estas acciones tendrían mayor peso en cuanto al voto que las acciones de las otras clases.

⁵ Ibidem, p. 433.

⁶ CFR. GARRIGUES y URÍA, op. cit., Tomo II, p. 42.

⁷ «La multiplicación de los votos por el número de directores sólo altera los resultados (siempre en favor de la mayoría) cuando los socios cuentan con fracciones de votos que por sí solas no alcanzan a nombrar un director. Si bien la multiplicación de las acciones por el número de directores a elegir mantiene la proporción geométrica entre los votos que corresponde a los socios, la diferencia aritmética se incrementa desde que la mayoría obtiene de la multiplicación una mayor cantidad de votos y posibilidades de distribuirlos. Tómese un ejemplo simple para la elección de 3 directores: (continúa en la siguiente página)

Ahora bien, la diferencia fundamental entre el sistema español y el sistema peruano, aparte de la ya mencionada multiplicación de los votos, estriba en que, en el segundo, resulta plenamente válido establecer el derecho especial de una clase de acciones a elegir un número determinado de directores, no siendo un supuesto de voto plural directo o indirecto. Por ello, dice el artículo 158 de la Ley General de Sociedades que, cuando se otorga el mencionado derecho especial, «se efectuarán votaciones separadas entre los accionistas que representen a estas acciones y los que representen a las demás, pero cada votación se hará con el sistema de participación de la minoría».

Es decir, aun si se otorga el derecho a elegir un número fijo de directores, la ley exige la representación de las minorías, con lo cual entiende que se cumple con la prohibición del voto plural en el siguiente sentido: todas las acciones tienen el mismo poder en cuanto al voto. Este principio también se aplica cuando se otorga a una clase el derecho a elegir un número fijo de directores, sólo que en este caso el derecho de voto debe hacerse valer, con el mismo poder para todas las acciones, en la Junta Especial de las Acciones a las cuales se otorgó el derecho especial.

Esta es la forma correcta de interpretar el artículo 158 de la Ley General de Sociedades peruana que se aparta en este punto de su fuente, la Ley española.

Por lo tanto, no cabe interpretar dicho artículo para entender que el número fijo de directores que se puede establecer en el Estatuto en favor de una clase determinada, en ningún caso puede exceder de la cifra que resulta de la aplicación del sistema de voto acumulativo de acuerdo con el número de acciones que representa -dicha clase- dentro del capital social. Si ésta fuera la interpretación correc-

ta, la mención del artículo 158 de la Ley General de Sociedades a «un número determinado de directores» sería innecesaria, pues a la clase a la que supuestamente se estaría beneficiando con un «derecho», no se le daría en realidad nada adicional. Mediante el procedimiento de voto acumulativo en Junta General obtendría el mismo resultado que en el procedimiento (de voto acumulativo) en Junta Especial.

Por otro lado, bueno es señalar que nuestra interpretación del artículo 158 de la Ley General de Sociedades ha sido seguida por la práctica y la doctrina mercantil de nuestro país. En efecto, en los estatutos de las principales sociedades anónimas es usual que se establezca el derecho especial de una clase de acciones a elegir un número determinado de directores, aun cuando dicho número no guarde relación con la participación en el capital social de la clase a la que se otorga el derecho. Por otro lado, tanto Ulises Montoya Manfredi como Talledo Mazú-Calle Fiocco opinan en favor de la validez de este derecho especial⁸.

IV. IMPLICANCIAS TRIBUTARIAS DERIVADAS DE LA PRIVATIZACION.

La oferta económica que presentaron los tres postores se basó en una evaluación económica de las empresas, en la cual se calcula que cada una de ellas invirtió alrededor de 2 millones de dólares. Esta evaluación tuvo en cuenta la rentabilidad de las empresas, la amplitud del mercado y el retorno de la inversión, entre otros factores. Sin embargo, esta evaluación tuvo que afrontar un cambio inesperado en el esquema tributario en nuestro país, producido por la reforma introducida a partir del 1º de enero de 1994, a dos meses de la realización del concurso público. Estas modificaciones legislativas afectaron positiva y negativamente a la evaluación de la empresas. Veamos cómo.

(continuación de la página anterior)

- Cubillas, que tiene 5 acciones, podría distribuir sus votos en 3 y 2.

- García, que posee 3 acciones, dirigiría sus votos a un solo candidato.

- Delgado, que posee 2 acciones, dirigiría también sus voto a un solo candidato.

Los resultados de esta elección serían que Cubillas elegiría 1 director y García otro, en tanto el tercero estaría supeditado al sorteo entre los candidatos de Cubillas y Delgado que cuenta con 2 votos cada uno.

Si los votos que corresponden a las acciones se multiplican por el número de directores a elegir (3) resultaría que:

- Cubillas tendría 15 votos que los distribuiría en 8 y 7.

- García tendría 9 votos y elegiría 1 director.

- Delgado tendría 6 votos.

Así desaparece la posibilidad de Delgado, socio minoritario, de acceder al directorio, determinando la multiplicación de los votos que el socio mayoritario logre la elección de los dos directores sin mediar sorteo».

TALLEDO MAZU, César y CALLE FIOCCO, José Manuel. Manual Societario. Ed. Economía y Finanzas S.C.R.L., Lima, p. 158.

⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentario a la Ley de Sociedades Mercantiles, UNMSM, Lima, 1967, p. 293. TALLEDO MAZU, César y CALLE FIOCCO, José Manuel. op. cit., p. 159.

A. Impuesto General a las Ventas (IGV).

1. Nacimiento de la Obligación Tributaria.

Para el caso de los servicios finales telefónicos, de télex y telegráficos, de conformidad con la legislación vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, la obligación tributaria correspondiente al IGV nace «en la fecha de percepción total o parcial del ingreso».

Actualmente el Decreto Legislativo 775 (Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo) establece lo mismo, salvo que el vencimiento del plazo para el pago del servicio ocurra primero, en cuyo caso la obligación tributaria nace con este evento (artículo 4, inciso c).

Con la modificación introducida por el Decreto Legislativo 775, las empresas de telecomunicaciones se encuentran obligadas a pagar el IGV por las operaciones del período mensual en que se produzca su pago o venza el plazo otorgado para el mismo. En este último caso, se deberá pagar el IGV por operaciones aún no canceladas, afectando financieramente a las empresas. El efecto desfavorable dependerá del volumen de facturas no pagadas dentro del plazo otorgado.

2. Servicios internacionales de telecomunicaciones prestados conjuntamente.

Estas operaciones pueden describirse de la siguiente manera:

«La empresa A contrae con su cliente el compromiso de transmitir una llamada al cliente de éste y que está conectado a la red de la empresa B. La empresa A fija el precio de la llamada y cobra la suma correspondiente a su cliente. Sin embargo, la empresa A sólo puede transmitir la llamada por medio de la red de la empresa B, y es preciso convenir un precio por la utilización de la red de B. Análogamente, para una llamada en dirección contraria, B fijará el precio a su cliente y se pondrá de acuerdo con A para que la llamada sea transmitida. Los precios convenidos entre empresas tales como A y B por transmitir cada una las llamadas de la otra se conocen como precios contables internacionales. Lo corriente es que A y B se cobren entre ellas el mismo

precio por la transmisión, de forma que si en ambas direcciones se ha hecho igual número de llamadas, los precios se anulan recíprocamente y no hay movimiento de dinero. No obstante, en general existe un desequilibrio entre los tráficos en ambas direcciones, por lo que la empresa que tiene exceso de llamadas emitidas sobre las recibidas efectúa el pago correspondiente a la otra, cuyo monto se calcula multiplicando el exceso de llamadas por la tarifa contable convenida. Este pago se denomina liquidación internacional»⁹.

De acuerdo con esta descripción, la retribución que se reconoce a la empresa del exterior por la utilización de su red para completar una llamada que se inicia desde el país hacia el exterior, es un pago por la utilización en el país de un servicio prestado en el exterior. El servicio está dado por permitir precisamente esta utilización de la red (utilización que se efectúa en el país), pues le permite a la empresa nacional prestar y facturar sus servicios a sus clientes nacionales.

A la inversa, la utilización de la red de la empresa nacional para completar una llamada que proviene del exterior constituye una exportación de servicios. Se considera como exportación de servicios a la prestación que de éstos se efectúe en el país a personas no domiciliadas y siempre que dichos servicios sean utilizados económicamente o consumidos en el exterior¹⁰. La Administración Tributaria ha opinado que existe utilización económica de servicios en el exterior cuando el uso del servicio «genera fuera del territorio nacional un ingreso económico al no domiciliado» o cuando «el aprovechamiento económico del servicio se da fuera del territorio nacional», circunstancias ambas que ocurren en el servicio descrito.

El IGV grava la prestación o utilización de servicios en el país. No existe afectación del IGV tratándose de exportación de servicios. El fundamento para esta base jurisdiccional del IGV está en el «Principio de Imposición en el País de Destino». En virtud de este principio, no deben estar gravados con el IGV los ingresos percibidos por la prestación de servicios a personas sin domicilio ni residencia en el país, siempre que sean utilizados exclusivamente en el extranjero. Por el contrario, sí deben gravarse los servicios prestados o utilizados en el territorio nacional, sea que la retribución

⁹ Comercio de Servicios: Problemas Sectoriales, Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 83 y 84.

¹⁰ Ello estaba expresamente establecido en el art. 33 del Reglamento de la Ley del IGV aprobado por D.S. 269-91-EF. Este artículo fue dejado sin efecto por el Decreto Ley 25982, el cual dijo que «Mediante Decreto Supremo se aprobará la lista de operaciones consideradas como exportación de servicios», cosa que nunca ocurrió.

correspondiente se pague o perciba en el país o en el extranjero¹¹.

En consecuencia, los ingresos que se reconoce a la empresa de telecomunicaciones del exterior por la utilización de su red para completar una llamada que proviene del país están gravados con el IGV, por ser retributivos de la «utilización de servicios en el país». El usuario del servicio en este caso es la empresa nacional, que solicita la utilización de la red, a fin de completar la llamada y obtener así un ingreso económico por el cobro de la tarifa. Por el contrario, en el caso inverso, o sea cuando se reconocen ingresos a la empresa nacional por la utilización de su red con el objeto de completar una llamada que proviene del exterior, no existe aplicación del IGV por tratarse de una exportación de servicios.

Sin embargo, ello no se encontraba así de claro en la reforma vigente a partir del 1º de enero del presente año. En efecto, el Decreto Legislativo 775 «olvidó» incorporar a los ingresos de ENTEL PERU S.A. por la utilización de su red para completar llamadas de larga distancia internacional, originadas en el exterior, como operaciones de exportación de servicios. En consecuencia, debía concluirse que los referidos ingresos estaban gravados con el IGV, lo cual evidentemente afectaba negativamente la oferta económica de cada postor. Felizmente para el proceso de privatización en telecomunicaciones, el día 26 de febrero del presente año, a dos días de producirse el concurso público, se expidió el Decreto Supremo 019-94-EF, el cual incluyó dentro del Apéndice V de la Ley del IGV, como operaciones de exportación de servicios, a «los servicios de telecomunicaciones destinados a completar el servicio de telecomunicaciones originado en el exterior, únicamente respecto de la compensación entregada por los operadores del exterior, según las normas del convenio de Unión Internacional de Telecomunicaciones».

El artículo 29 del Convenio de Unión Internacional de Telecomunicaciones señala que la liquidación de cuentas internacionales será considerada como una transacción corriente y se efectuará con

sujeción a las obligaciones internacionales ordinarias de los países interesados, cuando los gobiernos hayan celebrado arreglos sobre esta materia. En ausencia de arreglos de este género o de acuerdos particulares, estas liquidaciones de cuentas serán efectuadas conforme a los Reglamentos Administrativos. Por su lado, el artículo 31 dice que los países miembros del convenio se reservan para sí, para las empresas privadas de explotación por ellos reconocidas y para las demás debidamente autorizadas a tal efecto, la facultad de concertar arreglos particulares sobre cuestiones relativas a telecomunicaciones que no interesen a la generalidad de los miembros. Finalmente, el art. 81 (establecimiento y liquidación de cuentas) indica lo siguiente:

«1. Las administraciones de los miembros y las empresas privadas de explotación reconocidas que exploten servicios internacionales de telecomunicación deberán ponerse de acuerdo sobre el importe de sus respectivos débitos y créditos.

2. Las cuentas correspondientes a los débitos y créditos a que se refiere el párrafo anterior se establecerán de acuerdo con las disposiciones de los reglamentos administrativos, a menos que se haya concertado arreglos particulares entre las partes interesadas.»

En nuestro país funcionan acuerdos particulares con las administraciones de los demás países, en virtud de los cuales se fijan precios contables internacionales, específicos y diferentes para cada acuerdo. Estos precios contables internacionales constituyen retribuciones por la exportación de servicios cuando retribuyen a la empresa nacional por la utilización de su red para completar una llamada de larga distancia iniciada desde el exterior.

Desde esta perspectiva, no están comprendidas como operaciones de exportación de servicios las denominadas llamadas de cobro revertido a nivel internacional que se originan en el país¹².

Como lógica consecuencia de lo anterior, los ingresos que perciben las compañías extranjeras por la utilización de sus redes para completar lla-

¹¹ Cfr: La Estructura y Administración del Impuesto sobre el Valor Agregado, Revista de Administración Tributaria, CIAT, enero, 1988, número 4, p. 221.

¹² Esta operación también denominada «call back», constituye un servicio telefónico para la realización de intentos de llamadas telefónicas originadas en el país, con el fin de obtener una llamada de retorno con tono de invitación a disar, proveniente de una red básica de telecomunicaciones ubicada fuera del territorio nacional. Esta operación constituye una infracción muy grave, de acuerdo al art. 234, inc a), del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 006-94-TCC.

madas de larga distancia que se inician desde el país si están gravadas con el IGV, por constituir importaciones de servicios.

El IGV que grava estos servicios debe ser pagado por el usuario del servicio en nombre de la empresa del exterior, por haberse previsto legalmente que el usuario del servicio es responsable del tributo. Lo que sucede usualmente en estos casos es que el responsable del tributo retiene el monto de éste para depositarlo en el Fisco.

A su vez, el usuario del servicio tiene derecho al crédito fiscal por el importe del impuesto que debe pagar como responsable. Ello significa que este impuesto podrá servir para reducir el IGV que se genera por las actividades gravadas llevadas a cabo por la empresa nacional.

En este sentido, se puede decir que la aplicación del IGV a estos servicios no genera una consecuencia negativa para la empresa nacional, pues rebaja el monto del impuesto a pagar derivado de sus operaciones internas. Tampoco afecta la liquidez de la empresa nacional, pues el IGV que grava esta operación es recuperado en el mismo período mensual al ser considerado como crédito fiscal.

B. Impuesto a la Renta.

La adquisición de las acciones de ENTEL PERU S.A. y CPTSA la efectuará una sociedad anónima constituida en el país.

Hasta antes de la reforma existían dos regímenes de imposición en este tributo: el derivado de la aplicación de las normas generales del Impuesto («Régimen General») que gravaba con la tasa del 30% a la utilidad neta de las sociedades anónimas domiciliadas en el país; y el régimen del denominado Impuesto Mínimo a la Renta («Régimen del Impuesto Mínimo») que gravaba a las mismas sociedades con la tasa del 2% sobre sus activos netos. Sin embargo, las empresas no debían pagar ambos impuestos al mismo tiempo; únicamente correspondía pagar el que resultara mayor de la aplicación del Régimen General y del Régimen del Impuesto Mínimo.

Ahora bien, CPTSA y ENTEL PERU S.A. estaban sometidas a estos dos regímenes de imposición (debiendo pagar el mayor de ellos). El saldo resultante de la aplicación del Régimen General o del Régimen del Impuesto Mínimo, según correspondía, cuando llegaba a manos de sus accionistas mediante una distribución de dividendos, era objeto de la aplicación de la tasa del 10% por concep-

to del Impuesto a la Renta. Esta tasa tenía carácter de pago a cuenta del citado impuesto cuando los dividendos eran percibidos por contribuyentes domiciliados, y de pago definitivo (es decir, constituía el tributo que se pagaba sin necesidad de ninguna reliquidación posterior) cuando lo percibía un contribuyente no domiciliado.

En el caso de contribuyentes domiciliados, personas naturales, que percibían dividendos provenientes de empresas domiciliadas en el país, ellos se encontraban obligados a incorporar dichos dividendos como rentas de segunda categoría en su declaración anual del Impuesto a la Renta y tomar el 10% de retención como crédito contra el impuesto anual resultante de la declaración. Sin embargo, el mayor impuesto a pagar para la incorporación de los dividendos a la renta neta anual (personal) en ningún caso podía exceder del 27% del monto de los dividendos. Ello ocasionaba que la tasa combinada que gravaba a las rentas empresariales, hasta el ejercicio 1993, era del 37% como máximo, aplicada tanto en cabeza de la sociedad como en cabeza de los accionistas.

Esta tasa combinada del 37% se ha rebajado al 30% a partir del ejercicio 1994, al inafectarse del Impuesto a la Renta a la distribución de dividendos y demás rentas provenientes de las actividades empresariales. Ello rebaja en siete puntos porcentuales el nivel de incidencia que afecta a dichas rentas, pues ellas se encuentran ahora gravadas únicamente con la tasa del 30% sobre la renta neta anual, en cabeza de la empresa que genera dicha utilidad, siendo intrascendente para efectos tributarios la posterior distribución de dicha utilidad, la misma que no se encuentra gravada con el Impuesto a la Renta.

Por otro lado, en el Régimen del Impuesto Mínimo también se han producido cambios favorables. Este impuesto grava a las empresas que no logran obtener una utilidad suficiente para escapar de este régimen, o sea, las empresas con pérdidas o cuya utilidad imponible es inferior al 6.66% de los activos netos comprometidos en la inversión. Este no parece ser el caso de las empresas de telecomunicaciones, pues según estudios realizados, ellas no estarán comprendidas en el Régimen del Impuesto Mínimo, sino en el Régimen General.

El artículo 113 de la Ley del Impuesto a la Renta vigente (Decreto Legislativo 774) indica que las empresas de infraestructura básica, como las empresas de telecomunicaciones, tienen derecho a deducir de la base imponible del Impuesto Mínimo, «el valor de las maquinarias y equipos nuevos adquiridos durante el ejercicio y el siguiente».

Si se tiene en cuenta que las empresas de telecomunicaciones están obligadas a cumplir compromisos de inversión para la instalación de más de un millón de nuevas líneas, lo cual requiere la

instalación de equipos y nueva tecnología en montos importantes, la disposición del art. 113 constituye un buen incentivo para el cumplimiento de estos planes de expansión.

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

**Abogado
Notario Público de Lima**

HORARIO DE ATENCION

**Invierno: 9:00 am - 1:00 pm
2:00 pm - 5:30 pm**

**Verano: 9:00 am - 1:00 pm
2:00 pm - 5:00 pm**

Las Begonias N° 656, Of. 29 "A", San Isidro

Telfs. 42-2120 41-2946 42-0181

22-6655 40-8128

Telefax 42-7232

INTERVENCION DE TERCEROS, EXTROMISION PROCESAL Y SUCESION

Salvador Zavala Toya
Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidad San Agustín,
Arequipa

«En un mundo necesitado como nunca de jueces no ya aptos, sino valientes: no ya buenos, sino heroicos dispuestos a mantenerse firmes contra toda tiranía y toda corrupción, es grave responsabilidad no sólo del Estado, sino también de la sociedad, la preservación de ésta inmensa fuerza moral para que la magistratura sea una buena razón de vida y esperanza».

Ramón Serrano Suñer

El autor del presente artículo, trata este tema a fin de brindar nuevas herramientas para la contrucción del nuevo proceso civil, y así, dejar atrás las obsoletas concepciones contenidas en el anterior Código de Procedimientos Civiles, donde la intervención de terceros en el proceso se producía generalmente cuando existía una medida cautelar de por medio.

Progresivamente el autor nos va introduciendo al tema de la intervención de terceros en el proceso, en sus diferentes modalidades, previo desarrollo de nociones preliminares, tales como «parte», «parte material» y «parte procesal». Finalmente, desarrolla las instituciones de la sucesión y extromisión procesales.

Durante el desarrollo del presente tema, el autor nos va ilustrando con diferentes ejemplos prácticos y encontrando sustento en su doctrina procesal nacional como extranjero.

Tal como lo expresa Ferrero Costa¹, quien junto al Maestro Alzamora Valdez² son las únicas personas que en el país -antes de la promulgación del nuevo Código Procesal Civil- han tratado estas instituciones, «estamos acostumbrados a un tipo de proceso en el cual las personas afectadas en sus bienes por una resolución judicial, interponen una acción de tercería excluyente de dominio o mejor derecho, o de pago, conforme a lo que establece el art. 743 de nuestro Código de Procedimientos Civiles en los títulos correspondientes a los juicios de tercerías. Pero no contamos con la participación activa del tercero dentro de un proceso, tal como lo establecen modernamente las legislaciones italiana y alemana y otras como la austriaca, la brasileña, la colombiana e implícitamente la francesa y la uruguaya».

El legislador del nuevo Código Procesal Civil (en adelante el Código), atento a los cambios producidos en la moderna ciencia procesal desde 1912, año en que entró en vigencia el Código de Proce-

¹ Ferrero Costa, Augusto. La Intervención del Tercero en el Proceso. Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1988, p. 185.

² Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. EDDILI, 8ª. edición, s/f. p. 261 y ss.

dimientos Civiles -felizmente derogado luego de ochenta años- y la serie de abusos cometidos, ha incorporado la materia que nos ocupa y con matices propios.

No es esta la oportunidad, haciendo una digresión, para tratar sobre las razones, evidentes por cierto, que motivaron la dación del Código y que ya han sido expuestas³, y con las cuales coincidimos plenamente. Bastaría por ahora recordar las reflexiones que en 1954 escribiera Borrel Maciá⁴ sobre el camino inescindible que debe recorrer el Derecho, de cuanta vigencia en la actualidad.

Debe quedar en el recuerdo -más propiamente en el olvido- la noción del tercero vinculado a un proceso solamente por el hecho de existir de por medio una medida cautelar y a través de las tercerías, reguladas también en el Código en sus arts. 100° y 533° a 539°.

Como vamos a ver, la noción del tercero y su intervención en un proceso trasciende a esa limitada concepción, ya agotada en el tiempo por insuficiente, y apunta a una real y eficaz administración de justicia civil en nuestro país, como que ese es el objetivo fundamental del Código en su conjunto.

I. NOCIONES PRELIMINARES.

No resulta posible entender y aprehender la noción del tercero, el contenido y alcances de su intervención, si antes no delimitamos el concepto de parte y sus modalidades, material y procesal, ya contenido en los arts. 57° y 58° del Código.

Monroy Gálvez⁵ explica que en el Código «se considera *parte material* a la persona que integra o cree integrar formar parte de la relación jurídica sustantiva, y que va a formar parte de la relación procesal; es decir, aquella que es titular del derecho que sustenta la pretensión o aquella a quien se le exige tal pretensión, aún cuando al final del proceso se advierta que algunos de ellos no son titulares de la relación jurídica sustantiva». A esto, habría que agregar como lo anota Barrios de Angelis⁶ que «la *legitimatio ad causam*, consiste en la *probable titularidad* de los intereses específicos del objeto», razón por la cual sostiene⁷ que «es errónea la opinión de que ella consiste en la efectiva titularidad; ello no puede saberse al comienzo del proceso, sino a su término. Y es evidente que la determinación de su existencia debe hacerse al principio».

Y de *parte procesal*, el mismo Monroy Gálvez⁸ expresa que se utiliza dicha expresión «para identificar a la persona que realiza actividad procesal en nombre de la parte material». Aquí se refiere a lo que conocemos como la *representación procesal* y en sus tres variantes admitidas; convencional, judicial y legal que, a su vez como sus nombres lo indican, reconocen como origen a la voluntad del que confiere la representación, la decisión del juez y la orden imperativa del legislador, respectivamente.

Los conceptos antes tratados no traen otra cosa, como puede apreciarse fácilmente, que las dos legitimaciones conocidas, esto es, la *legitimatio ad causam* (la titularidad en la relación jurídica sustantiva que debe tener reflejo en las partes integrantes de la relación procesal) y la *legitimatio ad*

³ Monroy Gálvez, Juan. Temas de Proceso Civil. Librería Studium, Lima, 1987, p. 7 ss; Silva Vallejo, José Antonio. ¿Reforma o Revolución Procesal en el Perú? Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez, p. 571 a 595; Alva Orlandini, Javier. Exposición de Motivos, en Código Procesal Civil, Normas Legales S.A. Trujillo, Tomo 189, p. 8a -8d.

⁴ Borrel Maciá, Antonio. La Persona Humana. Bosch, Barcelona, 1954, p. 6: «Es indudable que el derecho no puede petrificarse, permaneciendo al margen, estacionándose mientras la vida de la humanidad corre y se extiende más allá de los caminos estrechos y bien señalados que espíritus de otras épocas le habían fijado; como corriente impetuosa de aguas, saltará por encima de los diques que pretendan aprisionarlo, corriendo, con libertad, hacia su destino... Y nada hay tan deseducador, desde un punto de vista social, como que las normas legales sean infringidas de una manera pública y notoria, por no adaptarse a las necesidades de la época en que deban aplicarse. Que, a los ojos de pueblo, quien vulnere una ley, no lleva a cabo una acción censurable, sino que, por el contrario realice un acto digno de elogio... Si las leyes no son lo suficientemente flexibles para regular racional y justamente un nuevo estado de cosas, es necesario que se modifiquen».

⁵ Monroy Gálvez, Juan. Partes, Acumulación, Litisconsorcio, Intervención de terceros y Sucesión Procesal en el Código Procesal Civil, en Documentos de Lectura: Código Procesal Civil de 1992. Poder Judicial, Consejo Ejecutivo, Lima, 1993, p. 93.

⁶ Barrios de Angelis, Dante. Introducción al estudio del Derecho Procesal, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 120.

⁷ Ibid.

⁸ op. cit., p. 93.

procesum (que simplemente se refiere a la capacidad para estar en un proceso por quien ejerce por sí sus derechos civiles). Legitimación ésta última, exigible tanto a la parte material como a la procesal.

II. TERCERO

Antes que nada, siguiendo a Monroy Gálvez⁹ estamos de acuerdo en que «el instituto de la intervención de terceros no es otra cosa que una acumulación subjetiva sucesiva. Es decir, se trata de la incorporación a un proceso, con posterioridad a la notificación de la demanda, de una o más personas». Así se aprecia del contenido del art. 89 del Código.

Esta incorporación, agrega el mismo autor¹⁰ «no es homogénea, las personas que se integran, llamadas intervinientes hasta antes de su integración, lo hacen de distinta manera. A guisa de ejemplo, algunas pasan a colaborar con alguna de las partes, otras con ninguna. Algunas se integran tanto al interés de alguna de las partes, que casi tienen sus mismas facultades; otras, a pesar que colaboran con una de las partes, tienen una relación de subordinación respecto de ella».

Más que pretender una noción de tercero, no en contraposición sino en relación a la que tenemos de parte, debemos fijarnos *prima facie* en cuál es el elemento que permite que aquél intervenga en un proceso, en distintos niveles y direcciones con los que son parte en el mismo.

En concreto, qué es lo que motiva al tercero a intervenir en un proceso de motu proprio, a la parte para solicitar su ingreso, o en su caso al Juez, es lo que Peyrano¹¹ denomina el *interés jurídico relevante*, para otros simplemente interés jurídico, a lo que hay que agregar, tal como acertadamente lo expresa Monroy Gálvez¹², que las facultades de los intervinientes «están en relación con su grado de

interés e involucramiento respecto de la relación sustantiva».

Conforme al criterio de la voluntad se reconoce que la intervención puede ser: voluntaria o espontánea, así lo decidió el tercero, y necesaria (coactiva, obligatoria o provocada) cuando ocurre por solicitud de la parte o por mandato del juez.

De acuerdo con el grado de interés e involucramiento tenemos los siguientes tipos de intervención (en los que juega también el criterio de la voluntad): coadyuvante, litisconsorcial, excluyente principal, excluyente de propiedad, la de derecho preferente, y la denuncia civil en sus tres modalidades: para el aseguramiento de pretensión futura, llamamiento posesorio y llamamiento en caso de fraude o colusión. Formas de intervención que desarrollaremos más adelante, delimitando necesariamente si el grado de interés y involucramiento nos presenta simplemente un tercero que pueda llegar a convertirse en uno de carácter legítimo o, estrictamente a una parte material con todo lo que ello importa.

Aún cuando toca al interés del interviniente voluntario, Wach¹³ con referencia a la exposición de motivos de la ZPO (Ordenanza Procesal Civil Alemana) que es una de las fuentes del nuevo ordenamiento procesal, junto al Código de Procedimiento Civil Italiano, entre otras, explica que la «CPO (ZPO) muestra claramente que por interés específico de intervención entiende solamente el valor jurídico que el triunfo de una de las partes tiene para las relaciones jurídicas del interviniente. Si ese interés existe en virtud del derecho civil o de las normas del derecho del Imperio, estará dado el interés del que habla el N° 63»¹⁴.

Cuáles son las cualidades del interés jurídico referido al tercero, el mismo autor¹⁵ las fija y son:

⁹ op. cit., p. 102.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Peyrano, Jorge W. *Procedimiento Civil y Comercial*, Tomo 2, Juris, Rosario, 1992, p. 62.

¹² op. cit., p. 103.

¹³ Wach, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, p. 414.

¹⁴ «El que tenga un interés jurídico en que una de las partes en un pleito obtenga sentencia favorable, puede unirse a esa parte para apoyarla».

¹⁵ op. cit., p. 414 y ss.

a) el interés es el interés propio del interviniente. No existe un interés con el efecto reflexivo de la sentencia. El derecho civil regula los intereses egoístas y no los humanitarios. La participación por razón de parentesco, amistad, o, en general, de humanidad no es el interés jurídico del que habla el N° 63¹⁶;

b) el interés debe ser actual, porque el perjuicio que amenaza al interviniente debe provenir de la sentencia misma. Su idoneidad no puede depender de acontecimientos futuros inciertos. La relación jurídica cuyo daño se teme, debe existir ya, aunque sea condicional;

c) el interés debe ser jurídico. Este elemento está dado en las consecuencias perjudiciales que tiene la sentencia desfavorable para el interviniente;

d) el interés jurídico es un interés jusprivadístico. El hecho de que la sentencia pueda prejuzgar en una causa penal o alguna relación publicística del tercero que escape a la vía judicial civil, no faculta al tercero para intervenir;

e) el interés no debe ser un interés formal, es decir un interés mediado simplemente por el hecho del efecto del resultado del proceso en sí; debe ser un interés material fundado en el posible contenido de la sentencia, no es suficiente por sí sola la cosa juzgada, sino que es necesario que la sentencia entrañe un perjuicio.

El proceso civil no puede llegar a convertirse en una reunión social a la cual pueden ingresar cualesquiera persona en razón de estar de por medio el principio del interés para intervenir en el proceso, del que nos habla Devis Echandía¹⁷. Es por tal razón que la intervención no está desprovista de ciertos requisitos y formalidades a cumplir. Así el art. 101° del Código establece que los terceros, además de invocar un interés legítimo (llámase jurídico solamente o jurídico relevante), deben presentar su pedido en forma de demanda en lo que fuere aplicable, *atención*, debiendo acompañar los medios probatorios correspondientes, que no tienen otro objeto que acreditar dicho interés.

III. INTERVENCION, CLASES.

En principio, afirma Alsina¹⁸, «el proceso sólo comprende a los que en él intervienen como actor o demandado, y únicamente a ellos aprovecha o perjudica la sentencia, pero las relaciones jurídicas son tan complejas que, con frecuencia la litis afecta derechos de terceros, que se ven así vinculados a un proceso en el que no han intervenido y de cuya sentencia, puedan derivarles un perjuicio». Cabe agregar que la intervención de terceros tiene relación directa con los alcances de la cosa juzgada, tal como lo explica en detalle Arazi¹⁹.

El nivel de interés o involucramiento que une a una de las partes con un tercero, o eventualmente a éste contra las dos, nos lleva a tratar las diversas

¹⁶ Con referencia a lo expuesto cabe llamar la atención sobre el art. 81° del Código, que contiene lo que ha venido en denominarse la *procuración oficiosa* que, esperamos todos, tenga una recta utilización.

¹⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso. T.I. Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 41 y 42.

¹⁸ Alsina, Hug., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.I, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 588 y 589.

¹⁹ Arazi, Roland. Pluralidad de partes en el proceso civil, en Revista La Ley, La Ley S.A., Buenos Aires, 1988, Tomo 1988-E, p. 1126 y 1127 «La sentencia basada en autoridad de cosa juzgada tiene *eficacia directa* respecto de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgador; pero puede tener consecuencias indirectas, afectando otra relación jurídica distinta a la decidida y de la cual es titular un tercero; es lo que se conoce como *eficacia refleja*; tal el caso del acreedor hipotecario frente al juicio de reivindicación seguido contra su deudor; del legatario en el juicio donde se decide la nulidad del testamento con el heredero; del usuario o usufructuario en el juicio contra el propietario, etc. Incluso es posible hablar de eficacia «refleja» de la sentencia, entre las mismas partes principales, ello cuando, además de lo decidido expresamente, la sentencia ejerce influencia respecto de otros derechos de los intervinientes (por ejemplo: la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la condena penal del padre).

Finalmente, la sentencia puede tener un efecto de mero hecho con relación a los derechos de un tercero, como sería el supuesto del acreedor que enfrenta la insolvencia de su deudor como consecuencia del fallo adverso en el que el primero no fue parte.

Existen algunas sentencias que para ser eficaces deben ser especialmente respetadas por todos, aún por quienes no intervinieron en el proceso y aún cuando afecten sus derechos: son las llamadas *erga omnes*, como por ejemplo las dadas en las acciones de estado (reconocimiento o impugnación de una filiación, nulidad de un matrimonio, etc.) o las que resuelven sobre el derecho de propiedad (juicio de reivindicación, de usucapión, etc.). En estos casos el resto de la comunidad debe aceptar lo decidido por el juez, aunque la persona afectada no haya intervenido en el proceso donde surgió el pronunciamiento. Así, como consecuencia del fallo una persona, para la ley, será o no hijo de otra, será o no propietario, etc., sin que nadie pueda discutir esos derechos.

(continúa en la siguiente página)

clases de intervención reconocidas en la doctrina y ordenamientos jurídicos ajenos al nuestro e incorporadas en el Código.

III.1. Intervención adhesiva o coadyuvante.

Esta tiene lugar cuando el tercero concurre voluntariamente a un proceso pendiente, a fin de defender allí su interés que, eventualmente puede resultar afectado por el pronunciamiento que recaiga en la relación litigiosa.

Sostiene Devis Echandía²⁰ que «el coadyuvante es siempre una *parte accesorio* o secundaria, porque actúa para sostener las razones de un derecho ajeno, y en un plano distinto del de la parte principal, de subordinación a ésta, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado».

Este último procesalista colombiano²¹ explica meridianamente las diferencias sustantivas que existen entre la parte material y el tercero del que estamos hablando al decir que «El coadyuvante puede ser, por consiguiente, ajeno a la relación sustancial debatida en el proceso por su coadyuvado (por ejemplo: no reclama ningún derecho en el inmueble cuya propiedad se discute), pero existirá otra relación sustancial entre ellos, que puede resultar afectada con la decisión que sobre la primera se adopte en el proceso (una relación de crédito, que no podrá satisfacer si el coadyuvado pierde el pleito; o una relación de parentesco que podrá lesionarse moral y socialmente, en el mismo supuesto como la de los padres en el proceso de divorcio de los menores no habilitados de edad). El coadyuvante no es cotitular de la misma pretensión del coadyuvante, porque entonces tendría una pretensión propia, y por ésto, aún

cuando no está legitimado para demandar respecto a la relación sustancial de aquél, si lo está para intervenir en el proceso que inició su coadyuvado o se sigue contra éste».

Y en cuanto al interés en concreto se refiere, sostiene²² que «no es necesario que se trate de un interés jurídico en la causa u objeto del proceso, sino de un interés jurídicamente tutelado que puede ser patrimonial o moral (como lo aceptan Chiovenda y Carnelutti, y como se deduce de las enseñanzas de Rocco y Alsina), cuya satisfacción o realización dependen de los resultados de ese proceso, en vista de una relación jurídica que exista entre ese tercero y una de las partes, como sucede en los ejemplos puestos. Esta circunstancia deberá ser afirmada por el interviniente para que se admita su solicitud, y ella deberá acompañar las pruebas que demuestren el hecho del cual deduce tal interés (el crédito, el parentesco, etc.)».

El plazo que tiene el tercero para intervenir y asumir la calidad de coadyuvante lo es inclusive hasta en segunda instancia. Finalmente en lo que respecta a los alcances de la actividad que puede realizar el coadyuvante, comprende todos los actos procesales que no estén en contradicción a la parte que coadyuva y los que no importen la disposición del derecho discutido. Todo en virtud de lo dispuesto en el Código en su art. 97º, y, fundamentalmente porque el que ayuda *no es parte en el proceso en que interviene*.

El Proyecto de Código Tipo de Proceso Civil para América Latina (en adelante el Proyecto de Código Tipo) contiene esta clase de intervención en su art. 58º, primer párrafo²³.

(continuación de la página anterior)

Lo dicho tiene una limitación fácilmente explicable. Si en el juicio de usucapión entre A y B se decidió que el primero había adquirido la propiedad por prescripción, éste anotará el dominio a su nombre y ejercerá con plenitud ese derecho sin que pueda serle cuestionado; ello salvo que otra persona alegue ser el verdadero propietario. Lo mismo en el juicio de filiación: a quien pretenda ser el padre de quien fue declarado hijo de otro, no le alcanza lo decidido en la sentencia. Esto se enuncia mediante el siguiente principio: la sentencia con efecto *erga omnes* no puede lesionar intereses de jerarquía superior o incompatibles con el de las partes en el proceso donde se dictó; si se trata de un interés de inferior jerarquía (como el de el acreedor de quien fue vencido en el juicio de reivindicación o en el de usucapión) éste se encontrará subordinado a lo decidido en la sentencia y si el fallo pasó en autoridad de cosa juzgada, sólo le cabe a su titular la demanda autónoma por fraude o proceso simulado».

²⁰ op. cit., T.II, p. 401.

²¹ op. cit., T.II, p. 403.

²² op. cit., T.II, p. 403 y 404.

²³ Roma e América, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per L'America Latina, Cedan-Padova, Memoria del Congreso Internacional, Roma, 26/28 de Septiembre de 1988 p. 528 y 529 «Artículo 58. (Intervención coadyuvante y litisconsorcio) Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella».

Ejemplo: Carlos sigue proceso de reivindicación en contra de Ricardo respecto del inmueble X, que aquél alega ser de su propiedad. César es acreedor de Ricardo en mérito a un contrato de mutuo simple. César sabe que el inmueble X es el único bien de su deudor, y ante la posibilidad no remota de un no pago, tendrá que hacer efectivo su derecho en dicho bien; su interés es que éste (el bien) no salga del patrimonio de Ricardo, ergo, César se apersona al proceso premunido del instrumentno que contiene el contrato de mutuo y le comunica al juez que va a coadyuvar a Ricardo; alegando el interés antes referido. Coadyuvante y coadyuvado, especialmente el primero -por el descuido u otro comportamiento del segundo en el proceso- defenderán la propiedad, aunque por intereses distintos.

III.2. Intervención litisconsorcial.

El tratar esta clase de intervención fuerza necesariamente a distinguirla del llamado litisconsorcio necesario regulado en el Código en su art. 93°.

Sobre el litisconsorcio necesario, Rocco²⁴ expresa: «Puede ocurrir, en cambio, que la relación jurídica se presente con un carácter de tal unidad, que no pueda existir frente a uno de los distintos sujetos sin tener que existir *necesariamente* también frente a los otros, porque su misma estructura se presenta como *única e indivisible*» y agrega²⁵ que «en tal caso es evidente que no puede pedirse una providencia jurisdiccional con respecto a dicha relación, si no se presentan en juicio *todos los sujetos de tal relación, puesto que la sentencia, cuando haya sido emitida sólo teniendo en cuenta algunos de los sujetos, sería, como por primera vez lo dijo Chiovenda, inutiliter data*. Con esta frase se quiere aludir al hecho de que la sentencia, si no ha sido emitida en relación con todos y con la presencia de todos los sujetos de la relación jurídica sustancial, no tendrá ningún valor». El debido proceso legal (Due Process of Law para los anglosajones) tiene que ver mucho con el litisconsorcio necesario, y es en palabras de Quiroga León²⁶ «la institución del De-

recho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado». Justamente uno de los principios que sustenta el proceso civil es el de *contradicción*, cuya esencia en palabras de Peyra no²⁷ «está perfecta y gráficamente sintetizada en el tradicional brocárdico *audiat et altera pars*», y agrega²⁸ «Es que todas las soluciones que en él se inspiran están signadas por la constante y benéfica preocupación de oír a todas las partes. De tal modo el sentenciador puede escuchar el tañido de todas las campanas, para así elegir aquella cuyo sonido considere más grato a la justicia». Nuestro Código se refiere al debido proceso y lo que ello implica en el art. I del Título Preliminar.

Esta clase de litisconsorcio se ubica en el Código en su art. 93°, teniendo el Juez, conforme al art. 95° del mismo, la potestad de integrar la relación procesal emplazando a una persona -vista previa de la demanda o contestación a la misma- cuando a su juicio la decisión a dictarse en el proceso ha de afectarla. Inclusive, en ausencia de información, cabe la devolución de la demanda para que el actor proporcione aquélla y pueda emplazarse válidamente al litisconsorte, y por último, si tal necesidad de integración recién se ha hecho notar a través de la denuncia respectiva, o el mismo Juez se percata de la misma luego de notificada la demanda, puede ordenarse la suspensión del trámite hasta que la relación procesal quede establecida correcta o completamente.

Casos típicos de litisconsorcio necesario son por ejemplo las siguientes acciones: la de impugnación de la paternidad (art. 369° del C.C.), la de filiación por parte del hijo (art. 373° del C.C.), la de retracto (art. 496° del C.P.C.), la de tercería (art. 533° del C.P.C.), etc.

Tenemos ahora el litisconsorcio facultativo, que es el que nos interesa. Monroy Gálvez²⁹ anota que, a diferencia del coadyuvante, «esta vez estamos an-

²⁴ Rocco, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis, Bogotá, Depalma, Buenos Aires, 1976, Vol. II, p. 120.

²⁵ Ibid.

²⁶ Quiroga León, Anibal. Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, en La Constitución Diez Años Después, Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p. 298 y 299.

²⁷ Peyrano, Jorge W. El Proceso Civil, Principios y fundamentos, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 146.

²⁸ Ibid.

²⁹ op. cit., T.II p. 106.

te un interviniente a quien la decisión a recaer en el proceso lo va a afectar directamente, es decir, que el amparo o desamparo de la pretensión va a producir una modificación en su universo patrimonial o moral» y agrega³⁰ «Entonces el litisconsorte, y no nos referimos al necesario no porque no pueda también ser incorporado por una de las partes o por decisión propia, sino porque obviamente está vinculado totalmente a la relación jurídica sustantiva sin discusión que valga, sino al facultativo, con interés directo en la pretensión, tiene autonomía para actuar dentro del proceso, es decir, no es dependiente de la parte a quien apoya como es el caso del coadyuvante».

Ejemplo: Felipe es miembro de una asociación civil junto con Enrique, Javier y Edgar. El primero de los nombrados inicia en contra de la referida asociación, una acción de impugnación del acuerdo tomado por ésta, fundado en la violación de disposiciones estatutarias. Javier que también dejó constancia de su oposición al acuerdo, sale al proceso solicitándole al Juez que lo tenga como litisconsorte de Felipe, ya que comparte el mismo interés, esto es que se deje sin efecto tal acuerdo.

En el mismo supuesto, conforme al cuarto párrafo del art. 92º del C.C., Edgar, quien está conforme con el acuerdo, solicita al Juez que se le tenga como litisconsorte de los representantes de la Asociación, para defender la validez del acuerdo.

La misma condición de litisconsorte facultativo, implica que puede o no intervenir en el proceso, situación distinta de la del necesario que de todas maneras debe integrar la relación procesal. En este sentido aquél no es parte en el proceso.

Conforme al último párrafo del art. 98º del Código, esta clase de intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.

El Proyecto de Código Tipo, en su art. 58º, segundo párrafo, trata esta clase de intervención³¹.

III.3. Intervención principal, agresiva o excluyente.

La Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), establece en su art. 64º, lo siguiente: «El que reclama, en todo o en parte, la cosa o el derecho objeto de un pleito entablado entre otras personas, podrá hacer valer sus derechos mientras no haya recaído sentencia definitiva, interponiendo una demanda contra las dos partes ante el tribunal que entiende del litigio en primera instancia».

Tomando como base el texto antes reproducido, Goldschmit³², conceptúa esta clase de intervención en los siguientes términos: «El que reclama para sí, totalmente o en parte, la cosa o el derecho sobre el que hay trabado un proceso, alegando para la cosa la pertenencia de un derecho real incompatible con la pretensión del actor, o de un derecho personal con efecto frente a las dos partes primitivas, y fundándose para el derecho en una legitimación activa, puede hacer valer su pretensión en una demanda dirigida a las dos partes: intervención principal».

Lo que cabe observar en el contenido expuesto por éste último autor, es que puede llevar a pensar que la intervención principal implica un proceso nuevo que, vía el instituto de la acumulación, se uniría al ya en trámite. Aún cuando cabe que el que quiera enfrentar a los dos contendientes en el proceso originario puede utilizar dicho camino, tal alternativa no le es tan útil ni rápida. Es en este sentido que en el Código, aún cuando contiene normas específicas sobre la acumulación (art. 83º y ss.), la norma en concreto, esto es el art. 99º se refiere al proceso abierto y en los siguientes términos: «Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado». El art. 59º del Código Tipo, tampoco deja lugar a dudas³³.

En palabras simples, esta clase de intervención

³⁰ Ibid.

³¹ op. cit., p. 529, «Podrán intervenir en un proceso, como litisconsortes de una parte, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial que podría verse afectada por la sentencia a dictarse y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso».

³² Goldschmidt, James, Derecho Procesal Civil, trad. de la 2a. ed. alemana, Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 446.

³³ op. cit., p. 529, «Art. 59 (Intervención excluyente).- Quien pretende en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y el demandado, para que en el mismo proceso se la considere».

implica que un tercero se apersona al proceso manifestando que el derecho discutido en éste no pertenece ni al demandante ni al demandado, sino a él, y pretende separar a ambos de ese derecho.

Ejemplo: se discute la propiedad de un edificio entre Pablo y Pedro. Eduardo se presenta al proceso y dice: el propietario soy yo. Entonces con esa intervención se evitará otro proceso y se facilita que el conflicto de intereses se resuelva de una vez y para siempre.

Como resulta evidente, este tercero, una vez admitida su intervención, no se convertirá en uno con carácter de legitimado. Su calidad es de parte excluyente de las dos partes originarias, y por ende tiene los mismos derechos y obligaciones que éstas. Dada la naturaleza de este tipo de intervención, sólo cabe la misma en primera instancia y antes de que se expida sentencia (art. 99º del Código).

III.4. Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente.

Palacio, citado por Martínez ³⁴, sostiene que «denomínase tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso, a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad, o de que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con el producto de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida».

El presupuesto para esta clase de intervención está dado, tal como lo anota Monroy Gálvez³⁵ por la existencia de un bien sujeto a medida cautelar dentro de un proceso o de un bien pasible de ser materia de ejecución judicial.

Los ejemplos abundan en estas clases de intervención. Daremos un ejemplo de cada una de ellas, esto es de la excluyente de propiedad y la de derecho preferente, en ese orden.

Ejemplo: Rubén sigue proceso ejecutivo en contra de Julio. El primero para garantizar su pretensión

consigue una medida cautelar sobre el inmueble Z, que según Rubén, es de propiedad del segundo. Ronald, afectado por ésta medida cautelar y premunido del instrumento que contiene el contrato de compra-venta que celebró con Julio, conforme al cual adquirió la propiedad del inmueble Z, seis meses antes de la medida llevada adelante, se apersona al proceso a efecto de que, teniendo en cuenta su calidad de propietario, se mande levantar tal medida.

Ejemplo: Jaime lleva adelante un proceso ejecutivo en contra de Jesús, donde ha conseguido una medida cautelar en la casa de propiedad de éste último. Con anterioridad ha dicha medida, el mismo Jesús había celebrado contrato de anticresis con Juan, conforme al cual la misma casa ya estaba gravada, inclusive el referido contrato venció en su plazo y ya era exigible. Juan se entera del proceso en el momento en que el inmueble va a ser rematado, y por tal razón -presentando el instrumento correspondiente que además por precaución inscribió en el Registro de la Propiedad- interviene en el proceso y solicita al Juez que de lo que se obtenga del remate, él sea pagado primero.

Advertimos que los ejemplos propuestos no pueden llevar a pensar que sólo caben este tipo de intervenciones en los procesos ejecutivos, en los cuales por regla general van aparejados de una medida cautelar. El Código, a diferencia del anterior, permite el conseguir medida cautelar en cualquier tipo de proceso. Basta con tener en cuenta el art. 608º del Código, que no hace distinción alguna.

III.5. Denuncia civil.

Conocida también como *litis denuntiatio*, intervención coactiva o necesaria, ésta clase de intervención no depende de la voluntad del tercero.

Ferrero³⁶ explica que «la intervención necesaria puede ser a instancia de parte o por orden del Juez. La primera se produce cuando cualquiera de las partes llama en causa a un tercero con quien cree común la controversia. La segunda llamada intervención forzosa *iussu iudicis*, se presenta cuando el Juez llama en juicio al tercero».

³⁴ Martínez, Hernán J. Procesos con Sujetos Múltiples, T.II, La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 203.

³⁵ op. cit., p. 109.

³⁶ op. cit., p. 199 y 200.

Monroy Gálvez³⁷ entiende que «es el mecanismo a través del cual una parte integra a un tercero al proceso, respecto de quien tiene un determinado interés -presente o futuro-, respecto de la misma relación sustantiva o de otra, conectada jurídicamente ésta última con la que se discute en el proceso». En igual sentido, Rocco³⁸.

Un caso típico es el de saneamiento por evicción. Conforme al art. 1498° del C.C., cuando se demande al adquiriente, éste debe solicitar al juez que se notifique a su transferente. Si éste sale a juicio ocupa el lugar del adquiriente como demandado, pudiendo aquél intervenir en form coadyuvante de éste (art. 1499° del C.C.), si así es solicitado. El no solicitar, por parte del adquiriente, la citación del transferente, trae como consecuencia el perder el derecho a exigir el saneamiento (inc. 1° del art. 1500° del C.C.).

Devis Echandía³⁹ admite la posibilidad de denuncias sucesivas. Así expresa que «Ocurrirá esta cadena de denuncias cuando la causa alegada por el demandante para las pretensiones que pretende imponer al demandado o para la reclamación del bien que éste posee, es un hecho anterior a varias tradiciones por venta u otro título cualquiera, pues entonces proceden las denuncias sucesivas de los diversos adquirientes, a sus tradentes, hasta llegar a aquel que hizo la primera tradición afectada por esta causa». Inclusive reconoce la denuncia *per saltum*³⁹. Deben entenderse incluidas dichas posibilidades en el Código.

Pasemos ahora a tratar las diferentes clases de denuncia civil que ha incorporado el legislador en el Código, no sin antes destacar que, principalmente, aquella ha de evitar la multiplicidad de procesos, entre una de sus finalidades.

III.5.1. Aseguramiento de pretensión futura.

Raymundo Fernández, citado por Martínez⁴⁰, distingue la denuncia de litis del llamamiento en garantía, señalando que «si además el demandado une al pedido de intervención, la acción de regreso para el caso de resultar vencido, y a fin de que se resuelva en la misma sentencia, tenemos la llamada en garantía».

En igual sentido Parra Quijano, también citado por Martínez⁴¹ explica que «hay simple denuncia cuando la parte en caso de ser vencida en un proceso tiene acción revérsica contra un tercero, solicita que se le comunique a éste la pendencia del proceso, para facilitarle que comparezca y le ayude a evitar así la excepción de negligente defensa en el proceso que posteriormente podría iniciar contra el llamado en caso de que pierda; en cambio hay llamamiento en garantía cuando el llamamiento del tercero contra el que la parte que llama tiene una acción de regresión, ésta añade eventualmente la resolución de la responsabilidad e indemnización es en favor del denunciante y en contra del denunciado para que sea resuelta en el mismo proceso».

Veamos los siguientes ejemplos:

a. *Carlos* demanda ejecutivamente a *Francisco* como fiador solidario de *Enrique*. Toda vez que la calidad de *Francisco* (inc. 2° del art. 1883° del C.C.) le impide el beneficio de excusión y puede eventualmente ser condenado en dicho proceso y ver al mismo tiempo afectado su patrimonio, denuncia a *Enrique*, para que en caso de ocurrir lo anterior y en el mismo proceso le responda.

b. Se celebra un contrato de mutuo en el que *Pedro* asume la calidad de acreedor solidario -por el monto mutuado- de *José*, *Miguel* y *Manuel*. Resulta que en las relaciones internas de éstos últimos, el

³⁷ op. cit., p. 111.

³⁸ op. cit., T.II, p. 412.

³⁹ op. cit., T.II, p. 413 « Si bien lo ordinario es que las denuncias del pleito se sucedan en el orden señalado en el punto anterior, conviene autorizar al demandado a quien se demanda una cosa comprada, de proceder per saltum a denunciar el pleito al «tercero de quien su vendedor la hubiere adquirido», para efectos del saneamiento que contra dicho tercero competirán al vendedor, si éste hubiera permanecido en posesión de la cosa. Pero si se desea vincular al vendedor del demandado a los efectos del proceso y exigirle personalmente el saneamiento, debe procederse a denunciarle el pleito, y dicho vendedor verá si a su vez lo denuncia a su tradente; o puede denunciársele a ambos de una vez».

⁴⁰ op. cit., T. I, p. 374.

⁴¹ op. cit., T.I, p. 374 y 375.

único beneficiado con el préstamo es José (art. 1203° del C.C.). Pedro, haciendo valer su calidad de acreedor solidario y lo que ello implica (art. 1186° del C.C.) acciona en contra de Miguel y Manuel. Toda vez que ellos no son los beneficiados directamente con el dinero que entregó Pedro, denuncia a José para que en el caso de que sean condenados, éste les responda en el mismo proceso.

La denuncia *ad eventum* no es una invitación de carácter social, esto es que si el denunciado no interviene, el proceso de seguirá en su rebeldía y la sentencia lo afectará directamente. El trámite y efectos de esta clase de denuncia se hallan contenidos en el art. 103° del Código.

El art. 61 del Código Tipo trae también ésta clase de denuncia⁴².

III.5.2. Llamamiento posesorio (laudatio o nominatio auctoris).

El llamamiento posesorio se presenta cuando el poseedor o tenedor de una cosa, que es demandado con una acción real, denuncia el nombre del legitimado pasivo para que el actor encamine bien su demanda.

Aquí hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 905° del C.C., que establece que «Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título».

Devis Echandía⁴³ explica que «no se trata de un llamamiento en garantía ni de una denuncia del pleito. Dicha intervención se presenta, en primer lugar cuando el demandante se equivoca respecto de la persona que debe citar como demandado para la restitución de una cosa y dirige su demanda contra quien tiene en apariencia la posesión

del bien objeto de sus pretensiones, pero en realidad sólo es un simple tenedor que detenta o disfruta ese bien a nombre del verdadero poseedor, que es quien ha debido ser demandado; y en segundo lugar, cuando se demanda a alguien como tenedor de la cosa sin serlo. El demandado por ese error debe limitarse a indicar el nombre del verdadero poseedor o tenedor y suministrar además el dato del domicilio o residencia de éste y de la oficina o casa donde puede ser hallado si los conoce».

Tal como se halla establecido en el Código en su art. 105°, el demandado ante el supuesto de error, debe indicar al Juez en el escrito de contestación a la demanda, el nombre del verdadero poseedor; caso contrario será pasible de la sanción prevista en el primer párrafo del artículo referido (indemnización de daños y perjuicios más una multa).

El llamado puede optar por dos cambios. El primero, comparecer al proceso en vez del demandado originariamente (quien sale del mismo), debiendo al efecto ser emplazado con la demanda. El segundo, ocurre cuando el llamado no comparece o haciéndolo rechaza la calidad de poseedor que le atribuyen. Entonces el proceso continúa con el que hizo el llamamiento, pero la sentencia que se dicte producirá efectos inclusive en contra del llamado.

Genéricamente se entiende incluida ésta clase de denuncia en el art. 63 del Código Tipo⁴⁴.

III.5.3. Llamamiento por fraude o colusión.

Esta forma de denuncia se halla atribuida exclusivamente al Juez, aunque teóricamente, como anota Monroy Gálvez⁴⁵, no es posible descartar su uso por alguien distinto e incluso por alguien que no sea parte. El Código Tipo en su art. 64⁴⁶ tam-

⁴² op. cit., p. 529, «Art. 61 (Intervención necesaria por citación).- El demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar la citación de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El citado no podrá objetar la procedencia de su citación y deberá comparecer teniendo los mismos derechos, deberes y cargas del demandado».

⁴³ op. cit., T.II, p. 417 y 418.

⁴⁴ op. cit., p. 529, «Art. 63 (Denuncia de terceros).- El demandado, en un proceso en el que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarle, indicando su nombre y domicilio a los efectos de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión».

⁴⁵ op. cit., p. 114.

⁴⁶ op. cit., p. 529, «art. 64 (llamamiento ex-oficio en caso de fraude o colusión).- En cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el Tribunal de oficio o a petición del Ministerio Público, ordenará la citación de las personas que pueden ser perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, pudiéndose a tal fin suspender el proceso hasta por cuarenta días».

poco se refiere a personas extrañas al proceso, pero le reconoce también esa facultad al Ministerio Público.

Afirma Devis Echandía⁴⁷ que «es importante autorizar al Juez, para que, en cualquiera de las instancias, siempre que advierta colusión o fraude en el proceso, ordene oficiosamente la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos. Sería un deber utilizar esta facultad, cuando sea procedente».

Experiencia y criterio por parte del Juez -quien, no debemos olvidarlo, es el director del proceso- serán los elementos que le permitirán advertir tales comportamientos y, así evitar que se desnaturalicen o desvíen los fines del mismo contenidos en el Código (art. III del T.P.), en el que también se ordena (art. IV del T.P.) que «Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, *adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El juez tiene el deber de impedir cualquier conducta ilícita o dilatoria*».

El último artículo reproducido no trae otra cosa que el principio de moralidad, al que están sometidos los intervinientes en un proceso. Es exacta la llamada de atención que hace Morello, citado por Peyrano⁴⁸, cuando dice «*En los tiempos que corren muchos abogados "prácticos" que, para desgracia, merecen el concepto público de expeditivos y de dar soluciones milagrosas, no titubean en aconsejar la "fabricación" de procesos ejecutivos simulados o en fraude de los acreedores... Y son muchas las facetas que requieren pronta respuesta desde que no ocultamos esta observación: la complejidad del actuar judicial de nuestros días, lamentablemente, brinda signos muy llamativos en el apartamiento de la regla moral*».

Aún cuando la doctrina⁴⁹ acepta esta citación solamente para el proceso de conocimiento, creemos que eso implica parcelar el principio de moralidad que tiene por razón fundamental de ser, el preservar al proceso de conductas nada santas, disfrazadas de legales. Es por esto que formulamos el siguiente ejemplo (no imposible de ocurrir en la

realidad) en el proceso de alimentos que se halla sujeto al trámite y demás del sumarísimo (art. 546° del Código):

Carmen inicia proceso de alimentos en contra de *Raúl*, a efecto de que éste último le proporcione los que corresponden a los hijos extramatrimoniales procreados con aquella. *Raúl*, es casado civilmente, y así lo manifiesta al Juez al contestar la demanda, pero su comportamiento dentro del proceso no se condice con su realidad de tener obligaciones para con su familia matrimonial (así conviene en la demanda, acepta una pensión alimenticia importante, etc.). El Juez, ante esto, puede llegar a presumir cierto "acuerdo" entre *Carmen* y *Raúl*, y ordena que se cite a *Patricia*, quien es esposa de éste último, para que si lo viera por conveniente, haga valer sus derechos.

El art. 106° del Código regula esta modalidad de llamamiento, el mismo que se individualiza en cuanto a sus alcances, por lo expuesto por Devis Echandía⁵⁰ en que «1° ese tercero citado no queda vinculado al proceso por el sólo hecho de la citación, sino una vez que ocurra y, 2° la citación no tiene por fin imponerle responsabilidad, sino por el contrario, darle oportunidad procesal de defender sus intereses de la maniobra fraudulenta de las partes». Cabe, conforme al artículo citado que el Juez suspenda el proceso por un plazo no mayor a treinta días.

III.5.4. Llamamiento del tercero pretendiente.

Este tiene lugar cuando la parte que debe efectuar una prestación a favor de una persona determinada, conoce que existe un tercero que también le exige la misma. La primera ya lo demandó y la segunda (el tercero) está fuera del proceso. A efecto de que *hic et nunc*, y en el proceso iniciado se decida a quien debe satisfacer la pretensión, pide al Juez que se llame al tercero. Con esto, explica Monroy Gálvez⁵¹ «el demandado soluciona radicalmente el problema, porque de lo contrario, bien podría ser que el que no lo demandó, lo haga en un nuevo proceso, incluso imputándole negligencia».

⁴⁷ op. cit., T.II, p. 417.

⁴⁸ op. cit., p. 180.

⁴⁹ op. cit., T.II, p. 417.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ op. cit., p. 115.

cia en el proceso en el que se le ordenó la entrega del bien» o, el cumplimiento de una prestación determinada.

Ejemplo: conforme al art. 1176° del C.C., cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación.

Pues bien, *Luis*, uno de los acreedores de obligación indivisible demanda a *Antonio*, uno de los deudores y por el íntegro de la obligación. *Antonio*, conforme a la norma reproducida anteriormente, quiere hacer un pago válido que lo libere de los demás acreedores, pero Luis no quiere garantizarle el reembolso a éstos últimos. A fin de evitar ser demandado posteriormente por el resto de acreedores, ya que el que paga mal paga dos veces, hace llamar a éstos, a fin de que en el mismo proceso quede liberado de una vez y para siempre.

IV. EXTROMISION.

Como lo entiende Liebmann⁵², «la extromisión de una parte es el fenómeno inverso a la intervención: es la salida de una parte del proceso. La misma se produce por efecto de un pronunciamiento del Juez, que libera o excluye a una parte de la participación ulterior en el proceso, y puede referirse tanto a una parte originaria cuanto a una parte que haya intervenido o haya sido llamada al proceso ya pendiente. En general, la extromisión tiene lugar cuando el Juez compruebe el defecto de presupuestos particulares que condicionan la presencia de la parte en el proceso, o cuando llegue a faltar la demanda propuesta en juicio por la parte o contra ella (y el proceso deba, en cambio, continuar entre las dos partes)».

La extromisión cabe, pues, para ordenar la salida tanto de un tercero legitimado (aquel admitido ya en el proceso) como la de uno que ha asumido la calidad de parte, que son las dos posiciones que pueden asumir (una u otra) los intervinientes en un proceso. Para ello, el Juez, conforme al art. 107° del Código, *debe expedir una resolución debidamente*

fundamentada, la que se produce, en palabras de Monroy Gálvez⁵³, «porque el Juez considera que el derecho o el interés jurídico relevante que estuvo presente cuando calificó positivamente la intervención del tercero, ha desaparecido o puede ser también, que ahora con más perspectiva del caso, advierte que la calificación que hizo fue defectuosa».

V. OPOSICION DEL INTERVINIENTE.

En principio, explica Monroy Gálvez⁵⁴, «toda decisión judicial es obtenida con el propósito de ser ejecutada. Sin embargo, si el proceso no se siguió con la persona correspondiente, no es posible que la decisión definitiva surta efectos respecto de ésta. Para ello, dicha persona puede oponerse a la ejecución en el mismo proceso. Esta es la institución en estudio».

Para que proceda esta oposición, como queda dicho, el opositor debe haberse encontrado en estado de desconocimiento del proceso, y no, que habiendo sido emplazado (válidamente se entiende), no haya hecho nada para defenderse.

Somos de la opinión que el opositor tiene dos caminos en caso de ser obviado en el proceso respectivo. El primero a través de la oposición en el mismo proceso, y el segundo, por medio de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, regulada en el art. 178° del Código, cuando en este se establece que:

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través del proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren *directamente* agraviadas por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este título.

⁵² Liebman, Enrico T. *Manual de Derecho procesal Civil*. E.J.E.A. Buenos Aires, 1980, p. 87 y 88.

⁵³ *op. cit.*, p. 115.

⁵⁴ *Ibid.*

VI. SUCESION PROCESAL.

Aún cuando en la doctrina⁵⁵ se discute los términos de sucesión y sustitución procesal, dejaremos dicha distinción de lado.

Monroy Gálvez⁵⁶ nos dice que la sucesión procesal «es la institución que regula el trámite, los casos y efectos que produce el cambio de una persona en la relación jurídica sustantiva (conflicto de intereses) después que se ha iniciado el proceso, es decir, cuando ya hay una relación procesal establecida».

Los supuestos que trae el Código en su art. 108° son los siguientes:

a. Por *mortis causa*. Una de las partes en el proceso en trámite fallece. Conforme al art. 660° del C.C., desde el mismo momento de la muerte de una persona los bienes, derechos y bienes que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Son éstos quienes suceden al causante, presentando al efecto el testamento correspondiente o la resolución expedida en el proceso no contencioso de sucesión intestada. Si no se presentan dentro del plazo establecido, se les nombrará un curador procesal, de conformidad con el inc. 4° del art. 61° del Código.

b. Por *extinción o fusión de una persona jurídica*. Aquí se produce la sucesión de la persona jurídica extinguida o fusionada en la persona de quienes reciben los derechos o asumen las obligaciones materia del proceso. Sean los socios o los acreedores a quienes se les adjudique el bien litigioso, ellos pueden comparecer al proceso en calidad de sucesores.

c. Por *acto entre vivos*. Esta se produce por el hecho

de que el bien materia del proceso es transferido. Así por ejemplo, la cesión de derechos de la que habla el art. 120° del C.C., en la que el cesionario asume, en calidad de sucesor, los derechos del cedente -por ejemplo los del demandante- observando la prohibición contenida en el art. 1210° del mismo Código; o también cuando existiendo de por medio un proceso de desalojo, el demandante u propietario del bien, vende éste a un tercero, quien sale al proceso y sucede al actor originario.

d. Por *vencimiento del plazo* del derecho discutido. Monroy Gálvez⁵⁷ explica que «este supuesto se presenta cuando el derecho material, que es el núcleo de la relación de conflicto entre las partes y sustento de la relación procesal, parece por el transcurso del tiempo. La persona que adquiere el derecho al producirse este vencimiento del plazo o que lo readquiere si fue su titular antes, puede continuar con el proceso en sustitución de quien lo inició investido con la titularidad sustantiva que acaba de concluir». Por ejemplo, existiendo de por medio un contrato de arrendamiento, el inquilino que tiene la posesión inmediata del bien, es despojado de la que detenta, por lo que interpone en contra del despojante la acción de interdicto de recobrar. Vencido el plazo del contrato de arrendamiento, el propietario, de continuar el despojo, prosigue el proceso, sucediendo al inquilino o arrendatario.

Toda vez, como explica Monroy Gálvez⁵⁸ de que no estamos frente a un número cerrado, «será el juez, en definitiva, quien decida en un caso no previsto si está ante un nuevo tipo de sucesión procesal».

La sucesión procesal se halla tratada en el art. 47° del Código Tipo⁵⁹.

⁵⁵ Martínez H., op. cit., T.II, p. 391 y ss.

⁵⁶ op. cit., p. 116.

⁵⁷ op. cit., p. 117.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ op. cit., p. 526, «Art. 47 (Sucesión de la parte). 47.1. Ocurrida la muerte o ausencia declarada de la parte que actúa por sí misma y salvo el caso de proceso relativo a derecho personalísimos, éste debe continuar con los sucesores, el cónyuge o el curador de la herencia yacente, en su caso. La contraparte podrá solicitar el emplazamiento de estas personas sin necesidad de trámite sucesorio, procediéndose en la forma prevista para la demanda y con las mismas consecuencias. Entretanto, el proceso quedará suspendido, salvo que los autos se encontraren en estado de dictar sentencia, en cuyo caso la suspensión se producirá después de pronunciada. 47.2 En caso de transmisión por acto entre vivos de la cosa litigiosa, el sucesor podrá sustituir a la parte en el proceso, salvo que se oponga la contraria, en cuyo caso el Tribunal resolverá. Ello sin perjuicio de la subrogación y del derecho de comparecer como tercero o litisconsorte de la parte, si se dan las circunstancias requeridas por la ley. 47.3 En caso de extinción de la persona jurídica, el proceso continuará con quienes la sucedan en su patrimonio».

VII. CONCLUSION

Son indudables los beneficios que la incorporación de estas instituciones, especialmente la de la intervención de terceros (en sus nuevas y diferentes modalidades), han de producir en lo que nos atrevemos a llamar un verdadero proceso civil. El interés de los justiciables, de los destinatarios de las normas, así lo exige.

Aquellas expresiones contenidas en las resoluciones expedidas antes de la vigencia del Código:

«no siendo parte, no ha lugar» o, «haga valer su derecho con arreglo a ley» y otras, quedarán como recuerdo de una visión trasnochada del proceso civil.

Por último, aunque ésta debió ser una petición de principio, queda en manos de los operadores del derecho el que el nuevo Código Procesal Civil alcance, como lo dijimos al comienzo, uno de sus principales objetivos: una verdadera y eficaz administración de justicia civil en nuestro país.

Con créditos de mediano y largo plazo

COMO BANCO DE DESARROLLO DE SEGUNDO PISO

abrimos las puertas al desarrollo

Impulsando las inversiones con programas de crédito a través del Sistema Financiero Nacional

El sector productivo del país cuenta ahora con programas multisectoriales, financiados hasta en 7 años, y créditos de corto plazo para capital de trabajo.

Los bancos, financieras, cajas rurales, cajas de ahorro y crédito, y otras entidades de fomento, pueden otorgarle este financiamiento con los programas de crédito de COFIDE, destinados a apoyar el desarrollo de la mediana, pequeña y micro empresa.

Acérquese a su entidad financiera de confianza



COFIDE
DA CREDITO A SUS
IDEAS

SENTENCIAS CONTRARIAS A LA LEY Y LA RESPUESTA DEL DERECHO

Martín Mejorada Ch.
Ex-miembro del Comité Directivo de
THĒMIS- Revista de Derecho
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica

I. INTRODUCCION.

Escribir para esta sección de THĒMIS usualmente importa describir y comentar los problemas de resoluciones judiciales o administrativas, para luego concluir con una reflexión final. Nuestro objetivo no se aleja de este parámetro; sin embargo, la sentencia de la que nos ocuparemos es más bien un pretexto para reflexionar sobre un problema mayor, como es el que describe nuestro título.

II. LAS SENTENCIAS.

A fin de que el lector pueda comprender adecuadamente los alcances de nuestras reflexiones, debemos transcribir la sentencia de la Corte Suprema y la de vista. Se trata de resoluciones judiciales expedidas en un procedimiento de exequatur ventilado con arreglo a las normas del Código de Procedimientos Civiles. De acuerdo con estas normas procesales, que coinciden en esta parte con lo dispuesto por el Código Procesal Civil, el exequatur se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.

Antes de transcribir las sentencias es necesario hacer algunas referencias a los hechos que precedieron al juicio de exequatur.

Juan, uno de nuestros personajes en este caso, fue demandado por Pedro en Singapur por una deuda que aparentemente le tenía a este último.

Seguido el proceso ante los tribunales de Singapur y en ausencia de Juan, Pedro obtuvo sentencia favorable¹.

Como quiera que Juan desarrolla su actividad económica en el Perú, Pedro pretende ejecutar el fallo singapurense en nuestro país. Para tal efecto, demanda el reconocimiento de la sentencia extranjera. Para probar los fundamentos de su pretensión, es decir que se había cumplido con todos los requisitos que la ley peruana exige para reconocer una sentencia extranjera (Título IV del libro X del Código Civil), lo que significaba una abundante carga probatoria que debía absolver Pedro, se presentaron unos documentos titulados «Declaraciones Oficiales» de abogados de Singapur, que declaraban que de acuerdo con la ley de ese país, todos los requisitos exigidos por la ley peruana para el reconocimiento pretendido se habían cumplido. Es importante indicar que las «Declaraciones Oficiales» fueron expedidas al amparo de una ley extranjera, según estos mismos documentos lo indicaban.

En resumen, toda la carga probatoria que debía soportar Pedro para lograr el reconocimiento del fallo extranjero fue absuelta mediante el dicho de abogados extranjeros que, amparados en una ley también extranjera, cuya existencia y vigencia por cierto nunca fue probada, afirmaron que todos los requisitos de la ley peruana se habían cumplido. A continuación, las sentencias:

¹ Recurrimos a nombres ficticios con el fin de no publicitar las identidades de las partes. Sin embargo, los datos del proceso, como el número del expediente, fechas y otros, son verdaderos; quien esté interesado podrá acceder fácilmente a la información.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA HA RESUELTO LO SIGUIENTE:

DMDTE: JUAN

DMDO : PEDRO

MATERIA: EXEQUATUR

EXPEDIENTE: N° 1770-91

Lima, nueve de diciembre de mil novecientos noventidós.

VISTOS; _____ (..)

_____ ; resulta de autos que a fojas ciento veintitrés, don Juan Pérez solicita se reconozca y se declare con fuerza en la República del Perú la sentencia pronunciada por la Alta Corte de la República de Singapur el dieciséis de junio de mil novecientos ochentisiete dictada en el proceso judicial seguido con el señor Pedro; señala que la referida sentencia ordena el pago de la suma de un millón doscientos setentinueve mil ochocientos noventicinco y noventiocho centavos de dólares de la República de Singapur, más los intereses calculados a una tasa del ocho por ciento anual a partir de la fecha de la sentencia hasta la fecha del pago, y la suma de mil dos dólares de la misma República por concepto de costas; ampara su solicitud en lo dispuesto por el artículo dos mil ciento dos del Código Civil y artículo mil ciento cincuentiséis del Código de Procedimientos Civiles, y acompaña la documentación correspondiente; corrido traslado de la solicitud de exequatur, el emplazado don Pedro absuelve el trámite, solicitando se declare infundada la solicitud por las consideraciones que aparecen en dicho escrito; que habiendo emitido dictamen el señor Fiscal Superior a fojas doscientos cuatro, ha llegado la oportunidad de pronunciar resolución; y CONSIDERANDO que conforme lo establece el artículo dos mil ciento dos del Código Civil, las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en el Perú la fuerza que les conceden los tratados respectivos, y si no hay tratado, tienen éstas la misma fuerza que en el País respectivo se da a las sentencias pronunciadas por Tribunales peruanos, es decir, que exista reciprocidad; que para este efecto, el artículo dos mil ciento tres del Código acotado señala que no tiene fuerza en la República las sentencias procedentes de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los Tribunales peruanos o de aquellos donde se revisan, en el fondo, dichos fallos; que en el presente caso las partes no discuten el que no exista tratado entre las Repúblicas del Perú y de Singapur, por lo que debe recurrirse a la reciprocidad internacional; que ha quedado demos-

trado con la Declaración Oficial de los abogados de Singapur (...) del veintiséis de enero de mil novecientos noventauno, punto catorce, corriente a foja ocho y siguientes, que las Cortes de la República de Singapur han adoptado como práctica reconocer y hacer cumplir la totalidad de sentencias pronunciadas por Tribunales extrajeros sin revisar el mérito de la materia previamente juzgado por la Corte foránea, con lo que queda demostrada la existencia de reciprocidad legislativa que el emplazado, a pesar de cuestionar la declaración oficial mencionada, no ha llegado a desvirtuar su mérito, teniendo en cuenta que si dicha parte pretende restarle validez recae sobre ella la carga de la prueba correspondiente; que en épocas actuales de gran intercambio entre las naciones, resulta de interés nacional el viabilizar entre Estados el reconocimiento de sus sentencias, dentro de cuya perspectiva nuestros tribunales deben dar trato adecuado a las sentencias de los tribunales extranjeros, siempre que reúnan los requisitos del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil, y en caso de no existir precedentes que demuestran una reciprocidad jurisprudencial de una sentencia de un tribunal peruano, establecer el primer caso que permita en lo sucesivo recibir el mismo trato de los tribunales extranjeros; (...); que ha quedado probado con las Declaraciones Oficiales de los citados abogados de Singapur del veintiséis de enero de mil novecientos noventauno y del primero de agosto de mil novecientos noventauno, y de la legislación que las respalda, que los tribunales de Singapur eran competentes para conocer de dicha acción de acuerdo con su propia legislación por haberse presentado más de uno de los elementos para determinar dicha competencia que también ha quedado probado con dichas Declaraciones Oficiales, documentación y legislación adjunta a la misma, que el demandado fue citado conforme a ley de la localidad del proceso, así como que se le ha concedido un plazo razonable para comparecer y que se le han otorgado garantías procesales para defenderse, y que la sentencia del diecisiete de junio de mil novecientos ochentisiete tiene autoridad de cosa juzgada que por último, no se ha acreditado la existencia de las circunstancias impeditivas que prevén los incisos quinto, sexto, y sétimo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil; que por consiguiente, la sentencia pronunciada por los tribunales de la República de Singapur materia de este procedimiento de exequatur debe ser reconocida por los tribunales del Perú; (...); por estas consideraciones y conforme con lo dictaminado por el señor Fiscal Superior a fojas doscientos cuatro; DECLARARON FUNDADA la solicitud de fojas ciento veintitrés, en consecuencia reconózcase con fuerza en la

República la sentencia expedida en Singapur de fecha dieciséis de junio de mil novecientos ochentisiete, recaída en el proceso seguido por Juan con Pedro y para los fines de la reciprocidad a que se refiere la ley; MANDARON que copia de esta resolución, de quedar consentida, se remita al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de registrar como precedente; archivándose por Secretaría en su oportunidad.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Sala Civil de la Corte Suprema de la República ha resuelto:

EXPEDIENTE: N° 299-93

Lima, diecisiete de setiembre de mil novecientos noventitrés

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal, por los fundamentos pertinentes de la recurrida; y, CONSIDERANDO además: que mediante el procedimiento judicial para la homologación de sentencias extranjeras; cuya finalidad está en darle al fallo fuerza ejecutiva en el Perú; no se requiere sino la concurrencia de determinados presupuestos que la ley peruana exige, sin revisar el fondo de la sentencia a homologar; que la prueba de reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa y en tal sentido es la falta de reciprocidad la que corresponde ser acreditada y no al contrario; que por lo expuesto, DECLARARON: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos cuarenta y uno, su fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, que declara FUNDADA la solicitud de exequatur de fojas ciento veintitrés; y en consecuencia, que se reconozca con fuerza en la República del Perú la sentencia de la Alta Corte de la República de Singapur de fecha dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y siete; con lo demás que contiene, condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; en los seguidos por don Juan con Pedro, sobre exequatur, y los devolvieron.

III. LA ILEGALIDAD DE LAS SENTENCIAS.

El art. 2104 del Código Civil establece con toda precisión cuáles son los requisitos para que una sentencia extranjera sea reconocida en nuestro país y pueda ser ejecutada. Ninguno de los ocho requisitos que establece el Código Civil fueron probados por nuestro personaje Pedro en el proceso de exequatur. Las únicas pruebas que se presentaron en cuanto al cumplimiento de los requisitos del exequatur fueron las «Declaraciones Oficiales» a las que nos referimos antes².

En este sentido, la Corte Suprema, confirmando el fallo de la Corte Superior, reconoció como eficaz en nuestro país una sentencia extranjera, sin haber verificado que se cumplan los requisitos del artículo 2104 del Código Civil, y creyendo en el dicho de abogados extranjeros que afirmaron que todos estos requisitos se habían cumplido.

Es verdad que en algunos países existen normas que autorizan a los abogados y a algunos funcionarios a dar fe sobre la vigencia de normas. Sin embargo, en el presente caso no sólo existe ausencia de prueba sobre la existencia y los alcances de la norma que en Singapur autorizaría a los abogados a emitir «Declaraciones Oficiales», que en el mejor de los casos constituirían en nuestro país testimoniales mal actuadas, sino que la Corte le dio a estas manifestaciones pleno valor probatorio.

De esta forma, se violaron los artículos 2052 y 2053 del Código Civil, que disponen indirectamente que el Juez debe tener certeza sobre la existencia y vigencia de la Ley extranjera que va a aplicar. En el presente caso, el Juez aceptó como cierta la manifestación de parte según la cual existe una ley en Singapur que autoriza a los abogados a emitir «Declaraciones Oficiales». Si la Corte hubiera tenido conocimiento de la ley extranjera por otra fuente que le diera certeza sobre su vigencia y alcances, ésta no fue invocada en sus considerandos, lo cual nos obliga a descartar esa hipótesis³.

² Si se probó o no en el proceso de exequatur el cumplimiento de los requisitos que exige la ley peruana, evidentemente es un asunto que sólo puede observarlo con absoluta certeza quien revisa el expediente judicial. Es decir, para efectos de estos comentarios se debe asumir como cierto que efectivamente no se probaron los referidos requisitos. Por lo demás, de los considerandos de las sentencias se extrae que la decisión judicial se ampara fundamentalmente en las llamadas "Declaraciones Oficiales".

³ Al respecto, puede verse de María del C. Tovar Gil y Javier Tovar Gil, Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima 1987. p. 140.

Merece especial mención por su flagrancia, el asunto referido al requisito de la «reciprocidad», exigido por el Código Civil para el reconocimiento de sentencias extranjeras. La reciprocidad significa que para que un fallo extranjero sea reconocido en el Perú, las sentencias expedidas por nuestros Tribunales también deben ser reconocidos o susceptibles de reconocerse en el país de donde proviene la sentencia que pretende ser reconocida.

Según lo dispone el artículo 2104, inciso 8 del Código Civil, «para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103: que se pruebe la reciprocidad». Quien tiene la carga de la prueba de que la reciprocidad se cumpla es quien pretende hacer reconocer una sentencia extranjera, conforme se desprende del texto de la norma transcrita y de lo que señala la ley procesal sobre la carga de la prueba. En efecto, el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles y el artículo 188 del Código Procesal Civil consignan el principio según el cual quien alega un hecho debe probarlo⁴.

A pesar de la claridad de lo dispuesto por la norma del Código Civil y las normas procesales sobre la prueba, la Corte Suprema concluyó «...que la prueba de la reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa y en tal sentido es la falta de la reciprocidad la que corresponde ser acreditada y no al contrario...». Para la doctrina procesal, la prueba negativa se da «en el caso de que el supuesto de hecho de una norma a exponer por el obligado a probar contenga un elemento negativo»⁵. Así, de acuerdo con el concepto de prueba negativa, no es concebible sostener que el reconocimiento en el extranjero de sentencias peruanas constituya un hecho negativo. Todo lo contrario, el hecho negativo lo constituye la falta del reconocimiento o la inexistencia de normas que posibiliten el mismo, con lo cual es el demandado en el juicio de exequatur quien se encuentra en dificultades para probar que no existe reciprocidad.

En conclusión, la comentada es una sentencia ilegal, pues su mandato trasgrede normas imperativas.

Existe una corriente de pensamiento muy fuerte que en aras de la integración internacional, propicia la flexibilización de los requisitos para el reconocimiento de sentencias extranjeras. Precisamente recogiendo esta tendencia, sobre cuyos fundamentos no es del caso pronunciarnos, el Código Procesal Civil ha invertido la carga de la prueba en el tema de la reciprocidad para los procesos que se inicien durante su vigencia.

IV. LA RESPUESTA DEL DERECHO.

Lamentablemente, sentencias como la comentada (violatorias de la Ley) no son excepciones en la historia judicial de nuestro país. Precisamente por esta razón, resulta de prioritaria importancia descubrir si el Derecho tiene algo que decir al respecto.

Las consecuencias de la expedición de fallos judiciales definitivos violatorios de la ley, son tan graves que inevitablemente involucran derechos constitucionales. Por ello creemos que las Garantías Constitucionales significarán una aproximación a la solución de este problema.

En efecto, en todo asunto de carácter patrimonial se encuentra involucrado el derecho fundamental de propiedad y en los asuntos extrapatrimoniales, de una u otra manera también se encuentran comprendidos derechos constitucionales. En suma, resulta difícil que en las relaciones sociales de cualquier índole, de donde se desprenden las relaciones jurídicas, no se encuentre presente algún derecho constitucional.

En este sentido, resulta pertinente examinar las Garantías Constitucionales que precisamente están llamadas a proteger derechos fundamentales contra los actos de cualquier autoridad. Estas garantías se encuentran recogidas en el artículo 200 de la Constitución y son el Habeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Habeas Data y la Acción de Cumplimiento. Cada una de estas garantías tiene más o menos definidos sus alcances de protección a los derechos fundamentales.

Para no terminar apartándonos completamente del examen de las sentencias transcritas, nos

⁴ El artículo 2014, inciso 8 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 838 del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768), pues el nuevo ordenamiento procesal establece una presunción a favor de la reciprocidad, lo que determina que la carga de la prueba se invierte a favor del demandante del exequatur. Al proceso que culminó con las sentencias que comentamos no le es aplicable el Código Procesal Civil, pues éste se inició antes de la vigencia del referido Código (Quinta Disposición Transitoria del D. Leg. 768).

⁵ KISCH, W. Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940. p. 202.

ocuparemos únicamente de la Acción de Amparo, como mecanismo procesal de defensa de derechos patrimoniales. Hubiera sido interesante tratar también la Acción de Cumplimiento, pero razones de espacio nos lo impiden.

Inicialmente, es importante referirnos a los Derechos Constitucionales protegidos por la Acción de Amparo e involucrados en las sentencias que comentamos. Tal vez el más importante de éstos es el derecho al debido proceso. Como señala el maestro Héctor Fix-Zamudio, «el Debido Proceso Legal, derecho de audiencia o de defensa en juicio, esto es, la Tutela Judicial Efectiva, comprende en sus aspectos procesales numerosas instituciones. Pero también abarca aspectos sustantivos, puesto que como lo han sostenido las Cortes Supremas de Estados Unidos y de Argentina, la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada»⁶.

El derecho al debido proceso se encuentra recogido en el art. 139, inciso 3 de la Constitución, el mismo que establece que «son principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional». De acuerdo con la definición de Fix-Zamudio, el derecho fundamental al debido proceso se vería afectado cuando se expiden resoluciones judiciales violatorias de normas elementales de procedimiento o cuando el resultado del proceso, la sentencia, resulta ser groseramente injusta o irrazonable. Debemos, sin embargo, admitir que existe un importante sector de la doctrina que limita este derecho únicamente al necesario cumplimiento de mecanismos procesales mínimos que aseguran la defensa en juicio de las partes.

La Constitución establece que procede la Acción de Amparo contra la violación o la amenaza de violación de derechos constitucionales provenientes de cualquier autoridad. Específicamente, el artículo 200, inciso 2 de la Constitución de 1993, prescribe que «son garantías constitucionales: la Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los

demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular»⁷.

La Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo), establece en su artículo 6, inciso 2, que no proceden las acciones de garantía contra resoluciones emanadas de procedimiento regular. En principio, esta norma y la que ahora tiene rango constitucional, parecen frustrar la respuesta del Derecho contra resoluciones judiciales violatorias de la Ley.

Ha resultado difícil conciliar las opiniones de la doctrina nacional respecto de los alcances de esta prohibición. Empero, existe cierto consenso en la afirmación de que la prohibición no alcanza a aquellas resoluciones judiciales que se hubieren expedido con violación del derecho al debido proceso. Ahora bien, también parece existir consenso en darle a este derecho el contenido de las Garantías de la Administración de Justicia que consagra la Constitución, (artículo 139, de la Constitución)⁸.

De las normas constitucionales que desarrollan las Garantías de la Administración de Justicia se puede interpretar que un procedimiento irregular no es únicamente aquél en el que no se han considerado las normas procesales mínimas, sino todo aquel procedimiento en el que la apreciación del Derecho es desviada en desmedro de las garantías procesales de las que gozan todos los justiciables. La norma del artículo 139 de la Constitución, al igual que su antecedente artículo 233 de la Constitución de 1979, consagra no sólo garantías para la observancia de normas procesales, sino también aquellas referidas a normas sustantivas. Así tenemos por ejemplo la norma que establece el principio de la aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda, o la que establece la prohibición de aplicar por analogía la ley penal y la de revivir procesos fenecidos, entre otras.

Señala Fix-Zamudio que las garantías del debido proceso significan que los ciudadanos tienen

⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial: Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas*. UNAM, México, 1986. p. 29.

⁷ El artículo 24 inciso 22 de la Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo) establece que la Acción de Amparo procede en defensa de los derechos constitucionales no protegidos por otras garantías. De esta forma se comprende dentro de sus alcances de protección el derecho al debido proceso.

⁸ Al respecto, puede verse: Zubiate A., Fernando. *Acción de Amparo*. Cultural Cuzco. Lima, 1985, p. 39 y siguientes.

derecho a que en el cumplimiento de la función jurisdiccional, el Estado observe reglas mínimas que garanticen un resultado justo⁹. Estas reglas mínimas no deberían limitarse a las normas de procedimiento excluyendo a las normas sustantivas, pues como vimos, el debido proceso comprende también a estas últimas. Además, no existe razón para distinguir entre unas y otras reglas con miras al objetivo que se pretende.

¿Por qué la inobservancia de una norma procesal habilitaría la acción de garantía contra una resolución judicial y no ocurriría lo mismo respecto de la inobservancia de normas sustantivas? Incluso en este último caso, las consecuencias podrían ser mucho más graves. Veamos un ejemplo: si los jueces aplican una norma que resulta ser evidentemente inaplicable como es el caso de una norma derogada expresamente por otra, o una norma que regula un supuesto distinto del que es materia de apreciación, o si no se toma en cuenta una norma imperativa, el resultado del razonamiento legal será evidentemente injusto.

Es cierto que la interpretación jurisprudencial constituye la versión oficial del Derecho y que, nos agrade o no, debemos, en principio, aceptarla. Sin embargo, esto no convalida una resolución judicial que contiene una apreciación groseramente injusta o errada. Existen ciertos márgenes dentro de los cuales puede ubicarse la decisión de los jueces; estos son los márgenes de lo razonable.

De ninguna manera, el estar investidos de jurisdicción faculta a los jueces a decidir o resolver las cuestiones que se someten a su consideración de espaldas a la Ley. Es en estos casos cuando deberían estar habilitadas las acciones de garantía para defender los derechos que se ven afectados.

De otro lado, como consecuencia de la violación del derecho al debido proceso, el mandato de la sentencia expedida es ilegítima, por lo que será ilegítima también la afectación de derechos que se deriven de su ejecución. En el caso que comentamos, la sentencia ordena pagar una cantidad de dinero a Pedro, lo que constituye una ilegítima

afectación a su derecho de propiedad.

Volviendo sobre la procedencia del Amparo contra resoluciones judiciales, dice el maestro Burgoa que «...el juicio de amparo se traduce en un medio de control de la legalidad sustantiva y de la legalidad procesal, para enmendar los errores in judicando e in procedendo, que se hubiesen concluido en los juicios civiles, penales, administrativos y de trabajo»¹⁰. Más adelante agrega el mismo Burgoa que «...las violaciones sustanciales en que puede incurrir una sentencia definitiva en sí misma, se traducen en la indebida aplicación de leyes sustantivas o adjetivas para dirimir la controversia materia del juicio correspondiente. Las infracciones a leyes adjetivas que en tales casos pueden cometerse, generalmente se registran al realizarse la apreciación probatoria, violando las normas que rigen la valoración de las probanzas u omitiendo los análisis de éstas, como se ve, el amparo se ostenta como un verdadero medio extraordinario de control de la legalidad de dichas resoluciones, coincidiendo en su teleología con el recurso de casación...»¹¹.

Contra la procedencia del amparo por violaciones emanadas de sentencias judiciales, se ha dicho que esa posibilidad contraría la seguridad jurídica que debe estar presente en los fallos definitivos. Sin embargo, la seguridad jurídica es un valor que debe considerarse al lado de otro no menos importante, quizá superior: LA JUSTICIA.

«Así, por sobre el valor seguridad jurídica se procura salvaguardar otro valor hacia el que también apunta el derecho: la justicia. ¿Pues por qué, si en un juicio civil se imponen servicios personales obligatorios y sin la debida retribución, se da efecto retroactivo a alguna ley, se reduce a prisión a alguna persona por deudas de carácter civil... o se ataca, en fin cualquier otra garantía consignada en la Constitución,... han de carecer los ofendidos del recurso que los protege?»¹².

Señala Samuel Abad, al referirse a las tesis sobre la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, «la justicia y la seguridad jurídica son va-

⁹ Fix-Zamudio. Loc Cit.

¹⁰ BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa. México, 1943. p. 661.

¹¹ Ibid. Loc. cit. p. 663.

¹² MEJIA, Miguel. No hay lugar al recurso de amparo en negocios judiciales, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 85-86, enero-junio. p. 265.

lores que frecuentemente se encuentran en conflicto y hacia ellos apunta el Derecho. Es por eso que sostenemos que cualquier posición por la que se opte no será carente de razonabilidad ni fundamento pues cada una posee validez suficiente. Por lo tanto, la única capaz de decidir cual tesis acoger debe ser la Constitución de un País...»¹³.

Nuestra Constitución no es clara en este tema, lo único «claro» es que se permite el amparo contra resoluciones emanadas de procedimientos IRREGULARES. Creemos que es jurídicamente válido que se comprenda dentro de este concepto a las sentencias violatorias de la ley y que consecuentemente violan el derecho al debido proceso legal y otros derechos. Somos conscientes de la gran responsabilidad que esta interpretación otorgaría a los jueces que conocerán de las acciones de amparo contra sentencias, también de los peligros, pero ello no justifica que, ante

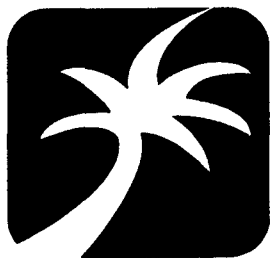
sentencias groseramente injustas, el derecho no tenga respuesta adecuada¹⁴.

Finalmente, aun cuando se concluya que no es procedente el amparo en los casos que hemos comentado, quedaría expedita la acción de daños y perjuicios contra los jueces que dictaron la sentencia ilegal. Esta es otra respuesta del Derecho regulada en el Código Procesal Civil (artículo 509 y ss del D. Leg. 768), según el cual el juez que comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado, es civilmente responsable por los daños que ocasione. Obviamente, conseguir la indemnización por los daños causados mediante sentencia no es igual que conseguir que la sentencia violatoria no tenga efectos; pero es un avance significativo¹⁵.

¹³ ABAD Y., Samuel. La acción de amparo contra sentencias: ¿una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada? En: THÉMIS - Revista de Derecho N° 2, Segunda Epoca, 1984, Lima, p. 31.

¹⁴ Creemos que para ser coherentes con una posición negativa frente al amparo contra sentencias, tendría que negarse también esa posibilidad aun cuando la sentencia sea violatoria de normas procesales mínimas, pues también en ese caso la revisión del fallo constituye un altercado contra la seguridad jurídica.

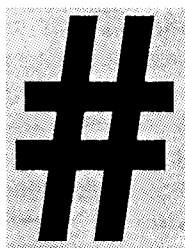
¹⁵ El pie de página nos permite hacer otro comentario final. Tanto en el juicio de responsabilidad contra jueces como en la acción de amparo contra sentencias, si concluimos que ésta procede, de nada servirá que la Constitución y la Ley le otorguen al Derecho una respuesta frente a la injusticia, si los jueces que conocerán de estos asuntos no asumen en toda su magnitud la responsabilidad de revisar los fallos de sus colegas.



Palmas del Espino S. A.

Ofrece Aceite de Palma y Palmiste para la Industria de Productos grasos y jabonería. Entregamos en planta de clientes.

Pedidos al Teléfono: (054 - 14) 28-8000 - Fax: (054 - 14) 31-4037 - Lima - Perú



En 1992 ARGOS S.A. - Sociedad Agente de Bolsa - se consolidó como la empresa # 1 del Perú, en este importante sector de la economía y finanzas nacionales en el que participan otras veintisiete sociedades similares.

Igualmente, en 1992 ARGOS S.A. fue líder en privatización a través de la efectiva intermediación que ejerció en la adquisición de importantes paquetes accionarios de empresas estatales, en la Bolsa de Valores de Lima.

Ambos hechos, sumados a la indeclinable decisión de prestar el mejor servicio, nos consolida como líderes en esta actividad. Y todo ello fue posible merced a la confianza del público, a las medidas económicas que estimulan la actividad bursátil, y al decidido concurso de todos y cada uno de nuestros funcionarios y empleados.

Mención aparte y específica merecen cada uno de nuestros Clientes, quienes al depositar en nosotros su confianza han hecho posible que seamos # 1.

A todos, muchas gracias!

Seguimos trabajando con fe en el futuro del Perú.



Somos un Nombre de Capital Importancia Para Usted

Jr. Carabaya 420 2do. Piso Lima 1 - Perú Teléfonos 28-1304, 30-2095, 31-5448, 31-5242 Fax: 30-2096

FORUM: REFORMAS TRIBUTARIAS DE 1994

Con motivo de la promulgación de las leyes que regulan el Nuevo Sistema Tributario Nacional, THĒMIS - Revista de Derecho realizó en el mes de marzo pasado el Fórum «Las Reformas Tributarias de 1994», el que se desarrolló en tres sesiones, los días 8, 9, y 10 en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima, contando con la masiva participación de abogados, estudiantes y público en general. En el fórum contamos con la participación de los doctores Humberto Medrano Cornejo, Luis Hernández Berenguel, Armando Zolezzi, César Luna Victoria, Carmen Padrón y Julio Fernández Cartagena, todos ellos reconocidos tributaristas, quienes ofrecieron a los asistentes una visión integral sobre las recientes reformas y sus implicancias prácticas.

NOCHE DE GALA

El 28 de abril pasado se llevó a cabo la noche de gala organizada por la Mesa Directiva del Centro Federado de Estudiantes de Derecho en homenaje a los 75 años de fundación de la Facultad de Derecho, contando con la participación de Eva Ayllón y otros destacados artistas nacionales y grupos artísticos de la universidad, quienes deleitaron con sus interpretaciones al público asistente.

HOMENAJE A LOS EX-DECANOS DE DERECHO

Dando inicio a las celebraciones oficiales por los 75 años de fundación de la Facultad de Derecho, el 29 de abril pasado se realizó la ceremonia de homenaje a los ex-Decanos de Derecho.

Esta emotiva ceremonia se inició con una misa concelebrada por el Obispo Auxiliar de Lima, Monseñor Oscar Alzamora, el R.P. Felipe E. Mac Gregor y el R.P. Armando Nieto Vélez. A continuación, el Decano de la Facultad de Derecho, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, dirigió unas palabras de reconocimiento a la ardua y fructífera labor desarrollada por los ex-Decanos de la Facultad en beneficio de miles de abogados que han egresado de estas aulas. Seguidamente, les impuso medallas en mérito a esa labor, las que agradeció en nombre de los homenajeados el doctor Jorge Avendaño Valdez. El discurso de orden estuvo a cargo del doctor Fernando de Trazegnies Granda, quien resaltó la importante labor educativa desempeñada a lo largo de estos 75 años, así como la

trascendencia de la Facultad en la historia de la Universidad y del país. Finalmente, el Rector de la Universidad, ingeniero Hugo Sarabia Swett, dirigió el discurso de clausura de este acto central conmemorativo.

INCORPORACION DE NUEVOS MIEMBROS AL IDEI Y PRESENTACION DE LA REVISTA AGENDA INTERNACIONAL

El 5 de mayo, en el Auditorio de Humanidades de nuestra casa de estudios, el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú realizó la ceremonia de Incorporación de los Miembros Honorarios y Miembros Asociados. En la misma, tuvo lugar la presentación del primer número de la Revista «Agenda Internacional», publicación académica semestral que tiene por objeto propiciar el análisis multidisciplinario, la difusión de ideas y el debate alturado en torno a temas internacionales de trascendencia para el Perú.

THÉMIS - Revista de Derecho felicita sinceramente los esfuerzos de los especialistas que dirigen esta nueva revista y les desea el mayor de los éxitos en el futuro.

CLASE MAGISTRAL SOBRE NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

Gracias a la desinteresada gestión del Dr. Baldo Kresalja, miembro del Comité Consultivo de THÉMIS - Revista de Derecho, el día 19 de abril pasado, el Dr. Alberto Berkovitz, profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, dictó una clase magistral en la que desarrolló las nuevas tendencias en el Derecho Mercantil Español.

Esta sesión, organizada por nuestra publicación dentro del marco de actividades conmemorativas de nuestros 10 años de labor ininterrumpida de difusión del Derecho, contó con la entusiasta participación del alumnado de nuestra facultad y con la presencia de altos funcionarios del INDECOPI.

PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA

Limitaciones al Contenido Salarial de la Negociación Colectiva

Dr. Javier Dolorier Torres

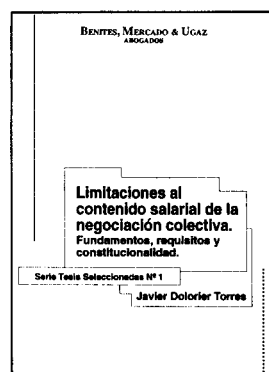
"...este estudio contiene la más completa y profunda reflexión que se produce en nuestro medio sobre este tema."

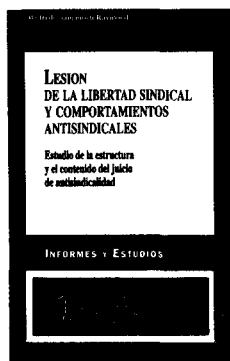
BM
U

FONDO
EDITORIAL

Javier Neves

Serie Tesis Seleccionadas





**SANGUINETI RAYMOND,
WILFREDO**

**Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
España**

**LESION DE LA LIBERTAD
SINDICAL Y COMPORTA-
MIENTOS ANTISINDICALES**
*Estudio de la estructura y el
contenido del juicio de
antisindicalidad*

Madrid: Centro de Publicaciones
del Ministerio de Trabajo y Se-
guridad Social, 1993, 272 pp.

Contenido:

Capítulo 1. La Tutela de la Li-
bertad Sindical y la Introduc-
ción de la Noción de «Con-
ducta Antisindical»

Capítulo 2. La Atipicidad Es-
tructural de las Conductas
Antisindicales

Capítulo 3. El Bien Protegido:
los derechos de la Libertad
Sindical

Capítulo 4. Los Comporta-
mientos Lesivos de los Dere-
chos de la Libertad Sindical:
Delimitación Jurídica del Su-
puesto de Hecho

En 1988, el Dr. Wilfredo Sanguinetti publicó el libro «El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo». En este libro, realizado sobre la base de la tesis de Bachiller con la que obtuvo la mención de Sobresaliente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se analizaba la naturaleza jurídica de la llamada «presta-

ción autónoma de servicios» y su relación con otros dos tipos contractuales que le son próximos: el contrato de obra y el contrato de trabajo. Una de las conclusiones centrales de la obra propugnaba la inexistencia de la figura contractual de una prestación no subordinada de servicios, constituyendo su regulación en el Código Civil una peligrosa vía para incluir dentro de este ámbito contratos de naturaleza eminentemente laboral. Estas ideas causaron gran discusión y hasta hoy día son motivo de reflexión e interés en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

En circunstancias algo diferentes de las que rodearon su primer trabajo, una nueva obra del autor ha salido a la luz recientemente. El libro que reseñamos se basa en la Memoria que, para la obtención del grado de Doctor, fue dirigida por el Profesor Doctor Manuel-Carlos Palomeque López y defendida en 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca ante un Tribunal formado por los Profesores Doctores D. Luis Enrique de la Villa Gil, D^a María Emilia Casas Baamonde, D. Antonio Baylos Grau y D. Cándido Rodríguez Verástegui, el cual le otorgó por unanimidad la calificación de apto «cum laude», la máxima calificación académica para trabajos de investigación. Más tarde, en 1992, esta misma investigación obtendría el Premio «Trabajo y Seguridad Social 1992» para tesis doctorales, dotado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España. Precedido de tan importantes distinciones, el libro fue publicado en 1993.

El estudio se centra en el Título V de la Ley Orgánica de Libertad Sindical española, relativa a la tutela de la libertad sindical y la represión de conductas antisindicales, como mecanismo

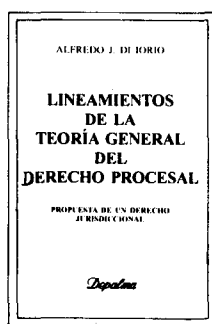
destinado a salvaguardar este derecho, que el ordenamiento español reconoce como fundamental. El autor parte de un esquema de trabajo elaborado con certeza y precisión, utilizando un hilo conductor claro que hace que el lector siga la línea del trabajo, pese a las profundizaciones y los subanálisis necesarios.

De esta forma, se analiza primero el sistema infraconstitucional español de protección de la libertad sindical, poniendo principal interés en un ámbito procesal denominado «el proceso de protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona» como un mecanismo de tutela de la libertad sindical. Estudiado este punto, pasa luego a asumir un concepto de «conducta antisindical» a partir de su ámbito subjetivo (los sujetos que forman parte del comportamiento antisindical) y de su ámbito objetivo (los comportamientos lesivos de los derechos de libertad sindical), determinando los factores que contribuyen a la «multiformidad» de los actos antisindicales, esto es, las condiciones precisas que originan la gran variedad de formas por las cuales este fenómeno suele presentarse. A continuación, revisa las características de los derechos de libertad sindical (el bien jurídico protegido), para finalmente proponer una forma de análisis de los comportamientos lesivos de los derechos de libertad sindical, profundizando en el concepto de «lesión» y su carácter de «perjuicio antijurídico inferido a la autotutela colectiva».

En el prólogo del libro, el Dr. Manuel-Carlos Palomeque, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca, señala las excelencias de la investigación, los reconocimientos académicos y editoriales que ésta ha recibido y la consagración

del autor como «un profesor experimentado y maduro a pesar de su juventud, y con un puesto seguro dentro de la doctrina laboralista más acreditada». La obra y trayectoria del Dr. Sangüinetti -hoy también profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca- constituyen ya, pese a su brevedad, un referente y un ejemplo para los jóvenes laboralistas peruanos, y a la vez un motivo de satisfacción y orgullo para todo el foro nacional.

Javier Ricardo Dolorier Torres



DI IOIRIO, ALFREDO J.

**LINEAMIENTOS DE LA
TEORÍA GENERAL DEL
DERECHO PROCESAL**
*Propuesta de un derecho
jurisdiccional*

Buenos Aires: Depalma, 1994,
108 pp.

Contenido:

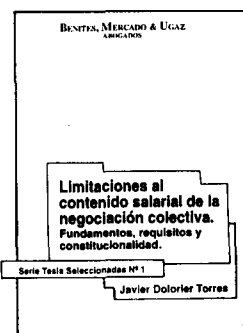
Capítulo 1. El Derecho Procesal
Capítulo 2. La Jurisdicción
Capítulo 3. La Acción y las Pretensiones
Capítulo 4. El Proceso
Capítulo 5. El Derecho Jurisdiccional

Este libro, más que un trabajo dedicado a la especulación teórica, es un esfuerzo de docencia que tiende a simplificarle al lector la comprensión de los pilares dogmáticos tradicionales de la Teoría General del Proceso.

En palabras del propio autor: «La intención que ha motivado el libro es la de hacer una obra para los alumnos que cursan Derecho Procesal. Constituye lo que serían las cinco primeras bolillas de un programa de la materia»

En tal sentido, el autor desarrolla de manera integral, evitando el resumen, diversas teorías que no guardan necesariamente conexión entre sí: tanto instituciones como el contenido y la evolución histórica del Derecho Procesal; la Jurisdicción; el Derecho de Acción y la Pretensión Procesal; el Proceso, su naturaleza, fines y funciones; y, finalmente el Derecho Jurisdiccional.

El doctor Di Iorio, dentro de la línea doctrinal encabezada por Juan Montero Aroca, Profesor de la Universidad de Valencia, propone que el estudio del Derecho Procesal debe orientarse hacia un Derecho Jurisdiccional, donde la jurisdicción es el tema central de la materia, estudio de naturaleza interdisciplinaria y que trasunte un profundo contenido democrático.



DOLORIER TORRES, JAVIER
**Asistente de Docencia de
Derecho Laboral**
**Pontificia Universidad Católica
del Perú**

**LIMITACIONES AL CONTENIDO
SALARIAL DE LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA**
*Fundamentos, Requisitos y
Constitucionalidad*

Lima: Benites, Mercado & Ugaz, 1994, 332 pp.

Contenido:

Capítulo 1. Marco General de la Autonomía Colectiva en la Constitución Peruana de 1979
Capítulo 2. Intervención Estatal en el Contenido Salarial de la Negociación Colectiva
Capítulo 3. Doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT Respecto de las Políticas de Limitaciones Salariales a la Negociación Colectiva
Capítulo 4. Estudio de dos Experiencias de Limitaciones al Contenido Salarial de los Convenios Colectivos. El Proceso Europeo y el Caso Peruano

El libro que hoy reseñamos se publica dentro de la serie «Tesis Seleccionadas» -una nueva aventura editorial- y es el fruto de una investigación que el autor realizó para elaborar la tesis con la que obtuvo el título de Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y a la que el jurado le otorgó por unanimidad la mención de sobresaliente.

A lo largo de sus páginas, se analiza la compleja y dialéctica relación entre la voluntad estatal y la autonomía colectiva, a partir de los conflictos que surgen entre sus manifestaciones principales: la ley y el convenio colectivo, en una coyuntura especial de crisis económica que habilita al Estado a intervenir restringiendo o limitando el derecho a la negociación colectiva de los protagonistas sociales. El autor propone un método de estudio para la determinación de la constitucionalidad de las medidas de restricción salarial sobre la base de tres preguntas centrales: ¿cuáles son los fundamentos constitucionales que justifican una intervención restrictiva del derecho a la negociación colectiva?, ¿cuáles son los concretos

instrumentos consensuales y unilaterales con los que cuenta el Estado para intervenir en la autonomía colectiva?, y ¿qué estrictos requisitos deben cumplirse para que la norma estatal no afecte el contenido esencial de la negociación colectiva?

La obra contiene reflexiones acerca de la naturaleza jurídica y la trascendencia del derecho a la negociación colectiva en nuestro ordenamiento constitucional, un estudio sistematizado de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre la intervención estatal en la negociación colectiva, la descripción de dos experiencias internacionales de limitaciones salariales consensuadas y un completo balance de lo que ha sido la política salarial en el Perú desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 hasta la actualidad.

Todo el esquema conceptual gira alrededor de una problemática de gran interés en las discusiones laborales en la actualidad, cual es la presencia de un conflicto de intereses. De esta forma, al interés general que el Estado encarna y que puede verse afectado en especiales circunstancias de crisis económica, se opone el interés particular de los protagonistas sociales de regular autónomamente sus intereses. Desde esta perspectiva, el autor propone una solución que pasa por cohonestar el interés general con el interés de los actores sociales.

HACIA UN NUEVO CODIGO CIVIL

La Constitución de 1993
y la deficiencia del
Código Civil de 1984 lo exigen

(Fragmento de la Tercera Edición del Libro
"Estado Olachea 1979-1993", en preparación)

MANUEL P. OLACHEA
1993

OLACHEA DU BOIS,
MANUEL PABLO

HACIA UN NUEVO CODIGO CIVIL

*La Constitución de 1993 y la
deficiencia del Código Civil de
1984 lo exigen*

Contenido:

Capítulo 1. El Código Civil (1984)
Capítulo 2. Definiciones, Antecedentes y Apreciación General
Capítulo 3. Título Preliminar
Capítulo 4. Acto Jurídico
Capítulo 5. Derecho de Familia
Capítulo 6. Derecho Sucesorio
Capítulo 7. Derechos Reales
Capítulo 8. Contratos
Capítulo 9. La Fe del Registro

En su libro, recientemente publicado, el distinguido jurista peruano Manuel P. Olachea du Bois hace un análisis de las principales instituciones contenidas en nuestro actual Código Civil, comentando los errores en que incurrió y proponiendo su inmediata derogación.

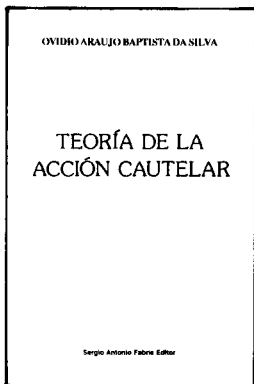
En palabras del autor: «El Código Civil de 1984 es una grave equivocación, tanto en su planteamiento general, como en su metodología y en su pretensión didáctica. Sus concepciones jurídicas, sociales y económicas, que tanto estiman sus autores, son erradas y caducas.»

El Doctor Olachea considera que sería un error redactar un nuevo Código Civil tomando como base el actual Código, pues las concepciones económicas y sociales que le daban sustento han sido hoy superadas. En sus propias palabras: «Quienes redacten el nuevo Código deben tener una concepción del Derecho civil acorde con los tiempos en que vivimos, adaptada en lo social y económico a la economía de mercado, a la protección

de la propiedad privada; a la autonomía de la voluntad en la contratación, con todas sus consecuencias; y a eliminar en todo el texto la innecesaria y perjudicial injerencia estatal que todo lo paraliza.»

Finalmente, el autor propone que se derogue de inmediato el Código Civil de 1984, por impracticable, y que se restablezca la vigencia del Código Civil de 1936, introduciéndole unas pocas modificaciones: «sería imperdonable prescindir del valioso Código Civil de 1936, injustamente derogado, cuyo articulado contiene la clásica y permanente doctrina del Derecho Civil que hoy, después de una época de extravío, ha recuperado toda su vigencia.»

La mayor parte del libro constituye un recorrido que intenta revelarnos los errores en que se incurrió al regular las más importantes instituciones a las que se refiere el actual Código Civil.



**ARAUJO BAPTISTA DA SILVA,
OVIDIO**
Profesor de Derecho Procesal
Civil
Universidad Federal de Rio
Grande do Sul, Brasil

**TEORIA DE LA ACCION
CAUTELAR**

Porto Alegre: Sergio Antonio
Fabris, 1993, 127 pp.

Contenido:

Capítulo 1. La acción cautelar como forma de tutela preventiva.
Capítulo 2. Proceso cautelar y procesos sumarios. Ejecución provisional e inhibitorias.
Capítulo 3. Autonomía de la tutela cautelar.
Capítulo 4. Seguridad de la ejecución y ejecución para la seguridad.
Capítulo 5. Derecho sustancial de cautela.

El presente ensayo constituye una reelaboración del estudio publicado en su primera edición como una introducción al volumen Comentarios ao Código de Processo Civil (1984), versión última que no ha sido publicada en portugués y que tiene por objetivo esencial difundir al lector de habla hispana los avances de la Doctrina brasileña en el campo del Derecho Procesal. En tal sentido, el trabajo es eminentemente introductorio al estudio del tema de la tutela cautelar.

En su análisis, el autor denuncia la desproporción entre la exigencia de efectividad de los derechos reclamados en el proceso y el anacronismo de muchas de nuestras instituciones procesales.

En palabras del Doctor Araujo, ello es debido a que el Derecho Procesal Civil tradicional presenta graves equívocos y presupuestos ideológicos, como por ejemplo las deformidades causadas por las corrientes «formalistas», enraizadas en el liberalismo que impregnó el nacimiento de esta rama del Derecho.

Como resultado del análisis, se nos presenta una serie de conclusiones que constituyen, a decir del autor, presupuestos para componer un concepto de tutela cautelar, entre las cuales destaca la sumariidad de la cognición,

la inminencia de un daño irremediable, la temporalidad de la tutela cautelar, la existencia de una situación cautelada capaz de ser identificada con un interés jurídicamente protegido, y la aceptación de la categoría de «sentencia de mandamiento».



**DE TRAZEGNIES GRANDA,
FERNANDO**
Profesor de Filosofía e Historia
del Derecho
Pontificia Universidad Católica
del Perú

**EN EL PAIS DE LAS COLINAS
DE ARENA**

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica,
1994, 2 tomos, 1238 pp. (661 pp.,
577 pp.)

Contenido (seleccionado):

Tomo I

Parte Primera: Las tribulaciones de un chino

Capítulo 6: Compraventa

Capítulo 10: Las islas guaneras

Capítulo 20: La fuerza de la ley

Tomo II

Parte Segunda: El Derecho Chinero

Título III: La contratación china

Parte Tercera: El Derecho y los hechos

Título Unico

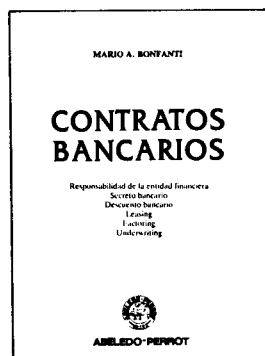
Capítulo 1: La modernidad y el Derecho

Capítulo 2: El poder y la vergüenza

Capítulo 3: Orden y desorden

En esta obra, producto de 18 años de intensa investigación, Fernando de Trazegnies realiza un análisis jurídico de la inmigración de los chinos culíes al Perú, producida entre 1848 y 1874. El mencionado análisis no constituye una mera desagregación cronológica de hechos jurídico-económicos, sino que humaniza «una parte importante de nuestra historia» al comprender también en el estudio las costumbres y el modo de vida de los protagonistas, así como el contexto normativo, político y económico de la época.

El trabajo, publicado en dos tomos, se divide en tres partes. La primera, titulada «Las tribulaciones de un chino», narra bajo la forma de novela las vicisitudes reales de los inmigrantes chinos, utilizando para ello un personaje ficticio: Kin Fo. La segunda parte, denominada «El Derecho chinero», intenta explicar las implicancias de la llegada de chinos culíes al Perú, desde la perspectiva del Derecho Contractual. Finalmente, la tercera parte, constituida por «El Derecho y los Hechos», es una reflexión sobre la esencia del Derecho y su carácter ordenador, la cual deviene ineludible cuando se ha reconocido en forma auténtica e integral nuestra propia historia.



BONFANTI, MARIO A.
CONTRATOS BANCARIOS

Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, 424 pp.

Contenido (seleccionado):

- Capítulo 1. Concepción del Derecho Bancario
- Capítulo 2. Responsabilidad de la Entidad Financiera
- Capítulo 4. Cuenta Corriente Bancaria
- Capítulo 5. Depósito Bancario
- Capítulo 7. Apertura de Crédito
- Capítulo 8. Anticipación Bancaria
- Capítulo 10. La Tarjeta de Crédito
- Capítulo 11. Leasing Mobiliario
- Capítulo 12. Factoring
- Capítulo 16. Fideicomiso
- Capítulo 17. Garantías Bancarias
- Capítulo 18. Underwriting

La actividad bancaria es, por la naturaleza de sus operaciones, una de las actividades económicas que más rápidamente experimenta cambios e innovaciones. Esta circunstancia representa un duro reto para los estudiosos del Derecho, quienes se ven en la necesidad de brindar con la misma celeridad soluciones jurídicas solventes y eficaces. Por eso se ha dicho, no con poca razón, que el Derecho Bancario es fundamentalmente un mecanismo jurídico, en el cual los aspectos técnicos son de alta relevancia, y que se caracteriza por su simplicidad, su rapidez y la urgencia de contar con debida seguridad en las relaciones que regula.

De acuerdo con esta visión, la obra del doctor Mario Bonfanti, ex-funcionario del Banco Central de la República Argentina, constituye más una visión pragmática del Derecho Bancario que un intento de teorización excesivo. Para citar palabras del propio autor: «He procurado tratar los diversos temas con criterio concreto: no creo en el "cientificismo" del Derecho Bancario y me inclino, mejor, hacia

un renovado pragmatismo en su enfoque».

El autor estudia con rigor una amplia gama de temas: la responsabilidad civil del banquero, el secreto bancario, los contratos bancarios modernos (leasing, factoring, underwriting) y el arduo problema de las garantías bancarias. El trabajo es de un valor excepcional, no sólo por ser el testimonio directo de un jurista vinculado de manera muy estrecha y personal con la banca, sino porque constituye una muestra de cómo el banco, a la vez que se afianza como «empresa», debe irse adecuando a las fuerzas de la imaginación y de la tecnología.



DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Tribunal de Honor de la Magistratura

EL CONTRATO EN GENERAL (II)

Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para Leer el Código Civil (Vol. XV), 1993, 3 tomos (IV 638 pp., V 534 pp. y VI 468 pp.).

Contenido:

Título V. Contratos Preparatorios
Título VI. Contratos con Prestaciones Recíprocas
Título VII. Cesión de Posición Contractual
Título VIII. Excesiva Onerosidad de la Prestación
Título IX. Lesión
Título X. Contrato en Favor de Tercero
Título XI. Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero
Título XII. Contrato por Persona a Nombrar
Título XIII. Arras Confirmatorias
Título XIV. Arras de Retracción
Título XV. Obligaciones de Saneamiento

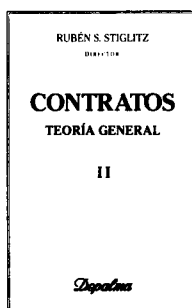
En abril del año pasado, con ocasión de celebrarse los cuarenticinco años de vida profesional del destacado maestro universitario Doctor Manuel De la Puente y Lavalle, THĒMIS - Revista de Derecho auspició un homenaje que se le tributó en el patio central de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en el cual estuvieron presentes autoridades universitarias, profesores y alumnos de nuestra Facultad.

En esa oportunidad, el Doctor De la Puente anunció su retiro de las aulas universitarias, que lo habían albergado durante tanto tiempo. A pesar de este apartamiento, tan sentido por los miembros de nuestra Facultad por las calidades personales y docentes del maestro, las nuevas generaciones pueden acercarse a su pensamiento a través de su vastísima obra bibliográfica, que honra al Derecho peruano y a nuestra Facultad en especial. Sus «Estudios sobre el Contrato Privado» dejaron en su momento honda huella en el

pensamiento jurídico nacional y, aún hoy, continúan suscitando debates, que no hacen sino reafirmar la vigencia de las ideas que el autor enunció en sus páginas.

El libro que ha editado recientemente el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, dentro de la prestigiada Biblioteca Para Leer el Código Civil, constituye la conclusión de la monumental labor exegética dedicada a la regulación general de los contratos en la legislación peruana, que el autor iniciara hace ya varios años. La obra aborda el tratamiento de cada uno de los artículos que conforman los Títulos V al XV, inclusive, de la sección Primera del Libro VII del Código Civil peruano. El autor aborda manifestaciones que pueden presentarse en el ámbito de la contratación privada, tales como los contratos preparatorios, los contratos con prestaciones recíprocas, los contratos en favor de tercero, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, entre otros.

La obra, sin duda alguna, pasará a ocupar un merecido lugar entre los clásicos de la Doctrina peruana y se convertirá, en breve lapso, en fuente de consulta indispensable para abogados y estudiantes de Derecho.



RUBEN STIGLITZ (Director)
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional De la
Plata, Argentina

CONTRATOS: TEORÍA GENERAL (II)

Buenos Aires: Depalma, 1993,
437 pp.

Contenido:

Capítulo 1. Nociones generales
Capítulo 2. Clasificaciones
Capítulo 3. Formación del contrato
Capítulo 4. Representación
Capítulo 5. Objeto y causa
Capítulo 6. Interpretación
Capítulo 7. Efectos de los contratos
Capítulo 8. Imprevisión contractual
Capítulo 9. Responsabilidad por vicios redhibitorios

La obra, dirigida por el Doctor Rubén Stiglitz, constituye una recopilación de ensayos sobre la materia contractual realizados por un grupo de distinguidos profesores de Derecho Civil de la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, entre los que destacan Gabriel Stiglitz, Carlos Echevesti, Hugo Taranto y Marcela Tranchini.

Con este segundo tomo, que hoy presentamos y que apareció en diciembre de 1993 en la República Argentina, se completa una labor dirigida al análisis exhaustivo y completo de diversos temas de la Teoría General de los Contratos, de los que deben mencionarse cuando menos la responsabilidad precontractual, los contratos previos a otros futuros o definitivos, la representación, la interpretación, la buena fe contractual, la imprevisión contractual y la responsabilidad por vicios redhibitorios.

El trabajo coordinado de los autores ha permitido configurar un volumen que, al igual que el primer tomo publicado en 1990 por la misma casa editorial,

guarda una gran coherencia teórica y refleja el avance de la Doctrina argentina en la intrínseca materia contractual, de amplio interés no sólo para aboga-

dos, sino también para quienes se desenvuelven en materias vinculadas con las ciencias económicas y administrativas.

RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS

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

THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados
Benites, Mercado & Ugaz, Abogados
Estudio Javier De Belaúnde & Asociados
Estudio Fernández, Portocarrero, Pando, Canelo & Asociados
Estudio Olaechea
Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados
Estudio Tuccio, Abogados
Duany, Kresalja, Indacochea, Abogados
Luis Echecopar García, Abogados

Lorenzo Zolezzi, Javier Neves, César San Martín, Hugo Forno, Alfredo Bullard,
Gastón Fernández Cruz, Humberto Medrano, Luis Hernández, Armando Zolezzi,
Julio Fernández-Cartagena, César Luna-Victoria, Carmen Padrón, Baldo Kresalja, César Benites,
Roger Yon, Hernán Lanzara, Jorge Danós, Javier Dolorier, Juan Monroy, Luciano Barchi.

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Ramón Vidurizaga, Teresa Ramírez, Beatriz Landauro, Giovana Rodríguez, Cecilia Cillóniz,
Carla Patrón, Filiberto Tarazona, Guillermo Puellas, Daniel Urbina, Mariela Guzmán, Milena Fratelli,
Juan Antonio Egüez, Patricia Vásquez, María Yolanda Doig, Salvador Del Solar, Luz Virginia Israel,
Luis Felipe Urbina, Jorge Trelles, Elena Romero, Carmen Zapata, Lars Forsberg, Efraín Vidal,
Jorge Córdova, Familia Duclos Parodi, Familia De la Vega Gómez-Sánchez, Aldo Espinosa,
Aurora Candiotti, Julio César Beninzon, Lourdes Chang, Andrea Portaro, Enrique Portaro,
Jorge Taboada, Gabriela Trujillo, Alfredo Soria, Eduardo Sotelo.

Todos aquellos interesados en colaborar con THĒMIS - Revista de Derecho mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11.

Los trabajos deberán entregarse en 2 ejemplares en formato A-4, a doble espacio, además de una copia en diskette (Word Perfect o Microsoft Word).

THĒMIS - Revista de Derecho agradece todo envío, sin comprometerse a su publicación.

