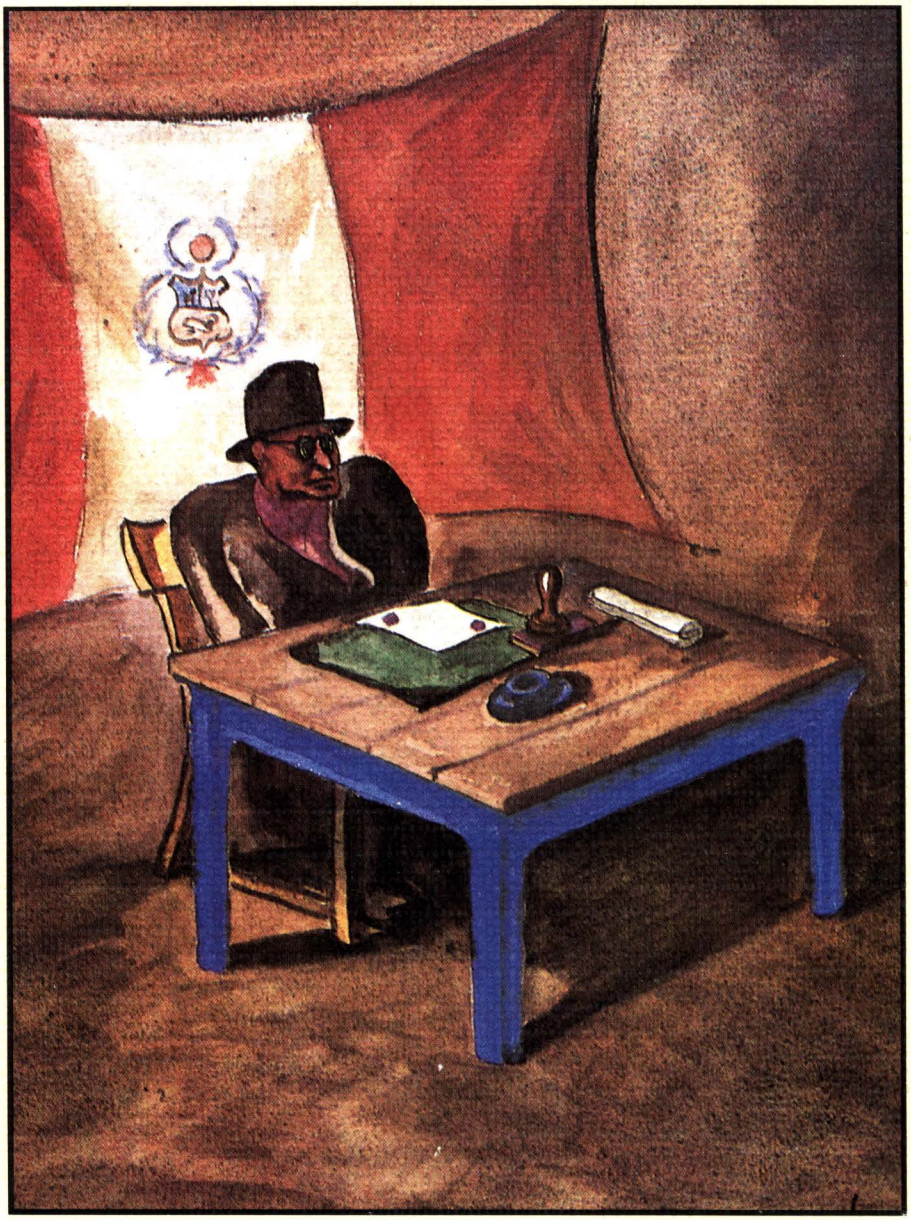
THĒMIS

Revista de Derecho



Carlos Fernández Sessarego • Carlos Alberto Montaner • Marcial Rubio
Ernesto Wayar • Beatriz Boza • Adrián Revilla • Luis Castañeda Lossio
Owen M. Fiss • Juan Monroy • Carlos Peña Gonzales • Ignacio Berdugo
Juan Chávez Molina • Laura Zúñiga • Arsenio Oré • Luis Ortega • Enrique Ghersi
Samuel Abad Yupanqui • Alberto Rebaza • Enrique Ferrando • Jorge Danós
Ricardo Herrera • Julio César Pérez Vargas • Juan Espinoza • Francisco Carreón
Edgar Carpio • Rocío Medina • Carlos Patrón • Jorge Luis González • Marco García

Segunda Epoca/1995/N° 32



José Sabogal (1948)
"EL JUEZ"
Acuarela

THĒMIS

Revista de Derecho

PRESENTACION

THĒMIS - Revista de Derecho *surgió hace treinta años a iniciativa de un grupo de jóvenes que - como nosotros - desearon transmitir a través de una publicación las distintas líneas de pensamiento vigentes en su época. Dicha idea, pionera en su tiempo, se plasmó en la primera revista editada por estudiantes en Latinoamérica que, luego de un receso, fue retomada por otro grupo de estudiantes de Derecho que se encargaron de darle una vida nueva.* **THĒMIS - Revista de Derecho** *es actualmente una publicación institucionalizada y moderna que responde a las necesidades actuales.*

El tiempo de acusados cambios que nos ha tocado vivir es un estímulo constante para quienes desde una perspectiva crítica - por nuestra juventud -, pero a la vez seria - por el compromiso que tenemos con el país como futuros profesionales - hacemos ahora de **THĒMIS - Revista de Derecho** *un espacio abierto a la publicación de comentarios certeros y agudos acerca de las reformas estructurales y legislativas que sostienen la asunción de una nueva concepción de la sociedad y del Estado.*

Siguiendo la línea del número anterior de nuestra publicación -dedicado a difundir los renovados principios y normas que han empezado a regir nuestro ordenamiento jurídico- pretendemos con esta edición hacer hincapié en el nuevo papel que le corresponde cumplir al Estado Peruano.

Se trata sin duda de una concepción moderna y dinámica del aparato estatal que nos está conduciendo a un rediseño de la Administración Pública tendiente a la institucionalización de la eficiencia. Desafortunadamente, dicha reforma no ha sido homogénea y aún se advierten muchas deficiencias en el funcionamiento de algunas entidades públicas. Preocupados por este fenómeno, hemos realizado una Mesa Redonda que reúne a las personas que dirigen las tres entidades estatales de mayor prestigio en el país. En ella nos relatan sus impresiones respecto a los cambios iniciados en la Administración Pública peruana y las reformas que aún quedan pendientes. En esta línea de trabajo, hemos realizado una entrevista al doctor Juan Monroy acerca de la situación actual del Poder Judicial. Ella nos hace ver que, a contrapelo de las reformas que nos permiten avisorar con cierto optimismo el porvernir, subsisten todavía instituciones cuyos vicios parecen poner en duda la voluntad política de llevar esta reforma a buen puerto.

La reforma del aparato estatal ha sido encausada dentro de un nuevo marco legal que, inspirado en los principios de desregulación y simplificación, ha abandonado la concepción del Estado intervencionista. En tal sentido, se han producido interesantes modificaciones en el Derecho Administrativo, Laboral, Tributario y Constitucional. Lamentablemente, han quedado de lado importantes áreas del Derecho Público como el Derecho Penal. Los cambios llevados a cabo y los que falta concretar han sido abordados por quienes, con la autoridad del caso, han escrito los artículos que publicamos en este número.

No obstante dedicar las páginas de esta edición a difundir las nuevas tendencias en el Derecho Público, siguiendo los principios e ideas que inspiraron la creación de **THĒMIS - Revista de Derecho** *hace treinta años, continuamos difundiendo ensayos de Derecho Privado y artículos interdisciplinarios, entre los cuales merece mencionarse el de Carlos Alberto Montaner sobre la educación, así como nuestra nueva sección Cuento Jurídico, que le dan a nuestra publicación su variedad característica.*

Noviembre de 1995

EL COMITE DIRECTIVO

THĒMIS

Revista de Derecho

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

COMITE DIRECTIVO

Juan Antonio Egüez Toledo
Carlos Hamann García Belaúnde
José Juan Haro Seijas
Eliana Lesem Guerra
Miguel Angel Ronceros Neciosup

MIEMBROS

Gonzalo Barrionuevo Alba
Franco Caccia Arana
Juan Carlos Gutierrez Azabache
Marina Lazarte Zabarburú
Mónica Llosa Gastañeta
Fernando Molina Rey de Castro
Fernando Piérola Castro
Alfredo Polo Gálvez
Cristina Rey Montes
Patrizio Rodríguez Terry
Franklin Cáceres Freyre
Denise Ledgard Antúnez de Mayolo
Manuel Noya Sarmiento
Andrea Portaro Pancorvo
Fernando Vega Sánchez
Gonzalo Zegarra Mulanovich
Juan Carlos Zegarra Vílchez

COMITE CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Manuel De la Puente y Lavalle
Baldo Kresalja Roselló
Juan Monroy Gálvez
Carlos Cárdenas Quirós
Carlos Fernández Sessarego
Elvira Méndez Chang
Javier Neves Mujica
Fernando de Trazegnies Granda

THĒMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores en el presente número.

© Asociación Civil **THĒMIS-Revista de Derecho**
2do. piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Casilla Postal 110711-Lima 11
Correo Electrónico: themis@. pucp.edu.pe

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial No.072-88-JUS del 15 de febrero de 1988

INDICE

MESA REDONDA:
Beatriz Boza, Luis Castañeda Lossio, Adrián Revilla
Administración Pública Peruana: ¿Del atraso a la eficiencia?
Cuestionamientos acerca de la reforma del aparato estatal. 11

Luis Ortega
La responsabilidad civil de la administración pública 17

Alberto Rebaza
¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del
Estado en materia de publicidad y de protección al consumidor 23

Samuel Abad
La defensoría del pueblo: retos y limitaciones 35

Jorge Danós
El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de la
administración pública de ejecución forzosa de sus actos. 43

Arsenio Oré
Sobre violencia, justicia y eficacia: el proyecto de Código Procesal Penal 51

Rocío Medina
La responsabilidad internacional del Estado por actividades ultrariesgosas
como una alternativa al problema ambiental 57

Entrevista a Juan Monroy Gálvez
En busca del juez peruano: hacia una verdadera reforma del Poder Judicial 65

Ignacio Berdugo
Consideraciones sobre el delito fiscal en el código español 71

Enrique Ferrando
El derecho a la información 81

Jorge Luis González
La nueva ley de tierras y el derecho de propiedad de las comunidades campesinas 95

Julio César Pérez Vargas
La discusión acerca de la carga procesal a la luz de sus implicancias jurídicas 103

Enrique Ghersi
¡Abajo el Código Penal! 113

Juan Chávez Molina
Estudio sobre la Ley de Amnistía y su ley interpretativa 121

Marcial Rubio
Rediseño del Estado de separación de poderes a la luz de algunos principios del Derecho Público romano 137

Laura Zúñiga
La Ley de Seguridad Ciudadana: un síntoma de la crisis del Poder Ejecutivo.
Especial consideración del Sistema Penal 145

Carlos Fernández Sessarego
Apuntes para una distinción entre el daño al "proyecto de vida" y el "daño psíquico" 161

Ernesto Wayar
Defensa del consumidor 165

Juan Espinoza
La esterilización frente a la pretendida resurrección de la eugenesia 169

Francisco Carreón
Los problemas en la relación del acreedor con la sociedad de gananciales 177

Carlos Peña Gonzales
Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin 183

CUENTO JURIDICO

Marco García Falcón
Iustitia 193

INTERDISCIPLINARIAS

Carlos Alberto Montaner
Qué se enseña, cómo se enseña y para qué se enseña: una visión liberal 199

Owen M. Fiss
¿Qué es el feminismo? 211

Edgar Carpio
La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional 221

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Ricardo Herrera
La modificación peyorativa de laudos arbitrales por convenios colectivos 231

Carlos Patrón
El principio de veracidad y la "substanciación" previa en materia publicitaria 239

TRABAJO DE CAMPO
Grupo de investigación THĒMIS-Revista de Derecho
El SECIGRA-DERECHO: ¿Qué piensan los estudiantes? 249

PAGINA UNIVERSITARIA 257

RESEÑAS DE TESIS 259

RESEÑAS DE LIBROS 263

MESA REDONDA: ADMINISTRACION PUBLICA PERUANA: ¿DEL ATRASO A LA EFICIENCIA? CUESTIONAMIENTOS ACERCA DE LA REFORMA DEL APARATO ESTATAL*

Beatriz Boza
Presidenta de INDECOPI
Ex Miembro del Comité Directivo
THĒMIS-Revista de Derecho

Luis Castañeda Lossio
Presidente del IPSS

Adrián Revilla
Superintendente Nacional
de Administración Tributaria

Entre las reformas ocurridas durante los últimos años, tal vez la más importante sea aquella vinculada con la admistración pública; el Estado ve reducidas sus dimensiones en aras de una mayor eficacia, despojándose del ejercicio de funciones que constituían un verdadero lastre. **THĒMIS-Revista de Derecho,** *no permanece ajena a esta situación, por lo que ha considerado conveniente entrevistar a los representantes de las instituciones más beneficiadas con estos cambios; es decir, Adrian Revilla de la SUNAT, Beatriz Boza del INDECOPI y Luis Castañeda Lossio del IPSS. Nadie pone en duda que estos organismos han demostrado una gran eficiencia en el desempeño de sus funciones, contribuyendo de esta manera a modificar la percepción de la ciudadanía sobre el sector público. Sin embargo, la situación aun no es óptima, pues los problemas persisten en éstas y en otras instituciones, impidiendo que el Estado se convierta en lo que todos queremos que sea.*

La presente Mesa Redonda pretende ser un aporte a los esfuerzos que se realizan para reformar la administración pública, ya que incide en la experiencia de tres instituciones exitosas, cuyo ejemplo puede seguirse -siempre y cuando exista la voluntad política necesaria- en todos los organismos del Estado.

THĒMIS: *Una reciente encuesta publicada por APOYO S.A. señala que las tres instituciones públicas de mayor prestigio en el país son la SUNAT, el IPSS y el INDECOPI. ¿A qué atribuyen ustedes esta percepción de la gente?*

REVILLA: En el caso de la SUNAT, se debe a que la población ha podido percibir el trabajo altamente técnico y calificado que realiza el personal de la SUNAT, compuesto por un equipo de jóvenes profesionales con buena formación académica y alta predisposición al trabajo. Este trabajo que fue iniciado durante la gestión del señor Manuel Estela ha logrado no solamente incrementar la recaudación fiscal, sino además - y quizás sea lo más importante- comenzar una intensa campaña de difusión de los beneficios de la tributación para el país.

BOZA: Del mismo modo, considero que la buena imagen que transmite nuestra institución se debe al trabajo eficiente que realiza nuestro equipo de trabajo, relativamente pequeño para la cantidad de funciones que desempeña, que actúa con gran vocación de servicio, atendiendo a los usuarios con mentalidad del sector privado.

El principio que debe guiar al INDECOPI para la satisfacción de determinadas necesidades es la vocación de la excelencia en el servicio. Por ello, en primer lugar, rescatamos el profesionalismo del servicio civil, evidentemente técnico y altamente especializado de nuestro personal. En segundo lu-

* La presente Mesa Redonda fue realizada por Juan Antonio Egüez Toledo y Gonzalo Zegarra Mulanovich, miembros de **THĒMIS-Revista de Derecho.**

Agradecemos a Carlos Patrón, Ex-Miembro del Comité Directivo de **THĒMIS**.

gar, valorizamos nuestros recursos humanos, promoviendo la discusión interna y creando un espacio para que los funcionarios puedan discrepar. En tercer lugar, desarrollamos la mística de que lo que se hace es bueno para los demás, y no lo justificamos para nosotros mismos. En cuarto lugar, pretendemos cultivar una vocación de servicio que implique de alguna manera la apertura hacia las necesidades del sector privado. Y, finalmente, hemos sembrado una vocación de superación, estudio y actualización por parte de nosotros que repercute en el trabajo en equipo que desarrollamos.

CASTAÑEDA: Por mi parte, creo que el usuario es plenamente consciente de la situación en la que se encontraba el IPSS a inicios de los noventa y de los profundos cambios que en él hemos realizado. La burocracia del IPSS engrosaba cada día, era un organismo completamente politizado y el manejo técnico se encontraba ausente. Hoy, en cambio, los profundos cambios realizados se ven traducidos en mejoras en la calidad de la atención, descentralización de la atención médica, remodelación de la infraestructura y mejor abastecimiento de comida y medicamentos. La nueva imagen del IPSS no es puramente cosmética sino obedece a un trabajo profundo y estructural.

THĒMIS: ***¿Cuáles fueron las principales reformas que emprendieron en sus respectivos sectores para transformar estas entidades en instituciones modernas y eficientes?***

REVILLA: Bueno, la SUNAT se ha modernizado fundamentalmente por un rediseño de sus funciones. La Dirección General de Contribuciones, y en su primera etapa la SUNAT - antes de 1991 - tenía que manejar más de sesenta impuestos. Administrar y cobrar ese número de impuestos era imposible. Ahora, estos impuestos han sido reducidos a cuatro principales: Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo y la partida de aranceles que recauda ADUANAS directamente. Con este nuevo marco legal, la administración ha especializado sus mecanismos de fiscalización, desempeñando sus funciones de forma más eficiente.

CASTAÑEDA: Los problemas del Instituto Peruano de Seguridad Social se han visto agravados en los últimos años por la incapacidad de gerenciar y administrar nuestros recursos. Por esta razón, la reforma emprendida en el IPSS ha necesitado la realización de profundos cambios administrativos que busquen conducirnos a un aprovechamiento óptimo de nuestros limitados recursos humanos y materiales.

Así, hemos diseñado una nueva política de salud que mide la demanda, oferta, y distribución racional de las mismas en función de la complejidad de los sistemas de referencia y niveles de atención. Asimismo, hemos logrado importantes progresos en el campo administrativo, tales como, la presentación de un nuevo sistema de balances dentro de los plazos previstos, la elaboración de un nuevo sistema de asignación presupuestal en base a la producción de los hospitales, importantes progresos científicos en el área de transplante de órganos, diseño de distintos programas de asistencia para minúsvalidos y ancianos, mejoramiento de la infraestructura hospitalaria y reutilización de la capacidad instalada ociosa de los hospitales ubicados fuera de Lima.

THĒMIS: ***Doctora Boza, la SUNAT y el IPSS se caracterizan por la importante reforma estructural iniciada a partir de un punto de quiebre. El INDECOPI, en cambio, es una institución joven creada hace sólo algunos años. ¿Considera usted que INDECOPI no ha pasado por este punto de quiebre que implica toda reforma estructural?***

BOZA: La situación es distinta ya que no podemos comparar el historial de la SUNAT y del IPSS, instituciones que existían desde mucho antes, con una institución joven como el INDECOPI, producto de un nuevo régimen económico y jurídico desarrollado a partir del año noventa en el Perú.

La concepción del INDECOPI es distinta a la de cualquier otra institución que puede haber existido anteriormente en el Perú. Antes existía el ITINTEC y luego una comisión que veía algunos temas de publicidad (CONASUP), pero nunca una institución con carácter eminentemente técnico, autónoma, distinta al Poder Judicial e independiente del Poder Ejecutivo. No existía en el Perú ni existe en el mundo alguna institución que tenga la variedad de funciones que tiene el INDECOPI en su estructura orgánico-funcional. En él existen autonomías internas formadas por personas del sector privado que vienen a resolver conflictos y que no dependen de una administración central. Todo está organizado como algo novedoso por lo que no creo que todavía se pueda hablar de un punto de quiebre. El INDECOPI ha nacido con grandes luces y liderazgo por gente que lo concibió y administró. El reto que tenemos es institucionalizarlo.

En un principio cometimos algunos errores. En primer lugar, se sobredimensionaron las expectativas del público sobre lo que podía hacer el INDECOPI, ya que una institución que contaba con un personal de noventa y nueve personas no podía

experimentar la protección del consumidor a nivel nacional. Por ello, ahora buscamos mantener un balance entre lo que efectivamente podemos hacer y las demandas de la población. En segundo lugar, se difundieron indistintamente las distintas áreas funcionales del INDECOPI, sin que existiera previamente un plan que priorizara la difusión de la cultura del mercado en general, denominador común a todas las funciones que desempeña el INDECOPI. En tercer lugar, la política de personal asumida por el INDECOPI hizo que se le concibiera como una entidad con gente con vocación de rotación. Se veía como que "siempre iba a haber gente joven adentro". Creo, por el contrario, que una administración pública debe ser concebida con la vitalidad que da la juventud pero con la posibilidad de que uno pueda envejecer al interior de la institución, lo cual requiere necesariamente una adecuada política de salarios. Por último, consideramos que el INDECOPI se ha dedicado a casos muy puntuales y no ha visualizado aún las consecuencias de su actividad en el funcionamiento del mercado, que va más allá de los intereses particulares.

THĒMIS: ***Una reforma estructural profunda no puede llevarse a cabo sin un ordenamiento legal que la encause y garantice. ¿Consideran ustedes que la legislación vigente les permite cumplir cabalmente sus objetivos?***

BOZA: La legislación peruana vinculada al control del buen funcionamiento del mercado, ámbito de la competencia del INDECOPI, es una de las más completas de América Latina. En términos generales es buena, coherente y moderna, aunque también es perfectible. Por ello, somos de la opinión, que las facultades de investigación, sanción y coerción deben ser redefinidas de acuerdo a las necesidades de las distintas Comisiones y Oficinas del INDECOPI. En segundo lugar, consideramos imprescindible la adecuación de la legislación peruana a los nuevos compromisos internacionales asumidos por el Perú en el campo del comercio exterior y de la propiedad intelectual. En tercer lugar, consideramos conveniente la creación de una Comisión de Acceso al Mercado que regule el acceso de los distintos agentes económicos al mercado. De alguna manera, esta materia ha sido tratada por la Comisión de Acceso y Salida al Mercado y por la Comisión de Libre Competencia; sin embargo, la idea es crear una sola comisión que vea sólo temas de acceso al mercado, que son sumamente amplios y en los que no podemos darnos abasto. Existen además algunos otros ajustes muy casuísticos, pero creo que es importante destacar que por primera vez en el Perú podemos ver con claridad que no se trata de cambiar leyes sino de institucionalizar la cultura del mercado.

REVILLA: Desde el punto de vista legislativo, la reducción de impuestos hace que la labor de la SUNAT pueda ser eficiente. Pese a ello, en nuestra opinión, resultaría conveniente la promulgación de ciertos dispositivos legales que harían de la SUNAT una entidad mucho más eficiente. Nos gustaría tener mayores facultades de investigación que nos permitan, por ejemplo, acceder directamente a cuentas bancarias, de tal modo que las investigaciones no se vean innecesariamente dilatadas o frustradas. Por otro lado, nos gustarían sanciones penales mucho más drásticas y un Código Tributario más equilibrado entre las facultades de la administración y los derechos del contribuyente.

CASTAÑEDA: Por mi parte, creo que el mejor acierto es deslegislar. El exceso legislativo afecta el normal desempeño de la administración pública. El temor a la imposición de sanciones administrativas y la compleja legislación peruana impide a funcionarios públicos altamente capacitados tomar decisiones convenientes en el momento adecuado. La gran cantidad de mecanismos y de organismos de control -Inspectoría, Contraloría General de la República, Consejo de Vigilancia, Policía Fiscal, Comisiones del Parlamento, etc.- conlleva a que los funcionarios de la Administración Pública al igual que en un juego de ping-pong se remitan memos entre sí, eludiendo la toma de decisiones. El control no debe estar ausente pero debe dirigirse fundamentalmente a los resultados. Tampoco debemos duplicar los mecanismos de control, porque en términos económicos puede resultar más caro el control que el bien custodiado.

THĒMIS: ***Para que una institución funcione eficientemente necesita recursos económicos. ¿Son suficientes los recursos económicos asignados para lograr sus objetivos trazados?***

REVILLA: Pese a que SUNAT cuenta con bastantes recursos económicos para funcionar adecuadamente, siempre se aspira conseguir una mayor cantidad de recursos. Pese a ello, tal vez se puede decir que la SUNAT es una institución privilegiada ya que tiene en el Perú casi todo a su alcance para poder actuar eficientemente.

BOZA: Los recursos económicos con los que cuenta el INDECOPI son extremadamente inadecuados e insuficientes. Acabamos de ver el presupuesto que se ha presentado al Congreso y no es posible que INDECOPI que maneja por lo menos diez áreas funcionales de trascendencia nacional le cueste al Estado peruano medio millón de dólares al año y que el resto del presupuesto deba ser financiado con un subsidio cruzado, que es lo que cobramos por

marcas. Hay que decir las cosas clarísimas. Ello genera que no podamos hacer una difusión de nuestro trabajo. Durante el año 1995 no hemos hecho ningún esfuerzo concertado, coherente y globalizado de difusión. Por otro lado, no podemos competir con el sector privado para capturar y mantener a los secretarios técnicos y a todos los funcionarios administrativos del INDECOPI porque la escala remunerativa y las condiciones de trabajo no son competitivas. Por eso, casi cada mes se va uno de los profesionales altamente calificados, entrenados por el INDECOPI al sector privado, donde casi triplican su sueldo. Por otro lado, la carencia de recursos económicos tampoco nos permite mejorar nuestra infraestructura, que finalmente incide en la atención que brindamos a nuestros usuarios.

CASTAÑEDA: Los recursos del Instituto Peruano de Seguridad Social son extremadamente limitados. Debemos ser conscientes además que en el futuro cercano no existirán grandes cambios. Por ello, nuestra labor ha consistido en administrar nuestros limitados recursos económicos de la manera más eficiente. Por ejemplo, el IPSS en 1990 contaba con aproximadamente 42,000 "habitantes", ahora solamente cuenta con 19,000 trabajadores más el personal contratado bajo el sistema de *service*. Los recursos económicos que captamos los reasignamos de la mejor manera posible priorizando algunas áreas de acuerdo a las necesidades de nuestra Política de Salud Nacional.

THĒMIS: ***Todos estamos de acuerdo que la Administración Pública será eficiente sólo si cuenta con personal altamente calificado. Por mucho tiempo, sin embargo, el término burócrata fue utilizado en el Perú con connotaciones peyorativas. ¿Creen ustedes que existe ahora un cambio de actitud?***

CASTAÑEDA: La imagen del funcionario público ha cambiado ostensiblemente, por lo menos en lo que se refiere al Instituto Peruano de Seguridad Social. Mientras ahora es un orgullo decir: "Yo trabajo para el IPSS", y puede ser un símbolo de *status*, anteriormente, esta misma frase se decía a media voz o casi como un susurro. El IPSS es una institución pujante que crea constantemente nuevas posibilidades y con proyección al futuro. Existe una nueva mística institucional que revaloriza la labor del funcionario público.

REVILLA: Creo que sí. Se está iniciando un profundo cambio en la Administración Pública que conlleva incluso a una actualización de los profesionales del sector privado. La imagen del funcionario público ha cambiado, y ello se debe a la captación de personal altamente calificado, que cuenta con las condiciones necesarias para llevar a cabo su labor eficientemente.

El promedio de edad del personal de la SUNAT es de 28 años. Existen ideales, sueños, ambiciones y expectativas de nuestro personal que la propia administración tiene que tratar de cumplir. Las reacciones que operan dentro de un mundo de jóvenes son mucho más violentas o fuertes que las reacciones que se pueden dar en el mundo de los adultos, y esto debe saberse manejar. Afortunadamente, la SUNAT incentiva este trabajo con becas de estudios para el exterior e incentivos para programas de investigación. Somos conscientes que parte de nuestro personal se encuentra sobrecalificado, por ello debemos crear los incentivos que satisfagan sus expectativas para evitar que este personal altamente calificado abandone la Administración Pública y pase al sector privado.

BOZA: Definitivamente, existe en el Perú un notable cambio de actitud que obedece a razones de distinta índole, incluso relacionadas a la temática generacional y al hecho de que hace cinco o diez años los jóvenes no pudiésemos hacer planes en el Perú.

Respecto al tema del burócrata existe un cambio sensible. Actualmente, nadie piensa que un funcionario de SUNAT sea un incapaz, corrupto o ineficiente. Sin embargo, dicha opinión no se encuentra generalizada respecto a los funcionarios de toda la Administración Pública. Muchas personas aún creen que nosotros hemos decidido trabajar para el gobierno porque hemos perdido nuestro trabajo o que nuestra condición económica ha empeorado. Debemos cambiar la imagen del servidor público. Estoy comprometiendo mis mejores esfuerzos para que algún día, si es que no es ahora, se piense así de la gente del INDECOPI.

Por otro lado, nos gustaría poder competir con el sector privado, o sea reducir los niveles de rotación de nuestro personal. Quisiera que las personas no digan: "Estoy dos años en el INDECOPI, me informo, estoy en la vitrina y después me voy al sector privado"; lo cual implica ofrecer mejores condiciones remunerativas y mejores condiciones de trabajo, es decir, generar un servicio civil. Hemos realizado un importante trabajo de motivación con lo que hemos podido captar profesionales de la calidad de Alfredo Bullard, Armando Cáceres o García Muñoz Nájar. Sin embargo esta motivación sólo llega hasta un momento si es que no damos las condiciones económicas para que uno pueda apostar a más largo plazo.

THĒMIS: *Doctora Boza: ¿Y cree Ud. que este esfuerzo realizado por el Estado para mejorar la administración publica se está llevando a cabo de manera homogénea? ¿Se debe priorizar algunas entidades antes que otras?*

BOZA: Creo que lo ideal es que la modernización del Estado se dé a todo nivel, no sólo en el Gobierno Central, sino también a nivel local y regional. No puedo decir otra cosa sino que la reforma sea homogénea. Sin embargo, existen prioridades: "Para matar las pulgas, hay que matarlas una por una". Obviamente, el Estado toma una decisión. Por omisión o por acción toma la decisión de comenzar con SUNAT y es la primera reforma estructural que realiza, junto con reducir el sobredimensionamiento del Estado. Hay una temática de prioridades y hay que ver cómo se hace. Obviamente cada entidad del Estado va a creer ser la entidad más importante. Dejando de lado el hecho que estamos en INDECOPI, considero que el sistema macro a nivel legal y económico para la consolidación de las reformas hoy está dado. Lo que ahora hay que hacer es institucionalizar esas reformas. Y para ello se requiere definitivamente fortalecer instituciones del nivel del INDECOPI, SUNAT, CONASEV o SUNASS. Somos conscientes de que no se puede hacer todo de golpe y que entre las prioridades debería estar un apoyo no sólo del Estado sino de la sociedad civil.

THĒMIS: *En el Perú estamos acostumbrados a que cada gobierno emprenda cambios radicales y dramáticos. No hay nada que nos asegure un futuro estable. ¿Cómo garantizar que todas estas reformas permanezcan en el tiempo?*

BOZA: La trascendencia o vigencia de lo que vivimos no se hace con leyes. La reforma se logra a través de las personas o de la cultura que subyace a estas leyes. Mientras los peruanos no seamos conscientes de las ventajas del mercado, podrán existir leyes que ordenen la vigencia de un mercado libre, pero dicho mercado no existirá. Por ello, la labor del INDECOPI trascenderá en la medida que los peruanos creamos en los beneficios que el mismo mercado ofrece. Por ejemplo, en el caso de la SUNAT, pese a que uno no quiera pagar impuestos, sabe que es algo que vale la pena. La idea es llegar al punto en el que si se decidiese disolver el INDECOPI, pueda surgir una manifestación popular que evite dicha decisión.

CASTAÑEDA: A mí tampoco me parece bien que las instituciones dependan de una persona. Una buena gestión se caracteriza por descentralizar y desconcentrar la toma de decisiones. Debemos institucionalizar los cambios de tal forma que la institución llegue a cobrar vida propia. Creo que hacia eso apuntamos, ya que es la única garantía de la permanencia de las reformas.

REVILLA: En el caso de la SUNAT podemos hablar de cierta estabilidad originada en una reforma estructural de la institución que trasciende al cambio de la directores. Nuestros sistemas de fiscalización se encuentran bastante desarrollados y cada vez es mayor la conciencia tributaria en todo el Perú. Justamente en esta campaña de ambulantes una de las cosas que hemos advertido es que varios sectores de ambulantes nos han enviado cartas ya no en tonos amenazantes sino afirmando que "están de acuerdo con tributar, pero que no saben cómo hacerlo". El largo camino avanzado, la juventud de nuestro personal y los principios que inspiran nuestro trabajo hacen poco viable una marcha atrás.

FELICITAMOS A THĒMIS POR 30 AÑOS DE TRABAJO Y ESFUERZO DEDICADOS A LA DIFUSION DEL DERECHO EN EL PERU

ESTUDIO JUAN JOSE CAUVI & ASOCIADOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Luis Ortega
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla - La Mancha

La actuación de la Administración Pública en la sociedad genera un sinnúmero de consecuencias, algunas veces favorables, y otras perjudiciales para los particulares

Es el caso de los perjuicios y daños irrogados extracontractualmente por la Administración Pública, el que ha concitado la atención de los estudiosos en Derecho Público y en Derecho Civil desde los inicios de la era contemporánea. La vieja discusión en torno a la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad extracontractual y su actual objetivación, junto a las nociones del Derecho Público -como la del funcionamiento de un servicio- han incidido definitivamente en la configuración conceptual y positiva de la responsabilidad civil dè la Administración.

La tendencia objetiva ha sido recogida en diversos ordenamientos jurídicos europeos, y en concepto del autor, refleja la debida orientación que positivamente se le debe dar a la institución; esto, debido a las exigencias del mundo actual y a la evolución en la forma cómo se concibe al Estado y a sus relaciones con la sociedad.

La institución de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas constituye, sin duda, uno de los elementos de cierre de la actuación administrativa en un sistema de Estado de Derecho. En este sentido cabe decir que la progresiva implantación del principio de responsabilidad extracontractual corre paralela, en gran medida, con el perfeccionamiento de las técnicas generales del Derecho Administrativo para el sometimiento de los poderes públicos a las reglas del Derecho.

Este mismo proceso evolutivo ha provocado una diferenciación de los sistemas de responsabilidad acorde a las distintas tradiciones de los ordenamientos nacionales y, al mismo tiempo, un distinto grado de evolución en cuanto a los sistemas de protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de los poderes públicos.

Siguiendo al profesor Leguina, uno de los mayores estudiosos de esta institución, podemos distinguir cuatro etapas o fases de evolución de esta garantía patrimonial de los particulares.

Una primera etapa la constituye el período en el cual rige el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos. Esta irresponsabilidad es el producto del arrastre histórico de un principio consagrado en la etapa medieval y acuñado en la fórmula inglesa "*the king can do no wrong*", que se refuerza en el periodo del absolutismo, bajo la regla del ***princeps legibus solutus***. Incluso, dentro de los principios de los revolucionarios franceses sobre el carácter inviolable y sagrado de la propiedad, no se contiene en el artículo 17 de la Declaración de Derechos de 1789 ninguna referencia a los daños no expropiatorios.

La segunda etapa se caracteriza por la imputación de los daños producidos exclusivamente a los agentes públicos culpables, tenida cuenta que la propia Declaración de Derechos de 1789 se remitía a estos agentes en su artículo 15 para responsabilizarlos de los daños administrativos: ***"la societé a le droit de demander compte à tout agent public de son administration"***, exigiéndose su responsabilidad ante los tribunales ordinarios en base a las reglas del Código civil. Duguit resumiría el pensamiento de esa época al afirmar que si los actos son conformes a la Ley, no se deriva responsabilidad ni para el Estado ni para el agente y si son contrarios a la Ley o ésta no es ejecutada, ello es producto de la voluntad del agente, por lo que la única voluntad responsable es la del agente público. Hay que recordar, sin embargo, que hasta casi el último tercio del siglo XIX rigió el requisito de la autorización administrativa previa, impuesta por el artículo 75 de la Constitución napoleónica del año VIII, para poder demandar al agente público ante la vía civil.

Hoy día todos los países de nuestro entorno jurídico y aquellos que siguen la influencia de los sistemas jurídicos europeos han superado estas primeras etapas, aunque en algún ordenamiento europeo, permanecen resquicios por donde se exonera de responsabilidad a los entes públicos, por ejemplo, en Alemania con relación a los daños causados por los servicios diplomáticos en base a fines políticos o de protección de los intereses internacionales del Estado. Igualmente, en Derecho inglés permanece la exoneración de responsabilidad en relación a los actos no decisorios y a aquellos en los que la conducta presuntamente culpable no pueda ser comparada o confrontada con la que habría sido exigible a cualquier ciudadano según las reglas del Derecho común.

La tercera fase de esta evolución se caracteriza por la afirmación de la responsabilidad de la Administración como principio general, aunque limitada a los daños causados por acciones ilegales o culpables. En esta etapa se sitúan la mayoría de los ordenamientos occidentales, incluido, como veremos, el ordenamiento comunitario, aunque las vías a través de las cuales se ha llegado a este estadío y las fórmulas en que se han concretado son de una gran variedad. No obstante, se puede afirmar que las claves de esta evolución son de un triple orden: en primer lugar la consideración de que la imputación de la responsabilidad al patrimonio del agente público no constituía una garantía suficiente y debe entrar la Administración como responsable subsidiario. En segundo término, que la complejidad de la maquinaria burocrática impedía en muchos casos la determinación del funcionario culpable. Por último, la consideración de que el papel que juegan las Administraciones Públicas en las sociedades actuales implica una situación pasiva de riesgo por parte de los ciudadanos que debe ser hecha frente por la Administración. Así lo acotaría Hauriou en la conocida fórmula "que actúe, pero que pague el perjuicio".

Como es tradición en el sistema francés, la evolución de la institución de la responsabilidad de la Administración obedece a la acción jurisprudencial del Consejo de Estado. A partir del ***arrêt Blanco*** de 1873, se afirma en Francia el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración sobre bases distintas a las del Derecho civil, en las que juega un factor fundamental la incorporación, junto a la noción de culpa, la del funcionamiento de un servicio público, lo que originará el concepto de ***faute de service***. Se diferencian, así, los casos de responsabilidad directa del agente que se limitan a los supuestos caracterizados por la ausencia de cualquier relación con el servicio prestado por una Administración o, cuando los daños se produzcan en el servicio o con ocasión del mismo, por la existencia de una voluntad manifiesta o de especial gravedad. Fuera de estos casos, se extiende la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por las faltas de sus agentes que se consideran inherentes al funcionamiento del servicio y por aquellas otras que merecen el calificativo de anónimas por no ser posible determinar la identidad del causante de la falta. Este proceso evoluciona igualmente desde el mero reconocimiento de la responsabilidad a los denominados actos de gestión hasta que, a partir del ***arrêt Tommaso Greco*** de 1905, se extiende la declaración de responsabilidad patrimonial a los actos de imperio. Pese a que el sistema francés parte de la noción de falta, ésta no se puede asimilar al concepto de culpa, pues como ha señalado Leguina, cuando se habla de un funcionamiento ***fautif*** se quiere aludir no tanto a una presunta e inexistente "culpabilidad" del servicio, sino más bien a la antijuricidad del daño soportado por la víctima, antijuricidad que se traduce en el anormal funcionamiento del servicio. A partir de esta concepción el sistema funciona identificando un daño imputable a la Administración, demostrando la existencia de un nexo causal directo entre la actividad pública a la que se imputa el daño -y el perjuicio efectivamente padecido- y la ausencia de ninguna causa extraña que rompa tal nexo de causalidad. Desde la base de este planteamiento general de la falta de servicio que preside el sistema francés de responsabilidad patrimonial, que presupone un funcionamiento anormal del servicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido, para sectores concretos, supuestos de responsabili-

dad patrimonial en los que está ausente toda idea de falta o de funcionamiento defectuoso, acogiendo el criterio del riesgo creado en relación al uso de cosas o realización de actividades peligrosas por parte de las fuerzas de policía; el criterio del enriquecimiento injusto aplicado a las colaboraciones de los particulares con la Administración; o el principio de igualdad ante las cargas públicas en supuestos en los que el particular sufre un daño especial o anormal con relación a las cargas generales que pesan sobre todo ciudadano, como los daños causados por el paso de vehículos militares o por enajenados sometidos a la libertad vigilada.

El sistema inglés, basado en la actualidad en las disposiciones establecida en la ***Crown Proceedings Act*** de 1947, tiene como elemento esencial la ilegalidad de la actuación pública causante del daño. Como regla general, los comportamientos dañosos ajustados a Derecho no abren el sistema de garantía patrimonial. Ahora bien, es necesario distinguir entre los daños causados por inactividad a aquellos otros cuyo origen se encuentra en una actuación positiva de la Administración. En el primer caso, el mero comportamiento omisivo es considerado como una vulneración ilícita de la legalidad, por lo que procederá la condena al resarcimiento aunque no medie ninguna conducta culposa en la comisión del daño. En el segundo caso, sin embargo, para que la ilicitud sea considerada generadora de responsabilidad es preciso que, en los actos decisorios concurra una intencionalidad en causar daño, y que se observe simple negligencia en los casos de actuación material. Dentro de este cuadro general, se puede observar que en el supuesto de los daños producidos por acto decisorio, la jurisprudencia de la Cámara de los Lores ha ido introduciendo supuestos en los que no aparece la exigencia de la intencionalidad, sino que es bastante la concurrencia de negligencia grave. Estos casos están conectados con el control de los poderes discrecionales, en relación a los cuales un uso gravemente negligente o irrazonable de la discrecionalidad da lugar a un abuso de poder. Igualmente, determinadas normas especiales han ido introduciendo criterios de mayor objetivación en la reparación pecuniaria con relación a supuestos como denegaciones de licencias urbanísticas y de cultivos, daños sufridos en motines, desórdenes públicos, los derivados de la acción de la policía y de la realización de obras públicas en los fundos ribereños. Sin embargo, en términos generales el sistema inglés de imputación de daños a la Administración sigue anclado en el criterio de la culpa individual, sin haber avanzado en otros conceptos como la teoría del riesgo o del peligro excepcional existentes ya en el propio ***common law***.

El ordenamiento alemán parte de limitar la responsabilidad administrativa a los supuestos de daños imputables a conductas ilegales y culpables de las autoridades y funcionarios. Ello se traduce en una responsabilidad de cobertura indirecta de los daños que serían imputables a los propios funcionarios, que además es objeto de una interpretación restrictiva al exigirse la concurrencia adicional de otras dos condiciones. De un lado, la ilegalidad cometida por el funcionario no se refiere a la vulneración de cualquier deber público, sino precisamente de la obligación que le es impuesta para proteger los derechos o intereses particulares que hayan sido lesionados. De otro lado, es imprescindible que el dañado no tenga posibilidad de lograr el resarcimiento de un tercero que sea corresponsable del daño. Como ha señalado Leguina el sistema alemán, por el juego de estos requisitos vendría a tolerar la exoneración administrativa en cinco supuestos en los que, sin embargo, la autoría dañosa de la Administración no ofrece dudas:

- los daños causados ilegal y culpablemente, pero en concurrencia con terceros responsables.
- los daños causados por acciones u omisiones individuales ilegales, pero sin culpa subjetiva alguna.
- los daños producidos por acciones individuales ilegales y culpables, pero ajenos al círculo de derechos o intereses privados específicamente protegidos por el deber público cuya infracción ha cometido la autoridad o funcionario.
- los llamados daños anónimos, imputables al funcionamiento de la organización o del servicio administrativo en su conjunto, pero de imposible personalización en conducta individual alguna.
- los daños debidos a fallos o defectos de aquellos aparatos técnicos dispuestos por la Administración para el desarrollo de operaciones administrativas en la esfera de los servicios públicos.

Esta situación de excesiva rigidez, ha provocado una ampliación del campo de los deberes resarcitorios de la mano de los tribunales alemanes, recurriendo a la teoría de la indemnización de Derecho Público derivada de la aplicación de las instituciones de la expropiación forzosa y del sacrificio especial. En base a esta apertura del sistema la Administración ha de responder de todas las actuaciones ilegales, aun cuando no sean culpables, e incluso a actuaciones perfectamente legítimas que impliquen una lesión que sea reconducible por vía analógica o extensiva a las nociones de expropiación o sacrificio especial, en cuanto se refieran a los derechos o intereses patrimoniales o financieros contenidos en el artículo 14 de la Ley Fundamental

o a los derechos personales inmateriales garantizados en el artículo 2 de la misma Ley Fundamental.

Una segunda vía de apertura jurisprudencial se ha proyectado en garantía de determinados daños de especial gravedad. Así, en primer lugar se aplica la doctrina del riesgo contemplada en el Derecho Privado alemán con relación a los daños causados por actividades, establecimientos o materiales peligrosos o los derivados de la custodia de animales o del funcionamiento de automóviles, barcos y aeronaves. En segundo término se aplican los criterios de la doctrina de los seguros sociales públicos para cubrir los daños provocados por motines, manifestaciones tumultuarias o agresiones delictivas y violentas de terceros.

Conviven, así, en el sistema alemán instituciones resarcitorias de distinta naturaleza, la de responsabilidad patrimonial ligada al acto ilícito y culpable, la de la indemnización de derecho público que cubre daños sin culpa, sean lícitos o ilícitos y la de la doctrina del riesgo o del seguro social público que cubre especiales daños gravosos. El intento de reconducción de este complejo sistema a través de una reforma legal de 1981 fracasó por la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley en 1982.

La importancia de analizar el sistema de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea estriba en la función que puede tener de lograr un sistema europeo común de responsabilidad patrimonial a través de lo dispuesto en los artículos 188.2 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y 215 del Tratado de la Comunidad Europea. En efecto, el párrafo segundo de este último artículo dispone: «En materia de responsabilidad extracontractual la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.»

Es cierto que el artículo 40.3 del Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero acoge directamente el sistema francés cuando dispone: «El Tribunal es competente para acordar, a petición de la parte lesionada, una reparación pecuniaria a cargo de la Comunidad en caso de perjuicio causado en la ejecución del presente Tratado por una falta de servicio de la Comunidad.»

Sin embargo, el Tribunal de Justicia en la Sentencia ***Stahlwerke Peine-Salzgitter AG***, de 27 de junio de 1991, ha establecido la doctrina siguiente:

"En razón a la necesidad, en el marco de un ordenamiento jurídico único, aunque instituido por tres tratados diferentes, de asegurar la mejor unidad de aplicación del Derecho Comunitario en materia de responsabilidad no contractual de la Comunidad por actos normativos ilegales, así como la coherencia del sistema de protección jurisdiccional instituido por los diferentes tratados ..., parece apropiado, frente a la ilegalidad de un acto normativo, interpretar la noción de falta que puede implicar la responsabilidad de la Comunidad en el sentido del artículo 34, párrafo 1 del Tratado de la CECA, a la luz de los criterios desarrollados por el Tribunal en su jurisprudencia relativa al artículo 215, párrafo 2 del Tratado CEE.»

De este modo, la creación del sistema de responsabilidad no contractual quedaba indirectamente en manos de la doctrina creada por el Tribunal de Justicia en la interpretación de los mencionados principios generales del Derecho de los Estados miembros. Este método es una forma usual en la formación de la jurisprudencia comunitaria que se basa en un previo estudio comparado y en la aplicación de la regla más apropiada al Derecho Comunitario.

Ha sido en la sentencia 4/69 ***Lüttike v. Commission***, donde el Tribunal ha resumido las condiciones que dan lugar a la admisión de una petición de reparación frente a la Comunidad:

«En virtud del párrafo segundo del artículo 215 y de los principios generales a los que esta norma se refiere, la responsabilidad de la Comunidad presupone la existencia de una serie de circunstancias en las que se comprenden el daño efectivo, el nexo de causalidad entre el daño del que se pide reparación y la conducta imputada a la institución, y la ilegalidad de dicha conducta.»

Las conductas que dan lugar a reparación se refieren tanto a inactividad como a actos expresos y en relación, tanto a la emanación de instrumentos legales como de actos administrativos, con la condición de que la conducta tenga un efecto externo. Así, no se consideran conductas indemnizables, de acuerdo al Caso 217/81 ***Interagra v. Commission***, las relaciones internas de cooperación entre los funcionarios de la Comunidad y las autoridades de los Estados miembros.

En la interpretación del concepto de ilegalidad se acoge uno de los requisitos que hemos visto contenidos en el sistema alemán consistente en que no es

suficiente que la conducta viole una regla cualquiera del ordenamiento, sino que la violación debe concretarse en la regla mediante la cual se pretende proteger el interés afectado por la acción dañosa de la Comunidad.

No se ha producido, sin embargo, una relación entre la actuación ilegal y el concepto de culpa. Esta ha sido aplicada en asuntos concernientes al Tratado del Carbón y del Acero (sentencias 19 y 20/60 ***Société Fives Lille Cail and others v. High Authority)*** en virtud del cual se condena una omisión a la que se considera como un incumplimiento grave de la tarea de supervisión requerida por un estándar normal de vigilancia. Sin embargo, no se han producido pronunciamientos del Tribunal de Justicia que introduzcan el concepto de culpa a la hora de aplicar el artículo 215 del Tratado de la Comunidad Europea. Al contrario, de la sentencia ***Clemmessy*** de 24 de junio de 1986 se desprende que el Tribunal asume la idea de la responsabilidad por riesgo al afirmar que «la responsabilidad sin falta supone que un particular soporta, en beneficio del interés general, una carga que normalmente no le incumbe.»

Mayor importancia tiene la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha admitido la responsabilidad por actos normativos, si bien se trata de una jurisprudencia de carácter restrictivo. Así en la sentencia ***Zukerfabrick Shoppenstedt***, de 2 de diciembre de 1971, se dice:

«Tratándose de un acto normativo que implica opciones de política económica, la responsabilidad de la Comunidad, por el perjuicio que los particulares hayan sufrido por el hecho de ese acto, no podría ser exigida sino en presencia de una violación, de flagrancia considerable, de una regla de Derecho que proteja a los particulares.»

La razón de aplicar el requisito de violación de considerable flagrancia la explica el Tribunal en la Sentencia ***Bayerische NHL***, de 25 de mayo de 1978, en los términos siguientes:

«Esta visión restrictiva tiene su explicación en la consideración de que la autoridad legislativa, aun cuando la validez de sus medidas esté sometida a control judicial, no puede verse entorpecida en su toma de decisiones por futuras reclamaciones por daños cuando se debe adoptar medidas legislativas de interés general que pueden tener efectos adversos en los intereses de algunos individuos.»

De aquí que en la misma sentencia el Tribunal llegue a declarar que:

«puede ser exigible a los ciudadanos, en los sectores relacionados con política económica de la Comunidad, que acepten dentro de límites razonables ciertos efectos dañosos a sus intereses como resultado de una medida legislativa, sin tener derecho a una reparación económica, incluso si la medida hubiese sido declarada nula.»

Por su interés, con el tema de la responsabilidad del Estado legislador, hay que referirse, finalmente, a la sentencia ***Francovich y Bonifaci***, de 19 de noviembre de 1991, en la que se establece que:

«El principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que les son imputables es inherente al sistema del Tratado.»

Esta responsabilidad, en lo que se refiere a la trasposición de directivas, se puede producir tanto por la omisión de su trasposición, por una trasposición parcial o insuficiente, o por la vulneración o desconocimiento de su contenido por la legislación interna, siempre que concurran tres condiciones: que la directiva atribuya un derecho en beneficio de los particulares; que el contenido del derecho pueda ser identificado en base a la propia directiva; y que exista un nexo de causalidad entre la obligación que le incumbe al Estado y el daño sufrido.

Hemos dejado para el último lugar, el ordenamiento español, el cual sin duda es el que ha evolucionado de una forma más completa en beneficio del principio de total reparación de los daños causados a particulares por la actividad de la Administración, aun en el caso de que se trate de una actividad lícita.

El artículo 106 de la Constitución recoge en una feliz síntesis los elementos fundamentales del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

En el precepto constitucional aparece ya el giro que se produce en el ordenamiento español respecto a la visión tradicional de la responsabilidad basado en el análisis de la actuación administrativa. En nuestro sistema el eje del sistema reparatorio se basa en la existencia de una lesión antijurídica que el parti-

cular no tiene el deber de soportar, con independencia del modo en que se haya producido el daño.

Como señala Leguina, el sistema español se caracteriza en primer lugar por suponer un sistema unitario, que se aplica a todas las Administraciones Públicas y protege por igual a todos los sujetos privados. Su segunda nota consiste en su alcance general, dado que comprende todo tipo de actuaciones extracontractuales de la Administración, ya sean normativas, jurídicas o materiales, incluidas las inactividades u omisiones. En tercer lugar se trata de una responsabilidad directa, exigible ante la Administración sin necesidad de identificar al agente cuya conducta causare el daño, cubriendo así, todo tipo de conductas anónimas. Finalmente, se trata de una culpa objetiva, independiente de todo elemento de culpa en la producción del daño. La ilicitud del hecho, deriva del efecto dañoso que recibe injustificadamente el perjudicado, y no de una valoración de la conducta causante del mismo.

A modo de conclusión, podemos afirmar que sólo una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad patrimonial es acorde con las necesidades de nuestra época. Por contra, los sistemas que siguen girando sobre la base de dotar de una responsabilidad administrativa subsidiaria a la acción culposa del agente, están operando incluso con un retraso conceptual de la evolución que se ha ido originando en el propio derecho privado en base a la doctrina del riesgo y a la de la inequivalencia de las posiciones jurídicas entre las grandes empresas de servicios y sus usuarios.

NOTARIA TORRES KRÜGER

Av. AVIACION 1086 Of. 203 - 204
Esq. Av. MEXICO

HORARIO DE ATENCION:

LUNES a VIERNES 9:00 am a 1:30 pm
2:30 pm a 6:00 pm
SABADOS 9:00 am a 1:00 pm

TELEFONOS: 473-3760 - 473-1831 - 474-5649

¡NO ME DEFIENDAS COMPADRE! LOS EFECTOS ECONOMICOS DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Alberto Rebaza Torres
Abogado
Master en Derecho
University of Virginia
Ex miembro del Comité Directivo
THĒMIS-Revista de Derecho

El doctor Alberto Rebaza, mediante el presente artículo, parece hacer un requerimiento a la administración pública para que revise el papel que está desempeñando en los campos de supervisión de la publicidad y defensa del consumidor. El sustento de su exclamación reposa en consideraciones de tipo funcional y económico. Ciertamente, la injerencia estatal en cuestiones relacionadas al tráfico mercantil, debe ser en extremo cuidadosa desde el punto de vista del mercado libre. Por ello, el autor anota los que considera perniciosos efectos de la intervención estatal en estas materias. En cambio propone un mayor grado de autonomía para que los consumidores sean quienes decidan por sí mismos lo que verdaderamente les conviene. Así, las sanciones que deben privilegiarse son las que espontáneamente imponga el mercado. Este ensayo resulta sumamente interesante para comprender la mecánica de la interacción entre comerciantes, consumidores y demás agentes económicos, así como para tener una idea acerca del papel de la administración pública en dicha interacción.

La intervención del Estado ha sido justificada tradicionalmente en la necesidad de resolver problemas que las personas, en su calidad de ciudadanos o simples agentes económicos, no son capaces de resolver por sí solos[1].

El clásico ejemplo es el "Estado Policía", el que para resolver problemas generados por la falta de respeto a la libertad, la vida o los derechos patrimoniales de las personas que conforman la sociedad monopoliza en su manos la coerción física. La noción básica es que las personas no pueden ni deben tomar la ley por sus manos, por lo que el castigo a quienes violan las normas de convivencia social debe venir tan solo de las manos del Estado. Dentro de dicha concepción también se considera que la solución de controversias debe estar también concentrada en un ente imparcial, el Poder Judicial. Como señala Wagner "la provisión de seguridad y orden promueve la actividad económica, de la cual es garantía un marco estable de reglas que haga posible a la persona asumir inversiones de largo plazo. Después de todo, la gente no invertirá en construcción de casas si no se siente segura de sus derechos de propiedad con respecto a dichas casas"[2].

Posteriormente, la misma justificación fue utilizada para otorgar progresivamente mayores facultades y funciones al Estado, esta vez, con respecto al manejo de políticas económicas. En efecto, el concepto de Economía Social de Mercado, Economía Dirigida o

[1] Ver BUCHANAN, James. *"The Limits of Liberty"*. University of Chicago Press. 1975.

[2] WAGNER, Richard. *"Contractarian State, Welfare State, and Constitutional Order"*. En *To Promote The General Welfare*. pp. 3 ss. 1989.

Planificada y, de manera más clara, la Economía Comunista o Centralizada, parten de la hipótesis de que la actividad económica privada es incapaz de alcanzar ciertos objetivos considerados prioritarios, entre ellos y de manera fundamental el desarrollo económico de un país y el bienestar de todos sus individuos.

La toma de conciencia con respecto al fracaso del Estado en lograr por medio de su actuación directa estos últimos objetivos ha propiciado la reducción de la regulación estatal (y por tanto del intervencionismo). Sin embargo hoy, dentro de una economía basada fundamentalmente en el mercado, se le ha encomendado al Estado una nueva tarea: velar por el funcionamiento del mercado de manera tal que el interés propio y la posición de dominio de las empresas no terminen por arruinar sus virtudes.

En efecto, incluso ahora cuando la mayoría coincide en que el mercado es el más eficiente medio de distribución de los recursos y de satisfacción de necesidades, un número importante de economistas y, sobre todo, de abogados está convencido de la necesidad y conveniencia de este nuevo rol del Estado y el Derecho.

Mi tesis fundamental es que al igual que la intervención del Estado en la educación o vivienda resultó siendo contraproducente, la nueva legislación antimonopólica y de protección al consumidor habrá de correr la misma suerte, pues ambas están sostenidas sobre los mismos supuestos, incorrectos en mi opinión.

I. JUSTIFICACION Y CRITICA A LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La clásica justificación a la intervención estatal en materia económica dentro de una economía de mercado proviene de Pigou, quien sostuvo que ésta debe producirse cuando el costo social de una actividad es mayor al costo individual de quien la realiza, esto es, cuando se producen externalidades. Así por ejemplo, si determinado alimento causa cierta alergia, el hecho de que el productor no asuma el costo de mejorar su producto (sea pasteurizándolo, agregando preservantes, o mejorando el proceso de producción) ni que pague por los daños que cause debido a ello, significa que está transfiriendo (externalizando) parte de los costos que él debiera asumir (prevención o indemnización) a los consumidores quienes tendrán que comprar las medicinas o en todo caso asumir el daño causado (soportar la enfermedad y dejar de asistir al trabajo)[3].

Según Pigou, la existencia de dichas externalidades se debe a los altos costos de transacción -y en particular de información-, existentes en determinados sectores del mercado y, que ameritan que el Estado participe correctivamente para resolverlos o, en todo caso, reducirlos. También considera Pigou que la existencia de ***"free riders"*** justifica la intervención estatal debido a que quienes venden un producto o servicio no podrán cobrar a todos los que se benefician de él. El típico ejemplo es la red de alumbrado público en donde una persona se beneficia del simple hecho de que su vecino cuente con luz pública frente a su casa (mayor iluminación en la cuadra, ahuyenta ladrones, aumenta el valor del inmueble, etc.)[4]

Sin embargo, la posición de Pigou, vigente actualmente en las más importantes leyes marco que regulan nuestra economía, fue demoledoramente criticada por Ronald Coase, premio Nobel de economía, quien advirtió que, así como el mercado es imperfecto, la intervención estatal también lo es. Más aún, la intervención estatal puede ser más costosa e imperfecta que el mercado al que se quiere corregir. Por lo tanto, Coase propone que se evalúe cuidadosamente si esa intervención estatal resuelve efectivamente mejor que el mercado determinados problemas y si los beneficios que produce son mayores que sus costos. Esta no fue la única contribución de Coase. También demostró que la mayor parte de las imperfecciones atribuidas al mercado se debe más bien a que el mercado no es capaz de funcionar ni de corregir sus desperfectos debido a las distorsiones causadas por la regulación estatal[5].

A continuación y siguiendo los principios de Coase intentaremos evaluar la conveniencia del marco legal de protección al consumidor.

II. NORMAS SOBRE PROTECCION AL CONSUMIDOR

El Decreto Legislativo N° 716, sobre protección al consumidor, intenta compensar una supuesta

[3] ROWLEY, Charles. Prólogo al libro *"The Myth of Social Cost"* de CHEUNG, Steven. Cato Institute. 1978.

[4] Ver sobre *"free riding"* REBAZA, Alberto. "Hacia una Verdadera Protección del Derecho de Propiedad". En El Derecho Civil Peruano: perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la PUCP. 1993.

[5] COASE, Ronald. *"The Problem of the Social Cost"*. En *The Journal of Law and Economics*. 1960.

asimetría entre los ofertantes de productos y servicios, y los consumidores[6]. La consecuencia inevitable de tal suposición es que la relación entre ofertantes y demandantes debe extraerse de la esfera del Derecho Civil, en donde se asume que las partes que celebran un contrato son iguales, e incrustarse en una nueva área del Derecho, el de la Competencia. En este nuevo recinto, se otorga a una de las partes, los consumidores, una serie de ventajas con respecto a la otra parte, los proveedores, pues se asume que estos últimos cuentan con mayor información y mayores medios para lograr que las transacciones se ajusten a sus particulares intereses.

El Derecho aparece, en consecuencia, nuevamente como un factor equilibrante ante posiciones desiguales tenidas como injustas, tal y como en su tiempo lo hicieron la Ley de Inquilinato, la Ley de Reforma Agraria, o la Ley de Estabilidad Laboral.

Los efectos de las leyes son imprevisibles. Los objetivos ambicionados muchas veces no son alcanzados. Así sucedió con la Ley de Inquilinato que terminó por reducir la oferta de inmuebles para alquiler, perjudicando a gente humilde que pretendía alquilar[7], y a propietarios que llegaron a recibir por renta sumas inferiores a las que debían pagar al año por el Impuesto al Patrimonio Predial. Así sucedió también con la Ley de Estabilidad Laboral que redujo la demanda de mano de obra, beneficiando sólo a quienes ya contaban con un puesto de trabajo pero perjudicando a aquellos que ingresaban al mercado laboral[8].

Las externalidades, es decir, los efectos no deseados de una actividad pueden surgir de un individuo, de una empresa o del Estado. Lo que pretendemos mediante el análisis de las siguientes normas es mostrar las externalidades negativas que ocasiona el Decreto Legislativo N° 716 a los consumidores.

2.1 SERVICIOS DE REPARACION

"Artículo 11°.- Los productores deberán asegurar el suministro oportuno de partes y accesorios, servicios de reparación, y de mantenimiento de los bienes que produzcan durante el lapso en que aquellos se fabriquen, ensamblen o distribuyan, y posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos. Igual obligación asumirán quienes importen productos para su venta al público, respecto de los que distribuyen en el país.

El Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración , podrá determinar el plazo y las condiciones para el cumplimiento de esta obligación en aquellos casos en que lo considere necesario".

Dentro de los elementos utilizados para calcular el costo de un producto, por ejemplo un automóvil, se encuentra necesariamente la existencia o no de repuestos, talleres especializados, y una adecuada red de servicios a nivel nacional. Es por ello que un Volkswagen Escarabajo tiene aún un extraordinario precio de reventa.

Un consumidor razonable sabe que, en caso de tener igual precio, un automóvil de marca conocida y de venta extendida en el país le dará en el futuro menos problemas que un auto de marca desconocida. Pero lo mismo es conocido por los vendedores de marcas poco difundidas en el país, quienes suelen compensar este defecto mediante la reducción de sus precios. En consecuencia, *ceteris paribus*, dos elementos a tomarse en cuenta en la reducción del precio internacional (pi) de un producto hasta llegar al precio final (pf) en un mercado determinado, son el daño que puede sufrir el consumidor al no obtener los repuestos necesarios (d) y la probabilidad de que tal situación ocurra (prob).

En consecuencia el precio final de los carros se acercará a un punto de equilibrio cercano, dependiendo del funcionamiento del mercado[9]:

$$pf = pi - (d \times prob)$$

Los consumidores deben tomar la decisión, no el legislador ni el MITINCI. Un consumidor con aver-

[6] Ver, a modo de ejemplo, el cuarto considerando de la Resolución N° 8 de la Comisión de Protección del Consumidor, publicada el 14-09-95, en el procedimiento de oficio seguido contra un banco por la inclusión de un seguro obligatorio como parte del contrato de cuenta bancaria con sus clientes. En dicho considerando se señala que "si bien los consumidores suelen adquirir información por medio de su experiencia en el mercado y en consecuencia pueden autoprotegerse por medio de sus propias decisiones de intercambio, existen circunstancias en que dicho mecanismo no funciona de manera adecuada precisamente por los niveles de asimetría en la información existente y por el carácter coercitivo o engañoso de las prácticas desarrolladas por algunos proveedores".

[7] FRIEDMAN, Milton y STIGLER, George. Techo o Control de Alquileres: el problema de la Vivienda. En *Popular Essays of Current Problems*, Vol. II, N° 2. *The Foundation for Economic Education*. 1946.

[8] Ver INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. "La Ley de Estabilidad Laboral". 1986.

[9] Evidentemente el consumidor comprará siempre y cuando el precio final se reduzca en una cantidad igual o mayor a lo que él considera apropiado, es decir, cuando Pf'=< pi - (d x prob)', siendo (d x prob)' calculado subjetivamente por aquél. Por otro lado, el vendedor venderá cuando la reducción en el precio final sea igual o menor a la reducción de precio que él considere apropiada, es decir cuando Pf''>= pi - (d x prob). Sin embargo, el acuerdo habrá de producirse cuando Pf' = Pf''.

sión al riesgo, optará por la marca conocida pagando el mayor costo que significa contar con repuestos en el futuro. Un consumidor neutral al riesgo, comprará el carro usado beneficiándose del menor precio. El mercado funciona mejor en la medida que pueda satisfacer cada vez más las distintas necesidades de los consumidores.

El mercado es distorsionado cuando la regulación estatal impide a cierto sector de consumidores asumir el riesgo que desean. En efecto, el artículo bajo comentario reduce opciones, al eliminar el factor "d x prob". Todos los consumidores dispuestos a asumir algún riesgo a cambio de una reducción en el precio se enfrentarán a una barrera legal que cercena opciones y aumenta precios.

Evidentemente algunos pensarán que éste es un caso en que se justifica la intervención estatal debido a que la información es insuficiente y por tanto el mercado no funciona adecuadamente.

Con respecto a esto último conviene recordar que el costo de los productos para el consumidor (cc), siguiendo a Stigler[10], es el precio pagado final (pf) más el costo de búsqueda de información (ci).

$$cc = pf + ci$$

En otras palabras no es que no haya información disponible, sino que la adquisición de la información es onerosa y puede que en ciertos casos no amerite invertir una gran suma en obtenerla.

La simple constatación de la situación anterior no indica automáticamente que el Estado se encuentre en mejor posición para mejorar la actuación del mercado. Por el contrario, para decidir qué tipos de repuestos deben ser suministrados obligatoriamente; qué tipo de servicios asegurados; qué plazos, comprometidos; y, qué ciudades, abastecidas, el MITINCI deberá asumir inmensos costos de información para analizar el mercado. Es fácil anticipar la ineficiencia de las decisiones a que llegue.

La reacción de los proveedores no es difícil de anticipar: aumento de precios. Lo lamentable es que dicho aumento impedirá que muchos consumidores, cuya única posibilidad era comprar productos baratos sujetos a cierto riesgo, no sean capaces de asumir el mayor costo. El efecto de la norma es contraproducente. So pretexto de proteger al consumidor se le perjudica en un aspecto decisivo pues ya no podrá, precisamente, consumir.

Menos previsible, pero latente siempre en nuestro país, es la posibilidad de establecer un control de precios por parte de la misma autoridad para solucionar el aumento sugerido. De ser así, habríamos llegado entonces a una situación que nos recordará sin duda alguna la década de los ochentas.

"**Artículo 13°.-** El prestador de servicios de reparación no podrá condicionar la prestación de servicio a la compra de éste de los repuestos o partes requeridas".

El objetivo de la norma es evitar una modalidad de la venta atada, en este caso que la prestación de un servicio de reparación esté ligada a la venta de los repuestos necesarios para efectuarlo. Se busca evitar que el consumidor tenga que pagar una cantidad por encima del precio de mercado.

Esta norma es absurda. Si el consumidor no está de acuerdo con una situación como la prevista, simplemente puede optar por elegir otra persona que brinde el servicio sin ataduras de ningún tipo. En Estados Unidos se ha desarrollado la doctrina del *"Tying Contract"*[11] que también apunta a evitar ventas atadas, pero ella se aplica solamente en aquellos casos en que el proveedor cuente con una posición monopólica que impida al consumidor optar por una propuesta diferente. Como es obvio, las posiciones monopólicas no son frecuente por lo que es un gran error legislar de una manera tan general como en este caso.

Por el contrario, existen razones de eficiencia económica que hacen de la atadura entre prestación de servicios de reparación y la compra obligatoria de repuestos, algo bastante común en el mundo comercial. En efecto, si una empresa desea brindar un servicio de reparación garantizado con el objeto de adquirir una imagen de prestigio, deberá estar segura de que los materiales que serán utilizados tendrán la calidad suficiente como para permitir que la empresa asuma el costo y riesgo que el otorgamiento de la garantía significa.

[10] STIGLER, George. *"The Economics of Information"*. En *Journal of Political Economy* N° 69 y en *Legal Regulation of Competitive Process* por KITCH, Edmund y PERLMAN, Harvey, Foundation Press. 1991.

[11] Ver AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *"Antitrust Analysis"*. Little, Brown and Company. pp. 425 ss. 1988.

La norma en cuestión no permite excepciones, por lo tanto limita la posibilidad de que los consumidores se vean favorecidos por distintas ofertas que varíen desde la simple prestación de un servicio, pasen por la prestación de servicio atada con o sin garantía, hasta la prestación del servicio no atado con garantía. El artículo bajo comentario aumenta el costo de los proveedores al no poder utilizar estrategias para reducir el riesgo que significa brindar un servicio garantizado.

"**Artículo 34°.-** Cuando un producto objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado y estos sean imputables al prestador del mismo, el consumidor, tendrá derecho dentro de los treinta (30) días contados a partir de la recepción del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional".

Las negativas consecuencias que surgen de esta norma se deben a razones similares a las mencionadas con motivo del artículo 11°. Es decir, se impide que los consumidores opten entre productos más baratos pero sujetos a un riesgo (que no haya repuestos o que no esté garantizado el servicio) y productos caros libres de riesgo (marcas conocidas con suministro de repuestos asegurado o servicios garantizados por un plazo determinado).

Cuando el consumidor de un servicio recibe el producto reparado sin garantía alguna, está asumiendo el costo de la inspección y de los desperfectos ocultos a cambio de un menor precio. La existencia de una garantía legal o voluntaria implica mayor cuidado en la reparación y también mayores costos pues se tenderá a usar repuestos de mejor calidad. Pero esto no es gratuito. Esto se traducirá inevitablemente en un mayor precio.

El error de la norma es que no permite elegir al consumidor. Es, paradójicamente, contraria a la esencia del mercado, en donde se supone que el consumidor se encontrará en mejor situación en la medida que tenga mayores opciones.

Conviene por tanto reflexionar sobre este elemento tan visible de la legislación bajo comentario: la imposibilidad de pactar en contrario. Siendo la norma de orden público, pues justamente presupone una desigual posición contractual, despoja a los individuos del derecho de pactar en contra de aquello que los legisladores consideraron conveniente para ellos.

El marco es sumamente rígido, pero sobre todo arrogante. En efecto, no se deja margen a soluciones creadas por los propios agentes económicos si es que consideran que la normatividad va en contra de sus intereses. La única excepción es el artículo 12° que permite al consumidor autorizar al proveedor de un servicio a utilizar repuestos usados en vez de nuevos, tal como lo exige en principio.

El asunto resulta especialmente lamentable, cuando países con abundante experiencia en materia de protección al consumidor, competencia desleal y libre competencia vienen retrocediendo luego de haber comprobado deficiencias evidentes en normas de esta clase.

2.2 INFORMACION EN CASTELLANO.

"**Artículo 16°.-** En todos los casos, los datos que ostenten los productos de manufactura nacional destinados al consumo en el mercado interno o sus etiquetas, envases, empaques y la publicidad respectiva deberán estar expresados en términos comprensibles en idioma castellano y conforme al sistema general de unidades de medida. Tratándose de productos de manufactura extranjera, se debe imponer sobre los mismos la información correspondiente en idioma castellano".

Este artículo persigue suministrar al consumidor la mayor cantidad de información posible, impidiendo que ésta se reduzca mediante el uso exclusivo de un idioma distinto. La norma es bien intencionada, pero crea también externalidades negativas a las empresas.

Hace pocas semanas, en Chile donde existe una norma similar, la cadena de restaurantes Mc Donalds, cuya preocupación por la higiene y el cuidado en el proceso de producción es indiscutible, fue multada por no haber impuesto sobre los pequeños sobres de mostaza, mayonesa, y ketchup, calcomanías que informasen a los clientes sobre las características alimenticias, nutritivas y dietéticas de dichos productos.

La empresa argumentó, sin éxito lamentablemente, que si bien ellos no colocaban calcomanías en cada uno de los cientos de miles de sobresitos que se consumen semanalmente en sus locales, en cada uno de sus establecimientos habían colocado varios afiches con la información respectiva.

Lo que sucede es que hay un problema de costos que la norma no contempla en el Perú ni en Chile. En efecto, una cosa es poner información en cada uno de los productos cuando se trata de un televisor, un automóvil o una máquina, y otra cuando se trata de

cientos de miles de pequeños envases o empaques, llegándose al absurdo de proceder a estampar información en todos y cada uno de ellos.

El problema radica en que regulaciones como ésta comparten una marcada subestimación con respecto a los consumidores. La normatividad vigente los trata como incapaces relativos[12]. Si un consumidor no puede leer la información contenida en el empaque de un producto, debería desconfiar del producto y optar por no consumirlo. En buena cuenta, nadie más interesado que las empresas mismas en atraer al consumidor mediante la mayor cantidad de información.

Los consumidores deben ser responsables de sus actos y asumir los costos de su negligencia. Romper este principio creando derechos en favor de los consumidores no hace otra cosa que promover la negligencia entre ellos. Las exoneraciones de responsabilidad fomentan la negligencia tanto en los agentes económicos que causan el daño como en aquellos que lo sufren pero que pudieron evitarlo.

Los legisladores olvidan que el prestigio de los productos, empresas y marcas es un fenómeno que no se explica solamente por la publicidad que pagan. Efectivamente la publicidad es el elemento más visible, pero el prestigio de una marca permanece por el esfuerzo que las empresas realizan en proporcionar productos o servicios de calidad. Esta es la información más importante para los consumidores. No hay otra razón más importante para explicar por qué millones de personas almuerzan diariamente alrededor del mundo en restaurantes Mc Donalds sin prestar atención a la información existente en sus envases.

2.3 EXHIBICION DE PRECIOS

"**Artículo 17°.-** Los establecimientos comerciales deberán exhibir en sus vitrinas, de manera fácilmente perceptible para el consumidor, los precios de los productos exhibidos en ellas. Asimismo, los establecimientos en los que se ofrezcan productos o servicios a los consumidores, deberán contar con una lista de precios, en la que conste los de todos los productos y servicios ofertados, la misma que deberá proporcionarse a todo consumidor que la solicite".

No someter al consumidor a la presión que significa entrar a una tienda en donde vendedores entrenados obligarán prácticamente a aquél a adquirir un bien que se encuentra por encima de sus posibilidades, es el objetivo de esta norma. Para ello, los precios exhibidos en las vitrinas alertarán al consumidor de lo que le espera una vez traspasado el umbral de una tienda.

Pareciera que para el legislador el aspecto externo de la tienda no es suficiente para alertar al consumidor, tampoco el distrito o barrio donde se encuentra ésta, ni la publicidad que realiza.

El problema no es simplemente que tenga que ponerse el precio de los productos ofertados. El asunto más grave es la interpretación que habrá de efectuar INDECOPI, y en particular la Comisión de Protección al Consumidor con respecto a qué debe entenderse por "fácilmente perceptible para el consumidor".

El resultado es inevitablemente perverso. Si dicha Comisión resuelve caso por caso, creará inseguridad jurídica entre las empresas, pues las opiniones podrán variar como varían los miembros de ella. Si establece medidas exactas, colores permitidos y diseños aceptados, la creatividad de los anunciantes será parametrada.

2.4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL FRENTE A LAS NORMAS ESPECIALES DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Los otros artículos sustantivos del Decreto Legislativo 716 son aplicaciones específicas de las normas de responsabilidad civil contractual como extracontractual del Código Civil al ámbito de protección al consumidor, lo que es común en un sistema legal estatutario. Los siguientes son algunos ejemplos de ello.

"**Artículo 7°.-** Los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda".

[12] El artículo 46 del Código Civil establece quiénes son incapaces relativos, incluyendo junto a los toxicómanos, los retardados mentales, y los ebrios habituales, a los mayores de dieciséis años, pero menores de 18. A su vez, el artículo 227 señala con respecto a estos últimos que las obligaciones que ellos contraigan son anulables. Esta misma consecuencia se produce cuando se incumple el Decreto Legislativo 716 a pesar de que quien contrata es una persona mayor de 18 años y responsable de sus actos (pero no para los legisladores).

"**Artículo 8°.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos, por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase en lo que corresponde".

"**Artículo 9°.-** Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como el modo correcto de la utilización del producto o servicio".

"**Artículo 10.-** En caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecte la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso".

"**Artículo 15.-** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes".

"**Artículo 19°.-** Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, deberá informarse claramente esta circunstancia al consumidor y hacerlo constar en los propios artículos, etiquetas, envolturas o empaques, y en las facturas correspondientes".

"**Artículo 20°.-** La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

La única virtud de esta norma es que permite la difusión de los derechos que los consumidores tienen, no necesariamente como producto de ella, sino, en realidad, como consecuencia de un sistema jurídico que protege a una parte cuando la otra incumple sus obligaciones.

Sin embargo es obvio que la razón fundamental que explica la existencia de comisiones y de un tribunal en INDECOPI no es la elaboración de normas específicas en materia de protección al consumidor sino la falta de confianza en el Poder Judicial.

El resto de normas de fondo trata cuestiones vinculadas con la publicidad por lo que serán discutidas en la próxima sección.

III. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El Decreto Legislativo N° 691, a diferencia del Decreto Legislativo N° 716, no contiene normas categóricas ni prohibiciones absolutas. Esto se debe probablemente al objeto mismo de regulación más que a la intención de los legisladores por flexibilizar el radio de acción de los anunciantes y proveedores.

Las normas más importantes están sujetas a interpretación[13]. Por lo tanto los efectos dependerán del desempeño de los miembros de la Comisión. A continuación mencionaremos aquellas normas y luego discutiremos algunos elementos que deberían ser tomados en cuenta por la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal.

"**Artículo 3°.-** Los anuncios deben respetar la Constitución y las Leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ile-

[13] Son pocas las excepciones, como el artículo 9° que establece que los anuncios televisivos y/o radiofónicos de bebidas de alto grado alcohólico o de tabaco deben estar dirigidos siempre a los adultos y dentro de un horario de diez de la noche a seis de la mañana. Un problema con respecto a esta norma es la desigualdad que crea entre las mencionadas bebidas y la cerveza, cuando el efecto en un niño puede ser exactamente el mismo y cuando la magnitud de publicidad de las cerveceras rebasa ampliamente al de las primeras.

gales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades".

"**Artículo 4°.-** Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos".

"**Artículo 5°.-** Los anuncios no deben contener o referirse a ningún testimonio, a menos que sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da.

La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo".

"**Artículo 7°.-** Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.

Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía".

"**Artículo 8°.-** Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados".

"**Artículo 10°.-** Los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:

10.1 Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.

10.2 El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.

10.3 Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

10.4 No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.
10.5 No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados".

La publicidad es un elemento vital dentro del funcionamiento del mercado. Como se sabe, una de las razones principales por las que el mercado es el mejor sistema de asignación de recursos es que permite, como ningún otro, transmitir información acerca de los precios, cualidades y diferencias entre los productos, así como las preferencias, gustos, y temores de los consumidores. El sistema de precios permite a los productores y consumidores adoptar las decisiones más convenientes. Los primeros modificarán el precio dependiendo de la acogida de sus productos. Los segundos comprarán o no, en la medida que el valor que ellos le atribuyen al producto a comprar sea mayor que el precio de mercado.

La publicidad es el medio principal mediante el cual el productor informa al consumidor sobre las cualidades de su producto, proporcionándoles los datos requeridos para efectuar sus decisiones de mercado.

Como mencionamos anteriormente, Stigler señala que el costo de un producto para el consumidor es el precio más el costo de búsqueda de información. En ese sentido, la publicidad es un medio que permite reducir los costos de información al consumidor puesto que facilita su obtención.

Ahora bien, en la medida que la publicidad reduce los costos de búsqueda de información, la búsqueda aumenta al ser más barata, fomentando una mayor competencia entre los proveedores pues se ven obligados a dar más información. Por tanto, a mayor publicidad mayor competencia entre las empresas.

Debe analizarse hasta qué punto conviene una regulación que de una u otra manera pueda traer como consecuencia la reducción de la publicidad por temor a sanciones. Es nuestra impresión que los legisladores subestiman los recursos legales que la ley ofrece a todo aquel que ha sido víctima de un engaño, subestiman los mecanismos propios de autocorrección que un mercado competitivo posee y, sobre todo, subestiman la inteligencia del consumidor.

La competencia es, en nuestro concepto, la mejor arma contra el abuso publicitario. Cualquier anun-

cio que intente engañar a un consumidor con respecto a las características de un producto, su precio o las condiciones de venta, no sólo significa un potencial perjuicio al consumidor sino también a las empresas competidoras, puesto que son víctimas de competencia desleal por parte de aquella que engaña o induce al error. Todos sabemos que para el consumidor los costos de quejarse y obtener una indemnización suelen ser mayores que el beneficio que finalmente pueda recibir. Sin embargo, poca importancia se da a la presencia de empresas competidoras que por razones de escala si poseen los incentivos económicos necesarios para demandar a aquellas que hacen mal uso de la publicidad.

La reputación empresarial es también un elemento que merece ser tomado en cuenta. En los Estados Unidos los productos son clasificados, para efectos de cuestiones referidas a publicidad en *"search goods"* (bienes que pueden ser evaluados mediante un análisis objetivo anterior a la compra, por ejemplo, un carro, trigo, papel), *"experience goods"* (bienes que tienen que ser adquiridos y probados para saber si se ajustan al gusto de uno, por ejemplo, vinos, galletas o detergentes) *y "credence goods"* (que son bienes que incluso luego de ser consumidos no pueden ser totalmente evaluados por el consumidor como buenos o no, por ejemplo, los servicios legales o médicos).

Sin embargo, en todos ellos la reputación empresarial juega un rol decisivo si está inmersa en un marco verdaderamente competitivo.

En la primera clase de productos la reputación es menos importante en los productos estandarizados, en donde el cumplimiento de determinados requisitos técnicos y comerciales es más importantes que otra cosa. Por ejemplo, en la importación de trigo lo relevante es el certificado sanitario y la carta de crédito. Sin embargo, en otros productos de la misma clase la reputación resulta gravitante. Es fácil advertir el precio del prestigio observando cómo marcas coreanas de automóviles compiten con un menor precio contra marcas europeas o japonesas de mayor prestigio en el país.

En el caso de los *"experience goods"*, el prestigio influencia de manera decisiva a los consumidores, quienes optan a ciegas por ciertos productos fundamentalmente por la fama de la marca o la empresa. Frente a distintas marcas de mostaza, mayonesa o vinos, el consumidor promedio tiende a comprar, o por lo menos a reputar como producto superior, aquellos identificados con una marca o empresa conocida.

Y, desde luego, lo mismo sucede con los servicios profesionales en donde el prestigio termina siendo quizás hasta más importante que el precio. La especialidad de la disciplina jurídica, médica, u otras, obstruye una evaluación suficiente del trabajo efectuado por un profesional. A ello se suma la subjetividad del ejercicio propio de la profesión, en donde no existe un sola posición o manera de enfrentar un problema.

Pero la reputación no se crea sola normalmente. Es consolidada mediante un esfuerzo publicitario. Es un hecho conocido que las empresas de mayor prestigio son precisamente las que publicitan más.

Los excesivos controles sobre la publicidad con respecto a la verificabilidad de la información que contiene puede tener efectos contraproducentes. Requerir mucha información en la publicidad y exigir que el anunciante esté en capacidad de probar lo dicho puede causar una reducción de la carga publicitaria (la demanda por servicios de publicidad se reducirá) o desviar los anuncios hacia generalidades. Esto no favorece al consumidor pues la información a su disposición se reducirá. Debe tomarse en cuenta que todo riesgo sobre lo que puede o no puede hacerse en materia de publicidad no hace otra cosa que aumentar el costo de ella, lo que lleva inevitablemente a su reducción, significando por tanto menos competencia entre las empresas, y finalmente mayores precios.

Lilian Bevier rescata el proceso natural de autocontrol en la información contenida en la publicidad, al resaltar que las empresas son conscientes de que cuanto mayor es para los consumidores el costo de verificación de la veracidad publicitaria, es menor la tendencia entre los consumidores a creer en las aseveraciones de las empresas y por lo tanto también menores los incentivos en las empresas por efectuar este tipo de afirmaciones, al reducirse la posibilidad de lucrar mediante esta estrategia[14]. Por ejemplo, la simple afirmación de que un producto es mejor al resto es absolutamente inocua si se trata de productos en los que la comparación es imposible. Difícilmente un consumidor verdaderamente creería un eslogan que afirmase que Coca Cola es la mejor. Los consumidores están en capacidad de interpretar la publicidad y sus prácticas, por lo que al consumir Inca Kola no creerán que están bebiendo una bebida inferior, sino distinta.

[14] BEVIER, Lylian. Apuntes del curso *"Legal Regulation of the Competitive Process"* en University of Virginia School of Law. 1994.

Los legisladores no toman en cuenta que mentir no es un buen negocio para las empresas. En primer lugar, la información con respecto a un proceso judicial seguido por tan solo un consumidor contra determinada empresa puede tener efectos devastadores para esta última, por el temor y rechazo que puede surgir en el público. En segundo lugar, en los casos de productos que son comprados permanente o periódicamente, la mentira es una pésima idea puesto que la publicidad podrá convencer al público de que pruebe el producto una vez pero no de que se mantenga consumiéndolo.

Ahora bien, es cierto que mediante la publicidad las empresas pueden llegar a mentir o engañar, pero también es cierto que como consecuencia de la intervención la carga de información puede reducirse en perjuicio de los consumidores. Esta fue la disyuntiva que en Estados Unidos enfrentó la Corte Suprema en el caso Morales vs. Transworld en donde se declaró expresamente la conveniencia de permitir cierta cantidad de engaño en la publicidad, por ejemplo que no se mencionara que los precios no incluían impuestos o que habían ciertas restricciones a las promociones ofrecidas, con el objeto de promover mayor competencia de precios[15].

No debe olvidarse que la publicidad se desarrolla dentro de límites muy rígidos: el espacio y el tiempo. Evidentemente todos queremos mayor información, pero debe tomarse en cuenta cuál es el costo de suministrar dicha información para las empresas. No todas las empresas pueden poner avisos de una página en los periódicos ni pasar comerciales de un minuto y medio. Por el contrario, las empresas tienen que comprimir la información más importante en espacios pequeños o en pocos segundos.

Habíamos dicho que otro elemento menospreciado es el nivel de autoprotección del consumidor frente a lo que lee o ve. Se asume, equivocadamente en nuestro concepto, que el consumidor tiende a creer a ciegas toda la carga publicitaria. Pero más aún, no se suele tomar en cuenta el tipo de consumidor involucrado en cada caso. No es el mismo tipo de consumidor promedio el que está comprando un chocolate, un carro deportivo o una maquinaria textil. El nivel de sofisticación del consumidor promedio de un producto debe ser evaluado permanentemente. En efecto, a mayor sofisticación del consumidor, es aconsejable una mayor libertad en la actividad publicitaria puesto que la posibilidad de engaño o defraudación se reduce de manera directamente proporcional.

Evidentemente el hecho de que la publicidad sea cierta produce beneficios: los consumidores podrán hacer mejores decisiones pues se encontrarán mejor informados. Pero también produce costos: al exigirse que la información no sólo sea cierta sino también comprobable se aumenta el costo de hacer afirmaciones comerciales y por lo tanto aumenta el costo para una empresa de comparar sus productos con los de sus competidores, llevando todo ello no sólo a una disminución de la competencia entre las empresas existentes en un momento dado, sino también a una disminución en la entrada de nuevas empresas.

Existen, sin embargo, imprecisiones con respecto al grado de responsabilidad existente sobre la empresa anunciante. Si bien el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 establece que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante a requerimiento del CONASUP, no se establece si se requiere dolo o culpa para ser susceptible de sanciones o, más aún, si se trata de responsabilidad objetiva.

El asunto se agrava al extenderse la responsabilidad de manera solidaria a la agencia de publicidad que efectúa el anuncio, lo cual es absurdo[16]. En efecto, esto significa que la agencia de publicidad debe añadir a su trabajo normal y natural de creación artística y de producción, otro de fiscalización, verificación y supervisión de la información proporcionada por el cliente. Las consecuencias, como siempre, tienen connotaciones económicas. Las agencias de publicidad aumentarán el costo de sus servicios por la mayor responsabilidad que asumen, encareciendo el producto y reduciendo por tanto nuevamente la publicidad disponible a los consumidores[17]. El desconcierto que pueden traer estas normas puede aumentar en la medida que, como ya lo hemos señalado, no existe la menor idea del grado

[15] Morales vs. Transworld Airlines Inc. Corte Suprema de los Estados Unidos 1992. 112 S.Ct. 2031.

[16] Artículo 13° y 14° del Decreto Legislativo N° 691.

[17] Es probable que un estudio empírico no muestre en estos momentos un mayor costo en los servicios brindados por las agencias de publicidad. Esto se debe al grado de aplicación de la norma, es decir, si las normas a pesar de ser rígidas no han sido aplicadas aún o, en todo caso, no en casos que hayan merecido sanciones considerables, no habrá una modificación considerable de precios. Sin embargo, si se impone sanciones de importancia, el reflejo en los precios es inevitable.

de responsabilidad exigido, esto es, negligencia, dolo o responsabilidad objetiva.

IV. CONCLUSION

Así como el mercado, la regulación estatal es también imperfecta. Conviene por tanto evaluar en cada caso si la intervención estatal no causa mayores problemas que aquellos que pretende resolver. Creo que eso sucede precisamente con gran parte de los artículos de los Decretos Legislativos N° 691, sobre normas de publicidad en defensa del consumidor, y N° 716, sobre protección al consumidor, que han sido comentados. El consumidor a la larga va a ser perjudicado por normas que buscaron favorecerlo, haciendo vigente una vez más la famosa frase "no me ayudes compadre".



CULTURAL CUZCO S.A.
EDITORES

AL SERVICIO
DEL DERECHO

Telef. 220475

Genoveva Cragg Campos
NOTARIO DE LIMA

Horario de Atención:

Lunes a Viernes
8:00 a.m. - 1:30 p.m.
2:30 p.m. - 6:00 p.m.

Sábados
9:00 a.m. - 1:00 p.m.

Huaylas 1012 - Chorrillos Telefax: 468-2720

Quinta Notaría Nilla

☎ **437-6378**

RAMIRO QUINTANILLA SALINAS
NOTARIO DE LIMA

FAX: 348-2729

LA DEFENSORIA DEL PUEBLO: RETOS Y LIMITACIONES

Samuel B. Abad Yupanqui
Abogado de la Comisión Andina de Juristas
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú

La Defensoría del Pueblo es una novedosa institución introducida por la Constitución de 1993 al sistema estatal peruano. Actualmente, la Ley Orgánica que regulará su funcionamiento se encuentra en pleno debate parlamentario. Por tal razón -a más de por su evidente preponderancia en la vida política del país, se trata de un tema de absoluta actualidad. En este artículo el autor desarrolla los aspectos más importantes de este moderno organismo que, de cumplirse con los propósitos de su creación, puede llegar a garantizar el efectivo cumplimiento del respeto a los derechos humanos que nuestra Constitución declara. A fin de que el Defensor del Pueblo pueda velar por ellos, el doctor Samuel Abad Yupanqui plantea interesantes sugerencias e interpretaciones.

El surgimiento y notable desarrollo del *Ombudsman* en Suecia, incorporado en la Constitución de 1809, aunque con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII[1], ha inspirado el nacimiento de instituciones similares en diversos ordenamientos tanto europeos como latinoamericanos.

A la par de su inicial introducción en Finlandia, Noruega y Dinamarca, y las importantes variaciones aportadas por Gran Bretaña (*Parliamentary Commissioner for Administration*»), Francia («*Médiateur*»), Portugal («Proveedor de Justicia») y España («Defensor del Pueblo»)[2]; en los países de latinoamérica paulatinamente se viene propiciando su inclusión.

A nivel nacional, esto ha sucedido en Puerto Rico (1977), Guatemala (1985), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Argentina (1993), Bolivia (1994) y se encuentra en agenda en los procesos de reforma constitucional de Venezuela (1992), Ecuador (1994) y Nicaragua (1995).

Asimismo, existen instituciones que promueven su implementación. Una de ellas es el Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*-Defensor del Pueblo que cuenta con partida de nacimiento en Caracas, Venezuela (junio de 1983), y que nació "con el objeto de

[1] Según André Legrand, el primer antecedente claro de esta institución se encuentra en el Decreto de 26 de octubre de 1713 mediante el cual se instituye un «*Konungens Hogsta Ombudsmannen*», aunque también reconoce como primer eslabón de sus antecedentes a la figura del «*Gran Sénécal*» surgida hacia el siglo XVI. Cit. por, GIL ROBLES Y GIL DELGADO Alvaro,«El control parlamentario de la administración (El *Ombudsman*)», Madrid: INAP, 2° ed., 1981, pp.38-39.

[2] Incluso en el plano supranacional, «el Tratado de Constitución de la Unión Europea, prevé la existencia de la institución del Ombudsman o Defensor del Pueblo en el seno de la Unión» (GIL ROBLES Alvaro,«El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina», Revista de la Asociación Iberoamericana del *Ombudsman*-Defensor del Pueblo, N°3, Colombia, 1994, p.58).

coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, promoción y creación del *Ombudsman* en los distintos países de América Latina"[3]. También existe la Asociación Iberoamericana del *Ombudsman*-Defensor del Pueblo, fundada en la ciudad de Buenos Aires (agosto 1992), uno de cuyos objetivos esenciales es precisamente "promover la difusión e institucionalización del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo en Iberoamérica"[4].

Este conjunto de esfuerzos condujo a que el Parlamento Andino, reunido en la ciudad de Caracas, en su IX período de sesiones, haya considerado pertinente disponer la creación de un Defensor del Pueblo Andino, mediante decisión N°483/IX de 24 de setiembre de 1992. Conforme a dicha resolución, la Mesa Directiva aprobará el estatuto, el presupuesto y designará al Defensor del Pueblo que se encargará de la defensa de los derechos humanos en la subregión andina.

A nivel de Naciones Unidas se viene desarrollando un importante trabajo sobre las denominadas "instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos", una de las cuales es, precisamente, la Defensoría del Pueblo. En esta dirección, en octubre de 1991, el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas organizó un primer encuentro, en el que se propuso a los gobiernos que incluyeran en sus legislaciones internas determinados principios generales adoptados con motivo de tal reunión[5].

Esto fue ratificado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de julio de 1993, al solicitarse que "se creen o refuercen instituciones nacionales, teniendo en cuenta los "principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales", reconociendo, por cierto, que "cada Estado tiene derecho a elegir el marco que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas"[6].

De esta manera, puede apreciarse que en el plano internacional, existe una fuerte y activa corriente que promueve la introducción de instituciones de esta naturaleza en los países de América Latina, pues constituye una señal positiva de que se vienen dando los pasos necesarios para respetar los derechos de las personas y fortalecer su institucionalidad democrática.

El Perú no ha permanecido ajeno a esta situación. En efecto, la Constitución de 1979 otorgó algunas funciones de defensoría del pueblo al Ministerio Público. A fin de implementar estas funciones se efectuaron diversos esfuerzos, destacando la expedición de la Resolución 192-89-MP-FN de 27 de abril de 1989 que creó la Fiscalía Especial encargada de los asuntos de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos. Durante el segundo semestre de 1990, se crearon once Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos en los distritos judiciales de Ancash, Ayacucho, Huánuco, Piura, Apurímac, Callao, Junín, San Martín, Arequipa, Huancavelica y la Libertad.

En su conjunto, la labor del Ministerio Público en el ejercicio de funciones de Defensoría del Pueblo, salvo puntuales y destacadas excepciones y pese al entusiasmo de quienes trabajaron en la Fiscalía Especial, fue insuficiente y quedó rebasada ante las frecuentes violaciones a los derechos humanos cometidas en el país.

La Constitución de 1993, optó por modificar la anterior situación al incorporar a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo (arts. 161 y 162), disponiendo que le corresponde «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía». De esta manera, al Ministerio Público ya no le compete esta función.

En la actualidad, el reto consiste en dar los pasos iniciales para una adecuada implementación de la Defensoría del Pueblo, que contribuya a consolidar sus cimientos y afianzar su importancia en la sociedad peruana. Un paso indispensable se ha dado recientemente con la promulgación de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, aprobada luego de diversos intentos y puntuales recortes.

[3] HOCHMAN, Isaac. "El Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*", en CAPITULO BOLIVIANO DEL *OMBUDSMAN*, "*Ombudsman*, Democracia y Derechos Humanos", La Paz, Bolivia, 1991, pp. 214-215

[4] El Acta Fundacional y los Estatutos de la Asociación Iberoamericana del *Ombudsman* (AIO), han sido publicados en la Revista de la AIO, N°3, p.19 y ss.

[5] Cfr. Documento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas E/CN.4/1992/43, 16 de diciembre de 1991, pp. 52-56

[6] NACIONES UNIDAS, Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, párrafo 36, p.46

I. LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCION DE 1993

El proceso de elaboración de la Carta vigente se caracterizó por carecer de un anteproyecto o texto base sobre el cual pudiera centrarse la discusión. La Carta fue elaborada paulatina y desordenadamente por la Comisión de Constitución y Reglamento, y luego elevada al Pleno del Congreso Constituyente Democrático (CCD) para su aprobación[7].

Aun cuando algunas ideas previas fueron expuestas por las agrupaciones que llegaron a formar parte del CCD, ninguna de las principales reformas constitucionales anunciadas por la alianza oficialista «Nueva Mayoría-Cambio 90»[8] se refería a la introducción de la Defensoría del Pueblo.

Fue durante el debate de las atribuciones del Ministerio Público realizada en la Cuatrigésima Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento realizada el 6 de abril de 1993, cuando se planteó la discusión sobre la conveniencia de mantener fusionado al Ministerio Público con la Defensoría del Pueblo o separar ambos órganos como instituciones autónomas. Esta última propuesta fue formulada por el congresista Fernando Olivera a la que se adhirió Carlos Ferrero. Al día siguiente (Cuatrigésimoprimera Sesión de la Comisión de Constitución), los congresistas del grupo oficialista, Carlos Ferrero y César Fernández Arce sugirieron separar las funciones atribuidas al Defensor del Pueblo de las que corresponden al Ministerio Público, acordándose conformar una subcomisión integrada por los citados congresistas y Lourdes Flores (PPC) para elaborar un texto alternativo sobre el Defensor del Pueblo. En la Cuatrigésimosegunda Sesión realizada el 12 de abril fue aprobado, con algunas modificaciones, el articulado propuesto por dicha subcomisión[9].

A lo largo del debate constitucional, el texto fue reducido en cuanto al número de artículos hasta que la institución quedó perfilada tal como lo señala la actual Carta fundamental, vigente desde el 31 de diciembre de 1993.

1. El diseño constitucional

Una institución positiva introducida por la Constitución de 1993 es precisamente la Defensoría del Pueblo (arts. 161 y 162). Ha sido configurada como una institución autónoma distinta del Ministerio Público, a la que le «**corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía**».

La Constitución distingue la Defensoría del Pueblo, del Defensor del Pueblo quien es el titular de la misma, señalando que su estructura en el ámbito nacional se establecerá por ley orgánica. En consecuencia, al legislador le corresponde diseñar la presencia de la Defensoría a nivel nacional, en el marco de un Estado unitario pero descentralizado. Esto, a nuestro juicio, permite que la ley contemple adjuntos al Defensor del Pueblo con presencia regional o departamental que puedan operar descentralizadamente.

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso mediante una votación calificada de dos tercios del número legal de miembros. No se encuentra sujeto a mandato imperativo, goza de la prerrogativa del juicio político antes de acudir al Poder Judicial, así como de inmunidad e inviolabilidad. Para ser elegido se requiere tener 35 años y ser abogado; tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos. El cargo dura cinco años.

El Defensor del Pueblo actúa como **comisionado parlamentario** que debe informar periódicamente al Congreso sobre el desempeño de su gestión. En teoría su nombramiento por el Congreso resulta razonable y se explica por ser éste el representante de la soberanía popular que le brinda legitimidad democrática para actuar, aunque ello en la práctica -y ése es su mayor riesgo- podría conducir a una designación política que restrinja su independencia.

Exigir que el Defensor del Pueblo sea abogado, no resulta necesario. En rigor, las únicas condiciones indispensables para el ejercicio del cargo son su calidad moral, personal e independencia reconocidas socialmente, así como su compromiso con los derechos humanos y el principio democrático. Así por ejemplo, en España cualquier persona que se

[7] Cfr. COMISION ANDINA DE JURISTAS, "Del golpe de Estado a la nueva Constitución", Lecturas sobre Temas Constitucionales N°9, Lima, 1994.

[8] Publicadas en el diario oficial «El Peruano», Lima, 21 de octubre de 1992.

[9] CCD. Comisión de Constitución y Reglamento, "Actas de las Sesiones. Constitución Política 1993", Lima, publicación oficial, pp.175-186.

encuentre en ejercicio de sus derechos civiles y políticos puede ser Defensor del Pueblo, sin necesidad de ser abogado.

El Defensor del Pueblo está obligado a presentar informes anuales al Congreso y cada vez que éste lo solicite. Asimismo, está facultado para proponer medidas que faciliten el cumplimiento de sus funciones. También está dotado de iniciativa en la formación de leyes, gozando de legitimación para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Los órganos públicos tienen la obligación de colaborar cuando él lo requiera.

Su proyecto de presupuesto se presenta al Poder Ejecutivo y el propio titular lo sustenta ante esa instancia y en el Congreso.

2. La Ley 26295: una atribución adicional para una institución aún no implementada

Esta ley, publicada el 23 de febrero de 1994 a pocos meses de la vigencia de la nueva Carta, creó el Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva, cuya organización y administración estará a cargo del Defensor del Pueblo. El registro deberá contener un banco de datos con información que permita identificar y localizar a las personas detenidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como los detenidos por mandato judicial.

En su primera etapa, comprenderá la información referida a los detenidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tratándose de los delitos de terrorismo, traición a la patria y contra el Estado y la defensa nacional.

Como quiera que la Defensoría del Pueblo aún no ha sido implementada, «hasta que el Defensor del Pueblo asuma sus funciones», el Ministerio Público estará a cargo de la organización y administración del registro.

A nuestro juicio -aunque se trate de un aspecto polémico-, no nos parece adecuado que la organización y administración del Registro de Detenidos esté a cargo de la Defensoría del Pueblo. Esto no sólo porque no se condice con las atribuciones clásicas del *Ombudsman* sino, además, porque su complejidad, envergadura y dificultad de control adecuado puede llevar a colapsar a una institución -como ésta- que recién empieza a caminar. La Defensoría, consideramos, debe poder fiscalizar al Registro de Detenidos -que podría seguir en manos del Ministerio Público- más no estar a cargo de él.

3. La Fiscalía Especial: desactivada y luego reactivada

La definitiva eliminación, aunque contó con algunos antecedentes, de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos de la estructura orgánica del Ministerio Público se plasmó en el Decreto Supremo N° 36-94-JUS, publicado el 20 de junio de 1994. Este decreto ya no la consideró como un órgano de línea del Ministerio Público, tal como antes lo establecía el Decreto Supremo N°009-93-JUS.

La razón que justificó esta decisión fue considerar que el art. 162 de la Constitución «crea la Defensoría del Pueblo, correspondiéndole defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, **dejando el Ministerio Público de tener competencia en dicha materia** y siendo conveniente la conversión de las plazas existentes». El referido decreto «olvidaba» que la Defensoría del Pueblo aún no había sido implementada.

Al amparo del citado Decreto Supremo se expidió la resolución de la Fiscalía de la Nación N°006-94-FN-JFS, publicada el 28 de junio. Mediante ella se dieron por concluidos los nombramientos provisionales de los Fiscales de la Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos de todos los distritos judiciales, tanto de Lima como a nivel nacional. A la vez, se dispuso que los Fiscales Superiores Decanos de cada uno de los distritos judiciales se encarguen de recibir todo el acervo documentario de las Fiscalías hasta que el Defensor del Pueblo asuma sus funciones y se entregue dicha documentación bajo inventario.

De esta manera, fue desactivada la Fiscalía Especial, quedando como solitaria atribución del Ministerio Público la de conducir el Registro de denuncias de personas desaparecidas (Resolución 005-94-FN-JFS, publicada el 28 de junio). La circunstancia que aún no haya sido implementada la Defensoría del Pueblo, no fue obstáculo para que el propio Ministerio Público haya optado por no seguir desarrollando la función de defensoría del pueblo y defensa de los derechos humanos.

Meses después, el Congreso intervino y aprobó la Ley 26387, publicada el 16 de noviembre de 1994, según la cual el Ministerio Público "restablecerá las Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos hasta la instalación y funciona-

miento de la Defensoría del Pueblo". Dicha norma trató de diferir la discusión del proyecto de ley orgánica del Defensoría del Pueblo en el Congreso y retardar su implementación. Asimismo, pretendió dar la imagen de que en el país existían instituciones en funcionamiento encargadas de velar por la defensa de los derechos humanos, cuando en realidad se restablecía una Fiscalía Especial reducida y sin ninguna presencia pública.

II. LA LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

Los primeros días de enero de 1994, el congresista Carlos Ferrero (Nueva Mayoría-Cambio 90), presentó al Congreso un proyecto de ley orgánica de la Defensoría del Pueblo (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10 de enero). El texto fue debatido en una audiencia pública realizada en el Congreso el 23 de marzo, siendo aprobado por la Comisión de Justicia el 14 de abril. Dicho proyecto, fue debatido por el Pleno del Congreso el 4 de mayo de 1994, acordándose diferir su discusión por espacio de una semana. Sólo después de un año, el proyecto volvería a ser sometido a debate.

En efecto, esto sucedió el 5 de mayo de 1995; esta vez fue aprobado por el Congreso. Días después, el 11 de mayo, el Pleno se retractó y aceptó el pedido de reconsideración formulado por el congresista Enrique Chirinos Soto (perteneciente al Movimiento Renovación pero cercano al oficialismo), disponiendo que el proyecto sea nuevamente revisado. De esta manera, los mismos congresistas que inicialmente habían aprobado el proyecto ahora lo "desaprobaban". Se demostró así una falta de voluntad política por dotar al país, en breve plazo, de una ley que regule la estructura y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

Cabe indicar que diversas instituciones se pronunciaron a favor de la aprobación del referido proyecto de ley. Entre ellas, podemos mencionar a los decanos de los Colegios de Abogados del país[10], al Colegio de Abogados de Lima[11], a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos[12] y a la Comisión Andina de Juristas[13]. Asimismo, diversos medios de comunicación en sendos editoriales exigieron la pronta aprobación de la ley cuestionando la demora en implementar esta institución[14].

1. Las críticas al proyecto de ley

Durante el debate en el Pleno del Congreso, se sostuvo que el proyecto convertiría al Defensor del Pueblo en un "superpoder", un "gran inquisidor", generaría una enorme burocracia, afectaría la defensa y seguridad nacional y convertiría al Perú en un país ingobernable[15].

Incluso, Carlos Torres, Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso, sostuvo en el Pleno que el artículo 16 del proyecto -desarrolla el deber constitucional de cooperación de las autoridades y funcionarios para facilitar la labor del Defensor-"llega a una situación de extremismo" pues lo faculta a solicitar informaciones, declaraciones y realizar inspecciones en los servicios públicos y establecimientos de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Centros Penitenciarios o cualesquiera entidades estatales sometidas a su control. Tales cuestionamientos son totalmente falsos:

a) El Defensor no es un "superpoder", está sujeto a control funcional y presupuestal. El Congreso, que según la Constitución lo nombra por mayoría de dos tercios, podrá cesarlo si considera que actúa negligentemente y decidirá si lo dota del presupuesto que solicita. Es decir, el Congreso controlará al Defensor. Y esto, tampoco es una novedad: en la mayoría de países que cuentan con esta institución así sucede. No se trata pues de un órgano que carezca de control.

b) Su labor no afecta la seguridad o defensa nacional. El artículo 17 del proyecto de ley reconoce

[10] Pronunciamiento publicado en el "El Comercio", Lima, 19 de agosto de 1994.

[11] Pronunciamientos publicados en el diario "El Comercio", Lima 23 de noviembre y 12 de diciembre de 1994; y "La República", 25 de mayo de 1995.

[12] Diario "La República", Lima, 17 de mayo de 1995.

[13] Diario "Expreso", 4 de diciembre de 1994 y 29 de abril de 1994.

[14] En este sentido, destacan los editoriales de los diarios "Gestión", 23 de agosto de 1994; "El Peruano", 5 de diciembre de 1994; "La República", 6 de diciembre de 1994, 9 y 13 de mayo de 1995; "Expreso", 13 de diciembre de 1994, 11 y 14 de mayo de 1995; "El Comercio", 21 de diciembre de 1994 y 16 de mayo de 1995; "El Mundo", 12 de mayo de 1995.

[15] Las mayores críticas las formuló el congresista Enrique Chirinos Soto, quien defendió su posición en un artículo publicado en el diario "El Comercio", Lima, 21 de junio de 1994, p. A/2

expresas restricciones tratándose de casos debidamente justificados en cuestiones relativas a la seguridad, defensa nacional o a relaciones internacionales, siempre que ello sea acordado por el Consejo de Ministros.

En realidad, lo sucedido demuestra que existen quienes no quieren dotar al país de un verdadero defensor de los derechos ciudadanos. Más aún, pareciera que se trata de aprobar una ley que implemente a un débil Defensor del Pueblo. Como el proyecto dotaba al Defensor de atribuciones que no gustan a algunos -v.g. ingresar a los cuarteles militares cuando se violan derechos humanos- se optó por modificarlo, ante el llamado de atención de aquellos a quienes no agrada un Defensor que los pueda controlar. Por lo demás, la actitud del Congreso de retractarse y dar marcha atrás ha tratado de evitar las consecuencias políticas que hubiera significado la observación presidencial de la ley.

2. Alcances de la ley

La Ley N° 26520, publicada el 8 de agosto de 1995, pese a los diversos recortes que ha sufrido todavía puede permitir contar con una institución tutelar de los derechos humanos en el Perú.

La ley desarrolla las atribuciones que los arts. 161 y 162 de la Constitución le asignan: defender los derechos constitucionales de la persona y de la comunidad; supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal así como la adecuada prestación de los servicios públicos. Su poder es la persuasión basada en el prestigio y calidad morales de quien desempeña el cargo. No dicta sentencias, no impone condenas ni fija multas. Como indica la doctrina, es una "magistratura de persuasión".

En términos generales se trata de un positiva ley, inspirada tanto en la experiencia de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos como en la legislación de otros países no sólo europeos sino también de América Latina. El proyecto configura a la Defensoría del Pueblo del modo siguiente:

a) Organos de la institución

- Defensor del Pueblo, quien es el titular de la Defensoría del Pueblo.
- Adjuntos. Representan al Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, y son seleccionados mediante concurso público por un período de tres años (artículo 7). El Defensor designa al Adjunto que lo representará en caso de impedimento temporal o cese, cuando le sea imposible continuar en el cargo, hasta que lo asuma el sucesor (artículo 8).

b) Facultades del Defensor

- Inicia y prosigue, de oficio o a pedido de parte, investigaciones frente a los excesos de la Administración estatal o de sus agentes, incluyendo a las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y la prestación de servicios públicos por particulares.

- Está legitimado para interponer las acciones de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y acción de cumplimiento en defensa de los derechos constitucionales. Además, puede intervenir en los procesos de hábeas corpus para coadyuvar a la defensa del perjudicado.

- Inicia o participa, de oficio o a pedido de parte, en cualquier procedimiento administrativo en defensa de los derechos de las personas.

- Tiene iniciativa legislativa.

- Promueve la firma, ratificación, adhesión y difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

- Organiza y administra el registro nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de la libertad[16].

- Dicta los reglamentos que faciliten el cumplimiento de sus funciones.

- La ley no alude en forma expresa a la función mediadora y conciliadora, así como a la labor de promoción y difusión de los derechos humanos. Sin embargo, consideramos que es consustancial a la Defensoría del Pueblo desarrollar este tipo de labor.

[16] Este dispositivo recoge lo dispuesto por la Ley 26295. En forma positiva, por la carga de trabajo que ello significa y la necesidad de priorizar el trabajo en otras áreas, la tercera disposición final y transitoria de la ley dispone que el Ministerio Público transferirá progresivamente la conducción y administración del Registro de Detenidos a partir de los doce meses siguientes al de la entrada en funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

- Elabora informes que anualmente presenta al Congreso y, además, cuando la situación así lo exige.

c) Organización administrativa

- La Defensoría contará con oficinas en cada capital de departamento, a cargo de un adjunto. Además, podrá establecer otras en los lugares que estime necesario (artículo 33).

- El Defensor del Pueblo puede designar libremente a los asesores necesarios para el ejercicio de sus funciones (artículo 34).

- Transitoriamente las Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo continuarán desarrollando su función (3° disposición final y transitoria)[17].

De otro lado, hubiera sido conveniente que la ley flexibilice el trámite de presentación y solución de las quejas formuladas. El procedimiento establecido (artículo 20 y ss.), aparece demasiado rígido y probablemente no resulte tan útil a un Defensor cuya actuación es esencialmente ágil y carente de formalismos. En tal sentido, habrá que desarrollar la facultad que le atribuye el proyecto al Defensor de dictar "las normas complementarias para la tramitación de las quejas que a su juicio requieran de acción inmediata", estableciendo distintos procedimientos en función de las diversas atribuciones con que cuenta la Defensoría (artículo 9 inciso 7).

3. El Defensor del Pueblo y las Fuerzas Armadas

Se sabe que fruto de una transacción se trató de eliminar toda mención expresa que el proyecto inicial hacía a las Fuerzas Armadas. La intención, sin duda, ha sido la de evitar que el Defensor pueda fiscalizarlas, tratando en consecuencia de implementar una débil institución de control. Sin embargo, la ley -como toda norma- tiene vida propia, independientemente de la intención del legislador, y autoriza una interpretación alternativa, conforme a la Constitución, que permita al Defensor una intensa fiscalización respecto a la actuación de las Fuerzas Armadas.

a) Esto, pues, su misión constitucional es precisamente "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad", labor que no puede ser obstaculizada ni siquiera por las Fuerzas Armadas.

b) Por lo demás, las Fuerzas Armadas forman parte de la administración estatal; como afirma Fernando López Ramón "la única caracterización posible de las Fuerzas Armadas reside en afirmar su inserción en la Administración del Estado"[18]. En consecuencia, su funcionamiento por expreso mandato constitucional deber ser supervisado por el Defensor. De ahí que, mal puede pensarse que aquel encuentra un límite frente a ellas.

c) Es más, el propio artículo 29 de la Ley dispone que "durante los estados de excepción el Defensor del Pueblo, en cumplimiento de su función constitucional, podrá sugerir a las autoridades administrativas, judiciales o militares", las medidas que deben ser revocadas o modificadas en forma inmediata. Si la ley le permite intervenir sobre tales autoridades durante un régimen de excepción, con mayor razón debe autorizarlo en circunstancias normales.

Debemos reconocer que más allá de lo que pueda establecer la ley, el adecuado funcionamiento de la institución dependerá del tipo de Defensor que designe el Congreso. Un Defensor medroso y subyugado no dará pie a un efectivo control. En cambio, un Defensor independiente y comprometido con la promoción y defensa de los derechos humanos permitirá saltar las posible limitaciones de la ley en aras del respeto de su misión constitucional cual es la "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad" (artículo 162).

4. Hacia un perfil del Defensor del Pueblo

Sin duda, un paso importante constituye determinar el perfil del futuro Defensor o Defensora del Pueblo. La Constitución peruana se limita a señalar que debe tratarse de un abogado que cuente con un mínimo de treinticinco años; la ley agrega que debe gozar de "probada reputación de integridad e independencia" (artículo 2).

Aparte de ello, consideramos que es de suma importancia tomar en cuenta el conocimiento, prestigio, y compromiso con la promoción y la defensa de los derechos humanos y el principio democrático, pues

[17] Recoge así lo dispuesto por la Ley 26387.

[18] LOPEZ RAMON Fernando, "La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas", Madrid: CEC, 1987, p.376

todo esto resulta vital para que la persona que asuma la dirección de la institución garantice su adecuado funcionamiento. Y es que la persona que asuma tan importante cargo, debe reunir una gran solvencia moral, conocimiento y prestigio cívico.

Al Congreso, a quien compete designar al titular de la Defensoría del Pueblo por mayoría de dos tercios del número legal de sus miembros, le corresponde el importante reto de designar a una persona que reúna tales calificaciones. De lo contrario, esta nueva institución correrá serios riesgos de un rápido fracaso. Por lo demás, resulta obvio que la primera persona que asuma la dirección contribuirá a que ella adquiera el prestigio necesario o carezca de legitimidad e importancia alguna.

III. REFLEXIONES FINALES

No tenemos la menor duda sobre la conveniencia de implementar en breve plazo la Defensoría del Pueblo en el Perú. Se trata de una institución positiva para el afianzamiento del régimen democrático y la defensa y promoción de los derechos humanos en el país. Así lo viene demostrando la experiencia desarrollada en diversos países de nuestro entorno.

Sin embargo, tampoco nos extraña que existan algunos cuestionamientos que traten de diferir, dificultar o limitar su funcionamiento, basándose en argumentos que carecen de sustento alguno. Los avatares y recortes sufridos por el proyecto de ley constituyen un ejemplo de la ausencia de voluntad política por implementar en breve plazo esta nueva institución de control. Y es que en realidad a quienes detentan el poder no les agrada contar con un órgano independiente, dotado de prestigio cívico y poder moral, que los pueda controlar y hacer de conocimiento público los excesos cometidos.

En este contexto, resulta vital estar atentos a la forma como se va a implementar una institución de esta naturaleza, pues no sólo se requiere una ley que dote al Defensor de las herramientas esenciales para su adecuado funcionamiento, sino además que la designación del titular recaiga en un persona que reúna las cualidades necesarias. Y es que en general, el funcionamiento de esta institución sólo resultará satisfactorio si se llega a contar con un órgano realmente independiente, con un ágil procedimiento de actuación, y si al implementarlo se le dota de presupuesto suficiente, personal adecuado, y se garantiza una razonable presencia a nivel nacional.

En los momentos actuales, el Perú necesita una Defensoría del Pueblo; pero no cualquier Defensoría sino una institución que contribuya a afianzar el principio democrático y la defensa de los derechos humanos. Habrá que estar alerta para no contar con un órgano dócil y débil que no controle ni fiscalice, sino que sirva para legitimar actuaciones contrarias a los principios fundamentales de un Estado de Derecho. Si esto aconteciera, no podríamos hablar de una verdadera Defensoría del Pueblo. Esperemos que ello no suceda.

EL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA COMO MANIFESTACION DE LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA DE EJECUCION FORZOSA DE SUS ACTOS

Jorge Danós Ordoñez
Abogado
Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

El procedimiento de cobranza coactiva regulado en el Código Tributario y en el Decreto Ley N° 17355, adolece de ciertas imprecisiones que han contribuído a los frecuentes abusos cometidos por lo auxiliares coactivos que, en el ejercicio de sus funciones, se muestran como una manifestación abusiva del poder de la Administración Pública.

Preocupado por esta situación, el autor analiza en el presente artículo, la naturaleza, características de este procedimiento, así como su adecuación a algunos principios estructurales del Derecho Administrativo tales como: la autotutela administrativa, la presunción de legalidad de los actos y su ejecutoriedad.

En este orden de ideas, en aras de preservar las garantías de los partículares, el autor concluye precisando las modificaciones legislativas y el nuevo rol que le corresponde desempeñar a los ejecutores coactivos.

El procedimiento de cobranza coactiva constituye sin duda alguna una de las más intensas manifestaciones de las potestades que nuestro ordenamiento confiere a la administración pública para ejecutar por sí misma sus decisiones, sin necesidad de requerir el auxilio de los tribunales.

Mediante el procedimiento de cobranza coactiva las entidades que forman parte de la administración pública persiguen el cobro forzoso de acreencias pecuniarias de derecho público, independientemente de la voluntad del obligado, estando facultadas para detraer del patrimonio jurídico del deudor bienes y derechos hasta la satisfacción de lo adeudado.

Su configuración actual como un procedimiento de carácter exclusivamente administrativo data del Decreto Ley N° 17355, promulgado el 31 de diciembre de 1968, que creó la figura de los denominados "Jueces Coactivos" designados por el Banco de la Nación y a los que se les encarga el ejercicio de los actos de apremio o coerción sobre los deudores.

Como se sabe, dicho Decreto Ley N° 17355 sigue vigente hasta la fecha, con muy pocas modificaciones[1], entre ellas es importante resaltar que se ha corregido la errónea denominación de "Jueces Coactivos" por la más apropiada de "Ejecutores Coactivos"[2], que pone en evidencia el carácter meramente administrativo del procedimiento.

[1] Los textos del inciso a) del artículo 2° y del artículo 6° fueron sustituidos en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Ley N° 22686 de fecha 18 de setiembre de 1979.

[2] Así lo dispuso el artículo 313 de la Ley N° 24767 de Presupuesto para el ejercicio 1988, promulgada el 19 de diciembre de 1987 y lo establece actualmente la segunda disposición final y transitoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según T.U.O. aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

Sin embargo, el ámbito del Decreto Ley N° 17355 se ha circunscrito a la ejecución de aquellas acreencias de derecho público de la administración estatal distintas a las tributarias, para las que rigen más bien las reglas establecidas en los artículos 114° al 123° del Código Tributario[3].

Actualmente, el marco legislativo del procedimiento de cobranza coactiva está contenido en dos cuerpos legales: el Código Tributario, el cual, en los dispositivos antes citados establece las reglas para el cobro coercitivo de las deudas tributarias, concepto que conforme al artículo 28° de dicho Código comprende al tributo, las multas, los intereses y el recargo; y por otra parte el Decreto Ley N° 17355 y sus modificatorias, que regula el cobro de otras obligaciones pecuniarias de carácter público, "..distintas de las obligaciones comerciales o civiles de derecho privado..." (inciso f, artículo 2°, in fine), como es el caso de las multas que puede imponer la administración a quienes cometan infracciones de índole administrativa, diferente a las de carácter tributario.

Las reglas de cobranza coactiva del Código Tributario son aplicadas por SUNAT, ADUANAS, los gobiernos locales cuando actúan como acreedores de obligaciones tributarias y, por otras entidades estatales que administran algunos tributos, tales como SENATI, SENCICO, etc. El Decreto Ley N° 17355 que también regula la ejecución forzosa de obras, la suspensión, paralización o destrucción de las mismas (inciso g, artículo 2°, in fine), disciplina el trámite de la cobranza coactiva de todos los demás entes estatales e inclusive de los gobiernos locales cuando pretenden la ejecución forzosa de obligaciones de carácter público que no participan de la naturaleza tributaria.

La existencia de dos cuerpos legales que disciplinan el trámite del procedimiento de cobranza coactiva de ingresos públicos, necesariamente originados como consecuencia de una relación jurídica pública, ha traído consigo cierta dosis de confusión en la aplicación de sus reglas por parte de los ejecutores coactivos y sus auxiliares que utilizan indistintamente reglas de una u otra norma.

Más aún, se puede afirmar sin temor a incurrir en exageraciones, que en la realidad son frecuentes los abusos cometidos al amparo del procedimiento de cobranza coactiva por cuanto muchas veces ni ejecutores y menos aún los auxiliares coactivos tienen certeza del marco normativo que los rige o del carácter meramente administrativo de sus actuaciones. Los excesos incurridos, constatables principalmente a nivel de la administración municipal, en la aplicación de la cobranza coactiva, ya sea porque muchas veces se inicia el procedimiento sin habérsele notificado al afectado previamente la resolución que sirve de título para la cobranza[4] o porque se traban indiscriminadamente los denominados "embargos preventivos" con propósitos muchas veces cercanos a la extorsión[5], ha traído consigo la desligitimación de la cobranza coactiva que se experimenta como una manifestación abusiva del poder de la administración pública.

En tal sentido urge darle al procedimiento de cobranza coactiva su verdadera dimensión, para que no se desnaturalize su carácter de mecanismo de ejecución forzosa de actos administrativos disponible por entidades estatales que necesariamente deberían estar orientadas al servicio del interés público.

El propósito de este trabajo es analizar la naturaleza y las características más importantes del procedimiento de cobranza coactiva desde la perspectiva del derecho administrativo a fin de determinar su correspondencia con algunos de los principios estructurales de dicha rama del derecho, tales como: la autotutela administrativa, la presunción de legalidad de los actos administrativos y su ejecutoriedad, etc. No se pretende realizar un análisis exegético de las normas que regulan el procedimiento, sino poner en claro que la cobranza coactiva es uno más de los distintos medios que la ley pone al alcance de la autoridad administrativa como poder público para hacer cumplir sus decisiones.

[3] Es recién a partir de las modificaciones al Código Tributario dispuestas por el Decreto Legislativo N° 300 de fecha 26 de julio de 1984, que se comenzaron a diferenciar las reglas de procedimiento de la cobranza de tributos, respecto de otros ingresos de carácter público.

[4] Sólo cabe la ejecución coactiva sobre la base de un acto administrativo válido que debe ser previamente notificado al obligado, porque de lo contrario se le estaría privando su derecho a la defensa y de tutela jurisdiccional.

[5] El Decreto Ley N° 17355 en su artículo 11° y el Código Tributario en sus artículos 57°, 58° y 117° contemplan modalidades de "embargos preventivos" de distinto alcance, pero lamentablemente no es raro que su finalidad aseguradora del cobro de la deuda sea distorsionada para servir como arma para presionar al pago de supuestas obligaciones carentes de base legal.

1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Se trata a no dudarlo de un procedimiento de carácter exclusivamente administrativo. Al respecto ANTONIO LOPEZ DIAZ[6] señala que el análisis de la naturaleza del procedimiento de cobranza coactiva puede llevarse a cabo atendiendo al aspecto subjetivo, es decir a los órganos que lo impulsan; y al aspecto objetivo, en función de la naturaleza de las actuaciones que comprende.

En lo referido al aspecto subjetivo, es claro que se trata de un procedimiento llevado a cabo por funcionarios administrativos que no forman parte de la organización judicial. Los ejecutores coactivos y sus auxiliares son designados por las entidades públicas a quienes la ley les confiere expresamente esa atribución sin ceñirse a las reglas constitucionales que rigen la selección de magistrados judiciales.

Es significativo apreciar el cambio paulatino que se ha experimentado respecto de la ubicación de los ejecutores coactivos, los cuales a tenor de los dispuesto por el artículo 9° del Decreto Ley N° 17355, serían funcionarios no integrados en la jerarquía administrativa de las entidades acreedoras quienes estaban supeditadas a los servicios que les brinden los ejecutores designados por el Banco de la Nación y que posteriormente, desde finales de la década anterior, han pasado a ser asimilados en la organización de las entidades públicas con facultades para designarlos.

Si bien desde una perspectiva subjetiva la naturaleza administrativa del procedimiento de ejecución coactiva es aceptada pacíficamente por la doctrina mayoritaria, existen algunos autores que defienden posturas jurisdiccionalistas argumentando que la ejecución forzosa contra el administrado por el impago de obligaciones pecuniarias supone necesariamente el ejercicio de una función materialmente jurisdiccional.

Dicha tesis es rebatida en base a dos consideraciones: en primer lugar, en el procedimiento coactivo están ausentes la notas de neutralidad e independencia propias de los órganos jurisdiccionales, porque la cobranza coactiva es ejercitada por un órgano de la administración acreedora de las obligaciones que se pretenden forzosamente satisfacer. Por regla general, en los procedimientos administrativos los entes públicos actúan como juez y parte[7], lo que no sucede con los órganos judiciales que actúan como terceros a quienes se les encomienda la función de decir el derecho. En segundo lugar, otro aspecto que distingue a la función administrativa de la jurisdiccional estriba en el carácter de cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales, mientras que por mandato constitucional las actuaciones administrativas siempre son susceptibles de revisión judicial[8].

En conclusión, el procedimiento de cobranza coactiva indiscutiblemente es un trámite de carácter administrativo que las leyes ponen a disposición de las entidades estatales para ejecutar por sí mismas sus acreencias de naturaleza pública.

2. FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

La doctrina administrativa señala que se han ensayado múltiples respuestas para explicar y justificar la titularidad por parte de la administración pública del poder para ejecutar el cobro forzoso de cantidades líquidas a su favor mediante la imposición de apremios sobre el patrimonio de los particulares, sin necesidad de acudir al auxilio de los jueces[9].

El sector mayoritario opina que constituye una manifestación clara del principio de autotutela en cuya virtud las entidades de la administración pública ostentan la prerrogativa para ejecutar por sí mismas sus propios actos administrativos sin intervención judicial previa.

[6] "La Recaudación de deudas tributarias en vía de apremio". Instituto de Estudios Fiscales Marcial Pons. Madrid. 1992. Esta parte del trabajo es tributaria de lo expresado por dicho autor en las páginas 155 y ss.

[7] Salvo en aquellos casos en que la ley le atribuye competencia a la administración para resolver cuestiones contenciosas entre dos o más particulares.

[8] Al respecto señala Vicente Gimeno Sendra: ". tan sólo se está en presencia de un órgano jurisdiccional cuando concurren los dos elementos, el subjetivo y el objetivo, que conforman el concepto de jurisdicción: la independencia judicial y la atribución al órgano judicial de la función de la cosa juzgada". En "Constitución y Proceso". Tecnos 1988. pgs. 216 y 17.

[9] FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA. "La vía administrativa de apremio: una potestad administrativa en expansión". RAP N° 117, 1988, pg. 392; CARLOS BALBIN. "La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo". Rev. del CEC. N°7. 1990. pg. 10 . ANTONIO LOPEZ DIAZ. opus cit. pgs.149 a 155.

A decir de GARCIA DE ENTERRIA[10], mientras que en las sociedades actuales rige el principio de "paz jurídica" o de la heterotutela, de modo que cualquier conflicto entre los particulares, ya se trate del reconocimiento de un derecho o de obtener la ejecución de un acto, debe ser obligatoriamente sometido al conocimiento de los órganos judiciales para su resolución, salvo que se trate de alguno de los supuestos verdaderamente excepcionales en que la legislación admite la autotutela privada[11]; en cambio el principio de autotutela administrativa faculta a los órganos de la administración pública para ejecutar sus propios actos utilizando la coacción directa sobre los administrados a través de los medios que prevé la legislación.

Como hemos señalado en alguna oportunidad[12], si bien la autotutela administrativa, como otras importantes potestades de la administración pública nacional, no posee un refrendo explícito en nuestro texto constitucional, sí está expresamente prevista en normas de rango legal; tal es el caso de los artículos 92° a 95° del Texto Unico Ordenado de la Ley de normas generales de procedimientos administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 02-94-JUS y de las normas pertinentes del Código Tributario que facultan a las entidades encargadas de administrar tributos para imponer sanciones consistentes en: cierre de locales, comiso de bienes, multas; por citar sólo el caso de dos de la numerosas leyes que otorgan potestad a la administración para la ejecución forzosa de sus decisiones.

Desde la perspectiva indicada, el procedimiento de cobranza coactiva no es sino una modalidad específica de los mecanismos de que disponen los entes públicos para la ejecución forzosa de sus actos administrativos. La singularidad de dicho procedimiento estriba en que versa sobre el cobro a favor de la administración de obligaciones líquidas surgidas como consecuencia de una relación jurídica pública, facultándose al órgano encargado de la ejecución para afectar al patrimonio jurídico del deudor detrayendo la cantidad de dinero o de bienes necesarios para satisfacer el importe adeudado.

Otros sectores de la doctrina consideran que el fundamento de la potestad de la administración para procurarse el cobro de sus acreencias de carácter público se encuentra en diferentes principios, tales como: el de la presunción de legalidad o validez de los actos administrativos, en cuya virtud los actos de la administración pública se presumen ajustados a derecho ostentando plena fuerza obligatoria mientras no sean invalidados; o en el principio de eficacia administrativa, derivado del cual se estima necesario proveer los mecanismos para asegurar la efectividad de las actuaciones de la administración pública.

3. LIMITES CONSTITUCIONALES

La facultad de la administración pública para ejecutar forzosamente sus decisiones no es irrestricta, sino que obviamente está sujeta a las limitaciones que impone la Constitución, sin perjuicio de otros límites que puedan establecer las leyes.

Como se sabe, algunos de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución establecen de manera expresa límites referidos específicamente a las potestades administrativas, tal es el caso del numeral 13) del artículo 2°, el cual prohíbe la disolución de las asociaciones, fundaciones y otras formas de organizaciones jurídicas por decisión administrativa y, es también el caso del numeral 10) del citado precepto constitucional que prohibe la incautación o sustracción por orden administrativa de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, salvo por orden judicial.

En lo que respecta a la cobranza coactiva, es evidente que los órganos de la administración encargados de la ejecución no pueden imponer ningún tipo de restricción a la libertad personal o de tránsito de los deudores sometidos a su actuación.

Asimismo, en virtud del derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido por el numeral 9) del artículo 2° de la Constitución, los ejecutores coactivos están prohibidos de ingresar al domicilio de los particula-

[10] GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". T.I. Civitas 1990. pg.479

[11] Tal es el caso de la defensa posesoria consagrada por el artículo 920° del Código Civil y los arts. 967° y 1123° de dicho cuerpo legal que excepcionalmente facultan a los particulares para autotutelar sus situaciones jurídicas.

[12] En: "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública". Ius Et Veritas N° 10. 1995, pg. 150.

res, salvo que obtengan el consentimiento de los afectados o recaben la respectiva autorización judicial.[13]

Cabe discutir si es que la protección otorgada por el derecho a la inviolabilidad del domicilio debe alcanzar también al de las personas jurídicas o es tan sólo predicable para las personas naturales. En esa materia, el Código Tributario, en el numeral 8) de su artículo 62° referido a las facultades de la administración para practicar inspecciones en locales, pareciera exigir la intervención judicial únicamente cuando se trate de domicilios de particulares "o cuando los locales estuvieren cerrados".

En otros ordenamientos, como es el caso español, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios dispensan al domicilio de las personas jurídicas de análoga protección que el de las personas naturales, tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo Español del 22 de Enero de 1993[14] que anuló un precepto del denominado "Reglamento general de la inspección de los tributos" que permitía a la administración tributaria el ingreso a locales de los contribuyentes fuera de la jornada de trabajo, sin necesidad de obtener mandamiento judicial.[15]

4. PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Podemos distinguir: A) los de carácter marcadamente objetivo, como son los referidos a (1) la naturaleza pública de las deudas susceptibles de ejecución coactiva y (2) la necesidad de la existencia de un acto declarativo previo o título ejecutivo de la deuda; y B) los presupuestos de carácter subjetivo, a fin de precisar (1) qué tipo de sujetos pueden recurrir a la cobranza coactiva de sus acreencias y (2) qué órganos son los encargados de tramitar el procedimiento.

A) PRESUPUESTOS OBJETIVOS

1) Caracter público de la deuda ejecutable coactivamente

La administración pública sólo puede ejercer las potestades que el ordenamiento le confiere para recaudar coactivamente sus ingresos cuando éstos se hayan generado como consecuencia de una relación jurídica de carácter público[16]. Tal es el caso de los ingresos tributarios y de otros ingresos que no tienen ese carácter pero que se fundamentan en la potestad de imperio de los poderes públicos, como las multas, etc.

Por ende, sería totalmente improcedente el cobro de acreencias surgidas a raíz de la actuación de los entes estatales en el ámbito del Derecho privado cuando la administración opera como un particular sometida a las reglas del derecho común, como sucede cuando realiza operaciones de carácter civil o empresarial como arrendar o vender bienes, casos en los que obligatoriamente deberá ventilar sus controversias con los particulares mediante los procedimientos ordinarios ante el poder judicial, porque de lo contrario se estarían vulnerando los derechos constitucionales de defensa, a la igualdad, a la tutela jurisdiccional y al debido proceso.[17]

En tal sentido, creemos que en virtud del carácter meramente administrativo del procedimiento de cobranza coactiva como mecanismo asignado a los órganos de la administración pública para el cobro forzoso de sus acreencias de naturaleza pública y del necesario respeto que se debe dispensar a los derechos constitucionales antes aludidos, debe acotarse el ámbito de actuación de la cobranza coactiva de modo que sólo puedan considerarse deudas susceptibles de ejecución coactiva a aquellas nacidas en virtud de una relación jurídica regida por el derecho público. Por esa razón debe interpretarse correctamente el inciso f) del artículo 2° del Decreto

[13] La finalidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio es proteger los ámbitos en que se desarrolla la intimidad y la vida privada de las personas. EDUARDO ESPIN TEMPLADO."Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio". Revista del CEC. N° 8. 1991. pg. 40 y ss.

[14] Publicada en "Actualidad Jurídica Aranzadi". N°92.11 de Marzo de 1993. Madrid.

[15] ALEJANDRO NIETO sostiene que la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas "tiene un alcance diferente a la que corresponde al domicilio de las personas físicas, dado que en aquel supuesto no es posible tener en cuenta los aspectos de la intimidad, de la "privacidad", que es propia del domicilio de las personas físicas". En:"Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria". RAP N° 112. 1987. pg. 19.

[16] ANTONIO LOPEZ DIAZ. opus cit. pg. 169 y JORDI SOPENA GIL. opus cit. pg. 37.

[17] En tal sentido es lamentable constatar que en la resolución de fecha 13 de septiembre de 1995, expediente N° 1988-94, recaída en un procedimiento de amparo, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema haya aceptado que la Beneficencia Pública de Lima ejecute el cobro coactivo de arriendos derivados de un contrato de alquiler de inmuebles.

Ley N° 17355 en la parte que señala que puede ejecutarse coactivamente:

"cualquier otro cobro no precisado en la anterior enumeración, **siempre que corresponda a obligaciones** a favor de cualquier entidad del Sector Público Nacional proveniente de sus bienes, derechos o servicios distintos de las obligaciones comerciales o civiles de derecho privado, así como los que en forma expresa asuman el carácter de actos de coerción o de ejecución forzosa".

2) El acto administrativo que declare la existencia de una deuda

La recaudación coactiva exige como presupuesto inexcusable para su viabilidad, la existencia de un acto administrativo previo que practique la liquidación del importe debido, ya sea que se trate de una deuda tributaria o de una multa para citar los dos tipos más frecuentes de ingresos públicos cobrables coactivamente, así como su exteriorización o notificación formal al sujeto obligado.

Sólo procede la ejecución coactiva de aquellas deudas cuya existencia está amparada por un acto administrativo válido que determine el importe de lo debido y que haya sido debidamente puesto en conocimiento del particular para darle la posibilidad de proceder al pago voluntario de la deuda o, en caso de disconformidad, para permitirle la impugnación de la legalidad de dicho acto administrativo.

En opinión de ANTONIO LOPEZ DIAZ[18], las razones fundamentales por las que es preciso que antes de iniciarse el procedimiento de cobranza coactiva se haya dictado el respectivo acto administrativo que establezca la existencia de un débito son las siguientes: en primer lugar, porque como quiera que la cobranza coactiva es una modalidad de ejecución forzosa de las decisiones de la administración pública, es obvio que sólo puede hacerse cumplir lo dispuesto por un acto administrativo que surta plenos efectos para lo cual se requiere como condición de eficacia que sea debidamente notificado al afectado, en segundo lugar porque de lo contrario se le estaría privando gravemente al particular la posibilidad de interponer los recursos que la ley le franquea para cuestionar la existencia o el contenido de la deuda pecuniaria que le imputa la administración.

Por las razones expuestas no queda lugar a dudas que la ausencia de un acto administrativo que sirva de título declarativo para el cobro de una deuda pecuniaria y la omisión de su notificación al afectado impide el inicio de todo procedimiento de cobranza coactiva tendiente a su ejecución, por ello es manifiestamente ilegal la practica abusiva en que incurren la mayor parte de las municipalidades al pretender el cobro coactivo de multas originadas en supuestas infracciones de tránsito o de otro tipo, que no constan en un acto administrativo formal y menos aún se intenta siquiera notificar a los afectados.

Si además se tiene en cuenta que el necesario agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de todos los recursos administrativos que la ley habilita a los afectados es un requisito indispensable para recurrir ante el Poder Judicial, es evidente que proceder a la cobranza coactiva de una deuda respecto de la cual no se la ha dado la posibilidad al particular de defenderse constituye un atentado contra los derechos fundamentales a la tutela judicial y a la defensa de los sujetos afectados.

Al respecto, el artículo 116° del Código Tributario vigente establece un listado de los conceptos que califica como deudas tributarias exigibles coactivamente, las cuales en su totalidad figuran en actos administrativos que han quedado consentidos al haber vencido el plazo para su impugnación o constan en actos que constituyen un pronunciamiento en última instancia administrativa.

En la legislación española, las leyes que regulan el denominado procedimiento de apremio no sólo requieren la existencia de un acto administrativo previo que declare la exigibilidad de un crédito de derecho público a favor de la administración, sino que además es indispensable la concurrencia de otro requisito de carácter formal consistente en la emisión de un "título ejecutivo" que sirva de prueba fehaciente para acreditar la existencia del débito y que se encuentra pendiente de cobro. Dicho título acreditativo de una deuda en favor de la administración es el único documento que atribuye al titular

[18] Op cit. pgs. 208 y 209.

del derecho la legitimación para iniciar el trámite de ejecución forzosa.

B. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

1) Entes que pueden recurrir al procedimiento de cobranza coactiva

El artículo 1° del Decreto Ley N° 17355 confiere dicha prerrogativa a los entes que forman parte de "la administración pública del sector público nacional" por lo que se entiende que comprende a todas las entidades estatales. Asimismo, el artículo 114° del Código Tributario reconoce dicha facultad a los órganos de la administración tributaria en general, es decir a SUNAT, ADUANAS, los gobiernos locales para el cobro de los tributos que administren y a otros organismos administradores de tributos como SENATI, SENCICO, etc.

Como se observa las mencionadas leyes atribuyen facultades coactivas a los entes públicos expresados en forma genérica, lo que se explica en función de su carácter de mecanismo de ejecución forzosa de actos administrativos. Por tal razón es criticable que durante la década pasada diversas leyes permitieron que empresas estatales organizadas bajo formas jurídicas privadas[19], utilizaran el procedimiento coactivo para el cobro de ingresos derivados de relaciones jurídicas ceñidas al derecho privado. Esa fue también la errónea intención del Decreto Ley N° 25897 que creó el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, el cual, en sus artículos 36° y 37°, otorgaba facultades a las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFPs para entablar la cobranza coactiva de las aportaciones adeudadas, no obstante su carácter de empresas privadas, situación que inclusive fue objeto de reglamentación por la Superintendencia de Fondos de Pensiones[20], pero que finalmente ha sido oportunamente corregida por la ley N° 26336 de 23 de julio de 1994, que ha configurado un procedimiento expeditivo para que las mencionadas AFPs demanden el cobro de sus acreencias ante el Poder Judicial.

Es evidente que la cobranza coactiva de ingresos públicos es una facultad que sólo tiene justificación cuando el titular es una entidad estatal en ejercicio de potestades atribuidas por la ley, de lo contrario, si se atribuyera facultades coactivas a los particulares o, a entes estatales actuando bajo el régimen privado, se estaría transgrediendo el principio de separación de poderes y respecto de los afectados, se estaría violentando sus derechos constitucionales a la igualdad, a la tutela judicial, al debido proceso y a la defensa.

2) Organos competentes para la ejecución

Son los denominados "ejecutores coactivos", es decir funcionarios letrados designados por las entidades estatales a quienes la ley les ha conferido expresamente dicha atribución.

Es preciso tener en cuenta que no todos los entes facultados para recaudar sus acreencias de derecho público mediante el procedimiento de cobranza coactiva tienen correlativamente potestad para designar sus propios ejecutores.

Hasta mediados de la década pasada, los ejecutores coactivos designados por el Banco de la Nación eran los únicos competentes para tramitar los procedimientos de cobranza coactiva, en virtud de los dispuesto por el artículo 9° del Decreto Ley N° 17355, de modo que las entidades administradoras de tributos, tanto las del gobierno central como los municipios, dependían de los servicios de los ejecutores del mencionado Banco.

Sin embargo, de manera progresiva diferentes leyes[21], fueron ampliando el número de entidades que podían designar sus propios ejecutores, así sucedió con los Municipios, con el Instituto Peruano de Seguridad Social, con SUNAT, ADUANAS, y otras entidades a quienes las leyes han otorgado también potestad para nombrar ejecutores coactivos y no depender de los funcionarios del Banco de la Nación.

Como se señaló al comienzo de este trabajo, se aprecia un cambio importante en la tónica que inspiró la expedición del Decreto Ley N° 17355 que a tenor de sus considerandos entendía que una de las garantías de los particulares afectados por un procedimiento de cobranza coactiva consistía en que el

[19] Los casos más notorios fueron los de la Empresa Nacional de Puertos-ENAPU, la Corporación Peruana de Aereopuertos-CORPAC y la Compañía Peruana de Vapores-CPV, a quienes el artículo 287° del Decreto Legislativo N° 398 les otorgó facultades coactivas.

[20] La Resolución N° 176-93-EF/SAFP de la Superintendencia de 22 de octubre de 1993, regulaba prácticamente un procedimiento especial de cobranza coactiva.

[21] El artículo 312° de la Ley N° 24767 de Presupuesto para 1988 permitió que las municipalidades designaran ejecutores coactivos, el artículo 274° de la Ley N° 24977 de presupuesto para 1989 extendió dicha facultad al IPSS y el Decreto Legislativo 520, así como el artículo 279° del Decreto Legislativo 556, le otorgaron igual potestad a SUNAT.

trámite de la ejecución corría a cargo de un "letrado responsable" no dependiente del mismo órgano que encomendaba el cobro, sino del Banco de la Nación, que en ese entonces cumplía las funciones de órgano encargado de la recaudación de los ingresos tributarios del gobierno central.

En los últimos años es evidente que por la conjunción de diversos factores, entre los que se cuenta la reducción del rol del Banco de la Nación, la regla se ha invertido y se aprecia más bien que la tendencia se orienta hacia permitir que se incremente el número de entidades estatales que cuentan con sus propios ejecutores coactivos, como sucede con SUNAT, ADUANAS y los municipios, entre otros casos. Esto trae consigo que los ejecutores no estén en condiciones de cumplir con un rol de filtro o de control de las acreencias que se pretenda cobrar, porque su dependencia orgánica y laboral con la entidad que los designó, restringe las posibilidades de que puedan rechazar la ejecución de actos administrativos muchas veces carentes de los más elementales requisitos de validez. Por tanto, a fin de preservar la garantía de los particulares, debería promoverse la modificación de la legislación de cobranza coactiva para precisar el rol de filtro que le corresponde a los ejecutores coactivos en tutela de la regularidad del procedimiento y precisar las responsabilidades civiles y penales en que incurren los ejecutores coactivos en caso de incumplimiento de sus deberes.

JORGE E. ORIHUELA IBERICO

NOTARIO - ABOGADO

Av. Camino Real N° 111 2° Piso - San Isidro
Telefax: 440.5422 442.6339 442.8907 442.8897 442.2574

SOBRE VIOLENCIA, JUSTICIA Y EFICACIA: EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL

Arsenio Oré Guardia
Abogado
Profesor de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Procesal Penal

El actual funcionamiento del proceso penal, como canalizador de la demanda de tutela estatal efectiva contra conductas antisociales, es duramente cuestionado por el doctor Arsenio Oré Guandía en el presente trabajo.

A partir de esta premisa, el autor desarrolla una justificación del Proyecto del Código Procesal Penal de 1995, al que considera como piedra angular de una reforma profunda y efectiva de la importante institución a cuya regulación se avoca. Los elementos que toma en cuenta para ello, no se agotan en la doctrina, muchas veces insuficiente; tampoco en el variado catálogo de la legislación comparada. El autor reivindica la función oficial social de la norma adjetiva del instituto procesal: han de reponer a las necesidades inherentes a una realidad social tan compleja como la peruana. El artículo reviste especial interés por tratarse de una reforma inminente de la legislación procesal penal.

Para explicarnos el porqué de la reforma de nuestro proceso penal debemos analizar si en el Perú se han cumplido los fines del proceso penal y, desde esa perspectiva, establecer cuáles han sido los principales motivos de la reforma.

Afirmación de los bienes jurídicos

El proceso penal forma parte del control penal y éste tiene como uno de sus fines principales que los ciudadanos tomen conciencia de un estricto respeto a los bienes jurídicos prioritarios para la convivencia social (prevención general positiva).

¿Es el proceso penal en el Perú un instrumento eficaz para la afirmación de los bienes jurídicos?. ¿Están sensibilizados nuestros ciudadanos en todo lo que concierne al respeto a los bienes jurídicos, y al papel que al respecto debe cumplir, especialmente en la defensa de esos bienes, el sistema penal?

Solución reglada de los conflictos derivados del delito

De otro lado, el proceso penal es un instrumento para la solución reglada de los conflictos derivados del delito; por lo menos debe ser un medio de redefinición de conflictos para disminuir la carga de violencia social que generan los delitos.

Cabe preguntarse, al respecto si el proceso penal es realmente en el Perú un medio eficaz de solución de conflictos y si contribuye a disminuir los márgenes de violencia social derivada del delito.

¿No será acaso que el proceso penal se ha convertido en el Perú en un proveedor social de violencia por la forma injusta en que soluciona sus casos?

¿No será que actualmente el proceso penal está lejos de ser una herramienta eficaz para la construcción de la paz social en justicia que es el fin mediato de todo proceso?

Percepción del proceso que tienen los sujetos procesales

¿Consideran los sujetos procesales que sus expectativas se cumplen en el proceso penal?

¿No será acaso que los jueces y fiscales están agobiados con cargas procesales imposibles de resolver eficaz y rápidamente? ¿Puede exigírseles rapidez y acierto si el Estado no les proporciona a su vez el mínimo de tranquilidad vital para resolver los conflictos ajenos?

¿Siente el imputado que el sistema penal es justo y equitativo y que resuelve su situación jurídica en un plazo razonable? ¿Siente el agraviado que sus expectativas reparatorias son alcanzadas oportunamente en el proceso penal?

¿Estima la sociedad que el sistema penal contribuye a resolver los problemas derivados del delito?

Es evidente que la respuesta a todas estas preguntas es, por desgracia, negativa.

Percepción ciudadana de la justicia penal

Según encuestas de la empresa Apoyo S.A. publicadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el año 1991 sólo el 5% de los ciudadanos consideró que el Poder Judicial es confiable, el 40% que es poco confiable y el 32% que es nada confiable.

Una cuota muy importante en ese descrédito social (72%) tiene que ver, indudablemente, con la ineficacia -cuando no la arbitrariedad- del proceso penal, y con el hecho de que las experiencias negativas sufridas por los ciudadanos son más traumáticos cuando los bienes jurídicos afectados son su libertad, su honor, su tranquilidad.

Justicia Penal alternativa.

La ineficacia del sistema penal formal ha ocasionado a su vez en nuestro país el muy considerable desarrollo de mecanismos informales de control penal. Los mecanismos alternativos de solución de los conflictos derivados del delito están muy extendidos en el Perú, especialmente en la zona rural. El artículo 149° de la Constitución de 1993 les ha dado carta de reconocimiento al establecer que: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Internos sin condena

Una de las realidades más angustiantes del sistema penal es el alto porcentaje de internos sin condena que siempre ha tenido nuestro país y que siempre ha oscilado entre el 70% y 80% de los reclusos. Un índice sumamente alto y sobre todo difícil de entender en un país cuyas constituciones han declarado siempre que toda personal es inocente mientras no exista una declaración judicial de responsabilidad.

Concordancia normativa

Pero la necesidad de reforma del proceso penal no sólo se deriva de su actual falta de eficacia y legitimidad social, sino que además se requería una armonización normativa del Código Procesal con la Constitución de 1979, luego con la de 1993, con los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y el Código Penal.

Concordancia del Código Procesal Penal con la Constitución y con los Convenios Internacionales

En ningún ámbito jurídico es tan próxima, tan inmediata y tan directa la posibilidad y peligro de violación de los derechos humanos como en el proceso penal. En este tipo de procesos se puede afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la libertad, el honor y el patrimonio de las personas. Esto justifica los principales principios, derechos y garantías internacionales sobre derechos humanos.

En tales cuerpos normativos están previstos principios, derechos y garantías constitucionales como por ejemplo: el juicio previo, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el principio del juez natural, la cosa juzgada, el plazo razonable.

Las Constituciones reflejan las concepciones éticas y culturales de los pueblos, de la sociedad, de los legisladores; el proceso penal tiene que estar armonizado con esos principios. Hay procesos penales inquisitivos, represivos, autoritativos y

deshumanizados como hay procesos acusatorios, democráticos y humanistas; todo depende de los valores que prevalezcan en la sociedad y en su Constitución Política.

El Código de Procedimientos Penales promulgado el 22 de noviembre de 1939, esto es, durante la vigencia de la Constitución de 1933 requería de una armonización con la Constitución de 1979 y luego con la de 1993.

La concordancia del Código Procesal Penal con la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos resulta una exigencia de coherencia intrasistemática de nuestro ordenamiento jurídico.

Concordancia con el Código Penal de 1991

Es un criterio de valor sobreentendido que Código Penal y Código Procesal Penal tienen que tener la misma orientación político criminal. En nuestro caso ocurre que el Código Penal de 1991 se orienta a un modelo de prevención general y especial y ha adoptado una serie de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad como: condena condicional, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y conversión de penas, todas ellas destinadas a descongestionar las cárceles, pero en la práctica el proceso penal sigue produciendo mayor clientela para la prisión, mediante medidas de coerción personal tasadas e irracionales y mediante la prolongación de la detención por la demora de los procesos.

Graves deficiencias del proceso penal

La doctrina nacional y los operadores del sistema penal se encuentran casi uniformes al identificar por lo menos los siguientes problemas y defectos del proceso penal peruano:

- La policialización de la investigación del delito. En términos cuantitativos es una realidad que la Policía Nacional tiene el manejo de más de 94% de investigaciones de delitos y faltas y en términos cualitativos también está demostrado que lo actuado en sede policial es el documento que el Fiscal Provincial evalúa para decidir la denuncia y el Juez Penal utiliza para decidir la apertura de instrucción, la detención o comparecencia del imputado y hasta para hacer los interrogatorios. Las conclusiones del atestado policial se reproducen en las sentencias de los jueces en porcentajes muy considerables. No es bueno que un órgano jerárquicamente organizado y dependiente del poder central como es la policía tenga tanto manejo en la investigación; la autonomía e independencia de los órganos de investigación y juzgamiento es imprescindible para un debido proceso. Por lo demás, si se mantienen los márgenes cuantitativos habría que preguntarse si la justicia penal es realmente administrada por los policías o por los jueces.

- La superposición innecesaria de etapas, pues suele ocurrir que en un caso investiga la policía, investiga el Fiscal Provincial, investiga el Juez y tantas investigaciones ocasionan dilación y duplicidad de esfuerzos.

- Ineficacia aplicativa del juicio oral. La forma en que está concebido el juicio oral y sobre todo cómo opera realmente, constituye actualmente una de las causas más importantes de la congestión procesal en las Cortes Superiores y en la Sala Penal de la Corte Suprema. Si se compara el número de procesos penales que se inician con el número de sentencias que se emiten en juicio oral en los Tribunales, se advertirá que la diferencia es enorme.

- La regulación normativa irracional de las medidas de coerción personal y sobre todo su aplicación cotidiana, no han seguido generalmente en nuestro país los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y provisionalidad que son básicos en un sistema cautelar procesal penal.

- La omisión clamorosa en el Código de Procedimientos Penales de instituciones procesales sumamente importantes como la actividad procesal, la actividad impugnativa, la prueba documental, la prueba indiciaria.

Adaptación a la doctrina procesal penal moderna

Las fuentes legislativas predominantes de los códigos de procedimientos penales latinoamericanos han sido el Código Napoleónico de 1808, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España de 1882, las ideas de Jeremías Bentham, en el siglo pasado y el Código Procesal Italiano de 1930 de Vicenzo Manzini y Hugo Rocco.

Sin embargo el sistema mixto es un modelo superado en la doctrina y las recientes reformas procesales ocurridas en Italia, Portugal, Colombia, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Ecuador, Chile, entre otros, siguen el modelo acusatorio.

Las objeciones más serias que se formulan al sistema mixto son la concentración en Juez del poder de acción con el poder de decisión y la dependencia del nivel de investigación con el poder central.

El Proyecto de Código Procesal Penal

La Ley N° 26299 de 30 de abril de 1994 suspendió la entrada en vigencia total del Código Procesal Penal de 1991 mientras una comisión la adaptara a la Constitución de 1993.

La Comisión Especial Revisora del Código Procesal Penal se instaló el 6 de setiembre de 1994 y concluyó su trabajo el 6 de marzo de 1995.

El proyecto del Código Procesal tiene 507 artículos y 24 disposiciones complementarías.

El proyecto desarrolla las garantías procesales penales contenidas en la Constitución de 1993, especialmente los principios de legalidad procesal penal (artículo 139-10), el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139-3). Además sus normas concuerdan con las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que, conforme a la cuarta disposición final de la Constitución, las normas relativas a derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que sobre la misma materia ha ratificado el Perú. Entre tales cuerpos normativos tenemos:

- La Carta de las Naciones Unidas de 15 de junio de 1945.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles Humanos de San José de Costa Rica de 28 de noviembre de 1969.

Seguridad Ciudadana

El proyecto no sólo desarrolla los principios, derechos y garantías de los justiciables sino que trata de encontrar un equilibrio entre libertad y seguridad, entre garantía y eficacia, desarrollando el mandato del art. 44° de la Constitución vigente en cuanto establece entre los deberes primordiales del Estado el de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como la seguridad ciudadana. No puede sostenerse validamente que el proyecto sólo se preocupa de los derechos de los imputados, porque también los derechos de la sociedad en su permanente lucha contra la criminalidad son tutelados de manera adecuada.

Se puede citar entre las normas que atienden la eficacia en la lucha contra el crimen, a las siguientes:

- La medidas cautelares de urgencia antes de iniciarse formalmente el proceso, las cuales impedirán en el futuro que personas investigadas huyan del país, poniéndose fuera del alcance de la justicia.
- Normas para la desarticulación de organizaciones tributaria (artículos 172 a 174).
- Intercepción telefónica con orden judicial (artículo 165).
- Procedimiento de colaboración eficaz (artículos 448 a 457)
- La cooperación judicial internacional (artículos 479-482).
- La actuación probatoria de urgencia (artículos 303-303)

Fuentes del Código Procesal Penal de 1991 y del Proyecto de 6 de abril de 1995

El Código Procesal Penal de 1991 y sobre todo el proyecto de Código Procesal Penal de 1995 se han inspirado fundamentalmente en la realidad de la justicia penal de nuestro país y en las experiencias que se han podido extraer de su funcionamiento cotidiano. Han tenido como fuente los proyectos de reforma preexistentes, y también han utilizado la experiencia acumulada por otros pueblos. En tal sentido se pueden citar como fuentes importantes los siguientes códigos extranjeros:

- El Código Procesal penal Modelo para Iberoamérica del profesor argentino Julio B. J. Maier de 1989
- El Código de Procedimientos Italiano de 1989
- El Código de Procedimientos Penales Colombia de 1992
- La Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1882
- El Código de Procedimientos Penales de Portugal
- La legislación procesal penal española.

Sistema Procesal

El proyecto de Código Procesal Penal publicado el 6 de abril de 1995 mantiene el sistema acusatorio del Código Procesal de 1991 pero lo nutre de innovaciones fundamentales que enriquecen su contenido en la perspectiva de crear un modelo al mismo tiempo eficaz y garantista.

Orientaciones del Proyecto de Código Procesal Penal

El proyecto de Código Procesal Penal está orientado fundamentalmente a:

- Buscar un equilibrio entre la necesidad de eficacia del proceso penal y la tutela de los principios, derechos y garantías de los procesados.

- Desarrollar en la legislación adjetiva el mandato constitucional de la conducción de la investigación por el Ministerio Público (artículo 159, inciso 4to.)

- Regular el proceso como un medio de redifinición de conflictos, priorizando la composición por sobre la inquisición. Una muestra clara de ello es la regulación del principio de oportunidad (artículo 2do.), la terminación anticipada (artículos 444 a 447) y la colaboración eficaz (artículos 448-457).

- Racionalizar la carga procesal a través de una distribución más funcional de la participación de los operadores de la justicia penal en la investigación y el juzgamiento.

- Hacer participar a la sociedad civil en la investigación del delito, a través de organismos científicos y organizaciones no gubernamentales. La investigación del delito no solamente es un problema de policías, fiscales, jueces y abogados: la sociedad debe contribuir a la afirmación de los bienes jurídicos afectados por el delito contribuyendo a la eficaz investigación del hecho criminal.

Estructura del Proyecto del Código Procesal

El proyecto de Código Procesal Penal tiene un Titulo Preliminar y los siguientes libros:

- Libro Primero: La acción penal
- Libro Segundo: La investigación
- Libro Tercero: El Juzgamiento
- Libro Cuarto: Actividad procesal
- Libro Quinto: De los Procesos Especiales
- Libro Sexto: De la Cooperación Judicial Internacional

El Proceso Penal según el Proyecto

El proceso penal, según el proyecto, tendría 2 etapas definidas:

1.- **La investigación**, a cargo del Ministerio Público, con auxilio de la Policía, en caso necesario. En esta etapa puede realizarse, en los casos que lo ameriten, una investigación policial preliminar pero siempre con la dirección y control del Fiscal Provincial Penal (artículos 65 y 113).

En casos excepcionales, cuando fuera materialmente imposible que el Fiscal asumiera desde el comienzo la investigación del delito podrá la Policía asumir los actos de investigación previstos en el artículo 113 del proyecto, dando cuenta al Fiscal Provincial Penal.

Se elimina la actual etapa de instrucción judicial.

Concluida la investigación desarrollada por el Fiscal, éste tiene 2 alternativas: pedir al Juez dictar el auto de sobreseimiento (artículo 283) en caso de que se hubiera acreditado la irresponsabilidad penal del denunciado, o bien acusar en caso que se hubiera establecido su responsabilidad (artículo 291).

Mientras el Fiscal investiga el Juez Penal asume una jurisdicción preventiva que lo habilita para:

- Decidir si convalida o no la apertura de investigación del Fiscal Provincial Penal pues cabe la posibilidad de que rechace el inicio de la investigación si considera que los hechos no constituyen delito (debiendo entenderse como tal la ausencia de acción, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad), que ha prescrito la acción penal, que no se ha satisfecho algún requisito de procedibilidad o que no se ha identificado debidamente el autor o partícipe.

- Dictar las medidas de coerción personal y real que el Fiscal no pueda dictar, por existir reserva jurisdiccional, como por ejemplo detención, impedimento de salida del país, allanamiento de morada, secuestro de correspondencia, intercepción telefónica, embargos, etc.

- Dictar las medidas contracautelares que correspondan, como por ejemplo, la libertad provisional, la libertad incondicional, la libertad prejudiciales y excepciones.

- Controlar la regularidad de la investigación fiscal. Puede exhortar, de oficio o a petición de parte al Fiscal Provincial para que subsane alguna irregularidad detectada en la conducción de la investigación. En caso de que su exhortación no fuera atendida lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior correspondiente para que proceda conforme a su atribuciones.

2.- **El Juzgamiento**, que se desarrolla ante el Juez Penal si el proceso es ordinario, y ante la Sala Penal Superior si se trata de proceso especial.

Las principales modificaciones que en materia de juzgamiento contiene el proyecto son las siguientes:

- El control material de la acusación que realiza el juzgador, pues conforme a los artículos 292 y 293 el Juez puede devolver al Fiscal la acusación cuando carece de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 291 para que dentro de 3 días la omisión sea debidamente subsanada.

- La sentencia de absolución anticipada prevista en el artículo 297 en virtud de la cual el Juez o la Sala Penal podrán dictar, sin realizar el juicio oral, sentencia absolutoria, cuando el hecho no constituya delito o exista una causa que lo extinga, cuando resulte evidente la concurrencia de alguna de las causas que eximen de responsabilidad penal, o cuando el delito denunciado no se produjo o el acusado obviamente no lo cometió.

- El juzgamiento de acusado confeso (artículo 325), caso en el cual, producida la admisión de los cargos, se pasa directamente a la sentencia.

- La regulación del principio de continuidad real de la audiencia (art. 313) para superar la actual corruptela de audiencias discontinuas y dilatadas.

- Nueva secuencia del juicio oral, para que la oralización y el debate real de la prueba se realicen antes de examinar al acusado, dejando de lado la actual costumbre de tratar de extraer toda la información del proceso a través del interrogatorio del acusado.

El orden del interrogatorio al acusado ha sido reformulado, pues de acuerdo al sistema acusatorio el Fiscal inicia el interrogatorio, lo continúan directamente los abogados defensores y el juzgador si lo considera necesario para aclarar o subsanar algunos vacíos importantes (artículos 335-336 y 337).

- La regulación de nuevos poderes disciplinarios concedidos al juzgador (artículo 310).

La Impugnación

La trascendencia de la institución de la impugnación se pone de manifiesto en el reconocimiento explícito que hacen de ella, por una parte, la Constitución Política del Perú (artículo 139-6) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 11), y por otro lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5), el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8.2 "h") y otros convenios internacionales sobre Derechos Humanos.

El aporte más logrado que en materia de impugnación presenta el proyecto es haber articulado coherentemente, por un lado, en lo referido al conocimiento de los hechos, los sistemas de única y doble instancia, y por otro lado el sistema de recursos extraordinarios en lo que respecta al conocimiento del Derecho.

Recogiendo la fuente española el proyecto establece la institución del *Certiorari*, que consiste en la facultad desestimatoria del recurso de casación que tiene la Corte Suprema cuando dicho recurso careciera manifiestamente de fundamento, o cuando hubiera un criterio jurisprudencial consolidado sobre materias similares, o cuando el recurso no tuviera argumentos suficientes para que se modifique el referido criterio jurisprudencial (artículo 397).

Una modificación sumamente importante en materia de medios impugnatorios es la permisión de ofrecer y debatir pruebas en segunda instancia (artículo 392) lo cual materializa los principios de inmediación, contradicción y defensa en segunda instancia.

De esta manera, con recurso de apelación restringido pero basado en el principio de inmediación, con un juzgamiento colegiado en primera instancia para delitos de mayor gravedad y con la posibilidad del recurso de casación, se asegura una mayor certeza en la aplicación del Derecho al mismo tiempo que se garantiza el principio de instancia plural bien entendido, base de todo régimen y reforma procesal.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTIVIDADES ULTRARIESGOSAS COMO UNA ALTERNATIVA AL PROBLEMA AMBIENTAL

Rocío Medina Bolívar
Abogada

La Responsabilidad Internacional del Estado ha sufrido una evolución, semejante a la ocurrida en el Derecho Privado, por la cual pasa de una concepción plenamente subjetiva a una tendencia objetivizadora. La doctora Rocío Medina analiza dentro de esta tendencia el tema de la responsabilidad internacional del Estado por actividades ultrariesgosas, problema que escapa a los límites del Derecho Internacional Público tradicional. En la actualidad, las actividades ultrariesgosas del Estado se han convertido en una grave amenaza para el equilibrio ambiental, puesto que las experiencias atravezadas por la humanidad (Chernobyl, Bhopal, etc.) denotan el carácter catastrófico de los daños producidos por estas actividades. Deviene en urgente, por lo tanto, establecer una adecuada regulación, la cual debe provenir -en opinión de la autora- de una convención internacional de tipo multilateral que diseñe un sistema de responsabilidad aplicable a los actos ultrariesgosos.

I. INTRODUCCION

La Responsabilidad Internacional del Estado como institución del Derecho Internacional Público ha sufrido a largo de los años una constante evolución, llegando a pasar de una concepción subjetiva en la cual el Estado solamente era responsable cuando violaba de manera culposa o dolosa alguna obligación internacional, a una tendencia objetivizadora.

En efecto, en la actualidad la mayoría de juristas reconocen como fuente de la responsabilidad internacional del Estado al hecho ilícito internacional, el cual está compuesto necesariamente de dos elementos. Uno subjetivo que consiste en un acto u omisión atribuible a los órganos del Estado o a sus agentes de conformidad con el Derecho Internacional y otro objetivo que supone la violación de una obligación internacional.

De esta manera, la conjunción de ambos elementos configura al hecho ilícito internacional, y por ende, a la responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando no exista ninguna causa excluyente de ilicitud.

Sin embargo, el desarrollo tecnológico y científico que ha venido sufriendo nuestra sociedad ha provocado que ciertas actividades no prohibidas por el Derecho Internacional capaces de producir daños transfronterizos queden reguladas de manera insuficiente por la responsabilidad tradicional.

Siendo así y con el proposito de suplir tales deficiencias surge la doctrina llamada *Liability for ultrahazardous activities*, la cual sostiene la existencia de una nueva fuente de responsabilidad internacio-

nal del Estado basada no en un hecho ilícito internacional sino derivada de las consecuencias perjudiciales de cierto tipo de actividades.

II. DEFINICIONES PRELIMINARES

Antes de comenzar el análisis de los elementos constitutivos de esta nueva fuente, cabe precisar el significado de una serie de términos que han sido desarrollados en doctrina para diferenciar ambas fuentes.

En efecto, la creación de este régimen de Responsabilidad Internacional ha generado que la doctrina establezca una distinción entre los términos "state *responsibility*" y "*state liability*".

Si bien es usual que los juristas y abogados se refieren al término "*responsibility*" y "*liability*" de manera indistinta, cabe mencionar que usualmente el primero se relaciona con la consecuencia de cualquier violación a una obligación internacional, mientras que el segundo denota una obligación de compensar o reparar sin tomar en consideración si el daño ha ocurrido o no como consecuencia de un hecho ilícito.

Siendo así, cabe señalar que la nueva fuente de responsabilidad internacional se relaciona con el término "*liability*" en la medida que la obligación de reparar surge sin tomar en consideración una falta o la violación a una obligación internacional.

Igualmente, otra distinción que resulta aplicable es la que surge dentro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) entre normas primarias y secundarias.

Roberto Ago, Riphagen y la CDI señalan que las normas primarias aluden a las reglas impuestas sobre los Estados en sus distintas relaciones interestatales, obligaciones cuya violación puede ser fuente de responsabilidad; asimismo, señalan que las normas secundarias buscan determinar las consecuencias legales de la falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas por normas primarias.

De esta forma, cabe precisar que la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas se encuentra ubicada dentro del ámbito de las normas primarias, a diferencia de la responsabilidad tradicional que se encuentra ubicada en el campo de las normas secundarias.

En el mismo sentido, Pastor Ridruejo señala que: «la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el Derecho Internacional versa realmente sobre aspectos de fondo -normas- primarias sobre obligación de prevenir daños -y no sobre aspectos de responsabilidad internacional propiamente dicha -normas secundarias».

De esta manera, cabe resaltar que ambas fuentes de responsabilidad internacional se encuentran en dos planos distintos en la medida que la obligación de reparar en la responsabilidad tradicional se genera por la violación de una norma primaria, a diferencia de lo que ocurre en la nueva fuente, donde dicha obligación se origina más bien por el cumplimiento de una.

De ahí que podamos afirmar que la nueva fuente no busca derogar los principios generales de la responsabilidad internacional derivada de un hecho ilícito internacional, sino más bien busca cumplir un rol complementario o subsidiario al tratar de suplir las deficiencias del sistema tradicional.

III. LA PROBLEMATICA DE SU DENOMINACION

Si bien existen casos donde el nombre de una institución no altera el sentido de la misma, existen otros donde la adopción de una denominación determinada puede llevar a confundir la naturaleza jurídica de la institución que se busca denominar.

En tal sentido, la Doctrina ha denominado a esta nueva fuente de distintas maneras tales como "*liability for ultra hazardous activities*","*international liability*", "responsabilidad internacional objetiva", "responsabilidad por hechos lícitos", "responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", "*responsabilité internationale objective pour dommage l'environnement*" entre otras más.

De lo expuesto, se puede observar que cada una de las denominaciones ha tratado de resaltar características propias de la institución, de manera tal que se diferencie claramente de la otra fuente de Responsabilidad Internacional, es decir, la proveniente de hechos ilícitos internacionales.

Sin embargo, creemos conveniente unificar las denominaciones expuestas adoptando la denominación «Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas» en la medida que el verdadero propósito de este régimen es regular una determinada actividad sin importar que ésta sea lícita o no, además de reflejar su propio fundamento.

IV. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTIVIDADES ULTRARIESGOSAS

Entre las teorías que han tratado de fundamentar a la Responsabilidad Internacional nos encontramos principalmente con la teoría subjetiva y con la teoría objetiva.

En relación a la primera de ellas, cabe resaltar que tanto la responsabilidad tradicional como la responsabilidad por actividades ultrariesgosas descartan el análisis de todo elemento psicológico como criterio atributivo de responsabilidad, lo cual nos lleva hacia una tendencia objetivizadora en ambas fuentes.

Sin embargo, cabe precisar que dentro de la teoría objetiva surge una nueva vertiente que ha dado lugar a la teoría del riesgo en la medida que ésta ha incorporado al riesgo como criterio de atribución de responsabilidad del Estado. En tal sentido, en virtud a esta teoría quien por su propio placer o utilidad introduce algo peligroso a la sociedad es responsable de cualquier accidente que de ello se derive, aun cuando no se le pueda imputar culpa o negligencia alguna.

Siendo así y tomados en cuenta los elementos constitutivos de la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas que analizaremos más adelante, concluimos que esta nueva fuente se adhiere a la teoría del riesgo en la medida que este régimen busca regular a aquellas actividades que introducen un riesgo excepcional a la sociedad, las cuales pueden causar daños de gran magnitud a pesar de ponerse el mayor cuidado.

A su vez, si comparamos ambas fuentes apreciamos que este sistema es también objetivo porque descarta el análisis de la debida diligencia del elemento objetivo del hecho ilícito internacional al no considerar a la obligación de prevenir los daños ambientales como fundamento de la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas. Igualmente, lo descarta en el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional en caso de actividades desarrolladas por particulares, en la medida que no se examina si el Estado ha incumplido sus deberes de prevención o represión para imputarle responsabilidad.

V. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTIVIDADES ULTRARIESGOSAS

Sobre el particular, cabe señalar que la obligación de reparar en esta nueva fuente surge cuando se cumple el supuesto de hecho de la norma primaria que sustenta al sistema, es decir, cuando se demuestre la causalidad entre una actividad ultrariesgosa y un daño transfronterizo.

V.1 Noción Jurídica de las Actividades Ultrariesgosas

Si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo en un solo criterio para determinar la naturaleza de una actividad ultrariesgosa, la mayoría de juristas reconoce que en este tipo de actividades no existe posibilidad de eliminar el riesgo a pesar del ejercicio de diligencia o cuidado razonable, lo cual le brinda un carácter excepcional a la actividad.

En tal sentido, Dupuy define a las actividades ultrariesgosas como aquellas que comportan un riesgo incomprensible en la medida que no se puede evitar con el ejercicio de los cuidados más adecuados y, un riesgo excepcional en la medida que no corresponde al uso habitual del lugar, no es problema de uso común.

Por su parte, Jenks afirma que el carácter ultrariesgoso no significa que el riesgo excepcional de la actividad se dé en el sentido que exista un alto índice de *probabilidad* de que el riesgo o accidente pueda llegar a materializarse, sino que las consecuencias en el excepcional e incluso casi improbable caso que el riesgo se materialice, puedan llegar a tener un alcance, y que las normas especiales relativas a la "*liability*" por tales consecuencias son necesarias para evitar una grave injusticia.

Asimismo, Kelson se pronuncia de manera similar al señalar que en la hipótesis en que el riesgo o peligro de daño proveniente de una actividad tecnológica o industrial sea de naturaleza sustancial, ya sea por la *probabilidad* o magnitud del daño y revista un daño transfronterizo, el operador de tal actividad asumirá una responsabilidad objetiva por daños y perjuicios causados por la actividad en cuestión, con independencia de saber si el daño pudo o no haber sido evitado.

Por otro lado, Cahier piensa que no es el tipo de actividad lo que debe ser tomado en cuenta sino la amplitud del perjuicio. Si el perjuicio es importante (y deberá serlo para repercutir en otro territorio de otro Estado), entonces nos encontramos ante una actividad que comporta riesgos excepcionales, abriendo el derecho de reparación.

En otro sentido, Handl sostiene que cuando no exista una determinación *a priori* por acuerdo de las partes sobre el carácter riesgoso de la actividad, se deberá entender el término de "*abnormally dangerous*

activity" como un concepto que implica un excepcional o significativo riesgo de un severo daño transnacional, pero conteniendo una escasa o mínima probabilidad de que dicho daño llegue a materializarse.

De otro lado, resulta pertinente mencionar lo dicho por Zemmanek en relación a la diferencia entre "*hazardous activities*" y "*harmful activities*", señalando que las primeras pueden ocasionar "*substancial damage or harm*" pero más que eso en la probabilidad del accidente y la magnitud del potencial impacto. Y dentro de las segundas, distingue aquellas donde la fuente del daño es identificable o no.

Siendo así y tomando en cuenta la diversidad de posiciones en relación a la actividad ultrariesgosa, opinamos que para definir a la misma debemos partir de la definición del riesgo entendido como la probabilidad, sea alta o baja, de generar daños de gran magnitud.

De esta forma, se podrá definir a la actividad ultrariesgosa como aquella que incorpore un riesgo pese a que se tomen todas las medidas de precaución del caso. De ahí que se señale que tal actividad entraña un riesgo excepcional al presentarse los daños no de manera constante como parte de su desarrollo normal (actividad de efectos nocivos) sino de manera imprevisible, lo cual nos lleva a hablar de la previsibilidad genérica de la actividad ultrariesgosa.

Siendo así, cabe precisar que es importante determinar si estamos o no frente a una actividad ultrariesgosa para saber si nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas.

De esta manera, *deben* distinguirse dos supuestos: uno donde se encuentre determinada *a priori* la naturaleza ultrariesgosa de la actividad, o por lo menos exista acuerdo entre las partes respecto a la misma; y otro donde se desconozca que estamos frente a una actividad ultrariesgosa.

En el primer supuesto, no existirá mayor complicacion dado que podrán entrar en juego las reglas de prevención previstas en el sistema, así como podrá surgir la obligación de reparar por parte del Estado si se demuestra la producción de un daño transfronterizo derivado de tal actividad.

Sin embargo, en el otro supuesto será necesario realizar un análisis ex-post facto para determinar si nos encontramos frente a una actividad ultrariesgosa, en cuyo caso se tomará en cuenta la definición de la misma, un examen de la debida diligencia y la magnitud del daño transfronterizo.

V.2 El Daño Transfronterizo como Elemento Constitutivo de la Responsabilidad Internacional por Actividades Ultrariesgosas

V.2.1 Las características del daño transfronterizo

Como hemos podido apreciar, el daño transfronterizo es uno de los elementos que constituye conjuntamente con la actividad ultrariesgosa el supuesto de la norma primaria que sustenta el régimen de responsabilidad objetiva que venimos analizando.

Siendo así, cabe definir en primer lugar al daño transfronterizo dentro del ámbito de los daños ambientales dado que consideramos a la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas como una alternativa al problema ambiental.

En tal sentido, señalamos a continuación las principales definiciones de la contaminación transfronteriza:

a) Despax opina que es la contaminación que tiene su origen en un país y hace sentir sus efectos en otro.

b) McCaffrey la caracteriza como aquella contaminación que incluye pertubaciones que, originadas en un país, son transmitidas a través de un recurso natural compartido y tiene efectos en otro país, o afecta a parte de la *res communis* que está bajo jurisdicción de varios países.

c) Scott y Bramsen la define como toda descarga de sustancias o liberación de energía originada en el territorio de un Estado que podría causar daño, a través de una vía natural (aire o agua) en el territorio de otro.

d) La International Law Association, en su art.2(2) de las llamadas Reglas de Montreal sobre la Contaminación Transfronteriza, la define como la contaminación cuyo origen físico se localiza totalmente o en parte dentro del territorio de un Estado, y que tiene efectos nocivos en el territorio de otro Estado.

De todas las definiciones expuestas, concluimos que la contaminación transfronteriza es aquella que tiene su origen físico en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado y causa perjuicios en el territorio de otro(s) Estado(s) o espacios públicos, a través de medios naturales tales como el aire y el agua.

Así mismo, cabe precisar que no todo daño transfronterizo supone la Responsabilidad del Estado sino tiene que estar ligado de su actividad generadora, la cual tendrá que ser necesariamente una actividad ultrariesgosa para encontrarnos dentro del ámbito de aplicación de la norma primaria respectiva.

Igualmente, se debe tomar en cuenta la gravedad del daño en la medida que no bastará que sólo existan efectos transfronterizos sino que debe tratarse de un daño apreciable o significativo que vaya más allá de la mera molestia o de lo normalmente tolerado por razones de vecindad.

V.2.2 La relevancia del daño

En la doctrina se ha discutido la existencia del daño como un tercer elemento como parte del hecho internacionalmente ilícito en el régimen tradicional de responsabilidad.

Roberto Ago, siguiendo la tesis de Dionisio Anzilotti señala que: «no encuentra motivos suficientes para que además de los dos elementos antes mencionados, se considere al elemento daño como un factor condicionante de la existencia del hecho ilícito internacional».

Un típico ejemplo que refleja la situación planteada es el del país ribereño que deniega en tiempos de paz el paso inocente por sus aguas territoriales a los buques de determinado país extranjero. En ese supuesto, basta la conducta del Estado para determinar la violación de una obligación internacional sin que sea necesaria la existencia de un daño patrimonial por parte del Estado Extranjero.

Siendo así, cabe mencionar que el daño ya sea entendido como un perjuicio a intereses económicos o patrimoniales de los Estados, o ya sea entendido como perjuicio moral es más que un elemento del hecho internacionalmente ilícito, una consecuencia del mismo.

De esta manera, queda claro que el daño no constituye un elemento que deba ser analizado para constatar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas donde la existencia del daño transfronterizo es un elemento sustancial de la norma primaria que sustenta el nuevo régimen.

En efecto, si no se configura la relación de causalidad entre una actividad ultariesgosa y un daño transfronterizo, no nos encontramos dentro del supuesto de la norma primaria que implica la responsabilidad internacional del Estado.

V.3 El Problema de la Causalidad entre la Actividad Ultrariesgosa y el Daño Transfronterizo

Al hablar de la noción de la actividad y del daño originado de ella estamos asumiendo que existe un nexo causal entre ambos. Si bien la adopción de un régimen objetivo nos hace descartar la prueba de la culpa o negligencia del Estado, éste no nos hace descartar la prueba de la causalidad, es decir, si el daño se ha originado de la actividad denominada ultrariesgosa o generadora de un riesgo excepcional.

Siendo así, no debemos confundir la causalidad material que se exige entre la actividad y el daño con la culpabilidad -elemento subjetivo- pese a que en muchos casos, para saber si alguien es culpable, primero debemos demostrar que es el autor.

La relación causal pertenece al plano factual y por ende pueden existir ciertas circunstancias que dificulten la determinación de la causa que produce la situación dañina. De ahí que aparezcan teorías como la de equivalencias de las causas, la de causa próxima, la de causa adecuada, entre otras.

Sobre las mismas, cabe mencionar que su utilidad se circunscribe básicamente para los casos donde la contaminación provenga de una serie de actividades que consideradas por sí solas no constituyen la contaminación ambiental, pero sí en conjunto. Nos estamos refiriendo por ejemplo a la emisión de gases a la atmósfera generados por la industria, emisión de refrigerantes (CFC), etc.

Pero en el caso de la Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas el problema principal relacionado con el tema de la causalidad se refiere a los casos de fractura del nexo causal, es decir, el caso fortuito y la fuerza mayor.

La fractura causal supone la ruptura del vínculo causal entre el causante aparente y la víctima, es decir la inexistencia del nexo causal supone que no se atribuya responsabilidad, no importando el factor de atribución empleado: culpa o riesgo.

Theodor ha propuesto una distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor en base a la tipicidad o atipicidad del riesgo, considerando al primero como el riesgo típico de la actividad y el atípico para la fuerza mayor. Así concluye que en la responsabilidad subjetiva, ambos son exonerativos de responsa-

bilidad, en cambio en la responsabilidad objetiva sólo la fuerza mayor será exonerativa.

Siendo así, para determinar si un evento es extraordinario o no, se deberá analizar si éste puede considerarse como algo típico o atípico de la actividad.

De esta manera, creemos conveniente realizar un análisis similar al propuesto por Sus al momento de determinar la responsabilidad del Estado en caso del nuevo sistema propuesto, más aun si tomamos en consideración que por definición la actividad ultrariesgosa es aquella que se caracteriza por presentar siempre la probabilidad de generar daños, es decir, presenta una previsibilidad genérica del riesgo.

VI. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTIVIDADES ULTRARIESGOSAS COMO UNA ALTERNATIVA AL PROBLEMA AMBIENTAL

VI.1 Sobre la existencia de una fuente de responsabilidad internacional

Hasta el momento hemos mencionado cuáles son los elementos constitutivos de esta nueva fuente sin determinar si este sistema se presenta de manera obligatoria o no para los Estados.

La doctrina que apoya su existencia, al parecer, adolece de la misma imprecisión dado que se refiere a la responsabilidad internacional por actividades ultrariesgosas en algunos casos en términos de *lege data* y en otros de *lege ferenda*, además de no ponerse de acuerdo en cuál es su fundamento.

En efecto, algunos autores se basan en un principio general de Derecho o en un principio general de Derecho Internacional para afirmar una responsabilidad por riesgo a nivel internacional.

Otros, opinan que el derecho consuetudinario brinda las pautas suficientes para afirmar su existencia en virtud al principio *sic uture tuo ut alienum nom laedas* o «utilizacion no perjudicial del territorio», basándose a su vez en distintos precedentes jurisprudenciales tales como la Fundición de Trail, el Estrecho de Corfú y del Lago Lanos.

Sin embargo, un análisis de tales casos nos lleva a constatar una situación completamente distinta en la medida que estos muestran más bien una tendencia hacia la aplicación de un sistema clásico de responsabilidad.

De otro lado, una gran parte de la Doctrina y la casi totalidad de los Estados reconocen a la obligación del Estado de prevenir los daños ambientales como una obligación de debida diligencia.

Así por ejemplo, en la Recomendación que hiciera el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en relación a los deberes y a la responsabilidad de los Estados en materia de contaminación transfronteriza difundida en 1984 se precisa que todos los países miembros reconocen para todos los Estados ciertas obligaciones jurídicas fundamentales que son la contrapartida de los derechos que ellos gozan de acuerdo con sus competencias territoriales. Igualmente en la misma Recomendación se identifica a esa expresión del principio *sic utere* como regla consuetudinaria de diligencia debida impuesta a todos los Estados a fin que las actividades ejercidas en sus jurisdicciones no produzcan daño al medio ambiente de otro Estado.

Así mismo, a nivel del Derecho Internacional convencional se puede apreciar que si bien algunas convenciones internacionales tienden hacia la protección del medio ambiente o tan sólo hacia la regulación de ciertas actividades ultrariesgosas, se puede constatar por otro lado que el tema de la responsabilidad internacional del Estado ha sido regulado de manera insuficiente en las mismas.

Sólo en el caso de la Convención sobre Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 se regula un sistema semejante al reseñado anteriormente al haberse impuesto al Estado de lanzamiento la obligación de reparar los daños que ocasionen sus objetos espaciales a través de una norma primaria.

De esta manera, al no encontrar una norma primaria vigente que sustente al régimen de Responsabilidad Internacional por actividades ultrariesgosas somos de la opinión que éste no se presenta de manera obligatoria en la actualidad para los Estados, quedando sometida su existencia a la celebración de una convención internacional.

VI.2 Sobre la Necesidad de una Regulación

El hecho de haber afirmado que el nuevo régimen de Responsabilidad Internacional no se encuentra expresado en términos de *lege data* no implica que descartemos su existencia como una alternativa al problema ambiental.

Son muchos los elementos que entran en juego para determinar la necesidad de instaurar un régimen de responsabilidad basado en el riesgo para el caso de actividades ultrariesgosas. Entre ellos tenemos, la propia naturaleza de la actividad, la problemática de los sistemas de responsabilidad civil que regulan tales actividades, la dificultad de la prueba de la negligencia por parte de la victima, entre otros.

Como ya ha quedado establecido, la actividad ultrariesgosa es aquella que presenta la probalidad de generar daños transfronterizos pese a las medidas de precaución que se tomen. Tal definición nos lleva a analizar a su vez el carácter del daño transfronterizo y el rol que juega la obligación de prevención.

En relación al primero, son muchos las experiencias por las que ha tenido que pasar la humanidad para lograr una evolución en el tema de la protección ambiental en las diversas ramas del derecho. Entre ellos, basta recordar algunos nombres como Chernobyl, Sandoz, Bhopal, Amoco Cadiz, entre otros más. Todos ellos, denotan el carácter catastrófico de los daños de las actividades ultrariesgosas y han demostrado la ineficacia de las regulaciones legales internacionales para lograr una solución adecuada a tales consecuencias perjudiciales. La magnitud del daño excede en muchos casos la capacidad económica del explotador de la actividad, lográndose una reparación inadecuada.

En cuanto al rol de la prevención, señalamos que la misma no puede ser expresada como una obligación de resultado cuando nos enfrentamos frente a una actividad ultrariesgosa, dado que los riesgos no pueden ser eliminados aunque se tomen todas las medidas de precaucion del caso.

Sobre el particular, recordemos que la obligación de evitar los daños ambientales se entiende como una obligación de diligencia. En tal sentido, el sistema tradicional que se sustenta principalmente en la violación de tal obligación, dejará indirectamente fuera de su ámbito de aplicación a las actividades ultrariesgosas ya que, el Estado en la mayoria de los casos podrá demostrar que cumplió su deber de diligencia, al pasar el análisis del mismo por el conocimiento del desarrollo de la actividad y los medios puestos a disposición para evitar el daño.

Igualmente, dentro de la tendencia actual de los Estados de privatizar sus empresas nos encontramos cada vez más frente a actividades desarrolladas por particulares, lo cual nos lleva dentro del sistema de Responsabilidad Internacional tradicional al análisis del elemento subjetivo del hecho ilícito internacional. Es decir, se examinará nuevamente bajo el filtro de la debida diligencia si el Estado ha cumplido su deber de prevención y represión.

De esta manera, el sistema de Responsabilidad Internacional del Estado basado en el hecho ilícito internacional no se presenta como una solución idónea para el problema ambiental ocasionado por actividades ultrariesgosas.

Ahora bien, a nivel interno el derecho ha evolucionado mas rápidamente que a nivel internacional, al haberse aceptado una *"liability"* para regular a las actividades ultrariesgosas. Sin embargo, al llevarse a la práctica el principio objetivo ante un caso de contaminación transfronteriza se han presentado una serie de problemas de ejecución, lo cual ha dado origen a una serie de principios como el de igualdad de trato y no discriminación.

Pese a ello, las víctimas en la mayoría de los casos se siguen encontrando con problemas de procedimiento que las obliga a recurrir a la protección diplomática o simplemente esperar la ayuda que su propio Estado les pueda brindar.

Finalmente, como consecuencia de los argumentos expuestos señalamos la necesidad de celebrar una convención internacional de tipo multilateral que regule un sistema de responsabilidad aplicable a las actividades ultrariesgosas en virtud a las graves consecuencias que pueden originar a lo largo de su desarrollo.

ESTUDIO
ALMEYDA
ABOGADOS

Expresa sus felicitaciones a la Revista THĒMIS por cumplir 30 años de fructífera labor en la labor de difusión del conocimiento de la ciencia jurífica.

Diciembre 1995

Calle Uno N° 919, Corpac, San Isidro
Central Teléf. (511) 2242512 Fax (511) 2241493

ENTREVISTA A JUAN MONROY GALVEZ: EN BUSCA DEL JUEZ PERUANO : HACIA UNA VERDADERA REFORMA DEL PODER JUDICIAL*

La reforma del Estado es un tema de absoluta actualidad. Se habla comúnmente de reducir el elefantiásico aparato burocrático que en las últimas décadas ha hecho colapsar la administración pública. Ciertamente, se ha emprendido una reforma encaminada a seguir un derrotero conducente a la reducción del Estado, en el ámbito administrativo, que previsiblemente redunde en el incremento de sus niveles de eficiencia y de eficacia. Sin embargo, muchos claman por el urgente desarrollo de un plan que introduzca un cambio acaso más radical en una institución de primerísima relevancia en la vida e institucionalidad nacionales: El Poder Judicial. Más allá de todo lugar común, la crisis de éste responde a muchos factores que pocos parecen haber tomado en cuenta para lanzar crítricas y vituperios. Por ello, creemos que una reforma seria debe tomarlos en cuenta si pretende llegar a buen puerto. Mientras el servicio de justicia en nuestro país no alcance un nivel cuando menos aceptable, de poco o nada servirán los esfuerzos desarrollados en otras áreas. Por todas estas razones, hemos creido importante conocer la opinión del Dr. Juan Monroy sobre este tema. El doctor Monroy es un reconocido abogado, catedrático y jurista vinculado al derecho procesal, además de ser miembro del Comité Consultivo de THĒMIS - Revista de Derecho. *Su autoridad académica, su prestigio profesional, su conocimiento cercano del Foro le otorgan la capacidad para opinar crítica pero constructivamente de un tema tan trascendente.*

En primer lugar, ¿Cuáles son los rasgos fundamentales, caracterizadores de una verdadera reforma judicial?

Para empezar, que los órganos constitucionales autónomos citados en la Constitución -el Consejo Nacional y la Academia de la Magistratura- se lleven adelante; que las normas constitucionales que redundan sobre la autonomía económica, administrativa y funcional del Poder Judicial se cumplan; además, las nuevas normas procesales (tanto civiles como penales), son de singular importancia. Sin embargo, hay factores estructurales cuyo cambio puede llevar años; la reforma judicial es un proceso lento, una cosa que nos va a tomar la vida, pero está bien que así sea, siempre y cuando sea con apoyo, con la claridad que existe una meta aunque ésta nos consuma totalmente. Luego de 20 ó 30 años recién podremos producir el cambio; y éste es el problema, que la gente, y sobre todo los políticos, son absolutamente corto plazistas. Ellos dicen: "Yo quiero ahora que soy congresista, para que ahora se mire lo que yo hago", y el castigo divino para ellos, es que la posteridad no los salva, porque todo lo que han hecho no vale nada.

¿Cómo se enmarcan las crisis de la administración de justicia y del Poder Judicial dentro de la reforma de la administración pública que se ha iniciado como producto de la liberalización del Estado?

De la pregunta aparecen dos conceptos que creo que traducen dos momentos históricos distintos, dos

* La presente entrevista fue realizada y editada por Gonzalo Barrionuevo Alba y Gonzalo Zegarra Mulanovich, miembros de THĒMIS-Revista de Derecho. Se agradece por el apoyo brindado a Fernando Molina Rey de Castro.

maneras distintas de ver una misma crisis. Se ha hablado de administración de justicia y de Poder Judicial. Creo que son dos conceptos que traducen dos posiciones distintas sobre un mismo tema. Hace dos siglos, cuando los revolucionarios franceses estaban hartos de los parlamentos, que eran los encargados de administrar justicia y lo hacían con absoluta arbitrariedad, de modo que la "equidad" era una manera de ejercer presión y de corromperse; los revolucionarios, digo, hartos de esto, optaron porque el juez fuera un mero aplicador de la ley, lo sujetaron totalmente a la norma.

En ese momento, decir administración de justicia tenía sentido, porque un juez realmente no daba justicia para un caso concreto, todo lo que hacía era aprovechar lo que la ley decía, conocer el caso y aplicar puramente la norma, en un acto químicamente puro de aplicación. Eso se parecía bastante a un acto de administración, pero todos sabemos que por lo menos cien años después en la Europa occidental se descubrió que el juez no era un aplicador de la ley sino un creador de Derecho, que la ley es una abstracción , una generalidad, dirigida a una colectividad *in genere*, y que el juez debe tener la habilidad, la intuición y la imaginación creadora necesaria para sacar de esa concepción genérica otro mandato legal específico, propio para ese caso que va a resolver. Desde hace más de cien años, todo el pensamiento procesal asume la tesis de que el juez es un creador de Derecho.

Nosotros nos hemos quedado en la crisis de hace dos siglos, nos hemos regenerado con esa crisis, y además somos románticos hasta para la mediocridad, por lo que hemos defendido una tradición que nos es ajena, y la hemos defendido con entusiasmo. Por ello hablamos todavía de administración de justicia, un concepto propio de quienes quieren seguir denigrando el servicio de justicia. Creo que en nuestra civilización el Poder Judicial viene intentando ser autónomo y no lo puede lograr porque el poder central desde siempre ha sabido que resolver conflictos es un ejercicio puro de poder, de altísimo poder dentro de un grupo humano, por ello no quiere soltarlo. Pagarle mal a un juez, mandarlo a locales inmundos, no darle formación especializada, llenarlo de procesos y teniendo una organización colonial que casi le impide vivir, asfixiándolo, llevándolo casi de la mano a la corrupción, en una sociedad de consumo que le coloca al juez un montón de cosas que no puede comprar, habiendo gente que litiga delante de él que sí le puede dar ese dinero que él no tiene para esas cosas que la televisión le inventa como necesidad, genera como resultado necesario, un servicio de justicia al servicio del poder .

Se habla de una nueva concepción de la sociedad más liberal, mientras el Estado se reduce , la administración pública en general pretende ser más pequeña y más eficiente.¿ Cómo se aplica esto al Poder Judicial, debe el poder judicial tener los mismos principios que las demás áreas de administración del poder?

No debemos olvidar que estamos viviendo una ola liberal, que tiene un decenio, va a tener dos, o probablemente cuatro, pero es una ola grande que va a pasar. Un día, algunos valores humanos que fueron maltratados por algunos líderes políticos mediocres, van a volver. No debemos perder esto de vista. En segundo lugar, como bien dice usted, creo que es admisible adscribir el servicio de justicia a la administración pública en general, es un servicio más, la gran diferencia con otros servicios públicos, como el agua o como la salud, es que no puede ser privatizado, no puede estar afectado jamás por ningún tipo de fórmula en la cual la empresa privada pueda acceder a él. Lo que pasa es que ese rol del Poder Judicial pasa por lograr auténticamente su autonomía - que no es otra cosa en esta oportunidad que una autonomía económica del Gobierno Central -, si eso no se logra, todas las reformas que tenemos ahora resultarán futiles a la larga. Una reforma legislativa , no lo olvidemos, es simplemente el punto de partida de un cambio, ni es la llegada, ni es el punto medio, es una fantasía con la cual uno juega, es casi un acto onanista, no es verdaderamente fecundo. Entonces, la gente anda diciendo que ahora ya tenemos Academia de la Magistratura o que ahora ya tenemos Código Procesal Civil. Mentira, no tenemos nada, no tenemos nada porque no hay ningun apoyo estatal serio.

Pero, por lo que ha sido el comportamiento recurrente de los gobiernos peruanos a lo largo de la historia republicana, es de esperar que no haya un incremento sustancial del presupuesto que se destina al Poder Judicial. ¿Hay alguna alternativa de mejora del Poder Judicial que no pase por un incremento sustantivo de su presupuesto?

Es sumamente difícil, creo que los jueces nacionales - no todos porque ha habido, hay y probablemente habrá en el futuro casos de corrupción -, están dando permanentemente ejemplos de expresiones de dignidad que tienen a veces un alto precio. Actualmente es un grupo marginal, hoy día ser juez en el Perú no sólo es un apostolado sino también muchas veces un acto de locura. Lamentablemente no siempre es un acto de locura sino algunas veces es la ocupación de un abogado incapaz que no tiene otra cosa que hacer; empezó cosiendo expedientes y acaba un día de juez. Creo que la única alternativa

que no es en realidad una vía distinta, es procurar que la calidad de quienes van a ser jueces sea distinta, dignifiquemos la profesión con más talento. Tal vez eso sea un amago de cambio, yo no creo que esto apague el incendio, porque realmente esta necesidad de un apoyo estatal, de un apoyo sincero, que pase por entregar y al mismo tiempo declarar expresamente su autonomía, es realmente la solución. Lo demás son intentos que hay que hacer, hay que ver qué cosas se reivindican en el camino.

Con relación a la voluntad política; se dice que el gobierno ha creado el INDECOPI como una especie de fuero comercial que apoye su política económica, dejando al Poder Judicial abandonado por considerarlo menos importante ¿Cuál es su opinión al respecto?

Yo no estaría tan seguro de eso, creo que el INDECOPI es una alternativa de la época, del momento, es coyuntural y no podría ser más que eso. Además, buena parte de las normas del INDECOPI son inconstitucionales, pero no importa, a veces lo inconstitucional es sólo una coyuntura. Lo que creo es que existe una ceguera total en los asesores más cercanos al Presidente y en éste para ver el tema de la Justicia, porque sino quieren ver la Justicia como un servicio social urgente, insustituíble e indelegable; si sólo quieren ver la Justicia en términos de movimiento comercial, nada mejor para un Estado que un Poder Judicial expeditivo, porque la Justicia expeditiva es un insumo para el producto que usted quiera. Lo que los presidentes de turno no han descubierto, es que el INDECOPI es una coyuntura, no han descubierto que lo único permanente son los valores, entre ellos la Justicia; entonces, esto es simplemente un problema de lentes opacos, les ha caído el vaho y no están mirando el sistema de justicia, y eso se los va a cobrar la historia.

¿Considera usted que los medios alternativos, como el arbitraje, son una salida, aunque sea parcial, a la crisis del servicio de Justicia?

No conozco una sóla experiencia social que nos permita declarar el triunfo de los medios alternativos, en realidad, no sé si son siquiera una alternativa coyuntural. La experiencia que tenemos hasta el momento nos permite darnos cuenta que estos medios tal vez resuelvan los conflictos de una manera más expeditiva, pero tienen un costo excesivamente alto, y su aplicación está limitada a situaciones muy restringidas. Se trata de una fórmula que solucione el problema en un mes, porque el costo de la pérdida se va a borrar con eso, pero solamente en situaciones así es entendible, después no ; las llamadas fórmulas alternativas son una manera muy elegante de decir "es posible hacer algo afuera". Se vende mucho esta idea, pero finalmente, cuando alguien ve realmente qué hay detrás de estas formas, encuentra simplemente un buen paquete de abogados que no tienen trabajo y que quieren encontrar un nuevo medio de intercambiar prestigio por dinero a través de los tribunales arbitrales, que lo único que hacen es satisfacer una necesidad de urgencia, que el servicio de justicia podría hacer muy bien , porque podría acabar los procesos prontamente si es que el Estado asumiera realmente el rol de convertirlo en el servicio público más importante del país. Yo no estoy en contra de la existencia de estos medios de resolución de conflictos; pero creo que está mal que se diga que son una alternativa al servicio de Justicia sin haberle dado a éste la oportunidad. El servicio de Justicia, en consecuencia, no ha fracasado por sí mismo, lo ha hecho fracasar el poder central; por lo que reemplazarlo o disminuirlo me parece mezquino y cínico.

¿Y qué opina de la autocomposición?

No la considero una alternativa válida, porque ¿cuál es la base cultural para intentar el desarrollo de esa fórmula?; además, la autocomposición suele ser, en donde ha tenido algún tipo de vigencia, un producto de la costumbre, es el consuetudo el que le otorga esa base cultural, y eso no existe en el Perú. Yo no quiero decir con esto que tenga una franca oposición a los medios alternativos, yo creo que deben de existir para que descubramos que el servicio de Justicia y el proceso son, hasta el momento, la mejor manera de resolver conflictos entre los hombres.

Pero ¿Qué pasaría en las zonas de comunidades indígenas o campesinas que no se adaptan a la estructura de nuestra Justicia?

El proceso tiene una gran ventaja, es un instrumento de otro instrumento que es el Derecho, y debido a que es un instrumento, con qué llene usted sus decisiones es un asunto que debería respetar escrupulosamente el ámbito socio-cultural en el cual se está impartiendo Justicia, creo en eso, y esta es una tesis que Fernando de Trazegnies maneja extraordinariamente bien. Pero eso no puede impedir que concibamos la necesidad que el servicio de Justicia haga presencia en esos lugares; cuando una organización social no se presenta como una organización política, es decir, cuando el estado niega su presencia en algunos lugares, lo que queda son simplemente mecanismos de acción directa, lo que queda es autodefensa.

En dicho contexto ¿qué opina de la Justicia consuetudinaria que la Constitución establece para las comunidades campesinas y nativas?

Creo, dentro de los límites de lo anteriormente señalado, que es un reconocimiento a una sociedad pluricultural, a un estado de hecho, y que es también la admisión de un error histórico: el creer que nuestras claves culturales son las óptimas. Este etnocentrismo es contestado por la norma constitucional reconociendo que hay claves culturales que le pertenecen a ese grupo humano y que no son mejores ni peores que las nuestras, simplemente son distintas.

Doctor, con relación a la idiosincrasia peruana ¿Cree usted que los peruanos son -como se ha afirmado alguna vez- proclives al litigio?

La lectura equívoca de un pasaje de la Historia del Derecho Peruano de Basadre, ha hecho que mucha gente repita que existía una tendencia al litigio en el antiguo peruano, pero si revisamos a Horacio Urteaga o Poma de Ayala, nos daremos cuenta que esto no es muy cierto, y que la tendencia al litigio aparece recién con claridad en la Colonia, por lo cual yo diría más bien que es una clave cultural recibida. Lo que sí es cierto, es que los índices de litigiosidad aumentan en sociedades con gran fragmentación social como la peruana.

¿Cuál es el papel de la Universidad Peruana en la formación de Jueces y Abogados?

Es fundamental como resulta obvio; el problema con la Universidad es que tiene que cargar con un joven que ya está hecho, aunque la influencia de los padres y parientes no es definitiva, pues el joven es natural y espontáneamente contestatario. Entonces, lo trascendente es que ya va siendo necesario que los alumnos empiecen a cuestionar a sus profesores, empiecen a buscar profesores que no sean exégetas, que no sigan recorriendo la norma hacia arriba y hacia abajo, interpretándola como hace 300 años se enseñaba en cualquier universidad europea; sino que más bien empiecen a ser reflexivos, críticos de las instituciones jurídicas, conocedores de esas instituciones jurídicas y de su eventual aplicación en su sociedad. Creo que éste es el tema central, no estamos formando ahora abogados reflexivos, estamos formando abogados que simplemente acumulan información y después se dedican a llenarse de plata leyendo El Peruano, como lo hacen los abogados que enseñan actualmente; lo que buscan es prestigio, cobrarle más al cliente diciéndole: "Mira, yo soy profesor universitario". Esta situación tiene que cambiar, profesores como esos deben salir, pero las autoridades no los van a eliminar, porque regularmente esa gente ingresa a través de un contubernio. Entonces, son los alumnos quienes deben ponerse de pie y decir no va más, porque están estafando a sus padres y a ellos mismos. Creo que la Universidad tiene un rol importantísimo en la formación de Jueces y Abogados: para que se produzca la reforma judicial, si tiene un sitio dónde producirse y si hay un material para hacer el cambio, es el nuevo abogado; y en consecuencia, es la Universidad la que tiene que asumir ese rol.

¿Por qué los abogados que salen de las mejores universidades del Perú no ven orientada su natural disposición hacia el cambio, por medio del servicio en la Magistratura?

Yo creo que hay dos razones. Siempre se dice, y ésta es una razón válida pero no única, que el ingreso que se percibe es ciertamente miserable. Esto es francamente importante. Pero ésta no es la verdadera razón; lo que ocurre es que el juez ha perdido prestigio social en el Perú. Hoy día ser juez en el Perú no es nada. Si usted por ejemplo conoce alguna vez a un rabino se va a dar cuenta de todo el bagaje cultural que tiene. No importa que usted lo encuentre en un supermecado, un rabino es un rabino; intrínsecamente tiene una riqueza intelectual que salta a la vista.

La Universidad debe reinvindicar el prestigio social del juez. Ello se logra con gente talentosa. Regularmente la gente talentosa suele ser honesta, suele ser digna y creo que en los últimos 25 años, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica es la Facultad líder en la formación de abogados de excepcional calidad. Y no es que lo diga un egresado, me refiero a los diarios que anuncian y que publicitan empleos indicando que si fueran de la Universidad Católica sería mejor. Eso es simplemente un hecho objetivo. Pero también es un hecho objetivo que no debe alcanzar siquiera al diez por ciento el porcentaje de egresados de la Universidad Católica que están en la Judicatura, porque por su calidad y su conocimiento están en aptitud de llegar a otros lugares. Por otro lado, no siendo tan importante el tema económico, sí lo es en cambio la opinión del abogado o el estudiante : yo tengo capacidad, yo tengo conocimientos, qué hago metido en un mundo en que estoy rodeado de gente mediocre? Esto es lo que hay que romper, ¿cómo se rompe? Haciendo ingresar masivamente a estos jovenes a la aventura judicial.

De lo que se trata es de no esperar únicamente que eso se produzca. Por eso algunas facultades que tienen la ventaja de tener profesores de calidad,

alumnos con una formación en estudios generales excepcional, son las que tienen que empezar a mirar el derecho de justicia, especialmente los jóvenes, cuya naturaleza subversiva los hace querer ser utiles. Hoy día, desgraciadamente, nuestras generaciones no les hemos entregado nada decente, les hemos entregado casi miseria, entonces la alternativa es que ellos produzcan el cambio.

Según el Trabajo de Campo publicado en la THĒMIS No. 31, la cifra de jueces egresados de la Universidad Católica es, al nivel de Lima, del 9.28%. Se cree que el Juez peruano es poco instruido, y por el contrario, nosotros hemos advertido que hay un alto nivel de postgrados entre sus miembros, que algunas veces están relativamente bien actualizados, que proceden de universidades que sería injusto de calificar negativamente - v.gr., San Marcos- y muchos otros datos insospechados. Lo cierto es que este juez es continuamente acusado pero pocas veces escuchado, cuando tiene muchas cosas que decir. ¿Cómo ve usted la manera en que se ha tratado al juez y cómo calificaría usted al Juez peruano actual?.

Ese desprestigio social del juez peruano es parte también de cómo es que el poder se asegura una dependencia de éste. Los señores que hicieron esta Constitución, así como los que hicieron la anterior, han pensado que el presidente de la República es un mandatario, primer mandatario pero mandatario a fin de cuentas. En consecuencia, alguien a quien le damos los votos para que durante cinco años nos represente. El poder legislativo también está formado por un conjunto de mandatarios.

El único que no es mandatario es el Juez, que es un funcionario público que no representa al pueblo, es el pueblo. Lo que ha hecho el poder central es quebrar el vínculo sociedad-juez y ha puesto a la sociedad en su contra, cuando se hacen las encuentas sobre las peores instituciones, aparece siempre el Poder Judicial. Pero no, el juez es simplemente una consecuencia de este acto premeditado, intencional e histórico de hacer al servicio de justicia depender del poder central.

El juez peruano, en un 70% de los casos, debe cumplir lo que se conoce con el nombre de funciones mixtas, es decir, debe conocer sobre Derecho Civil, sobre Derecho de Menores, sobre Derecho Penal. Yo no conozco ni he conocido, un solo jurista en este país, en este siglo y probablemente en el anterior, que haya destacado en todas las áreas en que se le exige a un juez que destaque. Nadie puede decir que funciona exactamente igual de bien en tributario y en contratos. Sin embargo, a un juez le llega de todo y no puede abstenerse de resolver. Queremos una Enciclopedia Omeba delante nuestro, es algo realmente abusivo.

Por otro lado, el Código Procesal Civil funciona en Lima, que tiene cerca de 7 millones de habitantes, con sólo 30 jueces y sin embargo se expiden unas 200 sentencias por día, de las cuales probablemente un 1% se obtengan debajo de la mesa, con dolo, recepción de dádivas o lo que fuese. Al día siguiente en los diarios, a nadie le va a interesar ese 99% que fueron dadas por jueces que seguramente las hicieron en la cama de sus cónyuges en lugar de estar con ellos y sin ayudar a sus niños a terminar la tarea, sacrificando tiempo precioso de su familia y de ellos para trabajar. Eso no le importa a la prensa. Pero mañana sí aparecen en los diarios los escasos casos de corrupción. Esto también es parte de este problema.

Con relación al desprestigio y la pérdida de legitimidad social del Juez Peruano, se dice que son los Jueces de Paz no Letrados los que resuelven mayor cantidad de conflictos y de manera más eficiente, y que esto se debe a su extracción popular y a su cercanía con los litigantes ¿Aumentaría entonces la legitimidad del Juez Peruano si incorporamos formas de participación popular en la elección de los Jueces?

Esa es una afirmación muy válida; sin duda el Juez que mayor prestigio social tiene es el Juez de Paz, pero esta es una afirmación que no nos puede llevar a generalizar. A mí me parece que sobre este dato se ha construído más de la cuenta, y es cierto, un Juez de Paz es fuerte porque está en contacto con su pueblo, porque ha sido elegido por él; pero, en ese micro-cosmos en el cual los problemas son obviamente tan menudos, abogados limeños que incorporasen las claves culturales de la localidad también actuarían maravillosamente bien, bastante mejor incluso que ese Juez de Paz; no creo que el Derecho los vaya a infectar.

Entonces, creo que son premisas que por gaseosas llegan a conclusiones que no son válidas; el decir que el prestigio social surge de la elección popular es sólo una anécdota. Yo creo que el prestigio social se alcanzará cuando sólo los mejores estudiantes del país accedan a la Academia de la Magistratura, eso es verdadero prestigio; lo que pasa es que para incentivar a los jóvenes y hacerles llegar a eso, no solamente hay que emocionarlos en su compromiso social, sino que hay que llenar de dignidad la profesión; y dignidad básica es un ingreso decente, y librarnos de una vez de tanta mediocridad y menudencia.

En el nuevo Código Procesal Civil hay una gran atribución de funciones al Juez, quien se convierte en director del proceso ¿Es esto positivo, no producirá el efecto contrario al buscado, dado que - se dice- nuestros Jueces no tienen la preparación necesaria para dirigir el proceso y pueden cometer muchos errores?

Sí, lo que usted dice es absolutamente cierto, pero son los riesgos que hay que correr. El Código Procesal Civil sufrió dos postergaciones, y tanto las personas del Ministerio de Justicia como las de la Comisión, vivíamos una severa incertidumbre sobre qué hacer con el Código. La alternativa era guardarlo y esperar un mejor momento, o llevarlo adelante; pero el cambio se hace en el camino o sino no se hace, porque ningún país sudamericano va a tener algún día preparadas todas sus condiciones para realizar un cambio desde la nada. Aunque no tengamos todas las condiciones, el tema es no hacer nada o moverse.

A veces se exagera el papel del juez en esta crisis y no se tiene en cuenta el papel de otros personajes importantes , como son los secretarios de juzgado, los otros auxiliares de justicia, el abogado litigante o los medios de comunicación que participan en la difusión de la labor judicial.¿ Qué opinión le merecen estos personajes?

Tienen un rol determinante. Lamentablemente padecen del mismo tipo de afectación patrimonial que afecta a los jueces, con la diferencia que en ellos casi no es posible hablar de dignidad, de entereza, de un aprecio a valores que ellos presuntamente deberían tener. Todo eso está descartado, de tal manera que es más factible que en su labor se presente un acto irregular. Sin embargo, mucho más importantre de lo que un secretario de juzgado pueda hacer en términos de disvalor social, es lo que hace el abogado de litigio.

El abogado de litigio suele ser un abogado mediocre, aunque tenga prestigio, que tiene alguna presencia en la actividad académica nacional y a quien no le gustan los procesos, porque en los procesos ve gente de un nivel distinto del suyo. Esta actitud responde a la manera como hemos sido cultivados; el ejercicio del Derecho para muchos ha perdido su función social. Importa más lo mediato, lo material; en la cabeza de muchos, el fin justifica los medios. Yo estoy seguro de que nueve de cada diez abogados litigantes son unos delincuentes. Pero prefiero mirarlos y litigar con ellos, prefiero intentar el cambio desde allí, antes que atreverme a decir que mi ejercicio profesional es un ejercicio limpio, puro, desprovisto de olores y que simplemente todo lo que hace es inmacular un sistema que no se soporta a sí mismo. Se trata pues de un mundillo de hipocresía y cinismo en el cual estos "abogados de prestigio" están metidos.

Dentro de la reforma judicial ¿cuál es el papel del nuevo abogado y del nuevo Juez?

Voy a referirme únicamente a la Justicia Civil, que es el tema que mejor conozco. Creo que el Código Procesal Civil, parte de la idea de que el abogado civil, que ha tenido el control del proceso en el país durante todo este siglo, sólo ha sabido llenarlo de chicana, de conducta irregular y de malicia. El nuevo Código cree en el Juez, ya que es el Juez quien está cargando hace buen rato con el muerto; le da numerosas responsabilidades e incluso le concede facultades disciplinarias severas para el abogado, el apoderado o la parte. Debemos empezar a advertir que el proceso es el lugar donde mejor se puede expresar los valores humanos o la miseria humana, y creo que el proceso es una manera como se puede producir una catarsis colectiva en la sociedad peruana. Esa es mi idea del proceso, y creo que eso puede pasar; porque se va a exigir, se va a sancionar, y previsiblemnete espíritus con otra mentalidad son los que van a empezar a concurrir ahí.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO FISCAL EN EL CODIGO ESPAÑOL(*)

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Rector de la Universidad de Salamanca
España

Las recientes reformas al Código Penal Español, han significado una serie de modificaciones a la forma de concebir instituciones jurídicas relativamente nuevas, las cuales en el texto anterior, no recibían un trato acorde a las exigencias de la realidad económica y social.

Así, los delitos fiscales eran conceptualmente asimilados a la categoría general de otras formas delictivas, las cuales por sus rasgos caracterizadores y su enfoque particular -sin tomar en consideración la perspectiva del Derecho Tributario y del Derecho Financiero- distorsionaban la lógica propia de los delitos tributarios.

El autor realiza un análisis de las normas pertinentes dejando asentados sus puntos de vista respecto a diversos aspectos relacionados al delito fiscal. El tema del error, de la relevancia del comportamiento omisivo, de la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, entre otros, son abordados con dominio y autoridad en la materia.

1.- Constituye un lugar común a la hora de justificar reformas recientes de nuestra legislación penal, o de reclamar las aún pendientes, recordar que el vigente Código Penal es en sus bases el Código de 1848, que responde, por tanto, a las exigencias de Estado Liberal, asentado sobre unas relaciones económicas de la España preindustrial de la época de Isabel II y que, en ningún caso, se acomoda a las exigencias que impone un Estado que interviene en la realidad económica y social, y al que se asignan funciones en la misma.

Un importante exponente de los intentos de adecuar el contenido del Código Penal a la actual realidad económica, ha sido la incorporación al mismo de nuevos bienes jurídicos. Unas veces a través de la reinterpretación de viejas figuras delictivas -propugnada por la doctrina y por los tribunales- y otras, las más, a través de la reforma de la propia legislación penal. Un exponente de esta tendencia, ha sido la utilización del ordenamiento punitivo frente a las defraudaciones tributarias, que se lleva a cabo mediante sucesivas reformas del Código Penal: la de 1977, que introdujo el delito fiscal; la de 1985 que deroga la anterior e introduce los denominados delitos contra la Hacienda Pública; y finalmente la de 1995 que modifica el contenido de la anterior e incorpora a la tutela penal, los intereses estatales que engloba la Seguridad Social. Algún autor subrayó el valor conceptual y simbólico que tenía la inclusión dentro del Código Penal de estos comportamientos como delictivos. Indudablemente poseen tal valor, respecto a un Código Penal que históricamente -hasta aquel momento- había prácticamente

* Agradecemos al Dr. Carlos Caro por proporcionarnos el presente artículo para su publicación.

reducido la protección de intereses de contenido económico, a la protección de la propiedad privada, y respecto a una sociedad en la que la denominada "conciencia fiscal", se caracterizaba precisamente por su ausencia.

Este punto de partida - la utilización en este ámbito de la respuesta penal - puede afirmarse que, en la actualidad, es unánimemente asumido por la doctrina penal. Pero, en su desarrollo se introducen múltiples matizaciones que hacen referencia, en primer término, a la extensión y a la intensidad de la intervención penal y, en segundo término, a profundas discrepancias en la interpretación de muchos de los nuevos preceptos.

Las discrepancias de carácter técnico arrancan del ya mencionado origen histórico y social del Código Penal, en gran medida acusado en las construcciones doctrinales de la denominada parte general, pues son instrumentos que emanan de la interpretación de otras figuras delictivas, en especial las referidas a bienes jurídicos individuales, y con frecuencia, presentan problemas al pretender utilizarlos en relación con las nuevas figuras delictivas.

Junto a este factor debe resaltarse la complejidad de estas figuras delictivas, consecuencia de su carácter interdisciplinario, y que es común a todos los delitos socioeconómicos. Así, para poder comprender los delitos contra la Hacienda Pública no es suficiente con conocer los principios que proporciona el Derecho Penal, sino que hay que contar con información actualizada sobre Derecho Financiero y Tributario, Derecho Presupuestario etc.. En síntesis, en este grupo de delitos se ponen en conexión dos ramas del ordenamiento jurídico: el Derecho Penal que aporta su sistema de garantías y límites; y el Derecho Financiero que otorga los elementos necesarios para delimitar el hecho punible.

2.- El Código Penal vigente engloba bajo el epígrafe de "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social": al fraude fiscal, artículo 349; al fraude de subvenciones, artículo 350; al delito contable, artículo 350 bis y al fraude a la Seguridad Social, artículo 349 bis. Los tres primeros delitos se introducen en 1985, sobre el antecedente de la reforma del Código de 1977, y son modificados en 1995, a la vez que se añade el nuevo artículo 349 bis.

El contenido de estos delitos toma como punto de partida, de acuerdo con la poca afortunada Exposición de Motivos de 1985, el fracaso de la anterior regulación -la de 1977- por su inaplicación, y la búsqueda de una finalidad preventivo-general en la utilización de la sanción penal.

En relación con esta finalidad conviene, desde un primer momento, realizar una serie de matizaciones:

- En primer lugar, que siendo loable la finalidad preventivo-general, no debe creerse que ésta se sostiene sólo sobre el aumento de las penas. La conciencia fiscal, que traería consigo la disminución del número de infracciones tributarias, es fruto de la actuación de muchos instrumentos de control social, donde el Derecho Penal es uno más y probablemente no el más importante.

- En segundo lugar, que en este ámbito de la delincuencia económica rigen también las mismas limitaciones al ejercicio de la potestad punitiva del Estado que las que se predican respecto a cualquier otro ámbito del ordenamiento penal.

- En tercer lugar, que igual como el Derecho Penal en su conjunto estaba en principio referido a otro tipo de delitos, también los encargados de las diversas instancias de su aplicación: la Policía, el Ministerio Fiscal, los Jueces, etc. estaban preparados para ese mismo Derecho Penal y no para un Derecho Penal con estos nuevos y complejos contenidos.

- Finalmente, y como consecuencia de la afirmación anterior, de poco sirve el cambio de la legislación, si no se produce una paralela reforma en la formación de las instancias de control encargadas de aplicarla.

Esta orientación político criminal es asumida por la reforma de 1995, que se dirige fundamentalmente a pretender salvar las dificultades técnicas que la práctica ha ido poniendo de relieve en la aplicación de estos tipos delictivos y a potenciar la acción recaudatoria como objetivo primordial a obtener por el conjunto del ordenamiento jurídico, con lo que la sanción penal refuerza las finalidades propias de la normativa tributaria. Esta opción político criminal entra de hecho en tensión con alguno de los postulados básicos de un Código como el aún vigente, por ejemplo: la retribución como justificación de la sanción penal-afirmación que por mi parte, no debe entenderse como aceptación de esta justificación de la pena- y en consecuencia legalidad en el ejercicio de la acción penal.

Desde estos postulados este trabajo pretende abordar algunos aspectos del denominado fraude fiscal. Como punto de partida se tomará el pronunciamiento sobre los aspectos básicos de ésta figura delictiva, para abordar en la segunda parte una serie de cuestiones a las que la práctica de los tribunales ha dotado de particular transcendencia.

A lo largo de toda la exposición podemos ir viendo -como la pretensión político-criminal última- la satisfacción de las expectativas recaudatorias del Estado, que aparece condicionada por las decisiones técnicas que el penalista debe ir abordando en el análisis de cualquier figura delictiva y que materializan la tensión entre eficacia y garantía consustancial al derecho punitivo.

3.- En el fraude fiscal, al igual que en el fraude de subvenciones y en el delito contable, se tutela la Hacienda Pública, pero no entendida como algo estático sino dinámico, valorado, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público. Es decir, se protege no sólo un patrimonio de titularidad estatal, sino que estamos ante un bien jurídico difundido, del que somos titulares todos los miembros de la comunidad.

La no recaudación de lo debido, o la realización incorrecta del gasto público, repercute negativamente sobre los beneficios que cada ciudadano espera obtener de la actuación del Estado en la vida social. Se trata, por tanto, de delitos que podemos incluir dentro del grupo de los denominados delitos socioeconómicos en virtud de esta señalada doble incidencia.

Este contenido del bien jurídico Hacienda Pública presupone un posicionamiento en la teoría del bien jurídico que entiende a éste como valoración que, desde parámetros constitucionales, se lleva a cabo desde una determinada realidad social.

Otras posiciones sobre el bien jurídico centran su contenido en lo que aquí constituye su soporte material, identificando bien jurídico y objeto material del delito. Ésta, en buena medida, es la posición que subyace tras las denominadas tesis patrimonalistas que identifican Hacienda Pública con patrimonio del Estado, posición por otra parte, con amplio predicamento en la doctrina española y seguida por el Tribunal Supremo (TS 27.12.1990).

4.- El apuntado contenido del bien jurídico, en cuanto en una de sus dimensiones presupone un sistema de recaudación, permite abordar la cuestión, tradicional en este delito, de su consideración como delito propio o especial. Pues, la concepción expuesta sobre el contenido del bien jurídico lleva a construir los tipos sobre el quebrantamiento del deber tributario que tiene cada contribuyente con el sistema tributario.

El tema es debatido en sus consecuencias prácticas, pues si estamos ante un delito propio o especial, sólo puede realizar el tipo el titular de la obligación tributaria, un tercero que interviniera en los hechos sólo podría ser partícipe. La tesis opuesta, por el contrario, posibilita que cualquiera, aunque no fuera el tributariamente obligado, pudiera llegar a realizar esta figura delictiva. Si como se ha apuntado la posición mantenida sobre el bien jurídico lleva a construir los tipos sobre el quebrantamiento del deber tributario que tiene cada contribuyente con el sistema tributario, es coherente con este punto de partida la consideración del tipo del artículo 349 como delito propio o especial, posición mayoritaria en la doctrina española, seguida también por la jurisprudencia, TS.21.9.1990. Esta consideración lleva a circunscribir el círculo de sujeto activo del delito al contribuyente, que, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Ley General Tributaria, se trata de "la persona natural o jurídica a quien la ley impone la carga derivada del hecho imponible".

Respecto a las obligaciones tributarias de las personas jurídicas se proyecta sobre su eventual relevancia penal el contenido del artículo 15 bis del Código Penal, regulador del actuar en nombre de otro, que como se ha puesto de relieve por la doctrina, por defecto de su formulación, excluye de su ámbito al representante de las personas físicas.

5.- En el ámbito del sujeto activo la reciente reforma de 1995 ha pretendido dejar resuelta en sede legislativa la situación generada por la actuación del sustituto del contribuyente, en especial del retenedor, aquél "que por imposición de la ley y en lugar de aquél (del contribuyente) está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria", artículo 32 de la Ley General Tributaria, al contemplarse expresamente dentro de los supuestos de defraudación, eludiendo el pago "de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener".

Así, dándose los restantes requisitos del tipo, comete delito fiscal el retenedor que practica efectivamente la retención pero no la declara ni la ingresa, con lo que se descarta la opción defendida por un sector doctrinal y jurisprudencial de apreciar en estos casos el delito de la apropiación indebida. De igual manera y con iguales condicionantes quedaría incluido en el delito fiscal la conducta del obligado a retener que no practica la retención ni la declara - probablemente una de las formas más peligrosas de evasión, relacionada con economía sumergida. Por el contrario, será sólo infracción tributaria el incumplimiento en la etapa de recaudación, llevada a cabo por el retenedor que practica la retención, la declara pero no la ingresa.

6.- El tipo objetivo del artículo 349 presenta algunos aspectos del máximo interés. Indudablemente, la precisión del bien jurídico protegido, y la afirmación de que el mismo es merecedor de protección penal supone una primera delimitación de lo penalmente relevante, pero requiere concreciones ulteriores, que el legislador lleva a cabo a través de la descripción de la acción penalmente relevante.

El artículo 349 toma como punto de partida respecto a la acción que quiere evitarse una doble opción:

a) La elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie.

b) La obtención indebida de devoluciones o el disfrute indebido de beneficios fiscales.

Pero para realizar el tipo no basta con eludir o disfrutar, sino que todos estos comportamientos dependen del defraudar, exigencia que fluye directamente de una concepción patrimonalista del bien jurídico protegido. Si lo que se protege es el patrimonio del Estado, dicha protección debe, en cuanto protección de la propiedad que es, ser adjetivada para evitar la vieja prisión por deudas.

Es conveniente recordar que el planteamiento originario de la reforma, concretaba, siguiendo en buena medida al modelo alemán, las conductas tasadas, en las que se dotaba a la defraudación de relevancia penal (incumplimiento de obligaciones tributarias formales o el falseamiento sustancial de los datos, contabilidad o componentes necesarios para determinar el hecho o la base imponible). La supresión de estas limitaciones en el trámite parlamentario trasladó el peso del tipo al verbo "defraudar", más en concreto y tras la reforma de 1995, al que "por acción u omisión dolosa defraudase".

El concepto de defraudación esta acuñado en el Código dentro de los delitos contra la propiedad, vinculado sobre todo a la estafa. Sobre este punto de partida, una parte de la doctrina trasladó al delito tributario gran parte de las exigencias típicas de la estafa, muy en particular el engaño, la *mise en scene*, con la consecuencia, también mayoritariamente suscrita, de requerir la presencia de un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de defraudar, el ánimo de obtener un lucro, que excluye la relevancia penal del ataque imprudente a este bien jurídico.

Frente a ellos un sector minoritario subrayó el carácter objetivo de la defraudación exigiendo únicamente la efectividad del perjuicio. Obsérvese que para esta segunda postura, concurriendo una acción u omisión dolosa, la intervención del Derecho Penal estaría sin más, vinculada a la superación de un determinado tope y, en la estructura de cláusula general que tiene el Código Penal respecto a la imprudencia llevaría a la eventual relevancia penal de estos ataques.

De *lege data* una interpretación sistemática del Código vincula la defraudación a la presencia del componente de engaño, no necesariamente a la reproducción de todos los elementos que genera la dogmática del delito de estafa, pero sí al componente de ocultamiento de la realidad que sirve de soporte al ánimo de obtener un beneficio económico. Sin duda trasladar al delito fiscal todos los elementos de la estafa, puede llevar a imposibilitar su aplicación, pues son elementos de un delito referido a relaciones económicas entre particulares y que incluso dificultan la validez del artículo 528 para las nuevas formas de estafa. Es indispensable por tanto que concurra una maniobra que objetivamente ex ante, y considerando las circunstancias del caso concreto sea susceptible de producir error en la Administración. Así, por ejemplo, si la deuda está liquidada correctamente por el deudor tributario, no hay comportamiento delictivo aunque no hay comportamiento delictivo aunque no pague, sea cual sea el perjuicio patrimonial causado.

Una cuestión muy distinta es el problema de *lege terenda*. En la fórmula actual se producen indudables tensiones entre el contenido del bien jurídico y las fórmulas técnicas con que se dispensa su protección. Si se mantiene una posición coherente con el punto de partida, el empleo del Derecho Penal estaría sometido a otras restricciones, sin duda no las que acoge el artículo 349, que no suponen sino una reproducción de las dos restricciones tradicionales respecto a la propiedad: cuantía y presencia de un elemento subjetivo del injusto.

7.- Vinculado a este primer problema debe abordarse el ya tradicional a este delito, el de la relevancia o no del comportamiento omisivo. En concreto, si la omisión de la liquidación de un tributo, puede ser o no constitutivo del tipo del artículo 349. El debate teórico se ha planteado en los mismos términos que en el delito de estafa, en donde desde hace tiempo se ha resuelto de modo afirmativo -aunque, se subraye que muchas veces el comportamiento que se pretende omisivo va acompañado de hechos concluyentes positivos que hacen que realmente no estemos ante una omisión.

La reforma de 1995 ha pretendido como en otros casos reforzar una respuesta positiva al iniciar el tipo con una referencia expresa a la posible realiza-

ción del mismo por omisión. Ahora bien, sigue abierta la vieja cuestión de si basta la mera omisión o por el contrario deben concurrir requisitos complementarios vinculados al requisito defraudatorio. Con carácter general, el razonamiento es el siguiente: en los casos de omisión de la liquidación de un tributo estamos ante un supuesto de comisión por omisión, pues quien tenía la obligación jurídica de actuar, el sujeto pasivo del tributo, que queda obligado a formular cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo, el artículo 35 de la Ley General Tributaria no lo hace. Con lo que le es por ello objetivamente imputable la lesión del bien jurídico "Hacienda Pública".

Pero, técnicamente no basta con la mera presencia del deber jurídico de actuar, sino que la concreta omisión que se analiza debe poder ser valorada en el caso concreto como defraudación. No sería toda omisión, sino que del conjunto del caso se ha de extraer que esa omisión pueda ser materialmente valorada como una defraudación.

Es decir, la omisión de declaración tributaria es sólo una posible maniobra engañosa, pero no implica la automática apreciación del requisito defraudatorio, presupondría una lesión del bien jurídico pero no necesariamente dotada de relevancia penal. Deberá por tanto probarse la vinculación entre omisión y maniobra destinada a provocar error, lo contrario nos llevaría a una presunción en contra del reo no admisible en nuestro modelo de Estado.

8.- Probablemente los temas más complejos y llenos de implicancias y matices en este delito son los que exteriorizan las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

El propósito, explicitado por el legislador a partir de 1977, de comenzar a utilizar el Derecho Penal en ámbitos, que hasta entonces monopolizaba el Derecho Administrativo, generó desde el primer momento más de una tensión entre ambos ordenamientos. Algunos de estos problemas ya han sido resueltos y otros subsisten.

Entre los resueltos está sin duda, la vigencia del "*non bis in idem*", pues aunque no exista una total coincidencia entre las infracciones tributarias, recogidas en la Ley General Tributaria y los delitos contra la Hacienda Pública, sin duda se tata de disposiciones muy semejantes y las conductas descritas en los artículos que examinamos del Código Penal también se engloban en el ordenamiento tributario. A partir de las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de mayo de 1983 y 3 de octubre del mismo año, queda excluida la posibilidad de la doble sanción, lo que es consecuencia lógica y directa de la preferencia puramente cuantitativa entre el ilícito penal y el administrativo.

La vigencia de este principio ha venido favorecida por la supresión en la reforma de 1985 del requisito de procedibilidad que introdujo en este delito la Ley de 14 de noviembre de 1977 sobre medidas urgentes de reforma fiscal. Pues en la redacción de 1977 se hacía depender la actuación de los Tribunales de Justicia del levantamiento del acta de infracción y del acuerdo de la Delegación de Hacienda, Alcalde o Presidente de la Diputación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que se estimasen constitutivos de delito, con lo que se trataba de delitos sustraidos a la acción pública.

Su actual carácter del delito perseguible de oficio fue de aplicación retroactiva, pues el requisito suprimido no era de derecho sustantivo, tal com quedó zanjado con el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria.

La situación actual que recoge la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional parte de la prioridad del procedimiento penal y el carácter subsidiario de la eventual depuración de responsabilidades administrativas. Tal como por otra parte concreta el Reglamento General de la Inspección de Tributos de 1986.

9.- La lectura del tipo del artículo 349 pone de relieve la existencia de otras cuestiones aún no definitivamente aclaradas y con implicancias técnicas y prácticas de importancia.

El legislador tras describir las conductas que quiere evitar supedita la intervención del Derecho Penal a la superación de una determinada cantidad, 15,000.000 de pesetas. Es decir, mas de 15,000.000 defraudados es ilícito penal, menos de 15,000.000 es ilícito administrativo. El ejemplo, es casi paradigmático para iluminar la diferencia puramente cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Ahora bien, una cuestión distinta es que el criterio del montante de la cantidad defraudada y en la cuantía referida, sea político - criminalmente recomendable. La consideración del derecho comparado afirma lo excepcional del criterio, que no es sino una exterioriazación más de los criterios patrimonialistas que impregnan aún el Código Penal.

La cantidad defraudada abre varios problemas: en primer lugar, su naturaleza dogmática, si es un

componente del tipo o una condición objetiva de punibilidad; en segundo lugar, qué se requiere para la consumación de este delito e incluso qué consecuencias tiene la variación de las normas encaminadas a determinar la cantidad concreta tributariamente adecuada por un contribuyente.

Independientemente de los apuntados problemas técnicos el montante concreto de 15.000.000 de pesetas introducido en 1995, con anterioridad era de 5,000.000, se justifica, como afirma el propio legislador en "razones económicas y políticas. Pues parece evidente que el recurso a la sanción penal debe estar reservado a las lesiones más graves al bien jurídico, y por otra parte, la sanción tributaria es valorada como suficiente para dar respuesta a las infracciones que no superen esta cantidad.

10.- El tipo del injusto exterioriza las características objetivas y subjetivas de la conducta que quiere ser evitada, presupone un desvalor de la misma cuya intensidad queda patentizada en la pena que el legislador prevé.

La afirmación de la presencia del tipo, y la posterior culpabilidad (imputabilidad y posibilidad de conocimiento de la prohibición), no supone, a veces, la presencia de responsabilidad penal. Pues, el legislador hace depender la imposición de la pena de circunstancias o hechos, en razón de planteamientos político-criminales, que no es necesario que sean captados por el dolo del autor, en cuanto el contenido del injusto no resulta afectado por su presencia. Un sector muy significativo de la doctrina española entiende que la cantidad concreta defraudada, dogmáticamente es una condición objetiva de punibilidad, con la consecuencia práctica inmediata de que el tipo subjetivo requiere únicamente el conocimiento de que se está realizando una acción de defraudar a la Hacienda Pública, sin necesidad de probar, que se conocía que la cantidad defraudada sobrepasaba la mencionada cantidad, y con la consecuencia adicional de la falta de relevancia penal de las formas imperfectas de ejecución.

Esta posición es más acorde con el contenido propugnado del bien jurídico y con su carácter no individual. Asi mismo, desde el punto de vista del bien jurídico, la clave es el perjuicio en cuanto tal; el límite cuantitativo es un criterio estrictamente político -criminal.

También su consideración como condición objetiva de punibilidad es más acorde con el criterio mantenido respecto a las relaciones del Derecho Penal con el Administrativo, de diferencia puramente cuantitativa, y con el principio de unidad del ordenamiento. Finalmente, la solución del problema debe valorarse en sus consecuencias político - criminales. Desde esta perspectiva la tipificación de figuras como el delito contable, aparentemente estarían en contradicción con la exclusión de la relevancia penal de las formas imperfectas de ejecución del fraude fiscal. Justamente los tipos del artículo 350 cobran sentido, como consecuencia de la no relevancia, con carácter general de las formas imperfectas, pues implican seleccionar aquellos actos previos al fraude que en opinión del legislador merecen la intervención del derecho penal. Argumento al que hay que añadir las dificultades que se vinculan a una consideración de la cuantía como componente del tipo,en cuanto debería ser captado por el dolo y la cantidad concreta defraudada, puede que no se sepa hasta un momento muy posterior a la defraudación.

11.- La definición del momento de la consumación del comportamiento descrito en el tipo está en conexión con la naturaleza dogmática de la cantidad defraudada.

En principio, la consumación de cualquier delito de lesión está determinada por el menoscabo del correspondiente bien jurídico.El problema obviamente es precisar en qué momento se produce esa lesión, y aquí, como en otros temas, la clave de solución está fuera del ordenamiento jurídico penal.

En concreto, y dejando a un lado los tributos para cuyo pago es preciso un acto previo de liquidación por parte de la Administración, en la que la consumación en opinión prácticamente unánime, se producirá cuando finalice el último día del período para el pago de la deuda o en los términos señalados para declarar, liquidar y pagar. El problema se centra en los casos en que el tributo se gestiona mediante declaración y autoliquidación del contribuyente.

El punto de partida es normalmente la afirmación de que la consumación se produce"en el último momento hábil según el ejercicio tributario", la determinación de ese momento debe analizarse no desde el Derecho Penal, sino, en primer término, desde el Derecho Tributario.

El momento no puede ser el de la determinación de la deuda por la inspección de tributos, pese a que se argumente que hasta ese momento no se conoce la cuantía exacta de la defraudación, y por tanto, si supera o no los mencionados 15 millones. La regulación actual haría inviable la aplicación del tipo de fraude fiscal si se siguiera tal posición, pues ante la apreciación por la Inspección de Tributos de actos u omisiones que puedan ser constitutivas de delitos,

debe abstenerse de continuar el procedimiento y pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente, que será la que, a través de los medios de prueba que posee, determine la cantidad eventualmente defraudada.

La consumación debe vincularse al momento en que nace la deuda tributaria. La liquidación tiene efectos declarativos sobre la deuda, pero ésta nace con la realización del hecho imponible. En coherencia con este punto de partida la consumación se producirá en el último momento hábil para realizar el ingreso correspondiente, concretamente al vencimiento del plazo para la declaración de la liquidación voluntaria o las prórrogas que se establezcan. Además hay argumentos estrictamente penales que abonan esta postura. Pues, la naturaleza asignada a la cuantía como condición objetiva de punibilidad y el momento posterior de la concreción de la cantidad adeudada, no es óbice, técnicamente, para poder sostener que la consumación ya se ha producido, tal como ocurría en el delito de lesiones antes de la última reforma del Código Penal.

12.- Un tema que guarda conexión con el momento consumativo y que está dotado de gran trascendencia técnica y político - criminal es la naturaleza jurídica que tienen las liquidaciones complementarias presentadas fuera de plazo y la satisfacción de la deuda tributaria por quien ha defraudado. Este comportamiento del defraudador posterior a la defraudación suele tener en derecho comparado efectos excluyentes o al menos atenuatorios respecto a la sanción, o tener trascendencia procesal en sistemas regidos por el principio de oportunidad. Técnicamente en el ámbito penal no supone ni una justificación del comportamiento realizado ni ausencia de culpabilidad, sino exención de responsabilidad fundada en razones utilitarias, en este caso la realización de la pretensión recaudatoria, lo que sitúa su contenido dentro de las denominadas excusas absolutorias, que excluyen la punibilidad pero ni justifican ni exculpan.

Hasta la reforma de 1995, y tal como reconoce la Exposición de Motivos de la misma, se produce en este punto una grave discordancia entre el contenido del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, la Ley 18/1991 de 6 de Junio y el Código Penal. La situación era la siguiente: las dos primeras concedían efectos excluyentes de la sanción en vía tributaria a quien de forma espontánea regularizaba su situación tributaria, abonando su deuda con el correspondiente recargo, o a quien adquiría con dinero "negro" deuda pública especial. Frente a esta situación el Código Penal no se pronunciaba sobre los efectos específicos de estos comportamientos debiendo reconducirse los mismos a la posición que con carácter general se defendiera respecto al momento de la consumación, con dos posibles respuestas técnicas:

a) El desistimiento en la tentativa, siempre que se vincule la consumación de este delito a la determinación de la deuda por la Administración Tributaria y ésta aún no se haya producido. Sus efectos estarían limitados al deudor tributario o alcanzarían a eventuales participes en función de situar el desistimiento en la punibilidad o en el tipo del injusto.
b) La atenuante 9 del artículo 9 del Código Penal - arrepentimiento espontáneo- cuando se dieran sus requisitos y siempre que se vincule la consumación al último momento hábil para realizar el ingreso correspondiente.

Lo que en ningún caso parecía posible era apreciar en sede penal una excusa absolutoria por falta de apoyo en el propio Código, aunque fuese una exigencia suscribible de *lege ferenda*. En este sentido fue la posición mayoritaria de la jurisprudencia española (AP de Logroño 24.3.1988, TS 9.3.1993, AP de Lleida 15.7.1993).

Esta situación es abordada en la actual regulación del artículo 349.3 exigiéndose para que tenga efectos excluyentes de la responsabilidad que la regularización de la situación tributaria sea anterior a la actuación de la Administración Tributaria o de la Administración de Justicia.

Con claridad la opción seguida en el momento actual es la de la excusa absolutoria, fundada en la ya apuntada satisfacción de la pretensión recaudatoria y por ello sus efectos alcanzan únicamente al deudor tributario, mientras que como recuerda la propia Exposición de Motivos, "por lo que respecta a cuantas otras personas puedan resultar responsables de los delitos se aplicarán las normas generales del Código Penal, conforme al Titulo II del Libro Primero de este Código".

En cambio, es político - criminalmente más discutible la amplitud dada a la exención de responsabilidad de quien regulariza su situación tributaria en el último párrafo del artículo 349.3 en cuanto "alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

13.- La lectura del tipo del artículo 349 pone de relieve la abundancia de elementos normativos, que lleva incluso a buena parte de la doctrina penal a afirmar el carácter de ley penal en blanco de este precepto. Esto es, norma en la que la descripción d la conducta que quiere evitarse ha de encontrarse en un marco extra-penal. En la práctica, la abundancia de elementos normativos y el presupuesto por todos admitidos de la existencia de una obligación tributaria lleva a una situación análoga a la de las leyes penales en blanco.

Esta estructura plantea graves problemas respecto a la dogmática del error. Como es conocido, en el ámbito penal se contemplan dos clases de error: el error de tipo la ausencia de conocimiento o el conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo objetivo (es el que no sabe lo que hace), -y el error de prohibición- el desconocimiento del carácter contrario a derecho de la conducta que se realiza (sabe lo que hace pero no sabe que lo que hace está prohibido). Esta clasificación fue acogida por el Código Penal en su artículo 6 a), al establecer la impunidad para el error invencible, y el castigo en su caso como delito imprudente del error vencible de tipo, y como delito doloso atenuado del error de prohibición vencible.

La calificación de una situación de error vencible como de error de tipo o de prohibición trae consecuencias prácticas importantes, pues, en el caso de error de tipo vencible la ausencia de relevancia penal de la lesión imprudente del bien jurídico llevaría a la impunidad. Así mismo genera consecuencias sobre la participación, pues el error de tipo afecta al tipo de injusto con lo que en caso de impunidad los partícipes también serían impunes; mientras que el de prohibición afecta a la culpabilidad, con lo que la impunidad sólo afectaría a aquel o aquellos en que ése concurra.

Estas reglas presentan problemas cuando las aplicamos al delito fiscal y en concreto a los elementos normativos. El problema general sería si el error sobre la obligación de tibutar debe ser considerado como error de tipo o error de prohibición. La doctrina, mayoritariamente, la califica como error de tipo en cuanto que ésta obligación debe ser conocida para poder hablar de una eventual realización del tipo subjetivo, y, en principio, el razonamiento parece correcto. Pero el desarrollo de la dogmática del error sobre los elementos normativos del tipo, y en particular sobre los determinados elementos de valoración global, puede introducir nuevos elementos en la discusión.

Un elemento de valoración global, es aquél componente del tipo cuyo conocimiento presupone ya en caso de darse, el conocimiento de la antijuridicidad. El conocimiento por alguien de su condición de deudor tributario implica, obviamente, el conocimiento de la antijuridicidad de un eventual comportamiento de no abonar la deuda. Un sector de la doctrina, en estos casos, ha procedido a distinguir entre el presupuesto fáctico, -el error sobre el mismo sería error de tipo-, y la valoración de dicho presupuesto, el error aquí sería error de prohibición, pero como en otros casos el intento de trasladar este esquema al Derecho Penal Tributario genera importantes disfunciones, en cuanto al presupuesto que sería aquí el hecho imponible, estaría lleno de elementos de valoración y la excisión entre lo factico y lo valorativo sería practicamente iposible de realizar en la práctica.

Por eso, como sostiene Muñoz Conde, el error tiene aquí componentes de error de tipo y error de prohibición y sistemáticamente debe ser resuelto como error de tipo, porque sistemáticamente es anterior el estudio del tipo al estudio de la culpabilidad, con las consecuencias, y salvo que se siga la postura minoritaria de atribuir relevancia penal al ataque imprudente a este bien jurídico; de que cualquier error sea invencible o vencible sobre la obligación tributaria llevará a la no relevancia penal del comportamiento. Consecuencia también susceptible de ser valorada de modo contradictorio desde una perspectiva político - criminal.

Apéndice

Art.349 del Código Penal Español, de conformidad con la reforma de 30 de Junio de 1995:

"**1.-** El que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Hacienda Pública estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de la devolución de los beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 15.000.000 pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.
b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizada que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de tener ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

2.- A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se tratare de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicas o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración y, si éstos fueran inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3.- Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regulación o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquel dirigida o cuando el Ministerio Público o el Juez instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización de su situación tributaria".

JVS

JORGE E. VELARDE SUSSONI

NOTARIA PUBLICA

Horario:
Lunes a Viernes 9:00 am a 6:00 pm

Luis F. Villarán N° 815
San Isidro

Teléfonos: 221.2426 - 221.2427 -221.2947 - 221.2953 - 221.2954 - 221.2955

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

ABOGADO - NOTARIO

Horario de atención :

Invierno 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:00 p.m.

Las Begonias 656 - Of. 29 "A" (3er. Piso) San Isidro

☎ 422-6655 440-8128 441-2946 442-0181 442-2120 Fax 442-7232

NOTARIO DE LIMA

ABOGADO DOCTOR EN DERECHO

NOTARIA

OSCAR LEYTON ZARATE

Av. Aramburú 810
Surquillo

Lun. a Vie. : 9.00 am a 1.00 pm.
2.00 pm. a 6.00 pm.

Sábados : 9.00 am. a 1.00 pm.

☎ 440-2245 441-4178
Telefax: 422-0193

EL DERECHO A LA INFORMACION

Enrique Ferrando Gamarra[1]
Abogado

El Derecho a la Información ha sido recogido por la Constitución Política vigente y antes que ella, por normas especiales tales como el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y la Ley General de Pesquería. Si bien el reconocimiento expreso de este derecho fundamental ha significado en el ánimo del legislador constituyente, no sólo una necesidad social de la vida en comunidad, sino una de las expresiones más avanzadas del valor que las civilizaciones occidentales desarrolladas otorgan a la información y al conocimiento como fuentes de crecimiento, bienestar y generación de riqueza, no ha existido hasta el momento un esfuerzo legislativo orientado a regular su ejercicio, establecer sus limitaciones y garantizar que su utilización no constituya un abuso del derecho sino, antes bien, un servicio a los fines para los cuales el derecho es reconocido.

El presente ensayo pretende brindar algunas pautas que en opinión del autor deberían tenerse en consideración tanto en relación al derecho mismo como a su ejercicio, culminando con una revisión de las normas adjetivas supletorias que regulan -a falta de procedimiento expreso- el pedido de información ante la administración pública y el Poder Judicial. A través de ellas se evidencian un sinnúmero de dificultades que deberán ser resueltas en el reglamento correspondiente.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS:

Es importante destacar que el derecho a la información, consagrado en el art. 2° numerales 4, 5 y 65 de la Constitución de 1993 y antes que ésta en el art. VI del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en adelante, el CMA) y el art. 10° de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, suscrita por el Perú en el año 1992, no ha sido reglamentado hasta la fecha, ni mencionado siquiera en la Ley de Participación Ciudadana, Ley 26300, que era la llamada a regularlo. Por tal razón, es preciso acudir a la doctrina, legislación comparada, jurisprudencia y normas especiales para opinar sobre sus alcances y limitaciones.

En ese orden de ideas, desarrollamos lo que a nuestro entender son los alcances del derecho a la información, dando nuestra opinión sobre los presupuestos y forma de ejercerlo para un ciudadano común.

2. ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA INFORMACION:

Se reconoce en la doctrina que el derecho a la información es una de las manifestaciones o componentes de un derecho más amplio: el de la participación ciudadana; que se enmarca dentro de las nuevas tendencias globales de transformar las democracias representativas en democracias participativas.

[1] El autor es vice Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. La elaboración del presente ensayo no habría sido posible sin la colaboración de la señorita María Fernanda García Yrigoyen.

Esta tendencia, a la cual se adscribe formalmente el Perú a través de su legislación interna y sus compromisos internacionales, es una respuesta a las deficiencias inherentes a las democracias representativas o elitistas, modelos que por lo general se restringen a un método para elegir y controlar al gobernante, limitándose a ello el poder del pueblo y su participación en el devenir económico y social del país. Esta restricción no toma en cuenta que el voto electoral no es en rigor un respaldo ciego y absoluto a la propuesta en contienda, sino un reconocimiento a la capacidad del representante de afrontar nuevas situaciones, enmendar errores y resolver conflictos y por otro lado, que el ejercicio del poder debe, por necesidad vital, orientarse al interés general de los administrados, comprendiéndose ciertamente a quienes con su voto expresaron desacuerdo o discrepancia con los representantes electos. [2]

En ese contexto, la participación social resulta indispensable para el desarrollo, pues supone abandonar la idea del Estado tuitivo y responsable absoluto de la satisfacción de necesidades, reconociéndose en la población el rol de protagonista de su propio desarrollo, aprovechándose de ella su capacidad y potencial de apoyo al Estado en la formulación, ejecución, financiamiento y fiscalización de sus políticas.

Como puede preverse, el derecho a la participación ciudadana tiene un sinnúmero de manifestaciones, tanto en el ámbito formal como en el fáctico, que incluye desde los referéndums, plebiscitos, cabildos abiertos y consultas populares, hasta la integración del sector privado en la dirección y ejecución de políticas a través de organismos públicos, mixtos o con participación privada. Como es natural, dicho derecho también comprende aquellos que se consideran presupuestos para una participación efectiva y eficiente, como son los derechos a la educación, el conocimiento, la tecnología, la información, la libertad de opinión y expresión, de asociación, etcétera.

En ese orden de ideas, el derecho a la información es parte integrante y presupuesto del derecho a la participación ciudadana, y sus alcances se definen en función del rol que cumple en el contexto social el derecho de la población de participar en la formulación, ejecución y fiscalización de las políticas de desarrollo, en defensa de sus propios intereses.

3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INFORMACION:

La ignorancia es un impedimento grave para encontrar soluciones idóneas, apropiadas y justas a los problemas. Y tal ignorancia es reprochable, aunque en distinto grado, tanto para quienes ejercen función pública y por ende, adoptan decisiones, como para la población que pretende participar en la gestión pública sin estar debidamente preparada. La conciencia acerca de la existencia de un problema, o del riesgo de que éste se produzca, no es garantía de que la solución propuesta lo resuelva. La idoneidad y eficacia de los programas, políticas y medidas de prevención, administración, control y fiscalización dependen en alto grado del nivel de información de quienes están llamados a adoptarlas y a participar en ese proceso.

Es así como se reconoce en favor de la población en general, y con mayor rigor, en favor de las autoridades públicas, el derecho a la información, siendo incluso, y dependiendo de las circunstancias, exigible como una obligación.

Sin embargo, como todo derecho, el de información no es irrestricto. Está sujeto a limitaciones y restricciones, tanto inherentes a su finalidad como relacionadas a otros derechos que exigen igual protección. A esos alcances y limitaciones nos referimos a continuación.

3.1 Alcances del Derecho a la Información:

El art. 2° de la Carta Política del Estado señala en sus numerales 4 y 5 lo siguiente:

"Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información (...).

   Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

[2] Ferrando, Enrique. "Situación de la Legislación y Presupuestos Básicos para lograr una Participación Eficiente de la Población y de las ONGs ...", BID 1993, pág. 3

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado."

Por su parte, los arts. 65° de la Constitución, VI del Título Preliminar del CMA y 10° de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo señalan, respectivamente, lo siguiente:

(Const.) "Art. 65: El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población."

(CMA) "Art. VI: Toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. De igual modo, a ser informada de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales. (sic)

Todos están obligados a proporcionar a las autoridades las informaciones que éstas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente."

(RIO) "Art. 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."

La Declaración de Río no es un tratado internacional y por ende, no tiene fuerza vinculante. Sin embargo, los principios recogidos en ella son fuente de derecho en la medida que expresan aspiraciones y normas de conducta que desde el punto de vista ético y moral, los Estados suscriptores han asumido el deber de cumplir. Al respecto, interesa destacar que la Declaración de Río ha sido suscrita por más de 50 países, entre ellos el Perú, lo cual equivale a decir que existe aceptable consenso a nivel internacional sobre los alcances y propósitos del derecho a la participación e información, por lo menos en lo relativo a la gestión ambiental.

Las citas que anteceden explican, aunque en forma austera, algunas de las características del derecho a la información. Sin embargo, por defecto o por virtud, no definen lo que ha de entenderse por "información", que es precisamente el objeto del derecho bajo análisis. En definitiva, esta circunstancia determina que sea finalmente el Poder Judicial, con la oportuna orientación de los juristas, el que a través de la jurisprudencia vaya construyendo una definición de la expresión "información" con oportunidad del ejercicio del derecho de acceder a ella por parte de los ciudadanos. Nos corresponde a nosotros, por las razones expresadas, solamente dar una opinión sobre el particular.

Como toda expresión jurídica, la "información" puede tener una acepción extensa y otra restringida, y tantas entre una y otra como permita la imaginación. Sin duda, intentar esbozar una definición por este camino sólo confundirá más la idea. Preferimos por ello intentar un análisis basado en el bien jurídico que pretende tutelar el derecho a la información, a fin de ver con claridad lo que por información debe entenderse.

El bien jurídico tutelado puede resumirse en el derecho de la población de velar por sus propios intereses, y por conexión, de protegerse de aquello que le pueda irrogar daño o perjuicio. Por ello, la Carta Política de 1993 recoge en su art. 2 inc. 17 el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. En materia de medio ambiente, el CMA también reconoce, como está expresado, el derecho de toda persona de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. Lo propio hace la Declaración de Río, sin contar con un sinnúmero de instrumentos internacionales que directa o indirectamente consagran el mismo derecho. Los consumidores y usuarios cuentan también con una norma específica sobre el particular en la Constitución.

En ese orden de ideas, la expresión "información" estaría referida a todo tipo de datos, conocimientos e informes, preexistentes o elaborados a propósito del pedido, así como a documentos u otros soportes, que guarden relación directa, o hasta indirecta, con asuntos de interés público o colectivo, cuyo conteni-

do o alcances resulten del interés de cualquier persona para su ilustración, conocimiento o desarrollo personal o colectivo, o tengan la aptitud de afectar o promover conductas que afecten a la colectividad o a las personas en el ámbito económico, político, social, cultural o ambiental. A lo anterior, habría que agregar que la afectación debe ser directa, cuando es de carácter económico, o estar referida al agente o su familia, cuando es de carácter moral, en aplicación del art. VI del Título Preliminar del Código Civil, concordante con el art. 6° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA); salvo que se trate de una afectación en materia de medio ambiente, caso en el cual no rige esta limitación (ver al respecto el art. III del Título Preliminar de CMA) o de aquellas que por su naturaleza tengan carácter colectivo o difuso, o impliquen una infracción constitucional, supuesto que legitima a cualquier persona, institución o gremio a involucrarse, sin necesidad de encontrarse afectado directamente (art. 38° de la Constitución, 82° del Código Procesal Civil y 7° de la LNGPA).

No está demás citar una definición sin duda comprehensiva del término información, elaborada por Francisco Díaz en su libro "Naturaleza Jurídica de la Información", citada por Julio Nuñez Ponce en "El Habeas Data y la Protección Jurídica de la Información Computarizada", según la cual debe entenderse por ésta "una combinación significativa de señales, más o menos persistentes, establecidas en sus correspondientes soportes, con las que un sujeto emisor elabora su representación mental de una realidad y que son dirigidas a través de oportunos canales de producción y de los adecuados medios a otro sujeto perceptor que las percibe". Esta cita, sin duda, pone en evidencia que la expresión "información" puede tener alcances insospechados, máxime considerando los soportes no convencionales que la tecnología moderna y en especial la informática, aportan para el almacén y la administración de la información.

3.2 Limitaciones al Derecho a la Información:

El derecho a la información permitiría, en principio, acceder -a quienes según lo expresado, estén legitimados para ello- a todo tipo de información sin discriminación de origen, naturaleza o fines específicos de esta información. Sin embargo, como puede suponerse, esto no es posible, pues darle tales alcances al derecho a la información, importaría en la práctica la lesión de otros derechos igualmente tutelados por la Constitución, la ley y los tratados internacionales. En razón de ello, es preciso señalar que el derecho a la información no es irrestricto, toda vez que su ejercicio debe ser compatible y armonioso con el ejercicio de los demás derechos reconocidos a la persona.

Entre las limitaciones al derecho a la información merecen destacarse las siguientes:

a) Su ejercicio no autoriza el abuso del derecho.

b) Debe tener fin lícito y no contravenir las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres.

c) No puede suponer la lesión de otros derechos igualmente protegidos.

d) No debe poner en riesgo la armonía social ni someter o subordinar la soberanía del Estado.

Desarrollamos seguidamente cada una de las limitaciones expuestas.

3.2.1 Su ejercicio no autoriza el abuso del derecho:

El art. II del Título Preliminar del Código Civil señala que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión de un derecho. El Tribunal Supremo español, en su sentencia del 14 de febrero de 1994[3] con gran acierto, ha desentrañado los elementos y supuestos del abuso del derecho, al comentar que:

"... los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tiene otros de orden moral, teleológico y social, e incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y, c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño

[3] Citada por Luis Diez Picazo y Ponce de León en "El Abuso del Derecho y el Fraude a la Ley ... "; IUS ET VERITAS No. 5, Año III, pag. 7

proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)".[4]

En el mismo sentido se pronuncia el Código Civil Español, cuyo art. 7º apartado 2, segundo párrafo señala, refiriéndose al abuso del derecho, que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

La tesis española, a la cual nos adherimos, -con la salvedad de que la legislación peruana no exige la comisión de un daño para que exista abuso- resume con meridiana claridad lo que debe entenderse por abuso del derecho, el mismo que en ningún caso la ley ampara. El típico ejemplo del abuso del derecho está referido al acreedor que pudiendo ejecutar la fianza que asegura el cumplimiento de la obligación vencida, omite hacerlo para que los intereses moratorios continuen devengándose, haciendo de la deuda una obligación más onerosa para el deudor. Como señala Luis Diez Picazo y Ponce de León, el centro de gravedad se coloca así sobre la pura idea de la normalidad del ejercicio de un derecho, considerándose como antisocial todo ejercicio anormal del mismo[5]. En el caso de derecho a la información, por ejemplo, habría abuso de derecho si la información solicitada es más amplia de lo necesario, o sólo parcial, y por lo tanto, formaría una idea distorsionada de la realidad. También existiría abuso si el pedido de información se formula para fines distintos de los que constituyen la participación en la gestión pública o para lograr un provecho personal inequitativo, injusto o ilícito (Vg. para aprovecharlos con fines electorales; para incrementar injustificadamente las ventas de algún medio de información o para apropiarse del conocimiento que desinteresadamente ha puesto otro a disposición de las autoridades); o cuando por las circunstancias, resulte más perjudicial, socialmente hablando, entregar la información que reservarla hasta una nueva oportunidad (caso de una institución social que está recuperando imagen, cuando la información solicitada está orientada a revivir hechos del pasado; o de una empresa pública que está en proceso de privatización, cuando la información solicitada está todavía sirviendo de base al diseño estratégico de la privatización de la misma), entre otros casos.

La enseñanza de la jurisprudencia española es que los derechos deben ejercerse con equidad y buena fe, debiendo el titular del derecho optar por la forma de ejercicio menos perjudicial para terceros, y de esta regla no escapa el derecho a la información.

Teniendo claros estos principios, la administración pública puede acceder al pedido de información, en forma total o parcial; denegarlo, o entregar parte o toda la información solicitada sujeta a condiciones de uso, limitaciones o reglas de conducta (Vg. imponer al peticionante no hacer pública la información entregada a través de medios masivos de comunicación). La infracción a tales condiciones o restricciones acarrearía responsabilidad civil y hasta penal del peticionante.

3.2.2 Debe tener fin lícito y no contravenir las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres:

Según el art. 140 del Código Civil, para la validez del acto jurídico se requiere, entre otros elementos, fin lícito. El art. 219 inc. 4) sanciona con nulidad el acto jurídico que tenga fin ilícito. Por último, el art. V del Título Preliminar del Código Civil señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Siendo el acto jurídico, en su concepción clásica, "aquel acto voluntario y lícito que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos"[6] es claro que cualquier acto voluntario que realice una persona orientado a ejercitar su derecho a la información, será un acto jurídico.

En relación a la finalidad lícita de la cual deben estar investidos los actos realizados en ejercicio de cualquier derecho, y por ende, del derecho a la información, cabe distinguir entre la finalidad inmediata, objetiva, referida al propósito que persigue el acto en cuestión y la finalidad mediata, subjetiva, que es la que el peticionante espera alcanzar con los resultados del acto. En el primer caso, sería por ejemplo ilícito pretender acceder a información que de acuerdo a ley tiene carácter reservado. En el segundo,

[4] Ibid. loc. cit.

[5] Ibid. loc. cit.

[6] Lohmann, Guillermo. El Negocio Jurídico. Segunda Edición, 1994, pag. 33

sería ilícito obtener información no reservada con el fin de cometer un delito, ejecutar una apropiación ilícita de patrimonio ajeno, dañar la imagen de una persona, enriquecerse indebidamente o satisfacer cualquier otro propósito reñido por la ley.

La ilicitud inmediata del acto, esto es, aquella que es apreciable objetivamente, la tratamos en el punto 3.2.3, acápite c), relativo a la incompatibilidad del derecho a la información con otros derechos igualmente tutelados por la ley.

En cuanto a la finalidad ilícita mediata, es preciso destacar que el art. 2 numeral 5 de la Carta Política preceptúa con claridad meridiana que el peticionante puede solicitar la información que requiera "sin expresión de causa", esto es, sin explicitar motivación o propósito alguno. En otros términos, este precepto coloca a la administración pública en desventaja, al no permitirle la posibilidad de realizar un juicio valorativo acerca de las motivaciones y propósitos que subyacen a la solicitud de acceso a la información. Siendo así, la administración pública sólo podrá denegar un pedido de información basado en su finalidad ilícita mediata o subjetiva, cuando el peticionante haya expresado voluntariamente la causa, motivación y/o propósitos de tal pedido y estos sean ilícitos, o cuando sin haberlo hecho, sean no obstante manifiestamente ilícitos. En los demás casos, se aplica la regla de presunción de buena fé (el ilícito no se presume), lo cual no impide, desde luego, que la información se otorgue sujeta a ciertas reglas de uso para salvaguardar el riesgo de que con ella se cometa un ilícito civil o penal.

3.2.3 No puede suponer la lesión de otros derechos igualmente protegidos:

Un viejo aforismo jurídico reza que el derecho de una persona termina donde empiezan los derechos de los demás. Y el derecho a la información no es ajeno a esta regla. En tal sentido, los llamados a proteger, tutelar y satisfacer el ejercicio de este derecho, deben tener presente que con ello no pueden lesionar o poner en riesgo otros derechos también tutelados por los tratados internacionales, la Constitución y la Ley. A continuación nos referimos a esos derechos, que como está expresado, constituyen limitaciones al derecho a la información:

a) El derecho de informar:

El art. 2 inc. 4 de la Carta Política consagra el derecho de toda persona "a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento ...". El mismo precepto agrega que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

El derecho de informar no debe ser confundido con el de acceder a la información, que hemos venido comentando. Mientras que el de informar se refiere a la prerrogativa de hacerlo y de elegir el medio más idóneo para ese efecto, el de acceder a la información está referido al derecho de ser informado, esto es, de conseguir la información solicitada; caso inverso al contemplado en el numeral 4 del art. 2 de la Constitución.

El derecho a informar no sólo es aplicable a periodistas y medios de comunicación. Es aplicable a toda persona, como la propia Constitución establece. Sin embargo, es preciso excluir a los órganos que por mandato legal están obligados a informar, para los cuales hacerlo no es una prerrogativa sino un deber.

De lo anterior se desprende que no están amparadas con el derecho de informar, las entidades públicas que de acuerdo al art. 2 numeral 5 de la Carta Política, tienen el deber de hacerlo. Igualmente están excluídas las personas que teniendo el citado derecho, sean requeridas a brindar información por las autoridades competentes (SUNAT, CONASEV, SBS, Poder Judicial, etc.), siempre que el requerimiento cumpla con los trámites establecidos en la ley. En este último caso, la exclusión es únicamente respecto de la información que ha sido requerida por la autoridad o por la ley, y tiene carácter transitorio, si el requerimiento es eventual, o permanente, si por mandato de la ley es deber de la persona suministrar tal información en forma habitual o periódica. Estas últimas exclusiones son, como está expresado, parciales, pues los obligados siguen teniendo la prerrogativa de informar o no aquello que no esté sujeto a la obligación legal de hacerlo.

Como quiera que el derecho a informar implica el ejercicio de una prerrogativa concedida a su titular, no es admisible que se oponga contra él, el derecho de otra persona de acceder a la información, toda vez que aceptar ese supuesto implicaría convertir en obligatorio lo que la Constitución garantiza como una libertad. En síntesis, el derecho de acceder a la información sólo es oponible a quien está obligado a informar, pero no al que tiene la libertad de hacerlo, habida cuenta que en ese caso, también es su privilegio no hacerlo.

Al respecto, debe tenerse presente que según un principio de derecho, lo que no se puede por la vía directa, tampoco se puede por la vía indirecta. En tal sentido, si el derecho a la información no puede

ejercitarse contra una persona que tiene la libertad de hacerlo, tampoco se puede ejercitar contra la administración pública respecto de información de particulares que tiene carácter reservado, ya que en ese supuesto, la información continúa teniendo el carácter de privada, aunque obre en poder de entidades públicas. Suponer que por tal circunstancia, es posible exigir a las entidades públicas divulgar información privada, equivale a amparar el fraude a la ley, entendiéndose por tal el cumplimiento de la letra de la ley con violación de su espirítu, es decir, lograr el efecto prohibido o no querido por la ley sin quebrantar su letra.

De lo anterior se concluye que el derecho a la información sólo puede ejercitarse ante entidades públicas (entendidas éstas en el sentido más amplio) y respecto de información de naturaleza pública que obre o deba obrar en su poder. En el mismo sentido, no puede ejercitarse el mencionado derecho ante personas o entidades privadas, o respecto de información no pública, aunque se encuentre en poder de entidades públicas, salvo que el dueño de la información preste su autorización.

b) Informaciones que afectan la intimidad personal:

El propio art. 2 numeral 5 de la Carta Política exceptúa del derecho bajo comentario, las informaciones que afectan la intimidad personal. Al respecto, señala el art. 14 del Código Civil que la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona, o si está muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

La intimidad personal, como puede apreciarse, no sólo está referida a la persona en forma individual, sino que se hace extensiva a los integrantes de su familia, quienes por su parte también gozan a título individual del derecho a la intimidad personal. Resulta por ello razonable que el inciso 5) del art. 2 de la Carta Política del Estado haya excluído expresamente las informaciones que afectan la intimidad personal, pues tal exclusión es concordante con el derecho a la intimidad personal y familiar recogido en el inciso 7) del mismo art. 2 de la Carta Política, así como en el ya citado art. 14 del Código Civil.

Los alcances del derecho a la intimidad personal y familiar son muy amplios. Marco Gerardo Monroy[7] señala al respecto que el derecho a la intimidad o privacidad, coincidente con el art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, envuelve la imposibilidad de injerencias no sólo de las demás personas sino del Estado. Agrega el autor que por ello no es permitida la intercepción telefónica o la filmación de escenas familiares e incluye el derecho a la imagen y en general, a la vida privada. El art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado constitucionalmente por la Disposición Final y Transitoria Décimo Sexta del Título VIII de la Constitución Política del Perú de 1979 (aplicable únicamente a personas naturales), señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, agregando que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Como se advierte, el derecho a la intimidad personal es, sin dudarlo, una suerte de protección de la vida privada, que se extiende a todo aquello que no tenga naturaleza pública. Estos alcances, sumamente amplios, han dado lugar a numerosos escritos y comentarios, mediante los cuales se procura distinguir entre lo público y lo privado, en especial, cuando están en juego la vida y actividades de personas públicas (políticos, funcionarios, nobles, etc.). Escapa, sin embargo, a los propósitos de este informe el analizar tales opiniones, habida cuenta que todos concluyen en lo mismo: la tutela a la vida privada o dicho de otro modo, el derecho a la privacidad.

c) Otros derechos relacionados con la privacidad:

La Constitución recoge, en adición al derecho a la intimidad, diversos derechos fundamentales que directa o indirectamente, implican reservas en favor de su titular, siendo algunos de ellos, en la práctica, una extensión del derecho a la privacidad. Algunos de ellos se mencionan a continuación:

Art. 2 inc. 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

En consecuencia, tampoco se puede exigir a una persona revelar datos sobre su origen, religión, opinión, condición económica o cualquier otra circunstancia personal, pues la discriminación en función de ello está prohibida.

[7] Los Derechos Humanos, Editorial Temis, Colombia, 1980, pag. 131

Art. 2 inc. 3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Al igual que en el caso anterior, la confesión libremente elegida es privada y no puede exigirse a nadie revelarla, y menos discriminarlo por sus ideas o creencias.

Art. 2 inc. 6.- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Este derecho constituye una derivación concreta del derecho a la intimidad, extensamente comentado anteriormente. Al respecto, sólo cabría subrayar que el suministro de tales informaciones debe necesariamente contar con la autorización de la persona afectada.

Art. 2 inc. 7.- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Además del derecho a la intimidad, la Constitución protege el honor, la reputación, la voz y la imagen, y por ende, la reserva de cualquier dato o información que pueda afectarlos.

Art. 2 inc. 9.- A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

La reserva de los registros y documentos privados es también una consecuencia de la inviolabilidad del domicilio. Las excepciones contempladas en este numeral tienen en común el encontrarse en riesgo el bien común, pero aún en esos casos, es preciso contar con un mandato judicial o actuar dentro de los presupuestos y procedimientos establecidos en la ley. A lo anterior sólo cabría agregar que la información privada que se encuentra dentro de un domicilio, no pierde su carácter privado cuando sale de él, pues en tal caso la protección continúa bajo el amparo del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados comentado a continuación.

Art. 2 inc. 10.- Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables, administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Nuevamente se alude a la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones, los cuales reciben protección constitucional con independencia del lugar donde se encuentren. Es preciso destacar que ante la posibilidad de que exista información privada inserta en documentos de naturaleza pública o no reservada, la que tiene carácter privado no puede ser suministrada por las entidades públicas o autoridades que la tengan en su poder, salvo autorización expresa de su titular. Incluso, para esos supuestos, existen normas que han previsto mecanismos de salvaguarda o prevención de reserva de la información privada contenida en documentos públicos o expedientes contenciosos, como es el caso del art. 11 del CMA, según el cual los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general; sin embargo, los interesados pueden solicitar se mantenga en reserva determinada información cuya publicidad pueda afectar sus derechos de propiedad industrial o comerciales de carácter reservado o seguridad personal; o el art. II-D-1-a) del Texto Unico de Procedimientos Administrativos del INDECOPI, según el cual, "en el caso de que las partes, y en especial los reclamantes proporcionen información que ellos consideren confidencial, la autoridad investigadora podrá solicitarles resúmenes no confidenciales de dicha información, para que de esta manera se proceda a su divulgación a las demás partes interesadas en la investigación. (...)"

Estas soluciones, aplicables al supuesto de informaciones confidenciales incluídas en documentos pú-

blicos o en expedientes contenciosos, son por la fuerza de la razón, aplicables a cualquier caso análogo, aun cuando la ley de la materia no haya contemplado algún mecanismo en particular para proteger la reserva de la información privada, toda vez que ésta, sin dudarlo, goza de protección constitucional. En ese orden de ideas, las entidades públicas sometidas a este supuesto, pueden entregar al peticionante resúmenes no confidenciales, ya sea que los haya proporcionado el dueño de la información o los haya elaborado la propia entidad pública.

"Art. 2 inc. 18.- A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional."

Esta reserva se explica no sólo en razón de la libertad de conciencia, opinión y confesión ya analizadas anteriormente, sino en el hecho de que tales conceptos no pueden constituir fundamento de un trato discriminatorio y por consiguiente, no deben interesar en las relaciones humanas.

En cuanto al secreto profesional, se suele pensar que tal reserva es aplicable sólo a abogados y sacerdotes. Nada más alejado de la verdad. El secreto profesional, en la compleja sociedad contempóranea, obliga a un sinnúmero de profesionales, trabajadores y autoridades, entre ellos, por cierto, a los abogados y sacerdotes. Alcanza por ejemplo, a los contadores y sociedades auditoras respecto de la información económica y financiera que por razón de su oficio llegan a conocer. Alcanza a los directores y gerentes de sociedades que cotizan en bolsa. Igualmente, alcanza a los trabajadores de las empresas respecto de todo aquello que pueda restarle ventajas competitivas a la empresa sobre sus rivales o competidoras, constituyendo incluso falta grave para aquellos que trabajan en relación de subordinación, el sustraer o utilizar documentos de la empresa o entregar a terceros información reservada, de conformidad con el art. 61 inc. d) del Decreto Legislativo 728, aplicándose el mismo principio a los sindicatos y representantes de los trabajadores (Ley 25593, Ley de Relaciones Coletivas de Trabajo, art. 55). Están también sujetas al secreto profesional las auditoras ambientales, las entidades públicas, los jueces, parlamentarios y todas aquellas autoridades que por cualquier razón tengan en su poder información privada o secreta. En suma, incluye a cualquiera que pueda hacer uso y abuso de información de carácter privado, tanto así que revelar dicha información sin el asentimiento del interesado constituye delito según el art. 165 del Código Penal, el mismo que comprende a todo aquél que pueda tener información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio.

"Art. 2 inc. 19.- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tiene este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad."

Esta identidad no sólo es materia de protección por razones antropológicas y de trato no discriminatorio, sino por la importancia patrimonial que subyace al conocimiento indígena. Estas son razones suficientes para proteger el derecho de toda persona a la reserva sobre tal identidad, y sobre los conocimientos que por razón de ella ha heredado.

d) El derecho a la reserva tributaria:

El art. 2 inc. 5 de la Constitución excluye del derecho de acceso a la información, aquella referida a la reserva tributaria. Sobre el particular, el Código Tributario preceptúa lo siguiente:

"**Art. 92.-** Los deudores tributarios tiene derecho a la confidencialidad de la información proporcionada a la Administración Tributaria y al servicio eficiente que deben recibir de aquella, incluyendo la debida orientación y las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
(...)

Art. 85.- Las declaraciones e informaciones que la Administración Tributaria obtenga por cualquier medio de los deudores tributarios y terceros, tendrán carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para los fines propios de dicha Administración.

La obligación enunciada en el párrafo precedente, también será de aplicación para las entidades del sistema bancario y financiero que celebren convenio con la Administración Tributaria de acuerdo al art. 55.

Están exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior las exhibiciones de documentos y declaraciones que ordene el Poder Judicial en los procedimientos sobre tributos, sobre alimentos, disolución de la sociedad conyugal o en los procesos penales; el Fiscal de la Nación en los casos de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo; y la "Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado". Está exceptuada también la publicación de datos estadísticos que, por su forma

general, no permita la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas.

Art. 62.- En su función fiscalizadora, la administración tributaria dispone de las siguientes facultades:
(...)
inc. 10.- Solicitar al juez que requiera a las entidades del sistema bancario, financiero y de seguros, informaciones relacionadas con las obligaciones tributarias en forma específica e individualizada de los deudores tributarios sujetos a fiscalización. La solicitud de la administración será motivada y deberá ser tramitada en el término de setenta y dos (72) horas, bajo responsabilidad".

Como se advierte, las excepciones dependen del previo mandato judicial y solo son aplicables a los casos previstos. No es necesario el mandato judicial únicamente cuando la información no es individualizable y el uso de la misma esté destinado a alimentar los indicadores estadísticos. A excepción de este último caso, en ningún otro puede una entidad pública romper el carácter reservado de la información tributaria, aún cuando debe tenerse en cuenta que el Código Tributario es anterior a la Carta Política de 1993 y bien podría interpretarse que la posibilidad de suministrar información tributaria no individualizada con fines estadísticos, ha quedado derogada por el art. 2 inc. 5 de la Constitución.

e) El Derecho al Secreto Bancario:

El art. 2 inc. 5 también excluye el secreto bancario del derecho a la información. Las normas pertinentes de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo 770) son:

Art. 125.- Es prohibido a las empresas y entidades del Sistema Financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cuaquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos.

Art. 126.- La prohibición mencionada en el artículo anterior recae también sobre:

a) El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de información que dispone el segundo párrafo del art. 145 de la Ley 1658 respecto de los titulares de las cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.

b) Los directores y trabajadores del Banco Central.

c) Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las firmas especializadas en la clasificación del riesgo.

Art. 127.- El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global, particularmente en los siguientes casos:
(...)

Art. 128.- El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

a) Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa o entidad a quien se contrae la solicitud.

b) El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

c) El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenios para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.

d) El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

Con excepción del inciso a) (los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones ...), el pedido de información se canaliza por la Superintendencia.

Art. 130.- Quienes accedan a información secreta en virtud de lo dispuesto en el art. 128 están obligados a mantenerla con ese carácter en tanto éste no resulte incompatible con el interés público en juego.

f) El Derecho al Secreto Industrial:

El art. 2 inc. 8 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. Subordinados a la Constitución existen sendos tratados y leyes que regulan dicha protección y consiguiente reserva, como son la Decisión 344, relativa al Regimen Común sobre Propiedad Industrial (arts. 17, 24, 72, 73, 76, 77, 78 y 79)

y el Decreto Ley 26017, Ley General de Propiedad Industrial (arts. 37, 40, 46, 82, 83, 85, 86); todos los cuales protegen la propiedad y la reserva sobre invenciones, secretos industriales, fórmulas; conocimientos técnicos, ingeniería básica de detalle, resultados o datos de experimentos, secretos de producción, etc.. Las normas en cuestión excluyen de la reserva aquella información que sea de dominio público, que resulte evidente para un técnico en la materia o la que deba ser divulgada por disposición de la ley o mandato judicial.

g) Otras Reservas y Obligaciones Legales:

Si bien hemos señalado una serie de reservas legales que limitan el acceso a la información, existen a lo largo de diversos textos normativos otras reservas para el derecho de la información, algunas de las cuales señalamos a continuación:

Art. 19 del Decreto Supremo No. 29-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas.- Los Estudios de Impacto Ambiental serán cedidos al público en calidad de préstamo, según criterio discresional de la Dirección General de Asuntos Ambientales. Los titulares podrán solicitar se mantenga en reserva determinada información cuya publicidad pueda afectar sus derechos de propiedad industrial o comercial de carácter privado o seguridad nacional.

Art. 50 del Decreto Supremo No. 14-92-EM, Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería.- Los titulares de la actividad minera están obligados a presentar anualmente una Declaración Anual Consolidada conteniendo la información que se precisará por resolución.

Art. 7 inc. a) del Decreto Supremo No. 04-95-TR, Norma sobre el Procedimiento de Inspección de Trabajo.- Los Inspectores de Trabajo están prohibidos de revelar cualquier información sobre los asuntos materia de la inspección, así como de aquellos que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su función.

Art. 67 inc. m) del Decreto Supremo No. 05-94-IN, Reglamento de Servicios de Seguridad Privada.- Todas las empresas o personas naturales que presten servicios de seguridad privada en cualquiera de las modalidades a que se refiere el art. 10 del presente Reglamento, bajo responsabilidad de sus Representantes Legales debidamente reconocidas por el Organo Competente, deberán proporcionar y facilitar cualquier información que pueda interesar a las autoridades, manteniendo reserva a fin de no entorpecer las investigaciones del caso.

3.2.4 No debe poner en riesgo la armonía social ni someter o subordinar la soberanía del Estado:

El inc. 5 del art. 2 de la Constitución excluye también del acceso a la información aquellas que expresamente deban presentarse por mandato de la ley o por razones de seguridad nacional. Las exclusiones por mandato de la ley más relevantes han sido analizadas extensamente en líneas anteriores. Empero debe subrayarse que también se excluyen las que a criterio de las entidades públicas, afectan la seguridad nacional, entendida ésta en el sentido más amplio, pues de lo que se trata es de no poner en riesgo el interés nacional, lo cual involucra la seguridad propiamente dicha, la defensa nacional y el orden interno; así como las relaciones internacionales en aquello que debe ser reservado, transitoria o permanentemente. En otros términos, se excluyen aquellas informaciones que estando relacionadas a estas materias, el Estado discresionalmente y en ejercicio de su *ius imperium* no suministra a los particulares. El sustento de esta prerrogativa se encuentra en la cualidad soberana del Estado, la misma que no se negocia ni sucumbe frente a los intereses particulares o individuales, pues en primer término está el interés de la nación.

4. PROCEDIMIENTO PARA EJERCER EL DERECHO DE INFORMACION POR PARTE DE UN CIUDADANO:

El art. 2 inc. 5 de la Carta Política del Estado señala que toda persona puede solicitar sin expresión de causa la información que requiera y tiene derecho de recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Como quiera que ni la Ley de Participación Ciudadana ni alguna otra de carácter especial ha reglamentado el ejercicio de derecho a la información, debe aplicarse con carácter supletorio la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, teniendo en cuenta las disposiciones especiales incorporadas por la propia Constitución al respecto. De estas consideraciones, pueden extraerse las siguientes normas de procedimiento:

- El derecho de cualquier persona a solicitar a las entidades públicas la información que requiera, se encuentra amparado en los arts. 2, incisos 5) y 20), y 38 de la Carta Política del Estado.

  Igualmente, se sustenta en lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, según el cual, cualquier persona con capacidad jurídica puede presentarse ante la autoridad administrativa para obtener la aclaración, reconocimiento o concesión de un derecho, el ejercicio de una facultad,

la constancia de un hecho, o formular legítima oposición.

- El legítimo interés para solicitar información se rige por los arts. 6 y 7 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el art. VI del Título Preliminar del Código Civil, los arts. 58 y 82 Código Procesal Civil, el III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente, y los demás preceptos constitucionales comentados a propósito de este tema en el presente ensayo.

- De acuerdo al art. 9 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA), la tramitación de los procedimientos administrativos contemplados en los incisos b) y d) del art. 1 es gratuita. El inciso d) contempla el ejercicio del derecho de petición consagrado en el inciso 20) del art. 2 de la Carta Política del Estado. En ese sentido, las entidades públicas únicamente podrán requerir al interesado el pago de los costos que suponga acceder al pedido de información.

- Si después de presentada la solicitud de acceso a la información, se suscitara una cuestión litigiosa entre el solicitante y el dueño de la información respecto de la procedencia del pedido o de cualquier aspecto relacionado al mismo, que requiera un pronunciamiento jurisdiccional, el órgano administrativo deberá abstenerse de seguir conociendo el proceso, quedando obligado a remitirlo al Poder Judicial, tal como ordena el art. 11 de la LNGPA, y 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sólo después del esclarecimiento del Poder Judicial sobre la cuestión litigiosa surgida entre ambos particulares, podrá la Administración Pública pronunciarse sobre el pedido formulado originalmente.

  La resolución inhibitoria que se dicte, será elevada en consulta al superior jerárquico, aún cuando no medie apelación. Si se confirma la resolución inhibitoria, será comunicada al Procurador Público para que, previa resolución ministerial que lo autorice, se apersone ante el Juez, si conviniera a los intereses del Estado.

- Si la entidad pública ante la cual se presentó la solicitud de información se considera incompetente para proporcionarla, deberá remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente (art. 13 de la LNGPA).

- Si durante la tramitación de un proceso administrativo de acceso a la información, se advierte la existencia de interesados que no hayan comparecido,(caso de personas cuya información de carácter privado pueda estar involucrada), se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente, a fin de que éstas ejerzan su derecho de acuerdo a ley (art. 24 de la LNGPA).

- El plazo del procedimiento administrativo no podrá exceder de treinta (30) días transcurridos desde que se inicia el mismo hasta el momento en que se dicte resolución en primera instancia (art. 51 de la LNGPA). Sin embargo, cuando se trate de la actuación de pruebas o de evacuación de informes o dictámenes pedidos por los propios funcionarios, la autoridad podrá otorgar prórroga de los plazos establecidos, siempre que las circunstancias lo aconsejen y no se perjudique el derecho de terceros (art. 48 LNGPA). Atendiendo a dichas circunstancias, las entidades públicas pueden ampliar el plazo, con sujeción a las restricciones establecidas, con el objeto de dar aviso oportuno a los interesados en la solicitud, a fin de que autoricen el suministro de la información requerida o deslinden cuál es la de carácter privado que no debe ser entregada.

- El pedido de información debe constar por escrito y contener los requisitos del art. 62 de la LNGPA. No es exigible sin embargo, expresar los fundamentos de hecho en que se apoya el pedido, toda vez que la Carta Política del Estado garantiza el ejercicio de dicho derecho sin expresión de causa.

  Si la petición no se encuentra concretamente expresada, la entidad pública concederá un término de 48 horas para subsanar el defecto o la omisión (art. 64 de la LNGPA).

- El procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites (art. 68 de la LNGPA).

- Los dictámenes o informes que solicite la autoridad administrativa para resolver deberán ser emitidos en un plazo máximo de ocho (08) días (arts. 73 y 74 de la LNGPA).

- Transcurridos los treinta (30) días a los que se refiere el art. 51 de la LNGPA sin que se hubiere expedido resolución, el interesado podrá considerar denegada su petición o reclamo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública. En ambos casos, el interesado podrá reclamar en queja para denunciar dicha demora, la cual se tramita de conformidad con dicha ley.

- Ponen fin al proceso las resoluciones que causan estado, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la instancia y la declaración de caducidad (art. 84 de la LNGPA).

Agotada la vía administrativa sin que la Administración Pública haya accedido en forma total o parcial a la solicitud formulada por el peticionante, éste puede optar por impugnar la resolución que causa estado mediante el procedimiento de Impugnación de Acto o Resolución Administrativa previsto en los arts. 540 y siguientes del Código Procesal Civil, o interponer una Acción de Habeas Data, según lo preceptuado por el art. 200 inciso 3) de la Carta Política del Estado, la Ley 26301, Ley de Acción Constitucional del Habeas Data, y supletoriamente, por las disposiciones de la Acción de Amparo previstas en la Ley 23506 y sus modificatorias. Cabe señalar que el Habeas Data procedería aun cuando no se encuentre agotada la vía administrativa, toda vez que por serle aplicables las disposiciones de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, el requisito del agotamiento de la vía previa no resulta exigible en los supuestos contemplados en el art. 28 de dicha Ley.

Para la interposición de una acción judicial de impugnación de resolución administrativa, es preciso que esta última cause estado y que haya sido impugnada en la vía administrativa, agotándose todos los recursos previstos en las leyes respectivas. La demanda debe interponerse dentro de los tres (03) meses de notificada o publicada la resolución impugnada; lo que ocurra primero.

Interesa citar una sentencia de primera instancia, recaída en un procedimiento de Habeas Data seguido por una asociación privada contra la administración pública, a propósito del pedido de información formulado por ésta, relativo a una cancha de relave cuya ruptura irrogó severos daños ambientales y patrimoniales. En el fallo, el Juez sostuvo que la acción es improcedente pues el accionante debió interponer previamente la acción contencioso administrativa prevista en el Código Procesal Civil. Este razonamiento, a nuestro entender, no resiste el menor análisis, pues de asumirse como requisito previo del Habeas Data la interposición de tal acción judicial, resultaría materialmente imposible pretender posteriormente plantear la acción de garantía antes mencionada, toda vez que la sentencia que pusiera fin a dicho proceso judicial tendría el carácter de cosa juzgada, no pudiendo revivirse el hecho controvertido ni con el Habeas Data ni con alguna otra acción de garantía constitucional.

En rigor, el peticionante tiene la opción de elegir, una vez denegado el pedido en el procedimiento administrativo, entre la acción judicial de Impugnación de Resolución y el Habeas Data. La utilización de uno excluye la del otro, pues constituyen vías paralelas, por lo que resulta de aplicación la exclusión prevista en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley 23506, supletoria al Habeas Data por mandato del art. 3 de la Ley 26301.

El fallo comentado fue apelado ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Expediente 2000-94), la misma que revocó la citada sentencia y declaró fundada la demanda de Habeas Data, ordenando a la administración pública que suministre a la demandante la información requerida, por cuanto la misma no es reservada ni perjudica la seguridad nacional; además, el sustento de la administración pública para negar dicha información es ilegal pues el art. VI del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente concordado con el art. 200 inc. 3 y art. 2 inc. 5 de la Constitución Política del Estado, reconocen en forma expresa e indubitable, el derecho de toda persona a obtener la información que requiere y recibirla de cualquier entidad pública, y por último, porque es deber de todos el coadyuvar a la preservación del medio ambiente, por lo que el Poder Judicial debe alentar esa actitud vigilante y no ponerle trabas insubstanciales.

MANUEL NOYA DE LA PIEDRA

NOTARIO

Jirón Ocoña 180 2do. Piso - Lima

☎ 427-8768 427-3921 427-9438 427-9622

NOTARIA PAINO

Alfredo Paíno Scarpati

Notario

Av. Aramburú N° 656 - Surquillo

Telf. 422-7530 441-1791 Telefax: 422-6981

LA NUEVA LEY DE TIERRAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS

Jorge Luis González Angulo
Alumno de Octavo Ciclo
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

La reciente promulgación de la Ley N° 26505, Nueva Ley de Tierras, pretende -en opinión del autor- modificar el tradicional régimen de propiedad de las Comunidades Campesinas, para de esa manera, incorporarlos a una lógica de propiedad privada que permita la transferencia de las tierras comunitarias en el mercado. El autor desarrolla su análisis con el aporte de conceptos de la economía y otras ciencias sociales, complementando de esa manera la visión jurídica de un tema poco visitado por nuestra doctrina.

El presente trabajo expone algunas precisiones en torno al derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas a propósito de la dación de la Nueva Ley de Tierras, Ley No. 26505, promulgada recientemente por el gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en su primer mandato presidencial.

La Ley No. 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, publicada en el diario oficial el 14 de abril de 1987, durante el pasado gobierno constitucional de García Pérez define en su artículo segundo a las Comunidades Campesinas como: "organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país"[1].

Por su parte, el Capítulo Séptimo de la derogada Constitución Política del Perú de 1979, desarrolla en tres artículos el tema constitucional de las Comunidades Campesinas y Nativas. El artículo 161° de dicha Constitución establecía que: "las Comunidades Campesinas tienen existencia legal y personería jurídica, son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece"[2].

[1] Artículo 1° de la Ley General de Comunidades Campesinas publicada el 14 de abril de 1987 en el diario Oficial El Peruano

[2] Artículo 161° de la Costitución Política del Perú de 1979

Ambas normas tratan el carácter eminentemente económico y social sobre el cual se establecen estas organizaciones: la propiedad comunal de una determinada porción de territorio y la existencia de lazos sociales que vinculan a sus habitantes entre sí.

El carácter económico del instituto de las Comunidades Campesinas se sustenta en el derecho real de propiedad expuesto en el párrafo precedente; las características del derecho real en el cual se asientan son, según lo expuesto por el doctor César Augusto Ugarte en su tratado de Antecedentes Históricos del Régimen Agrario Peruano, las siguientes:

1. Una propiedad colectiva de las tierras cultivadas por el conjunto de familias emparentadas en el ayllu (Comunidad Campesina).
2. La posesión individual e intransferible de los lotes cultivables por el jefe de familia.
3. La posesión común de las tierras de pasto.
4. La cooperación colectiva para el trabajo.
5. La apropiación individual de cosechas y frutos.[3]

Si desligáramos este conjunto de características podemos apreciar que la primera de ellas se refiere específicamente al derecho de propiedad comunal[4], la existencia de una titularidad; sigue el derecho real de posesión en dos niveles: el primero, derecho real de posesión general sobre el íntegro de las tierras destinadas al pastoreo - terrenos destinados a la actividad ganadera - y la segunda, derecho de posesión individual que otorga una titularidad de determinada porción de terreno a un cabeza de familia, es decir, la existencia de una asignación individual al interior de la esfera comunal exterior[5].

En tercer lugar, es relevante la forma como se organizan los comuneros para participar en labores colectivas necesarias para el progreso de la Comunidad Campesina, la que denota la existencia de una relación de trabajo no remunerado, que significa la obligación personal de cada miembro de la Comunidad para con ella.

El incumplimiento de tal obligación genera responsabilidad, no necesariamente patrimonial. En atención a los usos comunales, el comunero, por ejemplo, puede ser condenado a laborar en doble jornada en la siguiente sesión de trabajo comunal, sin embargo es relevante señalar que el Derecho común tradicional no contiene normas que posibiliten el cálculo del daño irrogado a la Comunidad por el incumplimiento de uno de sus miembros; la indemnización civil de daños y perjuicios es impracticable[6].

Por último, se reconoce titularidad, léase apropiación de cosechas y frutos, en dos niveles, el nivel personal, cuyos beneficiarios son el conjunto de cabezas de familia o la Comunidad Campesina en tanto tal. Por esta facultad, se otorga a cada uno una titularidad para efectuar actos de disposición respecto de su cuota parte de la cosecha comunal - téngase presente que también existe una asignación individual de terrenos a cada miembro de la comunidad "posesionario", la misma que garantiza el sustento de cada cabeza de familia y de los miembros del núcleo familiar -, y a la vez, la organización comunal se encuentra facultada para sostener los gastos administrativos a través de la apropiación de parte de las cosechas.

Adicionalmente, también podría mencionarse actividades comunales, pero normalmente, éstas tienen un fin en particular como proveer de un televisor al local comunal.

Este complejo sistema de organización patrimonial y laboral, se expresa modernamente en el denominado sistema de los *"property rights"*[7], sistema que

[3] ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Derechos Reales, Tomo II. Segunda Edición.

[4] Propiedad comunal que corresponde a la estática de la relación jurídica patrimonial.

[5] Lo dicho, es rasgo sintomático de existencia de propiedad privada al interior de una Comunidad Campesina, la misma que no puede entenderse sin la pre-existencia de propiedad comunal.

[6] Al respecto, Peña Jumpa considera que lo afirmado no es necesariamente verdad. Sin embargo, admite que desde el punto de vista estatal la indemnización es impracticable; pero, la Comunidad tiene, en uso de su autonomía, la posibilidad de hacerlo valer.

[7] Torres López, citado por Bullard, describe lo que él llama los sistemas de *"property rights"*. Dentro de una visión liberal de la sociedad y de la economía, la maximización de beneficios se constituye en el mejor medio para el logro de la convivencia social. De esta forma se alcanzará la asignación más eficiente de los recursos, de por sí escasos. Los *"property rights"* son considerados derechos de apropiación, que consisten en la asignación, a los individuos, de grupos de derechos para usar una determinada parte de los que es común y poder excluir de su uso a los demás. Por ello, los *"property rights"*, más que afectar a la mera propiedad de la cosa, afectan la posibilidad de comportamiento y a las competencias de que dispone el titular del recurso. Citado por Bullard en la Relación Jurídica Patrimonial, Reales vs. Obligaciones. Alfredo Bullard. Primera Edición, Ara Editores. 1990, pag. 233.

a la vez es "una garantía de los *status* de partida y de llegada dentro de la dinámica prevalente en la racionabilidad económica"[8 y 9].

Para que exista un sistema de *"property rights"* deben darse en la realidad, en términos del investigador Xavier Albo, dos principios generales, a saber:

A) La propiedad o dominio de las tierras lo tiene la comunidad.

B) Cada unidad doméstica de producción (cada cabeza de familia), posesión o uso, determinado por la costumbre (considerar el elemento de la costumbre esencial para comprender la racionabilidad del instituto), de ciertas extensiones de terreno que puede transmitir dentro de la comunidad de acuerdo a mecanismos aceptados a su interior[10].

Es así que, "el dominio comunal permite mantener la unidad del colectivo, lo organiza y estructura. El dominio útil o familiar permite la satisfacción de necesidades individuales"[11].

De la yuxtaposición de esa esfera exterior de propiedad comunal, la unidad del colectivo, con la esfera interior de asignación individual de titularidades, aquello que exponemos como "dos niveles", resulta la continuidad histórica de este instituto jurídico, su vigencia en la realidad. La Ley General de Comunidades Campesinas, por tanto, cuando expone sobre los "vínculos ancestrales" no debe hacernos pensar en la Comunidad como un instituto cuya razonabilidad sea una cápsula que el tiempo no ha roto o transformado.

La modernidad, la proximidad de la carretera, los medios de comunicación masiva como la televisión, la radio o el centro comunitario de telecomunicaciones, han quebrado, si se quiere erosionado, ese vínculo ancestral expuesto en la Ley, reconformándose el instituto en torno a lo que ahora denominamos "sistema de *property rights*". Debemos, por ende, centrar la respuesta comunal respecto de lo expuesto en la Ley en la aparición de este sistema o si se prefiere, la base de su continuidad, teniendo presente que "el sistema jurídico patrimonial imperante en nuestro país no logra desarrollar, como vemos, la función central que le compete: el logro de una auténtica convivencia social. Por el contrario, su aplicación puede constituirse en fuente de conflicto social y disfuncionabilidad de las instituciones"[12].

La Comunidad Campesina fue, y es, una manera tradicional de organización con la finalidad de desarrollar la vida de seres humanos ajenos a las labores del Estado, lejos por años del ejercicio de su soberanía, es la forma como el hombre se enfrenta al medio, a su ecosistema, y sobrevive. De ahí su relevancia y trascendencia jurídica- económica, la misma que hizo exponer a los legisladores del Congreso Constituyente de 1978 que las tierras de las Comunidades Campesinas son "inembargables" e "imprescriptibles", y culmina sancionando con un "también son inalienables".

Es decir, la respuesta estatal a su práctica continua durante el período republicano, por citar un espacio histórico, de buscar desplazar a los comuneros de sus terrenos para dar paso al gran latifundio o a la gran empresa, actividad dada en caso se encontrasen recursos naturales aprovechables como el mineral o el petróleo en terrenos comunales, fue la de otorgar al instituto jurídico de las Comunidades Campesinas una protección adecuada que no existe en el orden legal común, ni en el derogado Código Civil de 1936 ni en el vigente Código Civil de 1984[13].

Como señala Adolfo Figueroa, en su libro Economía Campesina, "existe la idea que la economía campesina es ineficiente y que el campo está sobrepoblado. No habiendo criterios capitalistas en la producción y distribución, no se puede absorber el exceso de población"[14]. A la vez, debemos considerar que, la producción ganadera no requiere mayor participa-

[8] Para Alfredo Bullard, uno de los aspectos fundamentales que caracterizan al sistema patrimonial moderno es el sistema de *"property rights"*.

[9] BULLARD, Alfredo. "La Relación Jurídica Patrimonial, Reales vs. Obligaciones". Primera Edición. Ara Editores, 1990. p. 347.

[10] "Algunas pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino", Xavier Albo. En "Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo", Comisión Andina de Juristas. Comisión Internacional de Juristas. Editor Diego García Sayán. Lima, 1987, pp. 61-62.

[11] La Relación Jurídica ... op. cit. pag. 347.

[12] La Relación Jurídica ... op. cit. pag. 356.

[13] Al respecto señalamos que en el país es una constante la apatía legislativa respecto de nuestros temas propios para aplicar una sistemática legal ajena, sea en los Códigos o en las leyes.

[14] FIGUEROA, Adolfo. "Economía Campesina". Lima. p. 67

ción de fuerza laboral en el proceso productivo, el campo queda así vacío o, en los términos expuestos incapaz de reabsorber el exceso poblacional siendo el área rural sobrepoblada; por ende, para mantener el equilibrio del circuito productivo la población rural se desplaza hacia zonas donde puedan desarrollar su actividad productiva.

Es decir, se gesta la inmigración y la tugurización de nuestros centros poblados, en la misma lógica, es la ciudad quien absorbe el excedente poblacional del campo y al encontrarse éste en la incapacidad de "recibir" la masa poblacional excedente se genera la crisis urbana actual.

Ante ello, la respuesta inmediata es la generación espontánea de una legalidad que rige la vida de los "marginados" ajena a nuestros textos legales, en síntesis, de acuerdo a lo expuesto por Hernando de Soto en su libro El Otro Sendero, "el fenómeno informal"[15].

Lo que no ocurre, por ejemplo, con una economía agraria de producción, cuyo proceso productivo sí requiere de una mayor cantidad de mano de obra, por lo que el equilibrio entre lo rural y lo urbano se mantiene, evitando de esta manera el desplazamiento innecesario o sólo se acepta como un cambio en la calidad de vida. Es decir, imaginemos el cambio experimentado por un campesino que se convierte en obrero calificado y sus hijos, a su vez, son jóvenes universitarios. Como se comprueba se rompe el círculo de pobreza de una generación a otra siempre que el equilibrio productivo se mantenga.

El campo, el área rural se encuentra despoblada porque nuestra industria ligada al sector se orienta preferentemente al aprovechamiento de recursos ganaderos.

Como muestra ilustrativa pensemos en industrias de lanas, leche, cueros entre otros. La situación se agrava aún más, si consideramos que los centros de producción manufacturera se encuentran lejos de la fuente originaria de productos, cuya distancia territorial se agrava, aún más, con la natural dificultad de transportar productos a través del país (inexistencia de carreteras, la misma geografía).

Sin embargo, en una interesante postura expuesta por Schultz, citado en el libro de Figueroa, responde diciendo que: "en la agricultura tradicional, es decir, en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes. La racionabilidad campesina es explicada porque el punto de partida que propone la realidad, es diverso al que propone una economía liberal-capitalista"[16]. De ahí que nuestra respuesta legal expuesta en la derogada Constitución Política de 1979 tenga, hasta cierto punto, una riqueza de concepto que debemos tener presente en atención a que nuestra Comunidad Campesina es distinta y, a la vez, se enfrenta a nuestra propia razonabilidad.

La protección legal es necesaria porque sirve a un instituto que nace, por decirlo de una manera, con desventaja frente a la razonabilidad del mercado, si rompemos ese precario equilibrio existente en el interior de nuestro país corremos el riesgo de desestabilizar nuestro propio sistema económico jurídico y la base de nuestro desarrollo. En otras palabras, ningún progreso es verdadero si no se asienta sobre bases reales en las que construir un sistema plural y democrático de Estado.

La lógica invertida de la derogada Constitución de 1979, aquella de la que habla Schultz para explicar el comportamiento del área rural, se abandona en la vigente Constitución Política de 1993, en donde se expone en el artículo 89° que las Comunidades Campesinas continúan aún con existencia legal y se les sanciona como personas jurídicas.

Sin embargo, es en el tema de la protección legal, expuesta dentro del sistema de garantías de los *"property rights"*, lo que se vulnera con la dación de la nueva Constitución, cuando ésta sanciona a los terrenos de la Comunidad Campesina sólo como "imprescriptibles", no aplicándoseles, ahora, las normas contenidas en el actual Código Civil sobre el tema como ocurriera con el régimen constitucional derogado, abandonándose los necesarios criterios de protección tales como la "inalienabilidad" de los terrenos y el carácter "inembargable" de los títulos comunales.

La base del sistema comunal es la "propiedad" de los terrenos asignados por el Estado a cada Comunidad, se asienta en el detallado régimen de propiedad especial que admite una esfera colectiva hacia el

[15] "Fue de esta manera que, para subsistir, los migrantes se convirtieron en informales". El Otro Sendero, Hernando de Soto. ILD, Sexta edición, Perú, marzo de 1987, pp. 12.

[16] Citado por Figueroa, op. cit., loc. cit.

exterior, así como, una esfera individual hacia el interior, el denominado sistema de *"property rights"*.

La Ley No. 26505, publicada en el diario oficial el 18 de julio de 1995, con el nombre de "Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas", la misma que fuese aprobada por el extinto Congreso Constituyente Democrático, admite en su contenido - siguiendo el espíritu expuesto por la Constitución de 1993 - que los derechos de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas puedan ser objeto de compra-venta, eliminando todo límite a la tenencia de la tierra y faculta al Estado a vender en subasta pública tierras eriazas de su dominio.

Para proceder a vender derechos patrimoniales comunales se requiere previamente adoptar acuerdo comunal bajo la forma particular en la que ésta se organice en Asamblea. La aprobación de tal decisión requiere para su validez, tratándose de terrenos ubicados en la zona de la Costa, según la ley, el voto favorable de no menos del 50% de los miembros de la Comunidad reunidos en Asamblea, esto para el supuesto que quien desee adquirir sea "comunero posesionario"; de la misma manera, para el caso en que quien desee adquirir terrenos de propiedad comunal sea "comunero no posesionario" o un "tercero" se seguirá con el mecanismo detallado para el caso del "comunero posesionario". La presente disposición rige también para otros actos de disposición que considere la Autoridad Comunal, tales como gravar o arrendar los predios.

El quórum requerido para ejercer actos de disposición, tales como la venta o el arrendamiento, en terrenos de Comunidades Campesinas ubicadas en zona de Sierra o Selva, se eleva hasta llegar a los dos tercios[17].

Adicionalmente, se señala que las comunidades campesinas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros el modelo empresarial que decidan en Asamblea, es decir, se transformarán a cualquiera de las modalidades societarias admitidas por la ley, "no estando sujetas al cumplimiento de ningún requisito administrativo previo"[18] para desarrollar actividades económicas en sus tierras.

Sin embargo, otorgar a la Comunidad la facultad de adoptar tal decisión y restarle la protección legal de que gozaba con la derogada Constitución de 1979, significa, en términos latos, dejar de lado esta forma de organización comunal, extraerla del sistema y abortarla como instituto.

En pocas palabras, el tratamiento legal al instituto de las Comunidades Campesinas se da en una óptica propia de un sistema de mercado, y no a la inversa como sugerimos en el presente comentario.

El cambio expuesto en la ley significa la atomización de los terrenos comunales y por ende la autodestrucción del instituto, el fin de la propiedad comunal, de esa esfera externa necesaria para configurar un sistema de garantía como el expuesto sistema de *"property rights"*. Se enfrenta ahora a la Comunidad con una lógica inversa a la desarrollada por ella misma, se contraviene, en este sentido, la evolución que hizo que el sistema llegue hasta nuestros días.

La ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, Ley No. 26505, establece un régimen general de producción e inversión en el sector agrario, abandonando la protección jurídica de la cual gozaban, salvo en el tema de la imprescriptibilidad que es protegida constitucionalmente.

Sin embargo, no olvidemos que, "la defensa de la Comunidad indígena no reposa en principios abstractos ni en sentimentales consideraciones tradi-

[17] Artículo 10°. Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.
Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:
A) Para la adquisición en propiedad por parte de posesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual posesionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.
B) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

[18] Artículo 8. Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros el modelo de organización empresarial que decidan en Asamblea, no estando sujetas al cumplimiento de ningún requisito administrativo previo.

cionalistas, sino en razones concretas y prácticas de orden económico y social"[19].

CONCLUSIONES

1. Las Comunidades Campesinas se asientan en un régimen dual de propiedad que significa una esfera comunal hacia el exterior así como una esfera individual hacia el interior, la misma que se denomina sistema de *"property rights"*.

2. Con los cambios operados en la Constitución de 1993 y en la Ley No. 26505, el Estado abandona la política de la lógica de protección y garantía para configurar el sistema de propiedad de las Comunidades Campesinas y, por ende, se ingresa a una nueva concepción política donde el régimen común de propiedad privada, al no otorgarse mayor protección para los terrenos de las Comunidades Campesinas que la imprescriptibilidad sancionada por la vigente Constitución, es la regla general del sistema patrimonial peruano.

3. Las Comunidades Campesinas deben transformarse, de acuerdo al texto de la Nueva Ley de Tierras, a cualquiera de las modalidades empresariales que admite nuestra legislación. El plazo para que opere tal transformación deberá ser expresado en el Reglamento a ser dado para la Ley No. 26505, a promulgarse en 90 días de la publicación de la norma bajo comentario.

4. Con la venta de los territorios comunales se busca extinguir la modalidad de organización comunal en el Perú para pasar a un sistema común de propiedad privada.

[19] MARIATEGUI, Jose Carlos. "Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana". Décimo tercera edición. Biblioteca Amauta, Lima, 1968. p. 69.


NOS TOMAMOS
NUESTRO TIEMPO
PARA HACERLA
Desd.
1863
CERVEZA
Pilsen
CALLAO
CONTENIDO NETO
310 ml
¡Calidad!
PILSEN CALLAO, EL SABOR ORIGINAL.



12.75%

ORION
CORPORACION
DE CREDITO
E·C·C

GRUPO
CARSA

Orión ofrece al inversionista nuevos mundos para descubrir en materia de rentabilidad. Productos financieros con la tasa de interés más atractiva del sistema y más beneficiosa para usted.
Iniciativas de vanguardia respaldadas por la trayectoria del GRUPO CARSA. En Orión, la primera Empresa de Crédito de Consumo del Perú, nada impide a su capital crecer a la velocidad de la luz.

Ponemos el máximo interés en Usted.

Producto	*Tasa máxima*	*Tasa mínima*	*Monto mínimo*
Depósitos a Plazo	12.75% e.anual (a 24 meses)	8.00% e.anual (a 30 días)	US$ 500
Certificados de Depósito	12.75% e.anual (a 24 meses)	11.50% e.anual (a 12 meses)	US$ 1,000
Cuentas de Ahorros	7.00% e.anual	7.00% e.anual	US$ 100

Sin colas. Sin barreras. Sin esperas.

ORION E.C.C., la primera Empresa de Crédito de Consumo del Perú, es un nuevo tipo de institución financiera supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros, regulada por el Banco Central de Reserva, no sujeta al Fondo de Seguro de Depósitos según Art.134 de la Ley de Bancos, autorizada para captar fondos del público y otorgar créditos personales en todas las tiendas Carsa, los concesionarios de Hyundai Perú Automotriz y

INFORMES: Av. Jorge Basadre 910 San Isidro Telf: 442 4711 - 440 9415 Fax: 442 3992
HORARIO CORRIDO: 9:15 am a 6:30 pm PROXIMA INAUGURACION: La Colmena 760 Lima

LA DISCUSION ACERCA DE LA CARGA PROCESAL A LA LUZ DE SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS[1]

Julio César Pérez Vargas[2]
Abogado

La doctrina procesal ha discutido largamente acerca de la naturaleza jurídica de la carga de procesal. Dicha discución, dice el doctor Julio César Pérez Vargas, no puede ser considerada estéril, por cuanto tiene implicancias concretas y tangibles que se observan en el proceso mismo. Por ello este autor retoma la discusión que ha ocupado a casi todos los maestros procesalistas, para confrontar sus argumentos con las consecuencias que dicho instituto acarrea en la práctica forense. Lo hace, por cierto, de manera analítica y ordenada, haciendo observaciones puntuales sobre cada una de las figuras jurídicas involucradas en este debate. A través de un estudio riguroso, el autor va construyendo conceptualmente la definición que considera más acertada para la importante figura de la carga procesal, de tal manera que su estudio concluye delimitando con claridad cómo debe entenderse correctamente dicho instituto.

Mucho se ha discutido sobre la existencia, validez y naturaleza jurídica de la carga procesal dentro del proceso en general. Algunos -los menos- han negado su existencia sosteniendo que ella se encuentra dentro de otros conceptos jurídicos (como la obligación o el poder); otros, en cambio, han sostenido que sólo tiene su razón al interior de la denominada situación jurídica (concepción dinámica del proceso según la Teoría de James Goldschmidt); los últimos alegan que esta figura jurídica se aplica en general al proceso judicial cualquiera sea la concepción que adoptemos.

Para tomar una posición es necesario establecer en primer lugar su funcionalidad al interior del proceso y en segundo lugar, determinar si el concepto contiene elementos que nos permitan concluir su existencia.

I. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

Con el objeto de dar una idea de la carga procesal diversos autores han puesto de relieve las diferencias que existen entre ésta y otras figuras jurídicas. No hemos encontrado planteamientos que determi-

[1] Del 12 al 14 de Junio de 1995 se llevó a cabo en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú un Seminario Internacional de Derecho Procesal Civil a la que concurrió como principal expositor el doctor Hernando Devis Echendía. También concurrió en calidad de invitado el magistrado colombiano, Dr. Alfonso Guarín.
Precisamente en una de las exposiciones se produjo una interesante polémica entre el doctor Alfonso Guarín y el doctor Juan Monroy Galvez sobre la naturaleza jurídica de la carga procesal y su validez al interior de la relación jurídica procesal. Las posiciones fueron defendidas por ambas partes con brillantez y sólidos argumentos.

[2] La base de este trabajose encuentra en el título I de nuestra tesis "La Carga de la Prueba en el Proceso Civil" que nos sirviera para optar el grado de bachiller en Derecho por la Ponmtificia Universidad Católica del Perú en 1991. Ver, Avendaño, Juan Luis." Reseña de Tesis" . En: THEMIS-Revista de Derecho - Segunda Epoca No 23, pag. 120.El esquema ha sido sustancialmente cambiado, se han omitido algunos autores, se han agregado otros y se han hecho algunas modificaciones.

nen los caracteres genéricos ni específicos de este concepto. En cambio sí se advierte definiciones en las que implícitamente se reconoce determinados elementos.

1.1 Diferencias con la obligación

Dos han sido las teorías principales que se han elaborado respecto de la carga procesal. La primera es la de Goldschmidt; y la segunda, de Carnelutti.

Según la primera, las cargas representan imperativos del propio interés que surgen por "...la **necesidad** de prevenir un perjuicio procesal"[3]. Por la segunda, la carga "...es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un **interés**"[4] (el resaltado es nuestro).

Observamos que en ambas definiciones los elementos comunes son la necesidad y el interés. Estos, sin embargo, no son suficientes para determinar con claridad la autonomía conceptual de la carga; por cuanto estos mismos elementos (necesidad e interés) se encuentran también en la obligación.

La doctrina en general ha diferenciado la carga de la obligación precisando lo siguiente:

1. Mientras la carga implica la observancia de la norma respondiendo a un interés **propio**, en la obligación existe el deber de cumplir una prestación para un **interés ajeno**.

2. En la carga existe una **necesidad práctica** de observar una conducta señalada por la norma si es que se desea obtener un resultado útil, a diferencia de la obligación donde existe una **necesidad jurídica** de cumplir el mandato si es que no se desea experimentar las consecuencias (sanción) que derivan del incumplimiento de la norma.

3. Asimismo se sostiene que en la carga no se encuentra sanción (concepción jurídica) alguna; dicho en otras palabras: que en caso de inobservancia, existe una mera **sanción económica**; mientras que en la obligación -en caso de incumplimiento- se verifica una **sanción jurídica**.

4. La doctrina también considera que la inobservancia de la carga está considerada por la norma como **lícita** y que el incumplimiento de la obligación está considerado como **ilícito**.

5. Diferenciando aún más los conceptos, se alega que la carga contiene una **alternativa** u opción, mientras que la obligación implica una **sujeción.**[5]

6. Por último se sostiene que esta alternativa implica en la carga una **libertad absoluta**, a diferencia de la obligación en donde existe una **libertad restringida.**[6]

Por lo general éstas han sido las diferencias puestas de manifiesto. Nosotros en cambio intentaremos estructurar los elementos de la carga y, por esa vía, llegar a una definición conceptual.

1. 2 ¿Carga = Poder?

Lineas arriba sostuvimos que algunos autores han concebido la carga procesal como un poder jurídico. En efecto, ha sido Micheli quien ha sostenido que la iniciativa del litigante o la carga constituye un poder y que la carga procesal no puede tener un contenido y alcance mayor que el poder.

Este autor señala que lo que existe en la carga es el poder que tienen los litigantes para ejercitar una determinada conducta con el objeto de obtener un resultado útil. Creemos que la definición de la carga tiene otras variables y no se agota en el contenido del poder.[7]

II. LA CARGA EN EL PROCESO.

Un punto que resulta indispensable resolver para así llegar a una conclusión válida es determinar si la carga está siempre presente en el proceso, o si sólo responde a una de las teorías que pretenden explicar la naturaleza del proceso.

[3] GOLDSCHMIDT, James. Teoría General del Proceso. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1936; Pag.82

[4] CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Union Tipográfica editorial Hispano Americana. 1944. Tomo I. pag. 65

[5] ODERIGO, Mario A. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952, página 93, citado por SENTIS MELENDO, Santiago en Teoría y Práctica del Proceso, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1959, Tomo III, página 93.

[6] SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1959, Tomo III, página 94

[7] MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América; pag. 102

Esto nos lleva a indagar sobre la naturaleza jurídica del proceso. No existe duda de que una investigación sobre este tema rebasaría los límites de nuestro artículo. Basta con indicar que la doctrina en general ha discurrido siempre entre dos posiciones: la de considerar al proceso como situación jurídica (concepción dinámica del proceso según la teoría de James Goldschmidt) y otro sector que entiende que en el proceso se da una relación jurídica.[8]

2.1 La relación jurídica procesal

El Derecho en su conjunto tiene como uno de sus fines la regulación de las conductas sociales. Con tal propósito el Derecho coordina las conductas con el objeto de mantener la vigencia del ordenamiento legal; pero no se debe olvidar que esta coordinación responde a intereses distintos y contrapuestos, donde el Derecho hace prevalecer a unos y subordina a los otros.

Mientras la coordinación exista, ella se traducirá en una relación jurídica. Por tanto si toda coordinación implica dos intereses y si toda relación jurídica implica una coordinación, la relación contendrá dos lados en donde uno de ellos se encontrará en situación de supremacia mientras que el otro se encontrará en situación de subordinación.

Ahora bien, el proceso ha sido entendido como un conjunto de actos que sucediéndose en el tiempo uno a uno, tiene por finalidad reestablecer la paz cuando ésta ha sido quebrantada por la presencia de un conflicto determinado.

El proceso en términos generales podría entenderse como una pluralidad de actos que tienen por finalidad hacer efectiva la aplicación de una norma jurídica y en donde se vinculan personas que colaboran con dicho fin.[9] Así tenemos, por un lado, al demandante y al demandado, y por el otro, al Juez y a los auxiliares. La relación de todas estas personas implica vínculos jurídicos y la individualización de cada uno de estos actos procesales -en virtud de los cuales todas estas personas se relacionan entre sí- puede responder a diversas categorias.

Sin duda fue Von Bulow[10] el primero en concebir el proceso en términos de relación jurídica. Autores como Alsina, Alcalá Zamora y Castillo[11], Eduardo Pallares y Chiovenda, entre otros, han seguido el mismo camino. Estos han sostenido que una de sus características, entre otras, es que su contenido es heterogéneo, referido a que en la relación jurídica procesal se pueden presentar derechos, obligaciones, cargas, poderes y facultades procesales. Luego, las conductas de las partes pueden ser tipificadas en alguna de las categorias mencionadas.

Pero es necesario advertir que la relación jurídica que se desarrolla en el proceso responde a otros presupuestos, aunque el criterio elemental se mantiene. Este parecer lo encontramos en Radbruch[12] quien ha sostenido que el proceso puede ser concebido como una "relación jurídica especial" distinta a la "relación jurídica material". Esta relación jurídica especial no depende de los presupuestos del derecho material, sino que responde a un conjunto normativo que tiene en sí mismo su razón de ser. Por ello -concluye- la relación jurídica procesal responde a otros requisitos, pero siempre será una relación jurídica.

Todos los autores están de acuerdo en que la carga forma parte de la relación jurídica, pero en lo que no existe un criterio uniforme es en el lugar donde debe ser ubicada. Así, mientras unos señalan que se encuentra en situación de subordinación (situación pasiva), otros sostienen que está en situación de supremacía (situación activa). También existen au-

[8] Hemos encontrado una tercera concepción del proceso planteada por Lorenzo Carnelli quien apoyándose en la Teoría Egológica del Derecho de Carlos Cossio sostiene que el proceso puede ser concebido como una estructura normativa; es decir concibe al proceso como norma aprehendiendo gnoseológicamente la conducta que se desarrolla en el proceso (civil). CARNELLI Lorenzo: "Carga Procesal" en enciclopedia jurídica Omeba. Driskill S.A., Buenos Aires, 1955, Tomo II, pag 716.

[9] CARNELUTTI Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción al castellano por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires. 1956, Tomo I, pag. 21 y 22.

[10] O. VON BULOW: "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", pag. 1-2, Ejea. Bs. Aires, 1964, citado por SILVA VALLEJO, José Antonio en "Los Fundamentos científicos del Derecho Procesal". Themis, Revista de Derecho. Segunda Epoca. N_ 14, 1989. Pag. 27.

[11] ALCALA ZAMORA Y CASTILLO en "Advertencia Preliminar" a la traducción del Tratado de Derecho Procesal de Goldschmidt, por Prieto Castro citado por OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Relación Jurídica Procesal en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV, Driskill S.A. Buenos Aires. Año 1977. Pag. 564.

[12] RADBRUCH G. Introducción a la Filosofía del Derecho. Brevarios Fondo de Cultura Económica. Año 1955, México. pag. 94.

tores que refieren que la carga no se encuentra ni en lo activo ni en lo pasivo, sino que responde a una situación neutra.[13]

2.2 El proceso como situación jurídica.

Ha sido Goldschmidt[14] el principal defensor de la tesis de que el proceso es una situación jurídica y de que es equivocado concebirlo como una relación jurídica. Alega que el proceso no puede ser analizado como un conjunto de actos aislados. Según este autor en el proceso sólo se presentan expectativas, posibilidades y cargas.

Agrega que en el proceso se dan vínculos jurídicos que "...no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta jurídica que ha de producirse y, en ultimo término, del fallo judicial futuro..."[15]

Quienes así conciben el proceso indican que la carga es un "imperativo del propio interes".

III. UBICACION DE LA CARGA EN LA RELACION JURIDICA PROCESAL

Las teorías expuestas coinciden en señalar que en el proceso la carga se presenta como una figura autónoma y que goza de características propias. De manera que cualquiera que sea la posición que adoptemos en torno a la naturaleza del proceso, la carga como entidad autónoma siempre estará presente.

Sin embargo, para el desarrollo de nuestro trabajo, partimos del supuesto de que al interior del proceso se da una relación jurídica procesal. No toca ubicar ahora -si ello es posible- la carga dentro de esta relación.

Una de las características de la relación jurídica procesal es que es de tracto sucesivo, entendiendo por tal, el necesario desenvolvimiento de los actos procesales a fin de llegar a una sentencia. De manera que un proceso sólo podrá ser apreciado adecuadamente en la medida que se le estudie en forma dinámica y no estática.

Para nosotros el proceso encierra relaciones que vinculan no sólo a las partes que tienen un interés en conflicto, sino que además se encuentra la presencia del Juez que como representante del Estado gobierna las relaciones entre los particulares. La presencia del Juez no puede ser pasiva sino, por el contrario, su intervención tiene que ser, en muchos casos, decisiva. Esto hace que al Juez se le otorgue un sinnúmero de facultades, poderes y derechos y por otro lado se le costriñe a cumplir obligaciones y deberes. De manera tal, que la intervención en un litigio (que se ventila en un proceso) no es privativa de las partes sino que tiene en su interior a una persona más: El Juez.

La relación que se da entre las partes y el Juez puede adoptar diversas formas. Así, tenemos que la relación de estos podrá estar dada en términos de Potestad-Sujeción; Facultad-Vínculo; o de Derecho-Deber, Poder/Carga-Sujeción.

Ahora bien, suele decirse que la Relación Jurídica está compuesta por dos situaciones jurídicas: por un lado, una situación activa (situación de supremacia), y por otro, una situación pasiva (situación de subordinación). Por eso Carnelutti ha sostenido que la situacion jurídica es o el interés que se protege jurídicamente o el interés que está subordinado jurídicamente.

De esta forma, la situación se constituye en elemento de la relación. Esta relación jurídica se encuentra compuesta por dos situaciones que se combinan. Por un lado, la situación jurídica pasiva consistente en un interés subordinado, y por el otro lado, una situación jurídica activa consistente en un interés prevaleciente. Ambos intereses - esto es; el subordinado y el que prevalece - están amparados por una medida jurídica.[16]

3.1. ¿Está la carga dentro de la situación pasiva?

Para Carnelutti la situación jurídica activa se divide en derecho (subjetivo) y poder, **mientras que la**

[13] CLARIA OLMEDO. Derecho Procesal. Tomo I. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1989.Pag. 173

[14] GOLDSCHMIDT, James. op. cit. pagina 82.

[15] GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona 1936. Editorial Labor, pag. 108 citado por PEYRANO Jorge, en Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas. Lima , Pag. 333.

[16] CARNELLUTTI, Franceso. Sistema ...op. cit. Tomo I. Pag. 29

situación jurídica pasiva se divide en sujeción, carga y obligación. Agrega que estas tres últimas categorías responden a una noción más genérica que es el "deber hacer" cuyo elemento común es una necesidad que importa un sacrificio y en consecuencia la subordinación a un interés.

En cuanto a las categorías que se desarrollan en la situación jurídica pasiva conviene precisar sus diferencias. La primera que es la sujeción, alude a la necesidad de actuar, pero el querer o la voluntad son ineficaces; vale decir, no tiene margen de libertad. Las otras dos, o sea, la carga y la obligación, tienen en común el vínculo del querer; la diferencia se encuentra en el interés en beneficio de quien se produce el sacrificio. Por lo tanto, cuando haya un interés ajeno, existirá obligación y cuando el interés sea propio, existirá carga.[17]

Este autor entiende que la carga es una figura del deber, y este último concepto es concebido como ineficacia de la voluntad. Igualmente equipara la carga a la obligación dentro del concepto más amplio del deber.[18] En resumen sostiene que la carga se encuentra en la situación jurídica pasiva.

Si aceptamos que la carga es una situación jurídica pasiva, tenemos que llegar a encontrar el término correlativo para así configurar la relación jurídica deseada, pero es precisamente en este punto en el que no vemos con marcada nitidez su correlato en la situación opuesta.

En el mismo sentido observa Carnelli, quien al describir la Teoría de Goldschmidt señala que "frente a la Carga no hay un derecho de la contraparte ni del Estado"[19], igualmente Sentis Melendo refiere que si la Carga es entendida como una obligación faltaría el acreedor y si lo entendemos como derecho subjetivo faltaría el obligado.[20]

Al no encontrar el término correlativo parecería que la carga no podría ser comprendida en la relación jurídica. Sin embargo, la carga puede ser contenida en la relación jurídica si entendemos por ésta la coordinación de intereses contrapuestos, que no necesariamente corresponden a personas distintas, sino que tales intereses encontrados pueden residir en una sola parte.

Esto ha sido confirmado por Michelli quien al estudiar la Teoría de Carnelutti ha sostenido que en la carga la subordinación de un propio interés tiene lugar a propósito de otro interés personal del sujeto, mientras que en la obligación la subordinación del interés del obligado tiene lugar a propósito de un interés ajeno. Y agrega que de tratarse del primer caso, la subordinación de intereses entraría en la determinación psicológica para obrar; consecuentemente estaría comprendida dentro del ámbito del ejercicio del poder: de esta forma no constituiría una situación pasiva.[21]

En la misma línea encontramos a Sentis Melendo cuando señala que si la carga constituye una figura propia, no habrá necesidad de otro sujeto que posea un interés distinto, ya que el interés "que se ventila es sólo el propio y no el ajeno"[22]

3.2 ¿Esta la carga procesal en la situación activa?

Cuando Carnelutti señala que la Carga representa una facultad cuyo ejercicio resulta necesario para la obtención de un interés propio admite que la carga no está sólo constituida por una necesidad desarrollada en interés propio; sino que acepta que su ejercicio representa una facultad.

Consideramos que para el ejercicio de una facultad es necesario que el Derecho le confiera un poder. De esto resulta que cada vez que una persona quiera ejercitar una carga deberá tener un Poder que le permita desembarazarse de la misma. Esto nos permite determinar que al lado de los elementos que ya hemos mencionado (necesidad e interés), pueden coexistir otros más, tales como la facultad y el otorgamiento de un poder. Ello no quiere decir

[17] CARNELLUTTI, Francesco. Sistema ... op. cit. Tomo I, Pag. 66-67

[18] CARNELLUTTI, Francesco. Teoría General. pag 233 citado por MICHELLI, Gian Antonio. op. cit. pag. 62 en nota a pie de página N° 9.

[19] CARNELLI, Lorenzo. "Carga Procesal"...op. cit. Pag.711.

[20] SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso ... op.cit.Pag.100

[21] MICHELLE, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. op.cit. Pag. 71en nota a pie de página N_24

[22] SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso. op. cit. Pag.100. Vease también DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pag.402.

que los dos primeros elementos sean inútiles e innecesarios, sino que describir la carga en función de estos dos conceptos resulta insuficiente e implica no permitir describir esta entidad jurídica en su totalidad.

Los dos elementos citados; es decir, la facultad y el poder han servido de base a otros autores para calificar a la carga como una situación activa.

En efecto, ha sido Barrios de Angelis[23] quien ha sostenido que la carga representa una singularidad de todos los derechos subjetivos y que, por tanto, ella se encontraría incluida en la situación activa. Este autor destaca que el ejercicio de un derecho representa siempre un esfuerzo y que su no ejercicio representa siempre un riesgo, el mismo que es más notorio en el proceso.

A su vez, Michelli[24] señala que la carga tiene sus raices en el concepto de poder; y que resulta más propio denominarla carga-poder, puesto que la carga no tiene un contenido mayor que el poder. Este autor agrega que cuando una parte tiene la carga de desarrollar una cierta actividad a fin de que el Juez tome en consideración su pretensión, lo que en el fondo se está indicando es el poder que tiene la parte para hacer valer su pretensión dentro del plazo y modo previsto por la ley procesal. Asimilar la carga al poder representa, según nuestro modo de ver, la descripción de tan sólo uno de sus elementos, ya que deja de lado los demás elementos que hemos mencionado, a pesar de que dicho elemento pueda constituirse como el principal.

Por último, Devis Echandia[25] indica que la carga debe ser incluida en la situación activa conjuntamente con la del derecho subjetivo y la potestad. Ésta (la carga) debe ser descrita como una facultad o poder, puesto que estas figuras representan su aspecto fundamental para el ejercicio de una actividad libre en beneficio propio. Afirma que esta posición es aceptada por Rosemberg, Michelli, Silva Melero, Sentis Melendo, Kish e Isidoro Eisner.

3.3. Nuestra opinión sobre su ubicación

Mientras un sector de la doctrina opina que la carga está contenida en la situación jurídica pasiva, otros consideran que la misma está incluida en la situación jurídica activa. En lo que sí estan de acuerdo es que la carga constituye, al menos, un elemento de la relación jurídica.

Por nuestra parte creemos que la carga puede ser comprendida en la situación activa, ya que la misma contiene fundamentalmente un poder : no hay que perder de vista el hecho de que se desarrolla por una necesidad práctica de querer obtener un beneficio propio; la inacción produce consecuencias desfavorables.

IV. ELEMENTOS DE LA CARGA PROCESAL

4.1 Introducción

Creemos que la falta de claridad de esta figura jurídica se debe, como ya lo hemos anotado, a que la doctrina en general ha descrito este concepto estableciendo las diferencias que tiene con otras figuras jurídicas.

Por nuestro lado, consideramos que para su claridad conceptual es necesario precisar los elementos que se encuentran en la carga procesal, para por esta vía intentar -de ser ello posible- construir una figura jurídica autónoma.

4.2 Elementos

4.2.1. El Poder

En términos muy amplios se puede concebir el poder como la fuerza que tiene una persona para desarrollar una conducta determinada sin que nadie, a su vez, pueda restringir o limitar su accionar. Poder, sin embargo, no es sinónimo de desenfreno de la fuerza que posee el titular, sino que el mismo se encuentra limitado al interior del Derecho.

Esta limitación del poder está dada de acuerdo a como ella se presente. En efecto, este puede ser concebido de dos formas; la primera, como un poder libre; y la segunda, como un poder obligado.

El primero de ellos se presenta cuando el ordenamiento normativo otorga a un sujeto un poder a fin de conseguir un resultado útil y beneficioso para el titular; el segundo, se presenta cuando

[23] BARRIOS DE ANGELIS. Contribución al estudio de la Carga Procesal, publicado en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración año XLVI, N° 11, citado por SENTIS MELENDO, Santiago, en Teoría y Práctica del Proceso, op. cit. ... p. 90

[24] MICHELLI, Gian Antonio. op. cit. pag. 95 y ss.

[25] DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba. Buenos Aires, Ediciones Victor P. de Zavalia. Tomo I. Pag.415.

el Derecho otorga un poder a un sujeto que se encuentra obligado a desarrollar una determinada conducta y sin cuya fuerza, en la que consiste el poder, no podría ejecutarla.

También puede sostenerse con Pugliatti que el poder comprende tanto el derecho subjetivo, como el poder-deber (poder en ejercicio de un interés ajeno). El poder se constituye como género.[26] A lo que habría que añadir que el poder comprende también la carga.

Creemos que la carga tiene como primer elemento el poder puesto que con el objeto de desembarazarse de ella (la carga) el Derecho otorga una fuerza a fin de desarrollar una conducta sin que nadie pueda impedirlo.

Por lo general la carga siempre ha sido concebida como una obligación, una necesidad o un tener que hacer algo, lo que ha traido como consecuencia que el poder que ella contiene haya quedado postergado: pero si se analiza con detenimiento observaremos que la carga tiene como elemento principal el poder, ya que no se entiende como una persona pueda evitar una consecuencia desfavorable, que la carga también contiene, si es que el Derecho no otorga el poder para evitarlo.

Ha sido Micheli quien ha sostenido que es bajo la noción de poder donde debe ser estudiada la carga, y que el poder se convierte en carga cuando la única forma de conseguir un resultado favorable sea ejerciendo precisamente dicho poder.[27] Según este autor el concepto de poder (carga) puede tener un significado, si es que se pone de relieve el aspecto fundamental del mismo, consistente en la libertad que tiene el interesado de ordenar su conducta con el propósito de conseguir un fin, el mismo que es considerado lícito por el derecho objetivo.

Para ello la ley otorga a un sujeto un poder para hacer actuar a una condición (necesaria y suficiente) con el fin de obtener un efecto jurídico, que es considerado favorable para dicho sujeto. Se produce así una integración de la hipótesis jurídica mediante la actividad de un sujeto, poseedor de un poder que le ha sido otorgado por el Derecho, y cuyo ejercicio representa la única vía para alcanzar el resultado jurídico deseado.[28] Este poder así concebido adquiere gran importancia en el proceso, ya que a las partes se les atribuye poderes procesales de diverso contenido a fin de hacer valer sus derechos. Estos poderes tienden a conseguir un resultado jurídico consistente en una resolución judicial.

De esto se desprende que, tanto las partes como el Juez están en una situación de sujeción frente al poder del otro. Mas se debe precisar que mientras la parte tiene poderes para hacerlo valer frente a la contraparte y el Juez, este último tiene poderes que le permiten cumplir con los deberes que constitucionalmente le corresponden.[29]

El poder supone una libertad por parte del agente y, a su vez, el poder puede estar procurado para la satisfacción de un interés ajeno o diverso (en cuyo caso el poder está otorgado para el cumplimiento de una obligación o un deber) o para la satisfacción de un interés propio. La conducta que desarrolla el titular de un poder que tiene por objeto la protección de un interés propio actúa también en un campo que se encuentra limitado "positivamente por el mismo fin que el poder está dirigido a alcanzar."[30] Si entendemos de esta forma el poder, tendremos la carga, o mejor dicho, un poder carga.

Los poderes-carga tienden a "configurar sucesivamente situaciones favorables a los respectivos titulares" y como estos poderes son de carácter instrumental ellos dependen de los intereses que se quiere hacer valer; por lo tanto el interés procesal de las partes está condicionado a los intereses que se pretende hacer valer ante el Juez.[31] En la misma línea planteada en el punto anterior, esta concepción también admite que "el derecho subjetivo es suceptible de atenuarse en poder".[32]

[26] PUGLIATTI. Esacuzioni forzata e diritto sostanziale. Milano,1935, pag.25 citado por MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 85 en nota a pie de página N° 59.

[27] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 67.

[28] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 85

[29] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 95 y 96

[30] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 83

[31] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 92

[32] MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 97 en nota a pie de página N° 80

En la carga observamos que a las partes se les otorga determinados poderes y por otro lado encontramos a los poderes del Juez que están dirigidos al deber de juzgar en cada caso. La carga estará determinada por una valoración económica; vale decir por un juicio de conveniencia que puede ser fijado por reglas técnicas.

Otro autor (Giorgiani) ha sostenido que la carga se presenta cuando "el titular de un poder para realizar el interés para cuya tutela le ha sido concedido el poder, no sólo lo debe ejercer, sino (...) que podría observar una conducta distinta".[33]

Esta posición es adoptada tanto por Micheli como por Devis Echandia quienes sostienen que la carga aparece más cerca de los poderes que de los deberes puesto que al no haber una ilicitud y, por ende, tampoco una sanción, sobresale la libertad en la que se encuentra el titular de la carga a quien se le atribuye un poder para ejecutar el acto; por tanto, el aspecto más relevante será el poder otorgado al agente de la carga.

Creemos por ello que no resulta muy válido asimilar esta figura a las nociones de obligación y sujeción, precisamente porque la carga por su carácter instrumental se traduce con mayor claridad en un poder que le es atribuido a alguien para conseguir un resultado útil. El ejercicio de este poder siempre dependerá de una decisión propia del interesado, donde no existe ninguna presión exterior que lo oblige o lo sujete.

En conclusión, podemos sostener que el poder representa el elemento más importante de la carga, y que para liberarse de ésta última el Derecho otorga una fuerza para desarrollar una conducta sin que nadie se pueda oponer a ello.

4.2.2. La Facultad

La facultad puede ser entendida como aquella posibilidad de llevar a cabo una determinada actividad a ser desarrollada en el ámbito de la libertad del titular de la facultad. En palabras de Carnelutti, la facultad puede ser entendida como la posibilidad de actuar y obrar como uno quiere en el ámbito de la libertad. Esta posibilidad está condicionada a la voluntad del titular para actuar o no.[34]

Sostiene -este autor- que entre facultad y derecho subjetivo existe analogía; pero la primera está referida a un interés considerado independientemente del conflicto, mientras que el segundo mira a un interés tutelado en el conflicto.

Ambos -agrega- tienen en común el que son manifestaciones de libertad: pero el derecho subjetivo se encuentra protegido por medio de una facultad, y ésta última está referida al uso o no del mandato que tiene a su disposición.[35]

Si entendemos la facultad como la posiblidad de actuar en la esfera de la libertad, entonces, creemos que la carga contiene este elemento. En efecto, la carga supone la libertad de desarrollar una conducta para el beneficio de un interés propio. Por esa razón, Carnelutti ha sostenido que la carga "es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés".[36]

Sentis Melendo utiliza la distinción planteada por Carnelutti y sostiene que la facultad es un a*gere licere* y el derecho subjetivo, un *jubere licere*, pero en ambos se encuentra un *licere*. Así, "en la facultad me es lícito hacerlo, *agere*; en el derecho me es lícito mandar, ordenar que otro haga, *jubere*". Por lo tanto, concluye "la carga es una facultad, pero no un derecho subjetivo".[37]

En la misma dirección Saraceno ha sostenido que todas las cargas son facultades, pero que no todas las facultades son cargas.[38]

Devis Echandía es del mismo parecer cuando sostiene que la carga no es un derecho subjetivo sino que "la carga permite ejecutar el acto (a*gere licere* o

[33] GIORGIANI, Michele. La obligación. Barcelona, Bosh. Cas Editorial, 1955; pag. 28

[34] PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Decimosexta edición corregida y aumentada, Editorial Porrua S.A., Mexico 1984, pag. 366 quien cita a Carnelutti sin hacer referencia a la obra.

[35] CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. op. cit. Pag. 63 y 64

[36] CARNELUTTI, Francesco, Op. cit. pag.65

[37] SENTIS MELENDO, Santiago, Revista de Derecho Procesal, Madrid. Octubre-Diciembre. 1964. pag. 9 y sig. citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando en op.cit. pag.410.

[38] SARACENO. La Decisione sul fatto incerto en el proceso penale. Padova 1940 pag. 36 Citado por MICHELI, Gian Antonio op.cit. pag. 67 en nota a pie de página N° 18

facultas agendi), pero no obligar a otro sujeto a que lo realice (no se trata, pues, de un *jubere licere*)" y más adelante agrega que "las cargas pueden corresponder (pero no siempre) al ejercicio voluntario de ciertos derechos subjetivos"; dicho en otras palabras, el contenido de la carga puede ser el ejercicio de un derecho subjetivo.

Consecuentemente, podemos concluir que la facultad es un elemento de la carga, ya que contiene la posibilidad de actuar en el campo de la libertad donde me es lícito desarrollar una conducta sin que nadie me oblige a llevar a cabo dicho acto.

4.2.3. La Actividad Libre

Bajo este concepto queremos comprender la actividad que se ejecuta sin responder a ningún estímulo de terceros, sino que es la propia apreciación personal la que prima para desarrollar una conducta. Pero las actividades que nos interesa destacar no son todas las que en general desarrolla el hombre, sino aquellas que, siendo libres, tienen relevancia jurídica (jurígenas).

Una distinción nos parece importante: la libertad y el Derecho no son términos que se contraponen o que se encuentran en sentidos opuestos; el Derecho si bien limita la libertad, "no la suprime, precisamente porque al limitarla, y en cuanto la limita, la garantiza".[39] De ello se desprende que cuando el Derecho señala requisitos, prescribe formas y dispone plazos para ejecutar un acto -como es el caso de los actos que se verifican en el proceso- no puede por ello decirse que el titular se encuentra conminado a ejecutar dicho acto.

Ahora bien, en la carga no existe un vínculo que sujete a una persona frente a otra, sino que su conducta responde a su conveniencia, sin que nadie lo sujete. Por ello su inobservancia no puede ser considerada como ilícita. Ante la inexistencia de un vínculo la actividad contenida en la carga es libre; por ende, lícita.

En la carga procesal el justiciable goza de absoluta libertad para la ejecución del acto y por esa razón ninguna persona puede exigir el cumplimiento de una norma que contempla la carga. Distinto es el caso de la situación jurídica pasiva donde existe una sujeción jurídica y una coacción.

La doctrina también destaca que tanto las obligaciones como el deber pueden contener una prestación de no hacer, lo que no sucede en la carga, ya que ésta siempre estará referida a una prestación de hacer o de dar; vale decir, una conducta positiva.

En la carga, pues, no existe un vínculo jurídico que sujete al agente de la carga ya que su actividad responde a esa valoración económica que impulsa su obrar en el proceso, y es aquí donde se observa una actividad libre. Por esa razón, en la carga encontramos como un elemento esta actividad fundamentalmente libre que responde al propio estímulo y apreciación para llevar adelante un determinado acto.

4.2.4 . El interés propio

El "interés" aisladamente considerado, ha servido como base para efectuar múltiples construcciones jurídicas. Carnelutti ha definido el concepto como una posición del hombre, o también una "...posición favorable a la satisfacción de una necesidad".[40]

La doctrina de manera uniforme acepta que el Derecho prescribe actividades que pueden ser ejecutadas para la satisfacción de un interés personal o para la satisfacción de un interés ajeno. Así, en la obligación y el deber, la actividad se ejecuta primordialmente en interés del acreedor, mientras que en la carga la actividad se ejecuta principalmente en interés de quien realiza el acto.

En la carga, el interés que sobresale es del justiciable que ejecuta el acto para beneficiarse con el resultado y por ello la carga se ejecuta para tutelar un interés propio que se "cumple exclusivamente en beneficio propio".[41]

Así, cuando un sujeto desarrolle una actividad sin que nadie lo coacte y reciba un beneficio como resultado de su actuación se podrá afirmar válidamente que ella responde a un interés propio.

4.2.5. La autorresponsabilidad

Con este concepto queremos dar a enteder las consecuencias desfavorables que recaen en el agente de la carga por su inacción o por no haber desarrollado la actividad objeto de la carga.

[39] CARNELUTTI, Francesco. op. cit. pag. 63

[40] CARNELUTTI, Francesco. Sistema...op. cit. pag. 11

[41] DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pag. 417

Esta noción comprende la idea de una responsabilidad en la que incurre una parte por su inacción, pero sin que dicha responsabilidad encierre un ilícito. A ese respecto es necesario fijar los límites entre aquel comportamiento, que es manifestación de libertad, y aquél otro, que es impuesto por la norma. En el primer caso dicha conducta así como su inobservancia resultan lícitas, mientras que en el segundo caso el incumplimiento resulta ilícito.

Consideramos que no es conveniente describir las consecuencias desfavorables bajo el concepto de "sanción económica". En efecto, un sector de la doctrina ha considerado que la inobservancia de la carga conlleva una sanción económica, mientras que el incumplimiento de una obligación tiene como consecuencia una sanción jurídica. Pero este planteamiento colisiona con la extensión del poder -que está contenido en la norma- y que es otorgado al sujeto agente de la carga.

En ese sentido, estamos de acuerdo con Carnelutti cuando señala que la sanción implica una coacción, supuesto que no se ve en la inobservancia de la carga. Este autor define la coacción como "una acción dirigida contra una persona, es decir, una oposición a lo que ella haría por si misma".[42] Esta compulsa es imcompatible con la libertad en la que se encuentra el agente de la carga.

Por esa razón consideramos que el concepto de autorresponsabidad describe con mayor exactitud las consecuencias desfavorables, noción esta que fue precisada por Zittelman quien distinguió la responsabilidad frente a terceros de la responsabilidad frente a uno mismo. Ésta última se funda en una valoración económica ("que es el simbolo de la libertad reconocida al sujeto por la norma jurídica") y es la que recibe el nombre de autorresponsabilidad.[43]

V. CONCLUSION:

La doctrina en general así como todas las concepciones del proceso (Relación Jurídica, Situación Jurídica, Estructura Normativa) han sostenido de manera uniforme que la carga como entidad autónoma está presente. La discusión -y probablemente la confusión- se ha originado en la ubicación de la carga en la relación jurídico procesal: Si se encuentra en situación de supremacía o de subordinación; o si acaso se trata de un elemento neutro.

Consideramos que lo anterior no es una discusión estéril. Si tenemos presentes los elementos que componen la carga procesal, entonces concluiremos que es una figura jurídica que describe una determinada conducta al interior del proceso y por ello su existencia no podrá ser negada. Probablemente la doctrina siga discutiendo sobre su ubicación en la relación jurídica; pero no podrán negar -por lo menos ahora- su existencia.

En un intento de definición sostenemos que la carga es un poder que tiene cualquier persona; poder que en el ejercicio de una facultad desarrolla una actividad libre que responde a su propio interés, y cuya abstención le acarrea a dicha persona consecuencias desfavorables (autorresponsabilidad).

[42] CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Edit. Uthea, 1944, pag 49 citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando, en op. cit. pag. 405.

[43] ZITELMANN, Allgen. Teil, Leipzig, 1901. Pag. 63, 77 citado por MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 77 en nota a pie de página N° 40.

¡ ABAJO EL CODIGO PENAL !

Enrique Ghersi
Abogado

Detrás del título aparentemente iconoclasta del artículo del doctor Enrique Ghersi se encuentra una crítica ciertamente vehemente pero no por ello menos seria al Código Penal peruano de 1991. El autor encuentra que dicho cuerpo de leyes no se ajusta al paradigma liberal que empieza a regir nuestra sociedad, por lo que analiza con aguda crítica cada uno de los tipos penales que considera, mantienen rezagos de una concepción colectivista y socializante. Atribuye ello al hecho de que el Perú vivió, hasta comienzos de los años 90, un proceso de adecuación legislativa al marco constitucional configurado por la Carta de 1979. Para Ghersi, se trataba de una Constitución de corte marcadamente intervencionista, por lo que la adecuación del ordenamiento penal a ella ha perdido vigencia social y política. Por el contrario, señala, es menester que toda la legislación se adecúe a la institucionalidad vigente, que obedece a categorías liberales. Advierte que es la legislación penal la que con mayor urgencia debe hacerlo, porque tal como actualmente se encuentra hace peligrar la libertad de los individuos, lo cual es tanto más grave, cuanto más trascendencia adquiere en nuestros días la importancia de dicha libertad. Pero el artículo cobra mayor interés cuando cuestiona con firmeza y seguridad lugares comunes que parecen haberse convertido en difundidos dogmas de la llamada posmodernidad, entre ellos la moda ecológica. **THEMIS Revista de Derecho** *encuentra entre sus objetivos el ser una tribuna abierta para la discusión y el debate. Sabemos que este artículo, donde el conocido liberalismo del autor se confunde a veces con matices abolicionistas, causará la polémica que el Derecho Penal requiere para enriquecerse y mejorar.*

En el Derecho peruano las constituciones y los códigos tienen una historia compleja y difícilmente coincidente.

Mientras que las primeras han sido un reflejo del poder, los segundos han sido un reflejo de la opinión predominante entre los juristas. Lamentablemente ninguno ha sido un reflejo de la realidad.

Podríamos sostener, así, que en nuestro país las constituciones son el Derecho de los políticos, en tanto que los códigos son el Derecho de los juristas.

Esta evidencia ha marcado indeleblemente al sistema jurídico, toda vez que lo ha distanciado de la sociedad convirtiendo al proceso legislativo en una creación deliberada alejada de la experiencia práctica y sin contacto alguno con la realidad.

Las nefastas consecuencias derivadas de suponer que el Derecho puede crearse deliberadamente han sido ya explicadas por Hayek[1]. Se produce una corrupción del ideal democrático; la ley deja de ser general; se instaura una dictadura de las mayorías; se pierde la previsibilidad y seguridad indispensables en las normas. Por ello, insiste Hayek, el Derecho no se crea; se descubre[2].

Sin embargo, entender el proceso legislativo como un acto de descubrimiento y no como una creación deliberada es algo completamente ajeno a nuestra tradición jurídica. Impermeables a la costumbre,

[1] Friedrich A. "Los Fundamentos de la Libertad" Unión Editorial.Madrid.1982.Caps.X, XI 1 y 3, XVI 3 .

[2] Cf. Hayek,Friedrich A."Derecho,Legislación y Libertad" Editorial Universidad Francisco Marroquín.Guatemala. 1978. Tomo I. Caps.IV y V .

nuestras instituciones se erigen como una pura construcción formal, mucho más pendiente de su relación con el poder y su propia coherencia interna que de su relación con el entorno social[3].

En una perspectiva histórica es posible, pues, estudiar las constituciones separadamente de los códigos, como si se tratara de compartimentos estancos con escasa o nula conexión. No existía la convicción de que un código debía corresponder a una constitución ni, mucho menos, que ésta debiese tener referentes en aquél.

Sólo en tiempos muy recientes se ha sentido la necesidad de implicar necesariamente a los códigos en los procesos constitucionales. Señaladamente, a partir de la Constitución de 1979 esto se expresa cabalmente. Hasta antes, podía producirse un cambio constitucional y no necesariamente uno en los códigos.

De hecho el Código Civil de 1852 rigió bajo las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933. Por su parte, el Código Penal de 1863 estuvo vigente durante las Constituciones de 1860, 1867 y 1920. Ya en este siglo, el Código Civil de 1936 sirvió durante las Constituciones de 1933 y 1979 ; el longevo Código Penal de 1924 lo hizo durante las Constituciones de 1920, 1933 y 1979.

El gran punto de quiebre con la tradición legislativa viene a partir de la Constitución derogada, con la cual se lleva a cabo un gran programa de codificación que ha dado lugar a los textos actualmente vigentes.

Este cambio no significa que las constituciones peruanas hayan dejado de ser el Derecho de los políticos ni que los códigos hayan dejado de ser el de los juristas, sino que ambos han aprendido que es mejor vincularse entre sí para controlar mejor a la sociedad .

En este contexto se inscribe la formación del Código Penal vigente: Derecho de juristas destinado a consagrar las relaciones de poder predominantes. Siendo el último de los códigos sustantivos elaborados bajo la vigencia de la Constitución socialista de 1979, el Código Penal es además el que representa más peligrosamente su profusa ideología intervencionista.

En efecto, recientemente un grupo de destacados juristas se ha empeñado en una polémica acerca de la necesidad de modificar el Código Civil por no corresponder al desarrollo de la economía de mercado y expresar, antes bien, una superada filosofía estatista.

Sin restar importancia a tales debates, no la tiene menos admitir que el que necesita una reforma más urgente es el Código Penal, pues no solamente no corresponde con tal desarrollo sino que va abiertamente en su contra.

En el caso del Código Civil, puede discutirse si la lesión, el nominalismo o la excesiva onerosidad de la prestación atentan contra al desarrollo de la economía de mercado -aunque me cuento entre los que creen que sí-, pero lo que no puede discutirse en modo alguno es que en su filosofía integral y, prácticamente, en cada uno de los artículos en que tipifica un delito, el Código Penal corresponde a una visión colectivista de la sociedad, en abierto contrapelo con una economía libre.

Ello no obstante podría sostenerse que un código no tiene por qué corresponder con una determinada política económica sino con intereses más permanentes de la nación. Es verdad. La razón fundamental para cambiar el Código Penal no es que el liberalismo está de moda, sino que se trata de un mal Código.

Hacer un catálogo de los principales estragos de este Código podría ser una tarea en extremo fatigosa, por lo que basta con señalar algunas de las más notables amenazas a la libertad que contiene:

1. USURA

El Código Penal comete un gravísimo error de concepto al tipificar como delito de usura el conceder un crédito a interés superior al límite fijado por la ley porque ocurre que en el Perú los intereses son ahora libres.

Esta norma, podría tener consecuencias muy graves por cuanto se podría interpretar como límite fijado por la ley al interés legal que determina el Banco Central de Reserva y, de esta manera, podrían incurrir en delito de usura todas las personas que han pactado intereses más altos.

La usura, por lo demás, se basa en una errónea interpretación del concepto de valor en la economía. Tradicionalmente, se creyó que el valor de una cosa era una entidad objetiva apreciable en función de la cantidad de trabajo que le está incorporada.

[3] Cf. Butler, Eamonn."Hayek". Unión Editorial. Madrid. 1989. pp51-53 .

De ahí se deducía que el interés tenía que reflejar solamente una compensación por el trabajo incorporado -el valor- y no ganancia del capital. Hoy en día se sabe que el valor económico no es objetivo sino subjetivo y que depende de la apreciación que hacen las personas con respecto de la escasez o abundancia de las cosas. Por ende, el interés es claramente la ganancia del capital y el concepto mismo de usura deviene en una consideración anacrónica en una economía de mercado.

2. ACAPARAMIENTO, ESPECULACION Y ADULTERACION

El acaparamiento es una forma delictiva polémica. Muchas legislaciones inspiradas en antiguas doctrinas económicas la consideran una forma delictiva. Sin embargo, a la luz de la doctrina más reciente el acaparamiento no es en modo alguno una conducta suceptible de punición.

En el marco de una economía de mercado, algunos agentes económicos tienen la función de prever situaciones futuras y regular el desenvolvimiento posible de los mercados. Por consiguiente, deliberadamente sustraen bienes o servicios del mercado para influir en los precios y tener una expectativa de lucro.

Esta actitud no puede ser definida como delictiva, toda vez que resulta indispensable para asegurar el abastecimiento permanente de productos que, en otro contexto, desaparecerían por completo de los mercados. El acaparamiento cumple, en realidad, una función económica muy importante: regular el abastecimiento permanente de los productos.

Ello no obstante, el Código Penal tipifica esta figura. Lo hace, sin embargo, de una forma muy ambigua, porque considera punible a todo el que acapare o de cualquier manera sustraiga bienes con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro en perjuicio de la comunidad.

Infelizmente esta figura delictiva podría ser mal entendida. Sustraer de cualquier manera bienes del mercado es una conducta implícita en muchas decisiones empresariales, obviamente con el fin de alterar los precios porque en una economía libre se trata precisamente de obtener lucro.

En términos estrictamente doctrinarios la especulación es una conducta económica racional que no es susceptible de punición. El Código de 1924 no lo hizo, pero leyes posteriores promulgadas al amparo de regímenes intervencionistas lo instituyeron.

La racionalidad de este delito no es inmanente a una conducta socialmente irresponsable, sino a consideraciones ideológicas que están en función de políticas económicas determinadas.

En efecto, el primer párrafo del artículo 234 establece que se comete delito cuando se vende a precios superiores a los fijados por la autoridad competente.

Esto supone, entonces, un régimen de control de precios. No obstante, en el Perú de hoy tal régimen no existe ni podría existir en términos constitucionales, ya que la Carta Magna garantiza la libertad de comercio e industria.

Por consiguiente, o bien el primer párrafo del artículo 234 deviene inaplicable por no existir control de precios o bien es un mandado indirecto para implantar el control de precios, en cuyo caso constituye una amenaza de violación de derechos constitucionales.

El segundo párrafo del referido artículo, por su parte, es una variante de la modalidad mencionada pero para vender bienes o prestar servicios a precios superiores a los que constan en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios.

En este caso el tipo reprime una situación objetiva: la disparidad entre el precio de venta y el anunciado en etiquetas, rótulos o listas de precios. Ignora toda consideración al dolo en que el agente pudiere obrar. Desde este punto de vista es una forma delictiva inaceptable, ya que la técnica legislativa moderna considera que el delito existe únicamente cuando hay dolo por parte de sus autores.

En este caso, se estaría penando sin consideración alguna por la responsabilidad subjetiva de una forma completamente aberrante.

Es más, en este extremo el Código Penal es incoherente consigo mismo, puesto que en su propio título preliminar el artículo VII dice a la letra que "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

La adulteración es esa figura delictiva que castiga una conducta socialmente indeseable, cual es la alteración de pesos y medidas. En cuanto tal es una modalidad de defraudación comercial .

Sin embargo, de forma inexplicable el Código sólo considera que se comete adulteración cuando se

alteran artículos considerados oficialmente de primera necesidad.

Excluye, así, sin justificación todos los demás artículos, como si no pudiera existir adulteración de otros productos y como si hacerlo no fuese tan malo en uno como en otro caso .

3. FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS

Este nuevo delito está dirigido teóricamente a garantizar que la administración de personas jurídicas, tales como sociedades, asociaciones civiles, fundaciones y cooperativas, sea transparente. Pero, lamentablemente, la tipología delictiva está establecida con tanta latitud que pueden ser considerados como tal una gama muy amplia de actividades gerenciales.

Es particulamente peligroso el inciso 6 del artículo 198, toda vez que considera delito omitir comunicar información acerca de incompatibilidad de intereses. La incompatibilidad es una situación que no responde al concepto de tipo en el derecho penal. La incompatibilidad es cuestión de apreciación subjetiva. Ninguna ley ennumera qué situaciones constituyen incompatibilidades. Por ende, ellas son suceptibles de opinión y análisis. En consecuencia, mal podría un Código Penal considerar delito algo que no está definido en forma indubitable.

Adicionalmente, la deficiente formulación técnica de este delito ha hecho que se susciten dudas con respecto a sus requisitos de procedibilidad. En efecto, la jurisprudencia formada de 1991 en adelante considera que para su procedibilidad se requiere la previa existencia de suma líquida defraudada debidamente determinada con arreglo a la Ley General de Sociedades y al Código Procesal Civil. Procesalmente esto se expresa en la existencia de una cuestión previa establecida por los artículos 123, 181 inciso 5, 184 y 187 de la Ley General de Sociedades concordada con el artículo 586 del Código Procesal Civil. Con ello el delito ha devenido en uno de muy difícil aplicación.

4. FRAUDE EN LA VENTA DE BIENES Y SERVICIOS

Este es un caso extremo de mala técnica legislativa e incoherencia doctrinal. Leyendo meticulosamente el artículo 239 del Código Penal se advierte que tipifica como punible la falta de correspondencia entre la calidad y cantidad de los bienes vendidos o servicios y los ofertados o consignados en rótulos, etiquetas, letreros o listas.

Se trata, pues de un caso más de responsabilidad objetiva, expresamente proscrita por la doctrina contemporánea y por el artículo VII del Título Preliminar anteriormente citado. Consiguientemente, el artículo referido es inaplicable, toda vez que muy claramente sanciona la mera falta de correspondencia entre una cantidad o calidad y otra.

No existen razones serias para que una conducta como la definida deba considerarse típica. En un régimen de economía de mercado una persona que se comporte de la forma que dice el artículo sencillamente se quedará sin clientes. Ese sería su mejor castigo.

5. ABUSO DEL PODER ECONOMICO

Teóricamente esta figura delictiva ha sido creada para defender la libre competencia de prácticas y acuerdos restrictivos del mercado. Para el efecto, el Código Penal considera que la defensa de la competencia debe hacerce tipificando como delito abusar del poder económico para dominar el mercado o restringir la libre actividad industrial o mercantil.

La definición de abuso de poder económico contenida en el artículo 232 resulta, por cierto, bastante vaga e inexacta. Dominar el mercado no puede ser de por sí un tipo delictivo por cuanto implica simplemente una superioridad comercial y no necesariamente una actitud monopólica u oligopólica. De hecho, todas las empresas líderes dominan el mercado en diferentes sentidos: precios, calidad y ventas, servicios, innovaciones tecnológicas, etc.

Por consiguiente, esta imprecisión abre la posibilidad para abusos realmente graves contra la actividad privada, toda vez que no especifica claramente la conducta punible sino lo hace con tal latitud que engloba prácticas comerciales usuales.

De hecho, la referencia a que el abuso debe ser de una posición monopólica u oligopólica solamente resulta risible por las múltiples imprecisiones en que incurre. Por ejemplo, el abuso sólo se pena cuando es monopólico u oligopólico. Cualquier otro abuso está bien. No es delito el monopolio ni el oligopolio. Sólo su abuso. Pero no cualquier abuso, sólo el que se haga infringiendo la ley de la materia. Se trata, pues, de pura literatura. Mala literatura.

Dice el artículo 232 que es delito también participar de prácticas y acuerdos restrictivos con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, con lo que se constituye una gravísima amenaza contra la libre empresa en el Perú.

El que celebra un pacto o acuerdo con otra empresa para abusar de su poder económico dominando el mercado o atentar contra la economía de mercado, restringiendo o eliminando la libre actividad industrial o mercantil sería un delincuente. Esta definición es totalmente imprecisa. ¿Qué es atentar limitar, impedir o restringir la competencia? ¿Qué diferencia dominar el mercado de competir? ¿No es acaso ganar en esa competencia?. Se estaría penando, inclusive, la tentativa de dominar el mercado que sería una gravísima amenaza para todo tipo de competencia.

La remisión que se hace en el Código a la legislación antimonopólica constituye, además, una clásica ley penal en blanco que, además de antitécnica, termina dejando en estado de pendencia y extrema fragilidad la seguridad jurídica de los negocios; máxime si, como ocurre hoy, existe legislación especial posterior al código.

Lo peor es que teóricamente no sólo se atenta contra la economía de mercado restringiendo la competencia. Si se admite la clásica definición de que la economía de mercado es el libre cambio de la propiedad, debemos sostener consecuentemente que también constituye un atentado en su contra cualquier restricción a la propiedad y a la libertad de contratación. No obstante, los iluminados legisladores no previeron ninguna sanción para estas conductas.

A un nivel doctrinario, sin embargo, es necesario distinguir entre monopolios naturales y monopolios legales. Los monopolios naturales son aquellos que existen como consecuencia de situaciones económicas espontáneas en las que el proveedor único está en función de un recurso natural o de una posición de innovación en el mercado pero en el que exista siempre la posibilidad de una potencial competencia. Estos monopolios no son monopolios de verdad y, por ende, no deben ser considerados en ningún caso delictivos.

Otra cosa son los monopolios legales, en los cuales el proveedor único deriva su posición de una negociación previa o de un privilegio legislativo del Estado. Aún si es imposible toda forma de competencia, puesto que se ha utilizado directa o indirectamente a la legislación para limitar la competencia. Luego, los monopolios legales sí deberían ser considerados como figuras delictivas.

En sentido estricto, además, sólo se puede restringir o eliminar la libre actividad industrial o mercantil por un acto gubernativo, sea una resolución o acto administrativo o sea un decreto u ordenanza o acto de la administración. Nunca por un acto privado. Sólo la coerción y la coacción, que son monopolizados por el Estado por definición, pueden concretar este tipo de atropellos. No la iniciativa privada.

Paradójicamente, en la economía peruana sólo subsisten los monopolios legales - e inclusive constitucionales como el de los servicios telefónicos-, que no han sido en absoluto considerados dentro de la tipificación delictiva porque no infringen la ley de la materia.

Ello nos lleva a pensar que no se trata de una auténtica norma de defensa de la libre competencia sino una amenaza potencial contra la empresa privada y un límite para el desarrollo empresarial.

6. DELITOS FINANCIEROS

El primero de los llamados delitos financieros es la denominada concentración crediticia. En un plano doctrinario es perfectamente discutible que se trate de una conducta delictiva. En el contexto de una economía libre y competitiva cualquier entidad financiera que concentrase sus operaciones en empresas de su mismo grupo, tendría grandes problemas para poder subsistir, vería caer sus acciones y perdería la confianza del público. Habría, pues una sanción económica y comercial mortífera que la obligaría a actuar ponderadamente. La competencia sería, así el mejor medio de controlar a las entidades financieras.

En realidad, solamente en el contexto de una economía intervenida y dirigida por el Estado es concebible que se reprima la concentración de créditos como delito.

Lamentablemente esta concepción dirigista e intervencionista sigue primando en el Código y propone la creación de esta nueva figura delictiva. Pero, es más lamentable aún que el artículo aplicable para el efecto sea de tal imprecisión y deficiencia que la propia figura delictiva corre el riesgo de devenir en inaplicable y convertirse en sólo un recurso de presión de las autoridades contra las instituciones financieras.

En efecto, el artículo 244 reprime la concentración de créditos en personas vinculadas a los accionistas de las entidades financieras, pero no define en parte alguna qué es "persona vinculada". Parece abarcar a las personas naturales como jurídicas pero no dice en qué forma.

De hecho la única legislación vigente en el país que podría usarse como referencia es la tributaria, que

contiene una definición precisa de tal vinculación, pero somos de la opinión que no sería posible tomar esa normatividad como referencia, puesto que la ley penal no admite interpretarse por analogía.

Por si fuera poco, el artículo referido contiene otra imprecisión, pues señala que la concentración de créditos no debería superar el monto autorizado por la Superintendencia de Banca y Seguros. Remite, en consecuencia, la ley penal a una decisión administrativa.

En doctrina este tipo de remisiones se concocen como "ley penal en blanco" y se encuentran totalmente proscritas por el derecho moderno. La represión penal no puede quedar librada a la determinación administrativa de funcionario o institución alguna, puesto que el tipo quedaría en tal caso librado a la voluntad arbitraria, convirtiendo la responsabilidad penal en objetiva.

Otro delito financiero es el que sanciona la llamada "banca paralela", pues castiga la captación de dinero público en forma masiva y habitual sin la autorización administrativa correspondiente.

Sin embargo, para tal efecto caracteriza la conducta punible como "captación de dinero del público en forma masiva y habitual". Esta definición es tan vaga y general que puede tornar inaplicable el artículo 246.

En primer lugar, el concepto de captar dinero del público no necesariamente expresa el sentido financiero que debe tener la actividad bancaria paralela para ser considerada como tal. Una empresa que emite bonos, por ejemplo, capta dinero del público y no por ello puede considerársele en la banca paralela y, mucho menos, susceptible de represión.

En segundo lugar, la expresión "en forma masiva y habitual" es por completo genérica, toda vez que no está definido en ninguna parte qué es masivo ni qué habitual. En el caso de la habitualidad, la única referencia se tiene en la legislación tributaria. No obstante, la definición tributaria de habitualidad es inaplicable en lo penal, por cuanto no es posible hacer interpretaciones por analogía en esta materia.

7. DELITOS ECOLOGICOS

Por su parte, el capítulo de delitos contra el medio ambiente es la más peligrosa amenaza que existe en el país para el desarrollo industrial, toda vez que, además de sensibles deficiencias técnicas como el ser una ley penal en blanco, crea amenazas genéricas contra cualquiera que pretenda llevar a cabo una actividad de extracción o transformación.

Los temas ecológicos están de moda. Llevados por la simpatía natural hacia ciertas especies, la demagogia socialista ha creado notorias aberraciones como los derechos de los animales o el ambiente sano y equilibrado.

Ciertamente que se habla de los derechos de los animales simpáticos, como los delfines, las vicuñas y los osos panda. Pero nadie habla de los derechos de los animales desagradables, como las arañas, las moscas o las ratas, a los que aún los más alucinados ecologistas recomiendan dosificar convenientemente con DDT o veneno.

El hecho es que los animales no tienen derechos. Sólo los seres humanos los tienen. Sólo ellos pueden ser titulares del reconocimiento jurídico. Nadie más.

Además de este grave error filosófico, el ecologismo se basa en una profunda ignorancia económica. Se cree que se protegen las especies prohibiendo las actividades económicas supuestamente peligrosas. Se trata de una conclusión equivocada. Las especies se extinguen por la inexistencia de derechos de propiedad sobre las mismas y no por la maldad intrínseca de la economía humana.

El destacado economista argentino Alberto Benegas Lynch(h) se pregunta por qué los elefantes se extinguen y las vacas no. La respuesta es por la inexistencia de derechos de propiedad claramente establecidos[4]. La experiencia reciente en Zimbaue ratifica plenamente este aserto, pues después de más de una década de vender rebaños de elefantes a propietarios privados, se ha salvado de la extinción a la especie, habiendo empezado ya su explotación económica.

Una cosa semejante ocurre con el mero concepto del ambiente sano y equilibrado. Filosóficamente no es un derecho. Puede ser una aspiración de alguna gente. Ciertamente no de toda. Por lo demás, qué es un ambiente sano y equilibrado. Quién dice qué significa.

Además, la sola remisión de estas figuras delictivas a la ley de la materia, como en el caso del delito de abuso del poder económico, constituye una clásica ley penal en blanco totalmente inadmisble en un mundo civilizado.

[4] Benegas Lynch (h), Alberto. ¿Por qué no se extinguen las vacas? En Estudios Públicos. Santiago de Chile, 1994. pp 34-52.

8. AGRESION A LA INFORMALIDAD

La informalidad en el Perú no había sido nunca considerada una actividad francamente delictiva, sino una zona de penunbra sutil en la que se refugiaban los sectores menos favorecidos de la población que no podían asumir los costos de la legalidad.

No obstante, en virtud de los artículos 271 y 272 del Código Penal, la informalidad es de por sí delictiva. Se trata tal vez de las disposiciones que revelan la mayor ignorancia económica de todo este cuerpo de leyes.

Los informales son una concecuencia del inadecuado sistema legal en el Perú. Quienes se dedican a tales actividades no lo hacen por su intrínseca maldad, sino porque han sido discriminados por un sistema legal que les impide acceder a la actividad económica o la propiedad por sus elevados costos.

En efecto, cada vez que se establece un requisito para instalar una industria, operar un negocio o desarrollar una urbanización se encarece automáticamente el costo de la legalidad. Luego, la decisión de ser informales no la adopta la gente de por sí, sino el Estado que la discrimina.

En este contexto, tipificar las actividades informales resulta una total estupidez. No puede ser delincuente el discriminado. Debería serlo el discriminador .

Un error muy común entre los abogados es creer que la ley es neutra en una sociedad. Esto es completamente falso, no existe ley neutral.Toda ley tiene efectos sobre la sociedad, aunque no se cumpla . En el caso del Código Penal, estos efectos son particularmente notables, pues alteran los medios a disposición de los individuos al momento de decidir, desplazando un conjunto de actividades que podrían desarrollarse en el marco de la legalidad hacia la ilegalidad.

9. DELITO CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO

El artículo 168 del Código Penal introdujo esta presunta figura delictiva. Técnicamente su principal problema reside en que pretende llevar a la esfera penal el cobro de las deudas laborales, haciendo una excepción en la manida regla de que no hay prisión por deudas.

En realidad, el problema no necesariamente es la prisión por deudas, sino la excepción. Si se introdujera la falta de pago de las obligaciones dinerarias como una conducta típica no habría mayor objeción, porque sería una regla general. Pero tipificarla por excepción para las deudas laborales resulta un peligroso privilegio para los trabajaores frente a cualquier otro tipo de acreedor.

Por ello, es evidente que este delito está dirigido no a cautelar los derechos de nadie sino a amenazar a los gerentes con una inmoderada presión sindical.

La nueva legislación de trabajo ha debido derogar este artículo por resultar abiertamente contrapropuesto con las disposiciones que ella contiene.

CONCLUSION

En síntesis, desde que se promulgó el Código Penal de 1991 expresé mi desacuerdo con sus múltiples errores. Hoy que existe una conciencia mayor sobre la necesidad de desarrollar una economía de mercado en el país, estas advertencias se tornan inevitables.

Las reformas legales que se realicen son perfectamente inútiles para asegurar el desarrollo de una economía de mercado en el país a menos de que se realice una completa reforma del Código Penal.

Todos
tenemos
derecho, al arte
y a la cultura.
Estas riquezas
del hombre,
solo son
fecundas
cuando se ponen
al servicio
de todos.



Interbanc
Banco Internacional del Perú
UN BANCO PARA TODOS!

ESTUDIO SOBRE LA LEY DE AMNISTIA Y SU LEY INTERPRETATIVA

Juan Chávez Molina
Abogado

La promulgación de la Ley 26479, que otorga amnistía por los delitos cometidos en la lucha antisubversiva, generó un intenso debate público, que se agravó cuando la jueza Antonia Saquicuray declaró inaplicable dicha Ley para el caso de la "matanza de Barrios Altos", y que cobró dimensiones inusitadas de arduo enfrentamiento cuando, vía ley interpretativa, se pretendió imponer el cumplimiento del discutido tenor de la norma y eliminar toda controversia. Al estar en juego principios constitucionales importantísimos, tal coyuntura era de esperarse. Apaciguados los ánimos iniciales, publicamos el presente artículo en el que el doctor Juan Chávez Molina, constitucionalista de conocida trayectoria, desarrolla un estudio jurídico profundo y detallado acerca de ambas leyes, sus implicancias y consecuencias. El trabajo discurre entre el análisis pausado y sereno de lo jurídico y el ocasional sobresalto cuando el comentario no puede eludir aspectos éticos y sociales. Lo cierto es que un asunto tan delicado no puede desprenderse de juicios ni de valores para volverse aséptico, porque ello conduciría a la intrascendencia. Conviene hacer hincapié en el hecho de que el autor observa y advierte elementos de juicio y de discusión que otros protagonistas no han descubierto o parecen haber pasado alto. **THĒMIS-Revista de Derecho** *contribuye, al publicar el presente artículo, al tratamiento público de un tema de significativa importancia en la actualidad política del país.*

El debate público, y aún el que se realiza en privado, que ha originado la ardorosamente controvertida amnistía, otorgada por la Ley N° 26479 y su interpretación parlamentaria por la Ley N° 26492, es histórico.

Y lo es, no porque los actores que ahora participamos seamos importantísimos, extraordinarios o excepcionales. Lo es, porque actuamos en asuntos fundamentales del Perú, en la mayor crisis cultural, moral y económica de nuestra historia republicana.

Si realizamos el debate serenamente, con el vigor necesario, claridad de propósitos y rectitud de intenciones, obtendremos progreso en nuestro desarrollo social y económico y, lo que es más importante, en los valores fundamentales del hombre: libertad, justicia, paz social, derecho a la vida y no a la muerte; un mundo mejor para nosotros y nuestros hijos.

Si no acertamos a entender bien cuáles son nuestros errores y cuáles nuestras posibilidades, seguiremos de tumbo en tumbo, descendiendo en pendiente; ello sólo puede depararnos atraso, injusticias y enfrentamientos.

Este estudio, realizado a solicitud de quienes comulgamos en iguales afanes, desarrolla el ángulo jurídico, sin incluir el político y social, triángulo que integra el universo del contenido de este problema.

Abarca, en ocho temas, los extremos del debate. Siguiendo método deductivo, sintetiza principios, doctrina y legislación, que es analizada en cada uno de los capítulos.

I. DERECHOS DE GRACIA

Las instituciones jurídicas de la amnistía, el indulto y la gracia propiamente tal, existían desde la antigüedad, aunque no con las características diferenciales que tienen en el moderno Estado constitucional.

En Roma, servían para atenuar el rigor de la ley penal, por razones de orden social y político.[1]

En Europa y en América, la doctrina dominante distingue la amnistía del indulto y de la gracia, con excepción de Inglaterra y Estados Unidos, que han conservado el derecho de gracia en el concepto tradicional.[2]

La gracia es la indulgencia. Sentido religioso del perdón y la absolución de las infracciones a la moral, las normas de conducta, la ética o los deberes que son principios de la religión.

En Francia, el derecho de gracia equivale a nuestro indulto. Duguit sostuvo hasta 1918, fecha de la 3ra. edición de su Manual, que el acto por el cual el Presidente otorga una gracia, es un acto jurisdiccional. Lo considera como un acto administrativo. Otros autores lo suponen un acto político, un acto de gobierno.

La Constitución chilena de 1833, atribuía al Poder Legislativo la concesión de indultos generales y amnistías; y al Poder Ejecutivo la concesión de indultos particulares. Conclusión definitiva que, por lógica, es la correcta.

Alberdi, en el proyecto de la Constitución que propuso, eliminó la expresión "indultos generales", de manera que para el autor de la bases, los indultos generales quedaban o, comprendidos en las amnistías generales atribuidas al Congreso; o, totalmente suprimidos.

El derecho de gracia al parecer no es, pues, un acto político, ni un acto administrativo. No es un acto político, porque no guarda la menor relación con la coordinación funcional de los órganos políticos. Tampoco puede ser administrativo, porque constituye una reforma, una derogación, sino total, al menos parcial, de una decisión jurisdiccional. Es evidente que un acto jurisdiccional no puede ser modificado por un acto administrativo. Por tanto, para ser lógico, hay que decir que el ejercicio de gracia es un acto de jurisdicción.[3]

Jéze hace notar que el ilustre profesor de Burdeos, se rectificó en la 2da. edición de su Tratado, sustentando finalmente que estamos en presencia de un acto administrativo. "En la actualidad -dice- reconozco fácilmente que soy yo quien se equivocaba (...). No es exacto que el acto de gracia sea una modificación de la sentencia de condena. Esta queda intacta. Posteriormente se realiza un acto que condiciona la modificación de una situación legal, que no ha creado la sentencia, sino que solamente la ha condicionado (...). El Jefe de Estado al conceder una gracia, no interviene para resolver una cuestión de derecho, sino solamente, en razón de consideraciones diversas, para modificar una situación legal y esto es lo propio del acto administrativo".[4]

Jéze, por su parte dice: "... ... si se admite mi punto de vista sobre el acto jurisdiccional, el acto de gracia realizado por el jefe del Ejecutivo resulta fácil de explicar. La declaración de culpabilidad hecha con fuerza de verdad legal por el juez represivo queda intacta".

"Fuera de esto, el juez en lo criminal había realizado un acto jurídico distinto del acto jurisdiccional y sacado una consecuencia de la declaración: es la condena. Solamente esta decisión es la afectada por el acuerdo de gracia".[5]

II. LA AMNISTÍA

Por la amnistía, el Estado renuncia constitucionalmente a su potestad penal, en virtud de situaciones graves de interés público. Particularmente, por causas de carácter político, que hacen necesario un llamado a la concordia y al apaciguamiento colectivo. Es una medida de carácter objetivo, que se acuerda *in rem*, y no en consideración a la persona.

1 Rocco A., "Amnistía, Indulto e Grazia nel Diritto Penale Romano". En *Opere Giuridiche*, Roma - 1933 - XI, Vol. 3, p. 34.

2 Story J., Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, 4ta. edición, Tomo 1, p. 770, traducción de Nicolás A. Calvo, Buenos Aires, 1888.

3 Duguit, Tratado del Derecho Constitucional, Manual de Derecho Constitucional, 3ra. Edición, Madrid, 1926.

4 Duguit, Tratado del Derecho Constitucional, Tomo II, p. 251, París, 1923.

5 Jéze, Principios Generales del Derecho Administrativo, Traducción San Millan, Tomo I, p. 259, Buenos Aires 1948.

Tiene en cuenta la infracción y el beneficio a todos los que la han cometido.[6]

La amnistía, por su carácter y efectos, anula la acción penal y la pena. El Estado anula la incriminación. Borra el delito. Surte sus efectos antes, durante y después del proceso. Importa una suspensión temporaria y relativa de la ley penal.

De la jurisprudencia de los fallos revocados y de los fundamentos de la discrepancia de la minoría, la correcta doctrina uniforme constitucional, circunscribe los efectos del indulto a la pena y distingue sustancialmente el indulto de la amnistía, por su naturaleza, por su objeto y por sus efectos.

El indulto significa el perdón de la pena acordado por el Poder Ejecutivo, para suprimir o moderar, en casos especiales, el rigor de la ley. La amnistía, es el olvido de un hecho delictuoso, para restablecer la calma y la concordia social.

El indulto extingue la pena del indultado. La amnistía extingue la acción y la pena, si antes hubiese sido impuesta. Borra la criminalidad del hecho y sus efectos. Anula la acción penal y la pena. Y, el Estado, la incriminación. Por eso, se dice bien, "borra el delito".

Algunos estiman que es la suspensión temporal y relativa de la ley penal. Otros, la derogatoria transitoria, para la situación específica a la que se concede la amnistía.

El indulto es particular. Se refiere a determinada o determinadas personas. La amnistía, es por naturaleza y razón de ser, general. Abarca a todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos.

El indulto se aplica a cualquier crimen y corresponde al ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo, que sin revocar el fallo de los jueces, levanta la pena impuesta, por razones especiales y distintas a las que los jueces deben tener en cuenta.

La amnistía, por el contrario, es función del Poder Legislativo, único Poder que tiene la potestad de declarar la criminalidad de los actos y de crear sanciones; y, también, el único capaz de borrar sus efectos, principio de legalidad del Derecho Penal: No hay delito ni pena, sin ley que los establezca, ni sanción efectiva sin juicio que lo determine.

Esta es la doctrina, los principios y la técnica que rigen la materia en el derecho público de los modernos Estados Constitucionales. Los Códigos Penales ubican la amnistía entre las causas que extinguen la acción penal y el indulto entre los que extinguen la pena.

En nuestra legislación, por el principio de legalidad, "nadie será sancionado por acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

Por el principio "*Nulla poena sine lege*", "sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley".

"No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente".[7]

Los delitos tipificados, procesados y sancionados conforme a estos principios, son los que por ficción de la institución jurídica de la amnistía, se olvidan, se borran, para conceder la gracia que la ley del Parlamento quiere otorgar.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia señalan que la amnistía es el olvido de un hecho delictuoso, debemos entender, en su correcta lectura, que no se refiere al olvido del "amnésico", que en la senectud es insoslayable. No se trata del olvido de quien no recuerda por enfermedad o por ancianidad. Aún cuando, por su etimología, amnistía derive de amnesia, olvido. Jurídicamente, el olvido que instituye la amnistía es figurado. Simbólico. Por su razón. Por su carácter.

Jurídicamente, constituye excepción al derecho común, "al que deroga en circunstancias determinadas". Políticamente, es medida a la que siempre han recurrido las legislaciones y los gobiernos, teniendo en cuenta las exigencias sociales y las circunstancias extraordinarias que hacen necesario desviarse del curso que fija la ley.

[6] Digesto Italiano, Pessina, "Elementos del Derecho Penal", traducido por Hilarión Gonzales del Castilla, 3ra. edición, anotado por Eugenio Cuello Calón, pp. 740 ss., pp. 767 ss. Madrid, 1919.

[7] Código Penal del Perú, Título Preliminar - Principios Generales, artículos II, V y VI.

Se trata de una medida impersonal, de carácter objetivo y general, por actos cometidos en un momento dado o hasta cierta época. Comprende a todas las personas comprometidas en una clase de delitos. Favorece a todos los que se encuentran en las mismas circunstancias y condiciones, **sin consideración de las personas, ni de sus autores.**

La amnistía surte sus efectos sobre el pasado y no sobre el futuro, como ocurre con el indulto, que sólo suprime la pena a cumplirse, o con la conmutación, que únicamente cambia una pena por otra más benigna.

Los efectos de la amnistía abarcan sólo el aspecto penal del hecho. **Por tanto, desde el punto de vista del Derecho Civil, subsiste la ilicitud en cuanto a la indemnización debida a los particulares.**

Por tratarse de una causa extintiva del delito, la amnistía da un beneficio que no puede renunciarse, pero **sí puede discutirse su aplicación, en cada caso concreto, para establecer si se dan o no las condiciones legales**. Ello es competencia de la función jurisdiccional del Poder Judicial, función pública que es exclusiva e indelegable.

Según Garraud, la naturaleza de la amnistía se opone a que pueda ser concedida bajo ciertas condiciones o sometida a ciertas restricciones.[8]

III. EL INDULTO

El indulto es el perdón total o parcial de las penas judicialmente impuestas. Es acto de indulgencia. Es atribución del Poder Ejecutivo.

Es particular, si se refiere a uno o más delincuentes determinados. Es general, si se refiere a todos los delincuentes, en un momento dado -con o sin excepción-.

El indulto es un acto de gracia como la amnistía. Se diferencia de ésta en que no es real. Es personal. En lugar de referirse al delito borrando su criminalidad, beneficia al delincuente, en relación con la pena que le ha sido impuesta, librándolo de la ejecución, en todo o en parte.

Si la amnistía puede aplicarse al hecho anterior o posterior a la condena, el indulto, por definición, es el perdón de la pena impuesta en la sentencia.

El indulto se explica por su origen de derecho de gracia y su concesión por los soberanos. El jefe o rey primitivo, entre los principales atributos de su poder, tenía el de castigar a los delincuentes con penas crueles, fundadas en un concepto de venganza y era natural que a veces, sintiera piedad y perdonara. Con el andar del tiempo, cuando debió desprenderse de la función de juzgar, se reservaron "esta prerrogativa grata que le realzaba a sus propios ojos y a los ajenos, aumentando su poder y su prestigio".[9]

¿Cómo explicar su perduración en los regímenes democráticos; sobre todo en los actuales en que la ley represiva se ha despojado de toda crueldad y la pena de todo concepto de venganza?

Para Montesquieu, el derecho de gracia es un atributo natural del monarca, que no puede tener cabida en una república.[10] Según Story, por el contrario, el poder de perdonar es compatible con toda forma de gobierno.

En opinión de Concepción Arenal, "en cada indulto que firma el Ministro de Gracia y Justicia, reconoce una injusticia de la ley o de los jueces".[11]

Desde los tiempos de Locke, en "la prerrogativa de poder realizar el bien público, se encuentra el de perdonar y cuando la sanción de la ley cae en un hombre que ha cometido una acción, **que más que castigo merecería perdón y recompensa**, por lo que ha delinquido, **siempre que no cauce perjuicio al inocente**".

Modernamente, Stammler dice que "el derecho de gracia es un medio para llegar al derecho justo en un caso concreto. Derecho de gracia, cuando la aplicación rigurosa de una norma jurídicamente imperativa, conduzca a resultados injustos en un caso concreto o efectos jurídicos, que habiendo sido en un principio justos, han dejado de serlo por haber cambiado las circunstancias en que se basaban".[12]

[8] Garraud, Gi, *Traité Théroque et Practique du Droit Penal Francais*, tomo II, número 87.

[9] Concepción Arenal, El Derecho de Gracia ante la Justicia, p. 10, Madrid, s.f.

[10] Montesquieu, "El Espíritu de la Ley".

[11] Concepción Arenal, op. cit.

[12] Tratado de Filosofía del Derecho, p. 382, traducción de Roces, Madrid, 1930.

IV. LA COSA JUZGADA

La esencia de la cosa juzgada es la investigación profunda y personal en el campo de la experiencia jurídica.

En el Derecho Romano, una vez formalizado el proceso, no le era dable a las partes reiterar su demanda, respecto a la cuestión resuelta, conforme al viejo principio *Non Bis In Idem.*

Lo que se designa con el nombre de **cosa juzgada,** que significa juicio dado sobre la *"litis"*, es el efecto principal de las sentencias firmes: impedir su revisión y hacerlas inmutables.

Para el Derecho primitivo y clásico, la cosa juzgada impedía repetir la acción promovida, cualquiera fuese la suerte del proceso. Ello con carácter definitivo.

Inmutable, definitivo, intangible, indiscutible, sólo expresa para otros autores una propiedad, una cualidad particular, un atributo de un objeto al cual se refieren.[13]

Liebman, siguiendo los estudios de Chiovenda, demuestra que la concepción tradicional pierde día a día vigor científico al estudiarse el contenido y los efectos de la sentencia, al extremo de que hoy no se habla de **cosa juzgada,** sino de **autoridad de la cosa juzgada**, considerando a ésta no como un efecto de la sentencia, sino como una cualidad y un modo de ser y manifestarse de sus efectos.[14]

El pronunciamiento judicial tiene frecuentemente una eficacia, no meramente declarativa, sino también constitutiva.

Para la teoría normativa de Hans Kelsen es la inmutabilidad de las normas individuales, carácter que reconoce a las sentencias judiciales.

En Francia, donde hasta principios del presente siglo predominó el criterio jurídico privatista, son varios los autores que reconocen que el lugar que corresponde a las disposiciones sobre la cosa juzgada es el Derecho Procesal.

Esa dualidad de examen de un mismo instituto es consecuencia de que la independencia y autonomía de las distintas ramas jurídicas -en cuanto se rigen por normas propias- no excluye la estrecha vinculación que une a las mismas. Ello no es permitido por el principio de unidad del Derecho, que es una verdad que encuentra en esa fuerza vinculante su más viva manifestación.[15]

Para Lascano, el contenido eminentemente procesal de la cosa juzgada, se forma con ocasión del proceso, del que aquélla no es sino una de sus más importantes consecuencias; aunque sin desconocer que sus efectos trascienden el campo estrictamente procesal, al dar certeza o estabilidad al derecho substancial que ha sido materia de la *litis*.

La relación jurídica declarada por la sentencia, ya no puede ser cuestionada en adelante, ni recaer sobre la misma un nuevo pronunciamiento judicial, puesto que la inmutabilidad de la decisión es lo que caracteriza la cosa juzgada.[16]

Para Alsina es más bien el hecho de tener su nacimiento en la sentencia lo que caracteriza a la cosa juzgada, aunque reconoce que es indiscutible la conveniencia de legislarla en el Código Civil, con lo cual, a su criterio, no perdería su carácter de procesal y, por el contrario, se establecerían reglas uniformes para todo el territorio de la República. Es sabido que el Código Civil contiene numerosas disposiciones de orden procesal, como así también, que el carácter procesal de una norma no es dado por la ubicación de la misma en los Códigos de Procedimientos.[17]

V. LA AMNISTIA Y EL INDULTO EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERU; EN EL CODIGO PENAL DE 1924 Y EN EL VIGENTE

Las Constituciones del Perú tienen una característica no muy común: la facultad de conceder indultos aparece en ellas atribuida al Poder Legislativo.

[13] Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, p. 970.

[14] Liebman, E.T., Eficacia y Autoridad de la Sentencia y otros estudios sobre la Cosa Juzgada, traducción de S.S.M., Ediar, Buenos Aires, 1945.

[15] Lascano D., "La Cosa Juzgada y la Prescripción", Revista Jurídica de Córdova, Núm. 9, p. 5.

[16] Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, citado.

[17] Alsina, H., Tratado teórico práctico de Derecho Civil y Comercial, Tomo 2, p. 576., Ediar, año 1942.

En la primera, la de 1823, "es facultad exclusiva del Congreso y comprende los indultos generales o particulares". [18]

En la de 1826, la de Bolívar, "corresponde a la Cámara de Tribunos". "El tribunado tiene la iniciativa en conceder indultos generales". [19]

En la de 1828, es atribución del Congreso, "Conceder **amnistía** e indultos generales, **cuando lo exija la conveniencia pública**". [20]

Por primera vez, se refiere a la amnistía además del indulto. En ambos, los condiciona a la presencia de una **exigencia**: lo que conviene al interés público; esto es, un interés de toda la nación. Interés público y no sólo el de un sector: interés social. *Ergo*, durante la vigencia de la Constitución de 1828, si no existe la condición señalada expresamente -la exigencia que convenga al interés público- no era lícito que el Congreso aprobara una ley de amnistía o de indulto.

La de 1834, señala: "Es atribución del Congreso, conceder amnistía e indultos generales, **cuando lo exija la conveniencia pública y nunca a particulares**". [21]

Ambos beneficios, continúan como facultad del Congreso. Agrega una prohibición a la condición de la exigencia del interés público. Especifica: "**nunca a particulares**".

En las Constituciones de 1839, 1856, 1860 y 1920, conceder amnistía e indultos sigue siendo atribución del Congreso. [22]

La de 1933, confirma que corresponde al Poder Legislativo. Dice: "Es atribución del Congreso: ejercer el derecho de gracia". "Sólo por leyes del Congreso, el Poder Ejecutivo puede conceder indultos a los condenados por delitos político-sociales". [23]

Adviértase que no denomina indulto a la facultad del Parlamento. Tampoco amnistía. La califica de "Derecho de Gracia". Asimismo, por primera vez, atribuye al Poder Ejecutivo la concesión del indulto, a condición imperativa: sólo a los condenados por delitos político-sociales.

El Poder Ejecutivo no siempre estuvo despojado de toda prerrogativa en la materia. La Constitución de 1826, en las atribuciones del Presidente de la República, señaló: "conmutar las penas capitales decretadas a los reos por los tribunales". [24]

Y las Constituciones de 1828, 1834 y 1839 lo facultan para "conmutar, a un criminal, la pena capital, previo informe del tribunal o juez de la causa, siempre que concurran graves y poderosos motivos y que no sean los casos exceptuados por la ley". [25]

Consecuentemente, las citadas Constituciones otorgaron al Presidente de la República esta atribución, con gran cautela y en forma restringida.

La facultad del Ejecutivo, en este campo, está limitada a conmutar a un criminal la pena de muerte y sujeta a varios requisitos y condiciones. Requisito indispensable: La intervención insoslayable del Poder Judicial, mediante **previo informe** del Tribunal o del Juez de la causa. Además, a condición de

[18] Constitución Política del Perú 1823, Art. 60 - inc. 2 Cap. III Poder Legislativo
Sección Segunda Del Gobierno

[19] CPP 1826, Art. 43 - inc. 16
Capítulo II De la Cámara de los Tribunos
Título V Del Poder Legislativo

[20] CPP 1828, Art. 48 - inc. 22, Atribuciones del Congreso Título IV Del Poder Legislativo.

[21] CPP 1834, Art. 51 - inc. 21, Atribuciones del Congreso Título IV Del Poder Legislativo.

[22] CPP 1839, Art. 55 - inc. 15. Título X Atrib. del Congreso
CPP 1856, Art. 55 - inc. 18. Título VIII Del Poder Legislativo.
CPP 1860, Art. 59 - inc. 19. Título VIII Del Poder Legislativo.
CPP 1920, Art. 83 - inc. 20. Título VIII Del Poder Legislativo.

[23] CPP 1933, Art. 123 - inc. 22. Título V Poder Legislativo

[24] CPP 1826, Art. 83 - inc. 29.
Capítulo Primero Del Presidente
Título VI Del Poder Ejecutivo

[25] CPP 1828, Art. 90 - inc. 30. Título V Poder Ejecutivo
CPP 1834, Art. 85 - inc. 31. Título V Poder Ejecutivo
CPP 1839, Art. 87 - inc. 40. Título XII Poder Ejecutivo

que concurran graves y poderosos motivos. Aún más, que no sean los casos exceptuados por la ley.

La Constitución de 1856, limita la atribución del Poder Legislativo. Restringe el principio de legalidad.

Dispuso, mandatoriamente: "La **ley** no podrá imponer la pena de muerte". Y, lo que es más significativo, adelantándose al quehacer de su tiempo, declaró: "la vida humana es inviolable".[26]

Pionera en el reconocimiento del Derecho Fundamental del Ser Humano: el derecho a la vida, se opone a suprimirla, ni siquiera por el ejercicio regular y legal que reconoce la pena de muerte. Mucho menos a quienes, por sí y ante sí, la suprimen sin ley que lo autorice, lo cual configura delitos de lesa humanidad.

La de 1860, entre las garantías constitucionales, atenúa el rigor absoluto para prohibir que la ley autorice la pena de muerte. Señala: "... ... no puede imponer la pena de muerte **sino por el crimen de homicidio calificado**".[27]

Estas dos Constituciones -1856 y 1860- suprimieron la facultad presidencial de conmutar la pena.

Según el Código Penal de 1924, a efecto de la reincidencia: "la remisión de la pena por vía de gracia, equivale a la ejecución de ella".

"La acción penal pública se extingue: por (...) amnistía y subsiste en este caso la acción civil que se hará efectiva en esta vía".

"La amnistía suprime legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él. El indulto suprime la represión del hecho punible".[28]

En el Código Penal vigente, "La acción penal se extingue: Por ... ... amnistía, ... por autoridad de cosa juzgada". "La ejecución de la pena se extingue por ... ... amnistía, indulto".

"La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta".[29]

En la Constitución de 1979, "conceder indultos y conmutar penas: es atribución del Presidente de la República; salvo los casos prohibidos por la ley"; y como garantía de la Administración de Justicia, establece la institución de la **cosa juzgada.** Dispone: "La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme".[30]

No otorga esta calidad, **gozar** del beneficio de **cosa juzgada**, al indulto ni a la amnistía, como lo hace la Constitución vigente de 1993.

En consecuencia, en la Constitución de 1979, ni al indulto ni a la amnistía, les alcanzaba la situación de **cosa juzgada**. La atribución del Presidente, está circunscrita a conceder indultos y conmutar penas.

En la Constitución vigente de 1993, "es atribución del Congreso: ... ... ejercer el derecho de amnistía". Corresponde a Presidente de la República: "**conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo mas su ampliatoria**".[31, 32]

[26] CPP 1856, Art. 16 - Título IV Garantías Individuales.

[27] CPP 1860, Art. 16 - Título IV Garantías Individuales.

[28] Código Penal 1924, Ley 4868, Arts. 111, 118 y 126.

[29] Código Penal vigente, Decreto Legislativo 635, Arts. 78 -num. 1) y 2) y 89.

[30] CPP 1979, Art. 211 - num. 23.
Capítulo V Poder Ejecutivo
Título IV De la Estructura del Estado

Art. 233 - num. 11.
Capítulo IX Poder Judicial
Título IV De la Estructura del Estado.

[31] CPP 1993, Art. 102 - num. 6.
Capítulo I Poder Legislativo
Título IV De la Estructura del Estado.

[32] CPP 1993, Art. 118 - num 21.
Capítulo IV Poder Ejecutivo
Título IV De la Estructura del Estado

Y señala que la potestad para administrar justicia **emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial;** que "Son principios y derechos de su función jurisdiccional: ... ... la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada"; y que: **"La amnistía y el indulto ... ... producen los efectos de cosa juzgada".**[33]

Por tanto, en la Constitución vigente las leyes que conceden amnistía, y el indulto que otorga el Presidente de la República, **producen los efectos de la cosa juzgada, sólo cuando la administración de justicia que emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial por principio y derecho de su función jurisdiccional, da sentencia de última instancia consentida y ejecutoriada.**

En consecuencia, la ley que concede la amnistía no puede por sí y ante sí clausurar el proceso judicial, menos bloquear el debido proceso y declarar una ley con efectos de cosa juzgada. Si lo hace, invade el Fuero del Poder Judicial y usurpa sus funciones.

Cosa Juzgada, es facultad sólo de la potestad de administrar justicia; del Poder Judicial y no del Poder Legislativo.

VI. EXEGESIS DE LAS LEYES N° 26479 Y 26492

El derecho de gracia que otorga la ley 26479, es el de amnistía, que se concede, necesariamente, por el Congreso, sólo por ley.

En aplicación del mandato constitucional, toda ley es de carácter general. "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas".[34]

Por principio jurídico, axiomático, confirmado por la doctrina, la jurisprudencia y la técnica del Derecho, las leyes son normas de carácter general. Bastaba que la ley 26479, dijese: "Concédase amnistía".

Ergo, toda amnistía tiene carácter general. No es beneficio individual a persona determinada, a cada persona natural, como concesión especial. El Congreso dentro de sus funciones, y las leyes de amnistía, carecen de facultad para concederlos con estos alcances. En ese caso, corresponde conceder indulto, atribución del Presidente de la República.

La Ley 26479 al agregarle la calificación general , se refiere: a toda clase de delitos y delincuentes. Darle esta significación, es extender su aplicación a delitos comunes no vinculados, ni originados en la lucha contra el terrorismo, para involucrarlos como tales. Es interpretación carente de lógica. Es llegar a extremos absurdos. Inadmisibles. Aberrante. Eticamente inmoral.

Con redacción anfibológica, mezcla diversas situaciones que ocasionan aplicación equivocada. Sea de buena fe, por deficiencia técnica y de sistemática o con propósitos premeditados.

Incurre en prácticas y procedimientos vedados. Concede amnistía "... ... al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente ley".[35]

La ley se promulgó el 14/06/95. Se publicó el 15/06/95. Según lo dispuesto por la constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial -16/06/95-, salvo disposición en contrario de la misma ley, que posterga su vigencia en todo o en parte.

Hay contradicción sobre la fecha de vigencia hasta la cual alcanza el beneficio de la amnistía otorgada. Según el texto de la ley, ordena que sea hasta el 14/06/95. Conforme al mandato de la Constitución, corresponde aplicarla hasta el 16/06/95.[36]

[33] CPP 1993, Art. 139 - num. 13.
Capítulo VIII Poder Judicial
Título IV De la Estructura del Estado.

[34] CPP 1993, Art. 103 - primer acápite.

[35] Ley 26479, Art. 1°

[36] CPP 1993, Art. 109.

La Constitución, por principio de jerarquía: "... ... prevalece sobre toda norma legal". La ley de amnistía no puede dar aplicación diferente a lo establecido por la Constitución.[37]

La correcta lectura, es que sólo otorga amnistía, como lo expresa textualmente, " ... ... por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo ... ...".[38]

Con este alcance, conceder amnistía es plenamente justificado. Luchar contra el terrorismo es derecho indiscutible de toda sociedad compuesta por seres humanos que tienen derecho a la vida. Es defender la vida. No la muerte. De igual manera que la persona individual no comete homicidio si lo hace en defensa propia, para salvar su vida.

No lo es para encubrir delitos comunes de homicidio, ni para lograr impunidad.

Los alcances que contiene, cuando, indiscriminadamente, junta: "... ... al personal Militar Policial y civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado ... ...", viola la Constitución.

Al condenado a quien se le suprime la pena, técnica y jurídicamente, se le otorga el indulto.

El Parlamento no puede indultar sin violar la Constitución. Indulto es perdonar, total o parcialmente, la pena impuesta por el Poder Judicial, que emana del pueblo, mediante el debido proceso, en sentencia de última instancia, firme y ejecutoriada, que constituye cosa juzgada.[39]

La amnistía significa **olvidar**, por ficción jurídica, el hecho ilícito que es delito. Es función del Congreso. El Estado renuncia constitucionalmente a su potestad penal. Otorga el beneficio ante situaciones graves, por causas políticas en las cuales el interés público nacional requiere la concordia colectiva. La ley que la concede es necesariamente de carácter general, objetiva, *"in rem"*, **por la naturaleza de las cosas.** Es al Poder Judicial a quien compete de oficio o a petición de parte declarar las personas a quienes les alcanza el beneficio en aplicación de la ley; establecer la amnistía, individualmente, a cada cuál.

La ley dada por el Congreso, que tiene la facultad de determinar el hecho delictuoso en las correspondientes leyes que tipifican los delitos y el proceso a seguir, puede suponer -utiliza ficción jurídica- que queda en suspenso para los casos amnistiados, como si se hubiera derogado -olvidado- el hecho tipificado como delito. Otorga la gracia dentro de los alcances de la amnistía, que son diferentes a la situación jurídica del indulto.

Según rigurosa interpretación jurídica, sólo deberá alcanzar a los hechos y eventos penales y procesales, cometidos por las Fuerzas del Orden, acción legítima del gobierno, en defensa de la sociedad, semejantes a los de un estado de guerra, en la que el Ejército tiene deberes sagrados que cumplir por razón de función, para garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos. Ya sea en la seguridad externa o interna, que están a cargo de las Fuerzas Armadas y Policiales, respectivamente.

Sin la noble y sacrificada acción de las Fuerzas del Orden, no es posible que los pueblos se desarrollen cultural, económica y socialmente; que los ciudadanos confíen que su derecho a la vida no será suprimido, que sus domicilios y patrimonios no serán violados o depredados por ataques subversivos. Acción que impone hasta ofrendar sus vidas, para que se respeten las de los ciudadanos. Labor que es indispensable en todo Estado de Derecho, que merece gratitud. Honor y Gloria a quiénes cumplen sus deberes profesionales, con firmeza y pulcritud.

La ley y la Justicia, sin el eficaz auxilio de las Fuerzas del Orden que las hagan respetar en el exacto cumplimiento de su mandato, son utopía. Son derechos insatisfechos. Así mismo, la utilización de las Fuerzas del Orden, sin el sustento del Derecho, la ley y la Justicia, es atropello y violencia. Es autocracia. Es tiranía.

Situación muy diferente es la de los delitos excecrables, en crímenes ejecutados con trasgresión de los deberes profesionales, y sin vinculación, directa ni indirecta, con la lucha contra el terrorismo.

Según la Resolución de la Juez Penal Antonia Saquicuray, "... se desprende la existencia de indicios razonables, que los hechos denunciables habrían sido ejecutados por personal del Servicio de

[37] CPP 1993, Art. 51.

[38] Ley 26479, Art. 1° - última parte.

[39] CPP 1993, Art. 138.

Inteligencia del Ejército", -culpables de la masacre- "quienes habrían desarrollado una estrategia propia de la lucha contra la subversión terrorista y aplicada el día 3 de noviembre de 1991 ...", por lo cual, declara inaplicable la Ley 26479 a los responsables comprendidos en la instrucción registrada con el N° 93-95, seguidos contra la vida, el cuerpo y la salud, en las que fueron asesinadas 15 personas en una comida "pollada", realizada en una vieja finca de los Barrios Altos.[40]

Si se otorga el perdón de delitos ya establecidos, sancionados con pena privativa de la libertad, corresponde a las funciones y atribuciones del Sr. Presidente de la República conceder indulto en cada caso individual y asumir su motivación y responsabilidad.

Cuando se deriva y desplaza esta liberalidad al Parlamento, se viola claros y expresos mandatos de la Constitución del Estado, que establece que es función y facultad del Congreso legislar con carácter general, por razón de la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas. Es ley de amnistía que concede el beneficio en forma individual, a toda clase de delitos, que encubre y consagra la impunidad. Por axioma jurídico, confirmado en la doctrina, la jurisprudencia y la técnica, uniforme y universal del Derecho, es ley nula por inconstitucional.

Los alcances que tiene la primera parte del Art. 1° de la Ley 26479, al comprender, indiscriminadamente, "... ... al personal Militar, Policial y Civil, cualquiera que fuere su situación Militar, Policial o Funcional correspondiente, ...", requiere que a petición del interesado y no de oficio, se establezca la verdad y alcances de la comisión de un delito, que sólo por vía de gracia, -excepcionalmente - queda suprimido.

Con la amplitud dada en el Art. 1° de la Ley 26479 ¿Se comprende también los hechos ocurridos dentro del plazo señalado que no han sido denunciados?

¿Se puede comprender en el olvido, por amnistía, el hecho sobre el cual no se ha determinado todavía su existencia, ni quien es el culpable -si lo hay-, ni cual es el grado de culpabilidad, ni cuales los tipos penales?

Hacerlo es dar a lo desconocido naturaleza de cosa juzgada, por acto imperativo de la ley, como lo hace la Ley 26479, en el Art. 4°. Bloquear la posibilidad del esclarecimiento jurídico del delito, en el debido proceso. Interferir la autonomía, funciones y atribuciones del Poder Judicial. Usurpar sus funciones. Violar la Constitución. Incurrir en nulidad, *ipso jure*, de pleno derecho: nulidad que no se puede convalidar.

En el Art. 4°, señala que "El Poder Judicial, Fuero Común, Fuero Privativo Militar y el Ejecutivo, procederán en el día, bajo responsabilidad, a anular los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran haberse registrado contra los amnistiados por esta Ley, así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarles ... ...". Su lectura causa estupor. No es el mandato jurídico de sabia norma que busca realizar ideales supremos que logren la paz con el bálsamo del olvido. Es úcase intimidatorio en son de guerra. Ordenanza con sones de trompeta y repique de tambores.[41]

Ordena, también, "... Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que estuvieran sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de la libertad, quedando subsistentes las medidas administrativas adoptadas".[42]

Agrega: "Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; **quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente**".[43]

Es ley que por sí y ante sí, da efecto de cosa juzgada, que sólo puede establecer el Poder Judicial y no el Parlamento.

"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos... ...". Con carácter mandatorio y universal en todos los casos, dispone: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una nor-

[40] Resolución de la Juez Penal Antonia Saquicuray de 16/06/95, publicada en el Diario La República, el 20/06/95 - pág. 3.

[41] Ley 26479, Art. 4° - primera parte.

[42] Ley 26479, Art. 4° - última parte.

[43] Ley 26479, Art. 6°.

ma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera ... ...".

También con carácter imperativo, señala: "Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".[44]

Utiliza el verbo preferir, mandatoriamente. Dice: "**prefieren**". Y no en condicional o facultativo: "Pueden o podrán preferir".

Determina: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional del Poder Judicial: ... ... la observancia **del debido proceso y la tutela jurisdiccional**".[45]

Establece, también, mandatoriamente: "El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley".[46]

La amnistía de la Ley 26479, que en cumplimiento de su razón de ser debería haber conseguido la armonía y pacificación del país, ha suscitado enfrentamientos en todos los sectores; ha dividido a la mayoría gobernante, en agria pugna con la minoría. Los pronunciamientos expresados mayoritariamente por el periodismo y los medios de comunicación, las altas jerarquías y dignidades Eclesiásticas la rechazan, igualmente en mayoría. Así también las expresiones de los Colegios Profesionales y las Revistas Jurídicas, Políticas y Gremiales.

En general, se puede estimar que el debate público se ha manifestado adverso. La Ley 26479 de amnistía, está en contradicción con la voluntad ciudadana. "En un gobierno libre, los gobernantes nunca tienen un interés permanente distinto al del pueblo del cual forman parte y ante el cual son responsables".[47]

Lejos de unificar a la Nación alrededor de la concesión de un beneficio otorgado con la benevolencia, y del olvido indulgente de agravios recibidos, ha determinado mayores enconos y ha enturbiado el ámbito político del Gobierno, que tiene que "inaugurar" una nueva acción, en momentos cruciales.

En cambio, la amnistía concedida al "personal Militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992", sí se ajusta a la doctrina, la jurisprudencia, la técnica, la legislación vigente y el mandato de la Constitución.[48]

Es inconmobible y legítimo el derecho que asiste a quienes no cometieron delito alguno. Por el contrario, es acción que estuvo encaminada al ejercicio del derecho de insurgencia, ordenado por la Constitución.

Por mandato de la Constitución, todos los peruanos tienen el deber: "de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". "Nadie debe obediencia ... ... a quienes asumen funciones públicas en violación a la Constitución y las leyes". "La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional".[49]

Igualmente, la amnistía concedida al "... personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro, denunciado, procesado o condenado por los delitos de Infidencia, Ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto

[44] CPP 1993, Art. 138.
Capítulo VIII Poder Judicial
Título IV Estructura del Estado.

[45] CPP 1993, Art. 139 - Num. 3.
Capítulo VIII Poder Judicial
Título IV De la Estructura del Estado.

[46] CPP 1993, Art. 146, 3er. acápite - Num. 1)
Capítulo VIII Idem
Título IV Idem

[47] John Story en commentary on the Constitution of the United States, citado por Gaceta Jurídica - Junio 1995. T. XVIII.

[48] Ley 26479, Art. 2°.

[49] CPP 1993, Arts. 38 - parte final y 46 primer y segundo acáp.

en la frontera norte", es legítima y acto de estricta justicia, garantizada por la Constitución Política del Estado.[50]

Según su mandato: Toda persona tiene derecho: "... ...A la libertad de conciencia en forma individual o asociada. No hay ejecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión". "A las libertades de información, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, **sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades** de la ley".[51]

La amnistía otorgada, en este caso, es inconmovible, acto de estricta justicia. Legítimo derecho.

La Ley 26479, excluye del beneficio de la amnistía al "personal Militar, Policial o Civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, de Terrorismo y Traición a la Patria regulado por la Ley N° 25659".

Esta norma es legítima. Está dentro de los propósitos y alcances de la doctrina jurídica, la Constitución y las leyes que regulan la amnistía.[52]

Establece que: "Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente".[53]

En suma, la Ley 26479 concede amnistía para tres situaciones que están conforme a ley. Los comprendidos en los artículos 2°, 3° y 5°.

Los incluidos en los artículos 1°, 4° y 6°, son írritos e inconstitucionales.

En certera expresión, a la que adherimos plenamente, "... cualquier interpretación constitucional de la ley o cualquier producción legislativa debe hacerse siempre en armonía con la concepción ideológica que el Constituyente ha tenido sobre el mundo y sobre la posición del hombre en la sociedad. Parafraseando a Jellinek, bien podemos decir que la Constitución representa el *minimum* ético que la sociedad necesita para existir. A esos valores no escapan ni el Congreso, ni el Poder Ejecutivo ni ningún otro poder, lo que implica que las potestades que la Constitución les otorga deben ejercerse siempre de conformidad con los valores que inspiran nuestro estatuto constitucional, incluidos las de amnistiar o indultar. Porque el ordenamiento jurídico no sólo es normatividad, sino también actuar sociológico y exigencias éticas supremas, tal como lo ha demostrado la moderna teoría tridimensional del Derecho".[54]

- LA LEY 26492

Pretextando interpretar los alcances de la amnistía otorgada por la Ley 26479, atribuye a la facultad legislativa, las funciones jurisdiccionales que sólo tiene el Poder Judicial, para establecer la cosa juzgada; y, lo que es más grave, ordena **imperativamente**, dice: "**Entiéndase**, que el inciso 3 del Art. 139° de la Constitución, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, ...".[55]

Alega que el derecho de amnistía es un derecho de gracia, cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, no es revisable en sede judicial; y, finalmente, interpreta, que el Art. 1° de la Ley 26479, -que adolece de múltiples nulidades- es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales, sin importar que el personal Militar, Policial y Civil involucrado, se encuentre o no investigado, sujeto a proceso penal o condenado, quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, sin que ningún otro Poder del Estado pueda interferir en sus decisiones jurisdiccionales.

La decisión de la Jueza Antonia Saquicuray, el dictamen fiscal y el voto singular de la Dra. Luisa Napa

[50] Ley 26479, Art. 3°.

[51] CPP 1993, Art. 2 - numerales 3 y 4.

[52] Ley 26479, Art. 5°.

[53] Ley 26479, Art. 6°.

[54] Gaceta Jurídica, Editorial, Tomo 18 - Junio 1995.

[55] Ley 26492, Art. 1°.

de la 11va. Sala Penal, en ejercicio pleno de la potestad que le confiere la Constitución, han declarado, con toda legitimidad, inaplicable la Ley N° 26479, para los procesados por la matanza de los Barrios Altos, pese a la amenaza de la acusación por prevaricato.[56]

En cuanto a la Ley 26492, la situación es más grave. Con redacción imperativa, da órdenes al Poder Judicial. No respeta su autonomía. Viola su independencia. Rompe el equilibrio de los Poderes del Estado. Sin autonomía, sin independencia, sin equilibrio de poderes, no existe sistema político democrático para gobernar la sociedad con normas de convivencia civilizada, en un Estado de Derecho.

Desde el ángulo ético también es indefendible. Otorga absolución y encubre delitos por crímenes que lejos de tender un manto de olvido y armonía, socavan valores fundamentales de la sociedad y del Estado; del civismo y la conducta moral.

Es doctrina uniforme del Derecho, aceptada universalmente que el Poder Judicial ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes.

Para el caso individual de este proceso, en cualquier instancia del Poder Judicial, ante la oposición de un mandato de la ley contra lo dispuesto por la Constitución, por el principio de la jerarquía de las leyes, se debe aplicar la Constitución.

"Corresponde al Tribunal Constitucional: Conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad", para abolir y derogar una ley inconstitucional, con carácter general, la que queda abrogada, sin aplicación; y es facultad y atribución, entre otros, otorgada a los Defensores del Pueblo, a los ciudadanos, con 5,000 firmas comprobadas y los Colegios Profesionales, en materia de su especialidad.[57]

Desgraciadamente, no obstante la garantía constitucional otorgada sobre esta materia, su ejercicio queda frustrado. El Gobierno - Poder Legislativo y Poder Ejecutivo- no ha puesto en funcionamiento la más alta jerarquía de la función jurisdiccional, encargada al Tribunal Constitucional, mediante el nombramiento que corresponde efectuar de los Vocales Titulares.

Queda recurrir a la decisión ciudadana expresada en referendum.

VII. LAS LEYES 26479 Y 26492 Y LOS DERECHOS HUMANOS

Las leyes, consecuentemente, y su interpretación deben para tener validez, -con rigor existencial- ser formuladas, aprobadas y aplicadas, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política del Estado.

Ley que viola la Constitución, deja de existir. Es írrita. Nula. Sin fuerza ni obligación.

A su vez, la Constitución sustenta sus directivas y mandatos -basados en concepciones filosóficas- en principios señalados en las ciencias políticas, económicas, sociales, administrativas y jurídicas; en métodos, sistemas y estructuras logrados por la técnica y, lo que es más importante y significativo, por la actuación de todos los Poderes del Estado al ejercer funciones y potestades para aplicarlos; momento cumbre en el que su virtualidad es tangible, efectiva, real y concreta. Debe ser no sólo el cumplimiento fiel de lo expresado en su texto gramatical, sino también conjunta e indelegablemente, con el espíritu que contiene y le insufla vida y razón de ser.

Sólo así realiza fines y objetivos queridos, en el marco de la jerarquía de valores éticos sin los cuales carece de legitimidad y no es firme, efectiva, ni legal; no subsiste.

La Ley 26479 y la Ley 26492 que la interpreta, violan los Derechos Humanos. Están ambas en contradicción de la Constitución Política del Perú. Incurren en nulidad de pleno derecho. No se pueden convalidar. Son "insubsistentes".

Defender la persona humana, respetar su dignidad y elevar estos valores al **fin supremo de la sociedad**, son los principios que consagra la Constitución Política del Perú.[58]

Al incluirlos en la Primera Norma, del Primer Capítulo y del Primer Título, se les da la primera jerarquía, la máxima prioridad.

[56] CPP, Art. 138° - 2do. párrafo.

[57] CPP 1993, Arts. 1° y 203 - num. 3, 5 y 7.

[58] CPP 1993, Art. 1°.
Capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona.
Título I De la Persona y de la Sociedad.

Su cumplimiento abarca, por tanto, a todos los poderes del Estado e instituciones, cualesquiera sean las potestades, funciones y atribuciones que les correspondan.

Incluye entre los deberes del Estado, que califica de **primordiales**, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.[59]

Establece: "Que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional" y que "... deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre los **derechos humanos**".[60]

Entre las Disposiciones Finales y Transitorias, señala: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", que es de carácter permanente y no transitoria.[61]

Es también principio y derecho de la función jurisdiccional que "**La amnistía y el indulto, el sobreseimiento definitivo** y la prescripción **producen los efectos de la cosa juzgada**".[62]

En consecuencia, tanto la amnistía como el indulto para tener efecto de cosa juzgada por mandato de la Constitución, corresponden a la función jurisdiccional del Poder Judicial y no a la del Poder Legislativo. La Ley 26492, que da carácter de cosa juzgada a la amnistía otorgada por la ley 26479 viola el mandato constitucional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, consagra los alcances de las garantías y la protección judiciales a que tiene derecho toda persona; normas que integran el derecho constitucional peruano según lo dispone el Art. 55 de la Constitución.[63]

Igualmente, las normas sobre Derechos Humanos, contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por Asamblea General de las Naciones Unidas [64], y aprobado por el Perú y las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, también aprobado por el Perú, forman parte del Derecho Nacional.[65]

En suma, de los artículos glosados de la Constitución Política del Perú, en concordancia con Tratados Internacionales aprobados por el Perú, se deduce que las leyes 26479 y 26492, violan la Constitución Política del Perú, incurren en la causal de nulidad de pleno derecho, en lo que se refiere a los Derechos Humanos.

VIII. SINTESIS DEL ANALISIS Y CONCLUSIONES SUSTENTADAS EN EL PRESENTE ESTUDIO

El indulto y la amnistía, instituciones creadas por el Derecho, son instrumentos -ambos- destinados al servicio de fines superiores: alcanzar el valor supremo de la Justicia, en defensa de la verdad.

Justicia que se apoya en la verdad, es sustento sólido para lograr la paz en la que espontáneamente florece la convivencia humana y resplandece la libertad. Porque "sin libertad, no hay derecho, ni justicia, ni paz", según reza el mandamiento de Couture que juramos cumplir para ejercer el sacerdocio de la abogacía.

[59] CPP 1993, Art. 44.
Capítulo I Del Estado, La Nación y el Territorio.
Título II Del Estado y la Nación.

[60] CPP 1993, Arts. 55 y 56 - Num. 1.
Capítulo II De los Tratados.
Título II Del Estado y la Nación.

[61] CPP 1993, Disp. Finales y transitorias - Cuarta.

[62] CPP 1993, Art. 139 - Num. 13.

[63] Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica - Arts. 8° y 25°. Versión oficial en idioma castellano, publicado por la Sec. General de la Organización de Estados Americanos.

[64] Asamblea General de las Naciones Unidas - Resolución 217-A (III) de 10-11-48. Aprobado por el Perú por Resolución Legislativa 13282 de 9-12-59.

[65] Asamblea General de las Naciones Unidas - Resolución 2200-A (XXI) de 16.11.1966. El Perú la aprobó por Decreto Ley 22128 de 28-03-78. Ratificada Constitucionalmente en la Disposición Final Cuarta.

Amnistía no es encubrir delitos de lesa humanidad. Encubrir delitos es impunidad. Es corrosivo, disolvente de la paz social y de la libertad. Es falsear la verdad y desvirtuar los fines del perdón y la indulgencia que contienen el indulto y la amnistía, para ocultar la verdad y consagrar la injusticia.

La amnistía y el indulto, por su razón de ser, por la estructura de su naturaleza jurídica constitucional, desarrollada en la ciencia, la doctrina, la ley y la jurisprudencia, perfeccionada en la evolución histórica por la elaboración de principios, métodos y sistemas de Derecho Constitucional y Penal; por los objetivos y fines de la Política, como Ciencia, Técnica y Arte de Gobierno; y por **imperativos sociales**, están al servicio de la paz y la unidad nacional y no de la división y el enfrentamiento.

Indulto y amnistía son garantía en defensa de la dignidad y respeto de la persona humana, que tiene derechos de validez universal. Son salvaguarda del ejercicio democrático en un Estado de Derecho, creado para cumplir fines específicos, que permiten el desarrollo, superación y perfeccionamiento de las personas. No deben conducir a degradación física, ética y moral.

Por eso, el Art. 1° de la Ley 26479, que oculta la verdad para encubrir el delito y lograr la impunidad, es nulo. Lo irrito, lo ilegal, lo inconstitucional, no puede prevalecer contra la verdad y la Justicia, para consolidar la impunidad.

La Ley 26492, que pretende dar fuerza de **cosa juzgada** a la Ley de Amnistía 26479, con el pretexto de "**precisar su interpretación y alcances**", invade el fuero del Poder Judicial y usurpa sus funciones y atribuciones constitucionales.

Según la Constitución que nos rige, corresponde al Poder Judicial -autónomo- la función, exclusiva e indelegable, de administrar justicia. Como tal, de establecer, mediante el debido proceso, la cosa juzgada.

El Poder Legislativo es igualmente autónomo, en otro campo, con funciones exclusivas como legislar.

El Poder Legislativo con la Ley 26492, se avoca a funciones jurisdiccionales propias del Poder Judicial.

La amnistía concedida por la Ley 26479 y su interpretación por la Ley 26492, contradice la Constitución Política del Perú, respecto a los Derechos Humanos.

Defender a la persona, respetar su dignidad y elevar estos valores al **fin supremo** de la sociedad, son los principios que consagra la Constitución del Estado. Les da la primera jerarquía. La máxima prioridad. Los incluye en la Primera Norma, del Primer Capítulo, del Primer Título; y, también, entre los deberes del Estado, que califica de **primordiales**.

Establece que los Tratados celebrados por el Estado y que se encuentran en vigor, forman parte del Derecho nacional, siempre que versen sobre los derechos humanos y que deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados de acuerdos internacionales.

En consecuencia, las Leyes 26479 y 26492, que violan la Constitución de la República, respecto a los principios de la defensa de los Derechos Humanos, incurren en causal de nulidad de pleno derecho.

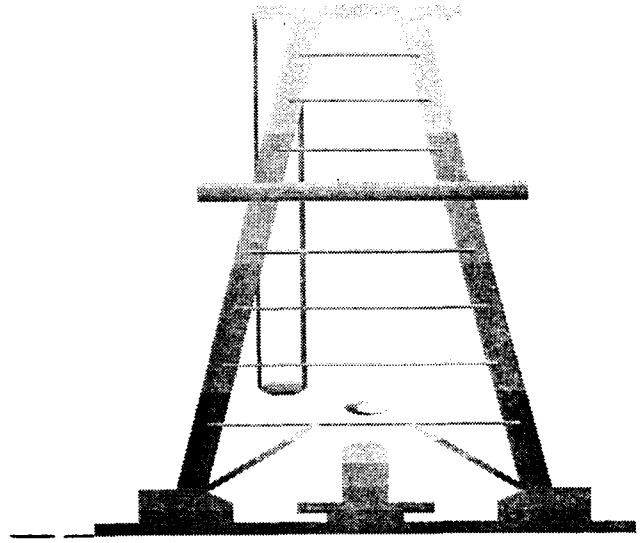
La amnistía concedida, se tramitó marcando *record* de celeridad, en maratónica sesión del Pleno, en carrera contra el reloj. Fue aprobada al amanecer del día siguiente, sofocando las opiniones discrepantes de miembros de la mayoría y de la minoría.

Apresuramiento y precipitación, con voluntad de lograr por sorpresa los verdaderos fines, no confesados, comprendidos en el Art. 1° de dicha Ley; en contradicción con los nobles fines que son la razón de ser de toda amnistía: unificar y superar diferencias sociales y políticas, al servicio de la justicia.

En suma, la Ley 26479, en lo referente a los casos incluidos en los Arts. 1°, 4° y 6°; y la Ley 26492, por inconstitucionales, jurídicamente, son nulos *ipso jure*, con nulidad insalvable que no se puede convalidar.

Lo nulo no existe. No existió ayer. No existe hoy. No existirá mañana.

CREEMOS EN LOS PERUANOS... SEGUIMOS EN EL PERU.



OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU
Petróleo para el desarrollo

REDISEÑO DEL ESTADO DE SEPARACION DE PODERES A LA LUZ DE ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PUBLICO ROMANO*

Marcial Rubio Correa
Abogado
Vicerrector y Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Estado de separación de poderes, fruto del pensamiento liberal e ilustrado, se ve cuestionado cada vez más, ya que pierde su legitimidad al excluir la participación del pueblo en la toma de decisiones fundamentales y en la vida política de la nación. Se han buscado caminos que conduzcan a la superación de este problema, sin embargo, pocos de ellos parecen viables, pues no pasan de ser meros ejercicios de teoría política.

El doctor Marcial Rubio toma los aportes que nos deja la vida política de la antigua Roma, para desarrollar una propuesta que pretende, a grandes rasgos, rediseñar el Estado de separación de poderes. De esta forma, vemos cómo el autor nos presenta las instituciones (algunas nuevas, otras semejantes a las actuales pero vistas desde una nueva perspectiva) que en su opinión deberían formar parte del nuevo Estado.

1. PRESENTACION

Este documento discute la posibilidad de cambiar los supuestos del Estado de separación de poderes utilizando como inspiración principios de la organización política romana. No es una propuesta de sustituir la separación de poderes por el esquema romano, sino de recrear el Estado actual, de manera más coherente, utilizando categorías romanas.

Los elementos de juicio que hemos tomado en consideración al elaborar este trabajo son los siguientes:

- El modelo de organización del Estado con separación de poderes ha significado, en la práctica, expropiar la vida política al pueblo. Mediante una estructura que se pretende racional, ha constituido un esquema de órganos de gobierno que se reparten las funciones entre sí y que se controlan mutuamente, en el plano de lo que se ha dado en llamar la superestructura de la organización política. Con la complejidad del mundo moderno, esta concentración de poder ha favorecido el desarrollo de poderosos grupos de presión, nacionales e internacionales, de naturaleza económica y tecnocrática (a menudo defendiendo similares intereses), que se adueñan en forma significativa de las decisiones políticas.

- El pueblo está marginado del ejercicio del poder en este contexto: sólo le cabe ir a las urnas periódicamente, a elegir gobernantes a los que luego

* Ponencia presentada al Seminario *Riforma dello Stato e cittá capitali. Aspetti comparativi italo-latinoamericani*, en Roma, 16 y 17 de Diciembre de 1994.

le es difícil (si no imposible) controlar en el ejercicio de la representación recibida. Los mecanismos de democracia directa carecen de peso eficiente en el sistema político.

- Los dos fenómenos antes reseñados no son casuales: pertenecen a la esencia del Estado de separación de poderes, que elitiza el poder y desmoviliza al pueblo por su propia naturaleza.

- Los hechos recientes, sin embargo, muestran que el Estado de separación de poderes parece haber llegado a tocar algunos de sus límites y que son necesarios dos procesos paralelos, que se vienen dando en el constitucionalismo moderno, particularmente en América Latina. El primero, es el regreso a formas de democracia directa. El segundo es la introducción de órganos estatales con poder soberano que, sin embargo, no están previstos en la estructura de separación de poderes ni funcionan adecuadamente de acuerdo a sus reglas. Tal vez, el Defensor del Pueblo que muchos países pugnan por establecer en la actualidad, sea uno de los mejores ejemplos de los que venimos diciendo.

  Estos órganos heterodoxos en el sistema de separación de poderes, y los mecanismos de democracia directa, requieren a nuestro juicio no sólo instituir pragmáticamente las nuevas figuras dentro de nuestro constitucionalismo, sino repensar los principios básicos y la organización global del régimen.

En base a lo anterior, hemos preparado este documento que, por lo dicho, propone una revisión de la estructura de los órganos de poder del Estado con las siguientes características:

- Se mantiene lo esencial del concepto de separación de poderes, es decir, que los diversos órganos tengan competencias de actuación distintas. No se mantiene la exclusiva tripartición del aparato en órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

- Se pretende que el poder del Estado resida eficientemente en el pueblo, del cual no debe sólo "emanar": tienen que existir instituciones que permitan que lo ejercite efectivamente. Esto puede lograrse, en lo inmediato, fortaleciendo el rol de las elecciones y del referéndum, tanto del ratificatorio de decisiones gubernamentales (fundamentalmente legislativas) como del de ratificación de la representación de los órganos del Estado (que en el constitucionalismo moderno algunos llaman plebiscito).

- Se pretende que los órganos, en lo posible, sean colectivos a fin de garantizar un ejercicio más atemperado del poder. La excepción es la Jefatura del Estado que la hemos pensado como residente en una persona individual.

- Se recurre al concepto de poder negativo y de veto de la actuación política entre los órganos del Estado, de manera más intensa que la forma tremendamente limitada en que lo hace el Estado de separación de poderes. En los conflictos extremos entre órganos del Estado, se pretende que la solución provenga de la recurrencia al referéndum, haciendo al pueblo el árbitro final de las disputas.

- Se busca elaborar un modelo político en el que más que soberanía en el sentido de Bodino, haya mando, en el sentido romano del *imperium*. Consideramos que la diferencia entre *imperium* y soberanía para organizar el Estado, es mucho más importante que lo que los tratados de Derecho Público modernos están dispuestos a conceder.

Un Estado de esta naturaleza es más político que tecnocrático y, es verdad, intensifica el pulso de la vida política, dando mayor participación al pueblo. Esto encierra sus riesgos, el mayor de los cuales es el de la anarquía, que debe ser controlada. Para ello, la regimentación de los detalles puede ser muy importante y, aquí, sólo es abordada de manera muy elemental.

Nuestro objetivo es contribuir a la discusión constitucional contemporánea, utilizando aportes del Derecho Público Romano, para restituir el sentido politico a la vida pública, para lograr que la constelación de órganos existentes en el Estado pueda funcionar mejor mediante un cambio de principios. Pretendemos lograr, si llegamos a ser capaces de incorporar las críticas y aportes de muchos colegas, un modelo de Constitución Política, alternativo al que corrientemente se utiliza en la actualidad.

Una de las limitaciones más serias de esta propuesta, para nosotros, es que está focalizada en el Gobierno Central y no toma en cuenta la problemática que a un modelo de este tipo plantean los gobiernos regionales y locales, de creciente importancia en la conformación del Estado contemporáneo. Es algo que habrá que desarrollar a futuro.

2 LAS LINEAS GENERALES DE LA PROPUESTA

En virtud de lo dicho hasta aquí, proponemos a continuación una serie de ideas sobre cada uno de los principales órganos existentes en el ámbito del gobierno central de los Estados contemporáneos de América Latina. No nos referimos al Poder Judicial porque hasta ahora, no hemos encontrado mayores modificaciones que hacerle al modelo que tiene actualmente.

2.1 El Jefe de Estado

Proponemos la existencia de un Jefe de Estado como persona individual, cuya función es la de Protector de la República, en el sentido que está por encima de todos los demás órganos estatales y no tiene injerencia en las decisiones políticas cotidianas.

El Jefe de Estado debe ser elegido popularmente con mandato sujeto a plazo. Puede o no haber mecanismos de reelección, de acuerdo a los diversos modelos actualmente existentes en el constitucionalismo.

El Jefe de Estado debe proponer a los integrantes del órgano ejecutivo quiénes, una vez nominados, deben reunirse a ejercitar sus atribuciones, la primera de las cuales será diseñar su presentación ante el órgano legislativo para obtener el voto de confianza o de investidura que les permita ejercer la labor de gobierno.

La función esencial del Jefe de Estado en la vida política consistirá en lograr que los demás órganos del Estado trabajen de la manera más armoniosa, coordinada y eficiente posible. Para lograrlo, el Jefe de Estado debe tener poderosas armas coercitivas y, dado el caso, coactivas. Ellas han sido ya desarrolladas en el constitucionalismo contemporáneo. Proponemos las siguientes:

- La atribución de veto de cualquier decisión de cualquier órgano del Estado. Este veto, en el caso de las normas aprobadas por el órgano legislativo, podrá ser levantado mediante los procedimientos conocidos. Si se trata de decisiones legislativas de rango menor, o de decisiones políticas o de poder, la resolución final sobre el problema del veto, tendrá que ser jurisdiccional.

- La atribución de destituir a los integrantes de cualquier órgano del Estado con poder máximo (que son los señalados en este trabajo), sometida a referéndum ratificatorio popular.

- La disolución del órgano legislativo con convocatoria inmediata a nueva elección de sus miembros.

- El poder de declarar los estados excepcionales de emergencia o sitio, a pedido del órgano ejecutivo, y de dictar legislación de excepción (que puede ser derogada por quien detente la atribución legislativa de que traten las normas de excepción).

En el modelo planteado, estas atribuciones deben ser exclusivas del Jefe de Estado, quien las tomará por sí mismo manteniendo, simultáneamente, el privilegio de la irresponsabilidad política.

2.2 El órgano ejecutivo

2.2.1. El aspecto orgánico y funcional

En América Latina el órgano ejecutivo del Estado es en realidad el Presidente de la República: conduce la política general del Estado y, desde luego, nombra al Consejo de Ministros y define sus posiciones políticas a pesar de que en la mayoría de los casos es definido cono Jefe de Estado y no como Jefe de Gobierno. A su turno, los ministros tienen en los textos constitucionales una importancia de Estado a la que no hacen honor en la conducta cotidiana porque aceptan una desmesurada dependencia del Presidente (en el Perú, los ministros suelen decir que son ministros del Presidente, no ministros de Estado. Constitucionalmente, la diferencia entre lo uno y otro es significativa).

La tendencia al autoritarismo, y por ende los límites al ejercicio democrático comprendidos dentro de esta mutación constitucional son muy grandes y, en verdad caracterizan el tratamiento que muchos teóricos de fuera de América Latina hacen de nuestros regímenes políticos.

La idea alternativa es la de colegiar las decisiones del órgano ejecutivo como tal, es decir, dar las atribuciones de decisión al Consejo de Ministros, el que tendrá un Presidente en calidad de Jefe de Gobierno. Al propio tiempo, en la ejecución de la política concreta, las decisiones del Consejo serían ejecutadas por cada Ministro en su ámbito, sufriendo éstos como límite sólo el veto de sus acciones por alguna otra autoridad.

¿Cuál? Esto puede variar según la configuración que tenga el régimen como globalidad. Si hay un Primer Ministro Jefe de Gobierno, el veto puede

provenir de él. Si hay Jefe de Estado distinto de Jefe de Gobierno, puede provenir de aquél. Si existen los dos, puede adoptarse hasta tres combinaciones: los vetos que corresponden al Jefe de Estado, los que corresponden al Jefe de Gobierno, y los que pueden eventualmente corresponder a cualquiera de los dos indistintamente. El veto impuesto por el Jefe de Gobierno puede ser discutido en el Consejo de Ministros y, eventualmente, ser levantado con una decisión colectiva.

Es importante notar que no se trata del veto legislativo que hoy tienen los Jefes de Estado. Esta es una institución distinta porque no se refiere al ámbito ejecutivo. Lo que nosotros estamos planteando aquí es un esquema en el que el Jefe de Gobierno y el Ministro se comportan de manera distinta a lo que ocurre en la actualidad por dos razones:

- Porque el Ministro es autónomo y responsable exclusivo de las decisiones ejecutivas de su ámbito.

- Porque el Jefe de Gobierno no puede imponer decisiones al ministro sino vetárselas.

De esa manera, el Jefe de Gobierno es un conductor de la obra colectiva pero no el detentador individual de la potestad ejecutiva del Estado.

El órgano ejecutivo es nombrado por el Jefe de Estado pero necesita voto de confianza o voto de investidura (la elección puede variar según el modelo de régimen político que se elija) de algún otro órgano. Proponemos que sea el órgano legislativo. De esta manera, se fuerza la necesidad de alianzas y concertaciones, costumbre no común en la vida política de América Latina.

El órgano ejecutivo puede ser censurado por el legislativo y, provistas ciertas circunstancias, puede ser destituido por el Jefe de Estado.

2.2.2. Las atribuciones constitucionales

El órgano ejecutivo tiene una serie de atribuciones propias y reconocidas en las constituciones modernas. Todas ellas deben ser mantenidas.

También debe tener todas las atribuciones ejecutivas y legislativas (salvo las que constituyan reserva de ley) para ejecutar el plan de gobierno. Este es un cambio que resulta significativo para la mayoría de las constituciones de América Latina, en la medida que ha sido una de las características de su constitucionalismo formal, el reconocer como ente legislador al órgano legislativo. Sin embargo, en esto ha habido también uso y abuso tanto de la delegación legislativa, como de la delegación mediante decretos de emergencia o de urgencia.

En la práctica, en la mayoría de los países de América Latina, el grueso de la legislación significativa es discutida, aprobada y promulgada por el Poder Ejecutivo, no por el Legislativo. Establecer una norma como la que proponemos, significaría reconocer en el plano formal, lo que ha venido sucediendo en el plano real desde la década pasada. Por supuesto, una medida de esta naturaleza exige contrapesos que impidan el ejercicio autoritario y excluyente del poder por el Ejecutivo colegiado.

También debe tener la atribución de resolver en vía administrativa todos los problemas de ejecución de la política, con una normatividad del proceso administrativo clara y protectora del ser humano y las personas jurídicas, y con el derecho a un eficiente sistema de reclamación de las pretensiones contra actos administrativos en la vía contencioso-administrativa. En la actualidad, los órganos ejcutivos tienen esta atribución resolutiva, en general sin mayor regimentación, y tanto los procedimientos administrativos como lo contencioso-administrativo, están regulados de manera tal que no ofrecen garantía de seguridad y eficiencia para la solución de las pretensiones. Indudablemente también, tiene que estar garanizada la jurisdicción constitucional para aquellos casos en los que se transgreda los derechos humanos de rango constitucional, o la jerarquía del orden jurídico.

Finalmente, el órgano ejecutivo debe tener la atribución de convocar al pueblo a referéndum para que se pronuncie sobre las materias que correspondan a esta institución en el sistema político elegido, según su libre discreción política.

2.3 El órgano legislativo.

2.3.1 El aspecto orgánico y de función

El órgano legislativo puede asumir varias modalidades de organización en esta propuesta; no existe preferencia por alguna de ellas.

Sin embargo, por las funciones que se espera lleve a cabo, es indispensable que su trabajo sea tan importante en las comisiones como en el pleno de legisladores. Debe existir una complementación muy grande entre una y otra dimensión. En la mayoría de los Congresos de América Latina, prima el trabajo de pleno.

El órgano legislativo debe ser elegido por votación popular y puede ser disuelto por el Jefe de Estado (no por el Ejecutivo). Para efectos de disolución, se puede escoger cualquiera de las muchas que nos ofrece el constitucionalismo contemporáneo.

2.3.2.- Las atribuciones constitucionales.

Las funciones principales que tendría serían las siguientes:

- Legislar dentro de un ámbito de reserva de ley, de contenido variable según la tradición de cada país. Un elemento de la reserva de la ley podría ser el conjunto de disposiciones que la Constitución requiere para ser puesta en pleno cumplimiento. A él se puede sumar una lista para la que podría servir de inspiración la Constitución francesa de 1958.

- Reformar la Constitución mediante los mecanismos de poder constituyente delegado. Esta labor debería ser complementada por el ejercicio del referéndum de reforma constitucional.

- Control político del Estado pero, particularmente, del órgano ejecutivo. A los mecanismos tradicionales de interpelación y censura, que por supuesto deben permanecer (en el caso de la interpelación señalándose un número razonable de firmas para hacerlo accesible a las minorías), hay que añadir otros con las funciones siguientes:

  a. Una comisión de moralidad pública con amplios poderes de investigación y con atención preferente del trabajo del pleno del órgano legislativo. Esta comisión debe tener una conformación relevante que asegure, en la medida de lo posible, su eficiencia y seriedad. Una fórmula podría ser que los cabezas de cada lista elegida al órgano legislativo, tengan por toda ocupación esta Comisión, de manera que sean gente experimentada y con futuro político que debe ser labrado moralizando efectivamente la vida pública.

  Este tema, no nos olvidemos, fue un problema que ya identificó Simón Bolívar en su proyecto de Constitución, y que sigue vigente en la actualidad con graves dimensiones.

  b. Una mayor participación de las minorías en la labor de control político. Esto supone, en esencia, que esa minoría esté en capacidad de expresar sus puntos de vista y que pueda desarrollarse un diálogo político permanente dentro del órgano legislativo, pero también entre él y el ejecutivo.
  Esto puede lograrse disminuyendo los rigores reglamentarios de limitación de intervenciones y de conclusión de debates por votos de la mayoría. Al propio tiempo, estableciendo un espacio de la jornada de trabajo del órgano legislativo, en la que esté obligatoriamente presente el Gabinete Ministerial a fin de debatir los diversos aspectos de la política del gobierno.

  No se trata, con esto, de incrementar el poder de la minoría en la toma de decisiones, pero sí de reconocer que el órgano legislativo es el cenáculo de mayor pluralidad dentro de la estructura del Estado por la forma en que son elegidos sus miembros y, en consecuencia, de convertirlo en un lugar de discusión de la política por las fuerzas más significativas del país.

  La democracia, en mucho, es el intercambio de ideas y un esquema de funcionamiento del órgano legislativo de este tipo, lo favorece.

Indudablemente, este modelo de órgano legislativo requiere mucho más tiempo para la discusión política. El se obtendría, en gran parte, de la reducción de su tarea legislativa según hemos visto antes.

También puede convocar a referéndum sobre las materias establecidas para él.

2.4 El Defensor del Pueblo y el Ministerio Público

Ambos deben ser órganos colegiados que tienen poder basado en la elección de sus miembros, la que puede ser directa por el pueblo, o indirecta, por ejemplo por el Senado. Lo importante es que no sean elegidos ni nombrados por los otros órganos de poder del Estado. Consiguientemente, no se deben a ellos sino que responden directamente al pueblo.

Ambos órganos en conjunto pueden ser destituidos por el Jefe de Estado, con ratificación popular por referéndum. Los cargos de los miembros de estos órganos vacan por las mismas razones que el del Presidente de la República. La vacancia debe ser declarada por el órgano legislativo.

Ambos órganos vetan las decisiones de los demás órganos del Estado en los aspectos que se refieren a sus competencias. Pueden actuar de oficio o a pedido de partes o de sectores del pueblo. El veto

significa la imposibilidad de ejecutar las decisiones de los otros órganos del Estado o, inclusive, las que provengan de particulares.

La esfera de veto de estos órganos son las grandes decisiones políticas y su ejecución. No vetan las normas legislativas de diverso rango, aunque deben poder pedir al Jefe de Estado que lo haga. No se ocupan de problemas particulares ni defienden a personas ante los tribunales aunque sí salen a juicio en los asuntos en los que puedan ser considerados parte.

Las decisiones de estos órganos pueden ser impugnadas en vía jurisdiccional para que se resuelva en definitiva sobre ellas. Esta impugnación podrá hacerse ante los tribunales ordinarios o, como proponemos en esta ponencia, ante una Corte Constitucional.

Además, ambos órganos pueden proponer proyectos de ley sobre los temas que son de su competencia, y pueden convocar al pueblo a referéndum en las materias en que dicha institución sea procedente. Esta convocatoria a referéndum no está sujeta a impugnación judicial.

Para todas estas atribuciones, ambos órganos tienen una amplia discrecionalidad de investigación en materia de hechos y conductas, aunque con respeto de los derechos humanos. Dentro del ámbito público, pueden hacer todas las investigaciones que estimen pertinentes y exigir la información que consideren necesaria sin que les pueda ser negada.

La diferencia entre estos dos órganos consiste en la materia precisa de su competencia que desdoblamos en lo siguiente:

- Al Defensor del Pueblo le compete todo lo referente a los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

- Al Ministerio Público le compete defender la legalidad de la vida social y política en el sentido amplio de la palabra.

Como puede verse el Defensor del Pueblo y el Fiscal de la Nación son órganos de rango y características semejantes, variando la temática a la que se refieren las competencias de cada uno. Eventualmente, sus intervenciones podrán concurrir en un mismo asunto, caso para el cual hay que dictar las normas de solución: pueden desarrollar paralelamente su trabajo o puede preferirse a uno sobre el otro según reglas de competencia para las que pueden servir de inspiración las que tiene la contienda de competencia de los tribunales.

Cabe preguntarse por qué hay que establecer esta dualidad de órganos que son tan parecidos entre sí y que, por lo demás, pueden confluir en el mismo asunto varias veces. La razón es que creemos que en América Latina, al menos, es indispensable establecer un órgano especializado en la protección de los derechos humanos, porque son sistemáticamente violentados tanto por la acción de grupos de poder, como por los mismos funcionarios y poderes del Estado. Por ello no basta un órgano como el Ministerio Público, que al trabajar sobre la legalidad de la vida pública en general, puede preferir problemas no vinculados a los Derechos Humanos. Somos partidarios de que éstos sean defendidos extensivamente y la forma que proponemos nos parece eficiente para ese fin. Con el progreso del respeto de estos derechos, podrá ocurrir que estos dos órganos se reúnan en uno solo.

Una cosa muy importante es que el Ministerio Público detente la acción penal contra los infractores de la legalidad. Esta puede ser una atribución exclusiva de él, o compartida con otros órganos.

2.5 La Corte Constitucional y la Corte de Elecciones

Son órganos jurisdiccionales colegiados, encargados en exclusividad de las siguientes competencias:

- La Corte Constitucional tiene por funciones fundamentales el control de constitucionalidad de las leyes y resolver los conflictos entre órganos que se presentarán en la vida política cotidiana de un sistema de esta naturaleza, tanto en la definición de competencias como en la resolución de los vetos. Adicionalmente, puede asumir otras funciones (por ejemplo la de resolver en materia de acciones constitucionales).

- La Corte de Elecciones tiene como funciones esenciales el determinar quiénes son y quienes no son ciudadanos, y quienes participan y son elegidos en los procesos electorales del país.

Las decisiones jurisdiccionales que estos órganos tomen, no estarán sujetas a veto de los demás. Las otras que les competan sí lo estarán. Cuando se produzca un veto de las decisiones de la Corte Constitucional, el problema será resuelto jurisdiccionalmente por la Corte Suprema.

Adicionalmente, ambos pueden presentar proyectos de ley al órgano legislativo, sobre las materias

que les competen. No parece razonable que puedan convocar al pueblo a referéndum.

La naturaleza de la función que ambos órganos desempeñarán, requiere que sus miembros tengan legitimidad electiva. Esta, como en casos anteriores, puede ser directa o indirecta.

Ambos órganos pueden ser destituidos por el Jefe de Estado, sometiéndose tal decisión a ratificación vía referéndum. Los cargos de sus miembros vacarían por las mismas razones que vaca la Jefatura del Estado. Esta vacancia debería ser declarada por el órgano legislativo.

2.6 El Senado

Un órgano estatal como éste no existe en América Latina. La idea central es que sea un grupo de seres humanos reconocidos en la sociedad política, que puedan actuar como una suerte de conciencia de la sociedad. Esta función es muy importante en países en los cuales existen desinstitucionalización, corrupción y abuso sistemático de autoridad, entre otros defectos notorios.

Este no sería un órgano deliberativo en el sentido de producir resoluciones obligatorias para la sociedad. Su función principal sería la de debatir los grandes problemas existentes sin producir conclusiones ni acuerdos. Debe poder citar con apremios eficientes a todo funcionario, ex-funcionario, magistrado y ex-magistrado del Estado.

Sus discusiones servirán para dar a conocer la problemática del país y las opiniones de personas significativas. La democracia es en mucho diálogo y participación y los componentes de este Estado estarían en buena posición para realizarlo, en la medida que no estarán allí en virtud de militancia política activa.

En ciertas circunstancias, podría tener la atribución de dar legitimidad electiva a ciertos magistrados o a los miembros de ciertos órganos colectivos. Podría hacerlo en la medida que sería un órgano del Estado que contendría dentro de él a personalidades muy significativas de la vida política y social, en cierto sentido, una élite que contiene una representación no formal, pero sí jurídica de la sociedad toda.

Tendría que ser un órgano al que se pertenece de pleno derecho, porque se ocupa o se ocupó posiciones muy relevantes en la sociedad. Entre ellas:

- Haber sido Jefe de Estado.

- Haber sido miembro de alguno de los otros órganos del Estado con legitimidad electiva mencionados en este trabajo. En el caso de los miembros del órgano legislativo, sólo participarían quienes hayan sido presidentes de cámaras, o su equivalente, por períodos completos de ejercicio del cargo.

- Haber sido Presidente del Consejo de Ministros por un lapso de, digamos, un año de extensión.

- Los rectores de las Universidades del país en ejercicio del cargo.

- Los decanos de colegios profesionales con representación nacional en ejercicio del cargo.

- Los presidentes o equivalentes de gremios nacionales de representación de intereses, en ejercicio del cargo, que tuvieran una existencia social acreditada según las normas internas del país.

No se trata de que todos ellos se incorporen al organismo. Ello dependerá de cada país, su situación, sus tradiciones, etc. Desde luego, no se trata de que el Senado sea un órgano de tal dimensión que haga imposible su trabajo. El balance entre incorporación de mayor representatividad y tamaño razonable, determinará quién ingrese y quien no.

2.7 El Pueblo

El pueblo tiene que ser revalorizado para el Estado y la vida política. Pero cuando hablamos de pueblo, nos referimos al grupo humano que detenta el poder en última instancia. En consecuencia, hay que establecer mecanismos democráticos que permitan que ello ocurra.

Uno de los elementos es el voto por autoridades y magistrados que les da legitimidad democrática para ejercitar sus funciones.

El otro es la posibilidad de que sea legislador por sí mismo. En esto el referéndum es de mucha trascendencia en dos aspectos:

- En el de que el propio pueblo pueda convocarlo.

- En el de que el pueblo pueda, bajo ciertas condiciones, votar las propuestas legislativas que él mismo ha hecho.

En otras palabras, el pueblo debe ser convocado a referéndum tanto por los órganos a los que antes hemos considerado esta atribución, como por sí mismo.

Entre los temas a los que sería convocado a referéndum están:

- La reforma de la Constitución (caso en el que opinamos que debiera haber referendum obligatoriamente).

- La votación sobre normas legislativas cuando así lo considere el órgano que dicta la norma o una cierta parte del pueblo. (Los órganos del Estado que pueden convocar a referéndum deben estar taxativamente señalados en la Constitución).

- La votación sobre los proyectos de ley que el propio pueblo proponga y sobre los que solicite con número de firmantes suficiente, proponer dicho proyecto de ley a referéndum. Si el referéndum en este caso es aprobatorio, no puede haber impugnación alguna de la medida.

- La ratificación de las decisiones del jefe de Estado, de destituir a magistrados componentes de los órganos principales del Estado.

El tema del referéndum tiene muchas complejidades que es necesario detallar en la normatividad respectiva. Sin embargo, para la mayoría de los problemas hay ya soluciones preestablecidas, de entre las cuales se puede sacar inspiración para dar coherencia al proyecto final.

Las elecciones deben ser frecuentes de manera que la voluntad popular sobre problemas nacionales sea expresada de manera inequívoca y directa. Esto es especialmente aplicable a la renovación periódica del órgano legislativo. Esto permitirá orientar la conducta de los distintos órganos estatales con mayor claridad que si las elecciones se realizan con mucho distanciamiento una de otra. Cuando nos referimos a este ejercicio democrático frecuente, desde luego, no estamos hablando básicamente del referéndum que, por definición, es ocasional. Estamos tratando de que debe preverse un sistema de nominación de magistrados electivos que haga que las votaciones por ellos sea mucho más frecuentes que lo que se estila hoy día.



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

LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: UN SÍNTOMA DE LA CRISIS DEL PODER EJECUTIVO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SISTEMA PENAL

Laura Zúñiga Rodríguez
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

" El miedo suele ser un mal consejero..."

El Derecho Penal tiene dentro de la vida social, una doble labor que a veces puede parecer contradictoria, ya que paralelamente a su función represora, debe cumplir una labor garantista; esto motiva una tensión disléctica entre presencias y garantías o entre eficacia y hechos fundamentales. Sin embargo, en ocasiones se tiende a romper este delicado equilibrio, privilegiando la represión, por encima del respeto a los derechos fundamentales. Dentro de este contexto, asistimos a las campañas de "Ley y Orden" y a la promulgación de leyes de seguridad ciudadana, las cuales, bajo el pretexto del incremento de la delincuencia, pretenden imponer una política legal severa y expansionista, aumentando desmesuradamente la capacidad punitiva del Estado y su injerencia en el ámbito privado de la ciudadanía.

La doctora Laura Zúñiga, tras un concienzudo análisis del marco ideológico y político sicial en que se haya inmersa la Ley de Seguridad Ciudadana presente en la Constitución española, llega a la siguiente conclusión: una política penal drástica no es una verdadera solución al problema de la delincuencia y leyes como ésta atentan contra la función garantista que debe privilegiar todo Estado democrático.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: MIEDO AL CRIMEN Y SISTEMA PENAL

Una de la leyes que más interés ha suscitado en la opinión pública española durante los últimos tiempos ha sido la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante L.S.C). Prueba de ello han sido los debates entre detractores y seguidores del Proyecto de Ley, del cual bastante eco se han hecho los medios de comunicación. Y es que, a todos nos toca de cerca cuando se habla de seguridad ciudadana, porque ésta hace referencia a los índices de criminalidad a los que estamos expuestos y nos hace recordar ese " miedo difuso que se percibe como una preocupación por el fenómeno de la delincuencia en tanto que peligro social".[1] Pero esa preocupación puede ser subjetiva u objetiva. Una cuestión es la realidad criminal, es decir, las posibilidades que tienen las personas de ser víctimas de delitos (inseguridad ciudadana objetiva), y otra, la percepción que tiene la gente de la posibilidad de ser víctima de la delincuencia (inseguridad ciudadana subjetiva). La primera, constituye un problema científico, eminentemente criminológico. La segunda, representa la imagen que la población tiene de la delincuencia y del delincuente, la cual está estrechamente vinculada a juicios de valor o estereotipos, que constituyen variables sociales e individuales dependientes de situaciones concretas (por ejm. que en ese momento se haya producido un crimen atroz), edad, sexo, pertenencia étnica, status social, etc.[2] Evidentemente, entre una u otra, suelen

[1] Definición de inseguridad ciudadana que es más fácil describir, según el Informe Socías, hecho por encargo del Ayuntamiento de Barcelona (Reportaje sobre Seguridad Ciudadana de "El País", 2 de octubre de 1988).

[2] Cfr. José María Rico y Luis Salas. Inseguridad ciudadana y policía. Madrid, Tecnós, 1988, p. 17.

haber muchas diferencias, lo cual representa un problema ideológico y político-social importante, como más tarde podremos apreciar.

El análisis va a partir del estudio del miedo subjetivo al crimen, porque es la concepción que en definitiva da contenido a la demanda de seguridad ciudadana por parte de la población y a la respuesta por parte de los poderes públicos[3] . El problema criminológico, la posibilidad concreta de ser víctimas de la delincuencia (victimación), constituye un dato científico difícil de determinar porque hay que tener en cuenta la "cifra negra" de criminalidad. En todo caso, ese dato puede servir de referente para valorar cuanto se aleja de la realidad criminal el miedo al crimen.

Es preciso reconocer que el "miedo al crimen" o "inseguridad ciudadana" son nociones ambiguas y de difícil determinación, por ser el miedo una de las manifestaciones más subjetivas de la conducta humana y no poderse captar sino a través de las imágenes y representaciones que cada persona suele hacerse ante situaciones más o menos reales de peligro[4] . De allí que sea preferible acotar más su significado distinguiendo el miedo concreto y el miedo difuso al crimen. Este último es el que nos interesa porque es "la percepción según la cual los ciudadanos consideran que el delito constituye para ellos una amenaza general y lejana, un fenómeno inquietante por representar un peligro social con posibles repercusiones en sus propias vidas".[5]

Los estudios sobre inseguridad ciudadana indican que el miedo al crimen puede provenir fundamentalmente de las siguientes fuentes: la percepción de un importante incremento de la criminalidad violenta, la propia experiencia personal o la vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación y el sentimiento de insatisfacción ante el sistema penal.[6] Es evidente que todas son variables concomitantes, que se relacionan y retroalimentan unas a otras, por lo que difícilmente pueden analizarse unilateralmente. No obstante, intentaré abordar el tema desde el estudio sobre la insatisfacción de la población ante el sistema penal, teniendo en cuenta su relación con las otras fuentes de inseguridad ciudadana.

Es función fundamental del Derecho Penal el intentar que no se produzcan aquellas conductas humanas que suponen una grave perturbación para la coexistencia social. En este punto coinciden, entonces, las demandas de seguridad ciudadana y las funciones asignadas al Derecho Penal. Pero estas funciones las realiza el Derecho Penal a través de todo un mecanismo formal que pasa por tres momentos:

1. Proceso de criminalización primaria: mecanismo de creación de las normas jurídico-penales por el Poder Legislativo.

2. Proceso de criminalización secundaria: mecanismos de aplicación de las normas jurídico-penales (proceso penal), por el Poder Judicial.

3. Proceso de ejecución de la pena o medida de seguridad: problemática penitenciaria. Estos procesos se realizan a través de las instancias de control formales: legisladores, policías, jueces, agentes penitenciarios.

Al conjunto de mecanismos e instancias de control penal se le denomina sistema penal. Corresponde a éste, por consiguiente, la prevención y represión de los delitos. De ahí que los sentimientos de inseguridad ciudadana, constituyan en última instancia una crítica a tal sistema, una desconfianza de la población hacia su eficiencia y un cuestionamiento a su racionalidad.[7] Entonces, al hablar de seguridad ciudadana hay que hacer una seria reflexión sobre el sistema penal y su operatividad real en un Estado determinado.

Para comprender mejor la interrelación entre sistema penal y la demanda de seguridad ciudadana, hay que recordar los signos de la relación hombre-

[3] Cfr. André Normandeau. *"Politiques pénales et peur du crimen.. 'Ordre et securité"* (Canada) y *'Securité et liberté* (Francia), en *Criminologie*, Vol. XVI, No. 1, 1983, pp. 56 - 58.

[4] Cfr. Chirstiane Louiss-Guérin. *"La peur du crimen: Mythes et réalités"*, en *Criminologie*, Vol. XVI, No. 1, 1983, p. 70.

[5] Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob. cit, p. 30, el subrayado es mío.

[6] Cfr. J.M.Rico y L. Salas. Ob. cit., p. 43.

[7] En realidad, en este tema se presenta una cierta ambivalencia. Por un lado las demandas de seguridad ciudadana parecen cuestionar la racionalidad (legitimación, fines, etc.) del sistema penal, por otro, suelen ser demandas emotivas, irracionales, primarias, por lo que deben ser tomadas con reservas. Cfr. Jesús María Silva Sánchez. Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992, p. 260.

sociedad, sus características de integración y tensión, porque si bien el hombre necesita de los demás para satisfacer sus necesidades, al servirse de ellos, puede llegar a instrumentalizarlos para la consecuención de sus fines. Ello se reflejará en la ambivalencia del Derecho Penal: por una parte constituye un medio eficaz para garantizar la convivencia (función garantista), pero por otra, representa un poderoso instrumento para el control de los individuos (función represiva). He aquí las dos demandas contrapuestas que se le hacen al sistema penal: eficacia y garantías, orden y libertad, prevención de delitos y derechos fundamentales. Luego veremos cómo es posible resolver dicha supuesta contradicción.

Pero, hay que resaltar que la demanda de seguridad ciudadana hacia el sistema penal se da fundamentalmente frente a un determinado tipo de delincuencia: la criminalidad violenta, la vinculada a ataques físicos contra las personas (asesinatos, lesiones, violaciones, agresiones sexuales, robos con violencia, etc.), ya que normalmente menos importan a la ciudadanía los delitos socio-económicos, contra el medio ambiente, corrupción de funcionarios, porque parece que les tocaran más lejos, a pesar de que éstos últimos delitos tengan en realidad mayor incidencia en la vida económica y política del país.[8]

Mi argumentación intentará recorrer el siguiente camino: Primero, desvelar cual es la noción de seguridad ciudadana que subyace en la L.S.C., analizando el marco ideológico y el marco político-social en el que está inmersa. Segundo, proponer una concepción de seguridad ciudadana acorde con la Constitución Española. Y, tercero, expresar en una solución de síntesis las relaciones que hay entre el sistema penal y sus demandas de seguridad ciudadana desde un punto de vista democrático.

2. ¿A QUÉ SEGURIDAD CIUDADANA SE REFIERE LA L.S.C.?

La noción jurídica de seguridad ciudadana está emparentada con las de **orden público** y **seguridad pública**, pues de alguna manera vienen a ser diferentes nomenclaturas para denotar la función de policía que posee el Estado de preservar el desarrollo y normal funcionamiento de los servicios públicos de interés general (orden público y seguridad pública).

En varios países industrializados europeos (especialmente Italia, España, Alemania y Reino Unido), esta función estatal se ha visto contaminada por la estrategia antiterrorista que han llevado a cabo los gobiernos durante las últimas décadas. La **legislación de emergencia** que promulgaron en ese sentido, ha tenido como tónica general la restricción de derechos fundamentales, principalmente las garantías de la detención y del derecho de defensa, además de limitaciones de principios penales y procesales[9].

Estas leyes de emergencia, si bien teóricamente tenían la característica de ser excepcionales en cuanto a su vigencia y ámbito personal de aplicación (terroristas), muchas veces se han convertido en ordinarias [10] y de carácter general por la imposibilidad de su aplicación determinada[11] . De allí que estas restricciones de derechos fundamentales se hayan enquistado en el aparato jurídico-penal, creando una "política criminal de orden público"[12] consistente en el otorgamiento de mayores espacios de

[8] Por ejemplo, menos reacción se observó por parte de la ciudadanía cuando estallaron escándalos financieros como los del ex-Gobernador General del Banco de España, Mariano Rubio, o del ex-Presidente del Banesto, Mario Conde, y sólo se observa la indignación general cuando los escándalos políticos son asunto de primera plana de los periódicos (abril de 1994).

[9] Hay abundante literatura al respecto. Entre otros: AA. VV., Rev. *La Questione Criminale*. Número dedicado a *Terrorismo e Stato della Crisis. Anno V*, No, 1, 1979; Luigi Ferragoli. Terrorismo y crisis tardocapitalista, en "Justicia y delito", Ventura Perez Mariño (compilador), Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1981; José Ramón Serrano Piedecasas. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona, P.P.U., 1988; Juan Terradillos Basoco, Terrorismo y Derecho. Comentario a las L.O. 3 y 4\1988. Madrid, Tecnós, 1988; Alessandro Baratta y Mario Silbernag. "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal", en Doctrina Penal, Año 8, 1985.

[10] Así por ejemplo, las leyes orgánicas 3 y 4\1988 españolas incorporan la legislación excepcional antiterrorista al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[11] Existe la posibilidad de aplicar estas leyes a cualquier ciudadano, "pues ni la ley, ni el poder judicial, en su primer momento, determinan qué personas pueden ser objeto de la suspensión, al ser ésta una facultad concedida a la policía" (Ignacio Berdugo y J.R. Serrano-Piedecasas. "Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 343, 1988, p. 94).

[12] Sobre este nombre y sus características generales Cfr. José Manuel Gómez Benítez. "Crítica de la política penal del orden público", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 16, 1982, passim.

discrecionalidad policial en desmedro de las facultades judiciales, y el desarrollo de las funciones preventivo-generales del Derecho Penal, ampliando las barreras de intervención punitiva en actos preparatorios, tipos de "sospecha", tipos de "colaboración", etc.[13]

Paralelamente a este fenómeno y reforzando dicha política criminal, se han dado leyes que "agilizan" la detención de ciudadanos, caracterizándose, en general, por el otorgamiento de mayores potestades para la realización de las funciones de prevención policial del Estado (seguridad ciudadana, orden público y seguridad pública). Aquí se inscriben la Ley de Seguridad Ciudadana española de 1992, la Ley italiana N° 191 de 18 de mayo de 1978, la reforma alemana del StPO de 14 de abril de 1978, la modificación del Código de Procedimiento Penal francés de 1983 (su precedente es la Ley de Seguridad y Libertad de 2 de febrero de 1981), la Ley de Policía del Reino Unido de 1984, entre otras[14].

Primeramente hay que decir que, la ponderación del binomio seguridad ciudadana y ejercicio de las libertades públicas se realiza en la Exposición de Motivos, en términos de conceptos de igual rango jurídico ("son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática"), cuando basta realizar una interpretación sistemática de la Constitución española (en adelante, C.E.),para afirmar que el indiscutible rango de supremacía no es meramente ideológico, porque tiene base jurídica dentro del contexto constitucional.

Efectivamente, en una sociedad democrática como la que reclama la C.E. (artículo 1.1.), corresponde la primacía de las libertades públicas respecto de la seguridad ciudadana y ésta sólo puede entenderse con carácter instrumental, para el ejercicio de los derechos y libertades. Es decir, la seguridad ciudadana nunca puede ser un fin en sí misma, sino que su mantenimiento sirve para el despliegue de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, toda restricción de derechos fundamentales debe hacerse con carácter excepcional y rodeada de mecanismos de control y garantías, para que dicha limitación pueda ser lícita desde el prisma constitucional[15].

La L.S.C. de 1992 recurrió a la limitación de derechos fundamentales preciados, como la libertad personal (artículo 20) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 21) para - según la Exposición de Motivos - hacer frente a la delincuencia. Precisamente algunos de los aspectos más discutibles de la L.S.C. fueron el facultar a las fuerzas de seguridad del Estado para que por su cuenta, sin previa intervención judicial, retengan a ciudadanos que se encuentren imposibilitados de identificarse (artículo 20) e ingresen a domicilios en los que tengan "conocimiento fundado" de que se trafica con droga (artículo 21). El descontento por parte de los grupos políticos de la oposición fue de tal envergadura que se plantearon tres recursos de inconstitucionalidad contra estas normas (y otras que se refieren principalmente a sanciones administrativas) y dos cuestiones de inconstitucionalidad referidas sólo al artículo 21.2. En S.T.C. de 18 de Noviembre de 1993, el Tribunal Constitucional se pronuncia desestimando el recurso en lo que se refiere al artículo 20.2 y declarando la inconstitucionalidad del artículo 21.2 por la amplitud e indeterminación del concepto de flagrancia que vulnera el artículo 18.2 C.E.

No voy a entrar a analizar los fundamentos jurídicos que sirvieron para desestimar el recurso de inconstitucionalidad del artículo 20.2 L.S.C., porque es objeto de otra ponencia.[16] Por ahora basta recordar que hubo dos votos particulares que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de dicha norma. Por consiguiente no creo que se hayan desvirtuado los argumentos críticos que los especialistas han hecho sobre este supuesto. Es posible sustentar que constituye una ampliación de los supuestos de detención, (o por lo menos asimilable a la detención)[17] al caso de quien siendo requerido

[13] Sobre los alcances de la estrategia antiterrorista en el ámbito penal Vid. J.R. Serrano-Piedecasas. Ob. cit., pp. 184 y ss. Para el ámbito procesal-penal Vid. A. Baratta y M. Silbernag. Ob. cit., passim; J.R. Serrano-Piedecasas. Ob. cit., pp. 207 y ss.

[14] Vid. el estudio de Derecho Comparado sobre estas leyes en: Guillermo Portilla Contreras. "Desprotección" de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la seguridad ciudadana. En: Fernández Entralgo, Portilla Contreras y Barcelona Llop. Seguridad Ciudadana, materiales de reflexión crrítica sobre la ley Corcuera. Madrid, Trotta, 1993, pp. 81 y ss.

[15] Cfr. S.T.C. 112/1988 ("hay que interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad"); S.T.C. 178/85 ("la excepcionalidad de la restricción o privación de la libertad exige una proporcionalidad").

[16] Indirectamente se hará en el epígrafe 5.

[17] Cfr. Víctor Fairén Guillén. La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la ley de Protección de la Seguridad Ciudadana). Madrid, Cuadernos Civitas, 1992, p. 77 y G. Portilla Contreras. "Desprotección de la libertad...". Ob. cit., p. 80. Hay que reconocer que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 6 de noviembre de 1980, en el caso Guzzardi, sostiene que "entre privación y restricción de la libertad, no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia".

por las fuerzas de seguridad no logra identificarse, violentando el texto constitucional que sólo estima proporcionada una restricción de la libertad en los casos de imputación de un delito grave[18]. Además - y esto es lo más preocupante -, dicha retención puede hacerse sin las garantías de la detención (derecho de defensa, derecho a informar a sus familiares, a ser asistido por un intérprete, etc., artículo 17 C.E.) y sin control judicial previo sino a posteriori (Libro-Registro)[19] Por lo cual la retención viene a ser una detención sin garantías, dándose la paradoja de que más vale ser detenido (cometer un delito) que retenido (no portar documentos de identidad), porque el primero tendrá más garantías. En realidad los cuestionamientos más importantes no se refieren al fundamento de la norma, porque es evidente que dentro de las funciones de policía para la prevención de los delitos está la misión de identificar a personas desconocidas, sino a la forma como se otorga esta facultad, carente de garantías legales y judiciales para las personas a quienes pueda ser aplicada dicha norma[20]. De ahí que resulte difícil que el Tribunal Constitucional pueda salvar la contradicción en que cae en la Sentencia del Tribunal Constitucional (S.T.C.) de 18 de noviembre de 1993, al reconocer que se trata de una privación de libertad del artículo 17.1 C.E. (fundamento jurídico N° 4) que, por tanto, le son aplicables las garantías del artículo 17.2 y 17.3 C.E., pero "en lo que le sean aplicables" (fundamento jurídico N° 6)[21]. Lo que resulta claro respecto de las dos normas promulgadas (artículo 20 y artículo 21 L.S.C., vigente ésta última hasta el 18 de noviembre de 1993), es que la pretensión del ejecutivo ha sido ampliar los espacios de discrecionalidad policial al margen de los controles legales y judiciales, respecto de dos fundamentales derechos ciudadanos, la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, los cuales han constituido conquistas mínimas desde el Estado Liberal. Ello, además de constituir una desviación del principio de legalidad porque la ley formal debe ceñir los límites de las restricciones de derechos fundamentales en un Estado de Derecho, desequilibra gravemente la relación que debe existir entre restricción de libertades y garantías en un Estado democrático.

De la normativa de la L.C.S. se desprende una concepción de la seguridad ciudadana que incide en la criminalidad callejera (artículo 20) y en el tráfico de drogas (artículo 21), principalmente. Cuando en realidad la delincuencia real comprende varios sectores, siendo aquéllos sólo algunos de ellos, ni siquiera necesariamente los de mayor incidencia económica en la sociedad. Es difícil, por ejemplo, que se aplique la L.S.C. a los delincuentes de cuello blanco, a los que realizan delitos socioeconómicos.

Entonces, con esta ley se trata de entender la seguridad ciudadana como el "orden público en las calles", sacrificando preciados derechos fundamentales con el fin de salvaguardar la tranquilidad pública. En los siguientes epígrafes trataré de desarrollar el trasfondo de esta noción, que es la que maneja la L.S.C., desde el punto de vista ideológico y político-social.

3. MARCO IDEOLOGICO

Con el objeto de que la ciudadanía acepte el recorte de derechos fundamentales que suponía la promulgación de las leyes de emergencia y de seguridad ciudadana, aquella estuvo acompañada por campañas de "Ley y orden" que tenían como fin

[18] Según el artículo 17 C.E., siguiendo una interpretación regida por el principio *favor libertatis*, la detención o cualquier restricción de la libertad personal debe ser excepcional, sólo cuando sea necesario.

[19] Salvaguardar un bien superior, proporcional (en la forma y en el fondo) al bien que se pretende proteger con ella y sujeta a las garantías que el propio artículo 17 C.E. establece, en tanto controles legales y judiciales para que aquélla se sujete a los cauces estrictamente jurídicos. De ahí que se haya considerado proporcional sólo la detención para casos de delitos graves, delito *in fraganti* o peligro de fuga. Vid. más extensamente mi libro. Libertad personal y Seguridad Ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos. Barcelona, P.P.U., 1993, pp. 206 y ss.

[20] Las legislaciones de Derecho Comparado contemplan la misma figura de la retención, con mayores garantías. El art. 78.3 del Código de procedimientos Penales francés reformado en 1983, establece que será la policía judicial o unos Agentes habilitados especialmente para estas diligencias, quienes realicen la retención; el retenido tiene derecho a avisar al fiscal y a su familia; el tiempo máximo de la retención es de cuatro horas a contar desde el control inicial; para tomar las huellas digitales o fotografiar al retenido cuando sea "el único medio de establecer su identidad", es necesaria la autorización previa del juez o del fiscal; si la identificación no da origen a un proceso judicial, los datos obtenidos no pueden introducirse en un fichero y el atestado debe destruirse en un plazo de seis meses, bajo control del fiscal. En Alemania e Italia las leyes respectivas limitan el tiempo de la retención a doce horas y se regulan en los códigos de procedimientos penales. Cfr. G. Portilla Contreras. Ob. cit., pp. 81 y ss.

[21] Cfr. V. Fairén Guillén. Ob. cit., p.97. "Ninguna de estas garantías constitucionales - recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado - son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación". Por lo menos es discutible esto último, creo que una persona "retenida" debe tener derecho, por lo menos, a la asistencia de Abogado.

descalificar a los transgresores del sistema (terroristas, drogadictos, marginados), provocando un "impacto social" en la población en demanda de mayor seguridad [22]

Así se produce la llamada ideología de la seguridad ciudadana: entender la seguridad ciudadana como una guerra contra la criminalidad al interior del propio medio social, donde se presenta una visión maniquea de la cuestión: o se está con la Sociedad = Estado (identificación simbólica Estado-Sociedad, presentando los intereses del Estado, como intereses de la sociedad), por lo cual hay que apoyar al Estado en su estrategia de lucha contra la criminalidad; de lo contrario, se está con el crimen (el "enemigo interno" del sistema social). Luego se promulgan leyes para luchar contra la inseguridad ciudadana que constituyen, más bien, una respuesta simbólica frente al fenómeno de la criminalidad, dado que resultan ineficaces para hacer frente verdaderamente a la delincuencia.

De esta manera se retroalimenta una mayor demanda de seguridad ciudadana, lo que es un elemento necesario al poder para su legitimación: criminalidad -> sentimientos de inseguridad ciudadana no adecuado a la realidad [23] -> respuesta penal simbólica (restringiendo las libertades) -> criminalidad. No hay que olvidar que el Estado del bienestar es el Estado de la seguridad material y la seguridad psicológica; al entrar en crisis este modelo de estado, la seguridad se vuelve la demanda principal y se funcionaliza como "interés general", como bien del Estado y como fin de su legitimación consensual "cueste lo que cueste".

Pero hay que recalcar que la demanda de mayor seguridad de la ciudadanía se realiza solamente frente a la delincuencia y no frente a otros factores de inseguridad social más importantes realmente, como el paro, el subsidio por desempleo, la flexibilidad del mercado de trabajo, etc. Esto también es producto de las campañas de "ley y orden" que desde el poder se dirigen a la ciudadanía, las cuales inciden solamente en el problema de la delincuencia, distrayendo la atención efectiva de los problemas estructurales del país. He aquí, entonces otra función importante de este tipo de leyes: son eficaces distractores de la opinión pública sobre los problemas nacionales.

Dentro de este proceso ideológico de exacerbación de la inseguridad ciudadana, los medios de comunicación juegan un papel muy importante, porque son ellos los que sobredimensionan la información acerca de la criminalidad y producen inquietud en la población, dentro de la lógica de que las noticias sobre delincuencia violenta "venden". Con este tipo de información, los medios de comunicación contribuyen a crear estereotipos sobre la delincuencia en la opinión pública, casi siempre incorrectos, correspondientes con las ideologías de los sectores más reaccionarios. Pero esta conexión entre este tipo de información y el interés del público tiene su razón de ser. Como dice Young "los medios de comunicación son tranquilizantes para el público... Las malas noticias están a la orden del día, porque la comedia moral de ley y orden por una parte , y la desviación por la otra, calman la ansiedad de las masas"[24] pues las distraen de los verdaderos problemas nacionales[25]. Ello permite focalizar la significación social de la delincuencia en la criminalidad callejera, dejando de lado otros asuntos que debieran causar mayor conmoción social como son las violencias domésticas, las altas cifras de accidentes laborales o automovilísticos que, sin duda, tienen mayores consecuencias sobre las personas y la economía nacional.

Entonces, desde el punto de vista ideológico, la L.S.C. ha servido para otorgar legitimación al Estado frente a la ciudadanía, en su estrategia de recurrir al recorte de derechos fundamentales con el objeto de hacer frente a los fenómenos de disidencia social y política.

[22] Vid. la campaña de ley y orden impulsada por el Ministro del Interior Corcuera con el fin de conseguir la aprobación de la ciudadanía, necesaria para legitimar su Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana. Así, por ejemplo, el Sr. Ministro en un debate de televisión afirmó que "solo los delincuentes deben temer la L.S.C." (El País, 17 de octubre de 1991). El comentario sobra.

[23] Según el Resumen General de Infracciones, años 1987-1992, de la Dirección General de Policía (Estadística de Criminalidad, Año 1992, Comisaría General de Policía), si se comparan las cifras de los años 1987 a 1992, en lo que se refiere a los delitos, las cifras tienden a descender. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992, en lo que se refiere a los delitos, las cifras tienden a descender. Según el mismo documento, al comparar las estadísticas de 1990 y 1991, se observa un leve incremento de la criminalidad en 2.03%. En todo caso, tal parece que ese "miedo difuso" de la ciudadanía española, no corresponde con la realidad, porque la cifras de criminalidad tienden, por lo menos, a mantenerse estables o no muestran un aumento significativo.

[24] Jock Young, "Más allá del paradigma consensual: una crítica al funcionalismo de izquierda en la teoría de las comunicaciones de masas", en Poder y Control, No. 1-1987, p. 66. Además, sobre los otros aspectos señalados sobre los medios de comunicación de masas Cfr. el mismo autor, loc. ult. cit., passim.

[25] Cfr. Rocío Cantarero. "Seguridad ciudadana. Constitución. derecho Penal". En: Cuadernos de Política Criminal , No. 42, 1990, p. 524.

4. MARCO POLITICO-SOCIAL

En realidad, las leyes de emergencia y de seguridad ciudadana, son un síntoma de un fenómeno más complejo que está socavando el Estado de Derecho en los países europeos tardo-capitalistas: la crisis del Estado Social y su necesidad de búsqueda de formas autoritarias de legitimación.

Es un hecho evidente para los teóricos y para la ciudadanía en general, el papel protagónico que ha asumido el Ejecutivo en los últimos tiempos. Ello se explica por el rol contraído por el Estado como ente mediador del conflicto capital-trabajo y gestor de la economía dentro del modelo económico del estado del bienestar. Así el Ejecutivo, al pretender cumplir con dos finalidades contradictorias entre sí (acumulación de capital y gastos sociales), se ha mostrado constantemente expuesto a crisis de legitimación[26]; crisis que en los últimos tiempos se han hecho más evidentes[27]. En este marco, la necesidad de legitimación del Estado se transforma en un complejo de técnicas de producción de obediencia, para lo cual ha debido acudir a la teoría del consenso[28].

La idea del pacto entre capital y trabajo para la paz social y el bienestar económico, legitima al Estado para intervenir en las libertades públicas de los ciudadanos que no se sometan al consenso de las mayorías. En efecto, en las sociedades del bienestar hay dos terceras partes que viven bien (empresarios, trabajadores, empleados públicos) y una tercera parte que queda fuera del sistema productivo (parados, drogadictos, gitanos, etc.). Es lo que se ha dado en llamar "sociedad dual": "mientras dos tercio de la población viven mejor que nunca, el tercio restante queda definitivamente radicado en la marginación y la pobreza"[29].

Se producen así dos tipos de control social. Para aquellos que están sometidos al consenso (empresarios y trabajadores), se dan las técnicas de control primario o informales, los instrumentos de control de masa (como los medios de comunicación), y la política de consensos de masas (política de los consumos y salarios altos). Para los que se encuentran fuera del consenso (los excluidos del proceso productivo: marginados, parados, drogadictos,etc), están los mecanismos asistenciales y el control social duro: guetización, discriminación, y estigmatización[30].

Para las mayorías sujetas al consenso, se incide en los mecanismos de control informal sutiles y difusos; como se trata de disciplinar las mentes, el control es profesionalizado y tecnocrático. Son las técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia, que poseen un poder de disciplinamiento inusitado[31]. De otro lado, para los marginados del proceso productivo, sobre los cuales ha fracasado el control no institucional, se acentúan los sistemas de control policial y se practica una política criminal de orden público en las calles como la propugnada por la L.S.C.

En general, se asiste a una mayor intervención del Estado en la esfera del individuo. Ello se entiende porque al tener que cumplir el Ejecutivo con su misión de integración social interviniendo en la defensa del mercado, tiene que acomodar por la fuerza - real o mitificada- las relaciones sociales para el funcionamiento del sistema (funcionalismo[32]). De ahí que el Estado - y el sistema penal - tienda hoy a asumir fundamentalmente la forma de control social (función represiva) y las libertades son sólo un espacio residual (función garantista).[33]

[26] Cfr. Jünger Habermas. "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío". Buenos Aires, Amorrortu, 1989, p. 15.

[27] Véanse, por ejemplo, las dificultades que en los últimos tiempos ha tenido el Ejecutivo para llevar a cabo las reformas del mercado laboral y de la política de desempleo.

[28] Cfr. Federico Stame, "*Teoría dello Stato e controlle sociale*". En: *La Questione Criminale* No. 2, 1979, p. 191.

[29] R. Cantarero. Op. cit, pag 528.

[30] Cfr. Massimo Pavarini. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México, Siglo XXI eds., 1983, pp. 74-75; Juan Bustos. "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología". En: El Pensamiento Criminológico II, obra dirigida por R. Bergalli y J. Bustos, Barcelona, Península, 1983, pp. 18-20.

[31] Cfr. Luigi Ferrajoli, "El Derecho Penal Mínimo". En: Poder y Control. No. 0, 1986, p. 41. obre los controles informales en los momentos actuales Vid. especialmente Ugljeza Zvekic y Mark Findlay. "Analizando los mecanismos informales del control". En: Poder y Control. No.1, 1987, passim.

[32] Para el funcionamiento eficiente del sistema social del capitalismo maduro, es teorizado por Luhman. Un análisis de esta teoría desde el punto de vista del control social, Vid. Emilio García Méndez. El funcionalismo de nuevo cuño, idóneo Autoritarismo y control social. Argentina - Uruguay - Chile. Buenos Aires, Hammurabi, 1987, ap. V.

[33] Más ampliamente sobre el tema vid. mi libro: Ob. cit., pp. 110 y ss.

Este protagonismo del Ejecutivo va a tener serias repercusiones dentro de la configuración de los poderes del Estado. La clásica división de poderes de Montesquieu es cuestionada en términos reales. Al convertirse el Ejecutivo en el actor principal de la elaboración y ejecución de las decisiones políticas, se produce un debilitamiento del Poder Legislativo (antaño el poder más importante). Con este proceso se asiste a la crisis del principio de legalidad, límite por excelencia de las funciones represivas del Ejecutivo, lo cual permite la promulgación de legislaciones de emergencia y de orden público, como la L.S.C.

Esto traerá dos consecuencias importantísimas para la vigencia de los derechos fundamentales. Primero, el Ejecutivo obtiene mayores espacios discrecionales respecto de los derechos fundamentales límites (la libertad y seguridad personales, y la inviolabilidad de domicilio, principalmente), sustrayéndose de controles de tipo judicial y legal. Segundo, se produce un cambio idelógico del sentido del garantismo: la seguridad personal (que es en realidad una garantía, un instrumento para la vigencia de los demás derechos fundamentales), se funcionaliza como un fin en sí mismo, de carácter social, produciéndose una identificación simbólica entre seguridad personal = seguridad ciudadana = seguridad del Estado.

La discrecionalidad policial resultante de este nuevo panorama político-jurídico es extraordinaria. En general se trata de la sustracción de facultades que antes se atribuían a la magistratura, quedando ésta como una instancia meramente confirmadora o no de las situaciones que pueden llegar a su control. Esto es evidente en los artículos 20 y 21 (ya derogado) L.S.C., en las leyes antiterroristas que aumentan los plazos de la detención (Leyes Orgánicas 3 y 4/ 1988), en el no haber configurado una Policía Judicial dependiente de la magistratura, en el establecimiento de un fuero especial para policías (art. 8 de la Ley de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en adelante L.F.C.S.), etc.[34]. A partir de esta autonomía policial queda un espacio abierto a las prácticas policiales irregulares.[35]

5. LA SEGURIDAD CIUDADANA A LA LUZ DE LA C.E.

El Estado moderno se ha erigido precisamente teniendo como base de justificación y legitimación, el mantener el monopolio de la organización de la seguridad de los ciudadanos. Esta misión, según la C.E., se encuentra específicamente destinada a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, bajo la depencia del Ejecutivo (artículo 104 C.E.)

En ese sentido, la institución policial encarna los dos ámbitos contrapuestos del poder: por un lado, tiene como función garantizar la seguridad de los ciudadanos, pero, por otro lado, constituye el principal modo de expresión de la autoridad estatal. Entonces,un cuerpo que tenga por función ejercer la fuerza legal del Estado o **coacción estatal,**si se trata de un Estado democrático, tendrá que instrumentar los mecanismos necesarios para lograr un equilibrio armonioso entre el ejercicio de las misiones de policía y el derecho de los ciudadanos a ser protegido contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes[36]. Pero ¿cómo es posible lograr este equilibrio armonioso? La C.E. nos otorga suficientes claves para ello.

La noción de seguridad ciudadana, emparentada con la de orden público y seguridad pública, puede ser entendida, tal como define la seguridad pública el Tribunal Constitucional (S.T.C. de 8 de Junio de 1983); como la protección de todos los bienes jurídicos de todos los ciudadanos; o como define el orden público la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de Junio, de estados de excepción, alarma y sitio, en su artículo 13: el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales. Entonces, la seguridad ciudadana tiene que ser atendida como la posibilidad que tienen los ciudadanos de ejercer libremente los derechos fundamentales y utilizar los servicios públicos, que es misión del Estado salvaguardar respecto de los demás ciudadanos y de los propios poderes públicos.

[34] Cfr. Perfecto Andrés Ibañez, "Jueces y policía, acerca de la distribución del trabajo represivo".

[35] Sobre las quejas por malos tratos de los miembros de las fuerzas de seguridad, en relación a la aplicación del artículo 20 LSC., Vid Informe Anual del Defensor del Pueblo. 1992, pp. 67 y 68; sobre malos tratos en general, Vid. ob. ult. cit., pp. 32- 48.

[36] Cfr. Mariano Barbero Santos, "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)". En: Estudios Penales y criminológicos, T. IX, 1986, p. 23.

Esto quiere decir que los poderes públicos tienen que garantizar esta posibilidad de despliegue de los derechos fundamentales, lo cual, evidentemente no puede realizarse recortando derechos fundamentales, porque sería un contrasentido. En todo caso, si es necesario recortar los derechos fundamentales, tendrá que hacerlo dentro de los límites de la C.E. Además, la seguridad ciudadana viene a ser un **concepto instrumental**, para el desarrollo de los derechos fundamentales, no puede ser un fin en sí misma.

Se trata de una facultad que se le otorga al Poder Ejecutivo, concretamente a las fuerzas policiales. Pero toda actuación gubernativa está perfectamente reglada por el principio de legalidad (artículo 10.1 C.E.) y, en todo caso, debe ejercitarse en función del interés público (artículo 103.1 C.E.). Es preciso determinar, por consiguiente, cuáles son los límites legales que tiene el Gobierno para lograr su misión de salvaguardar la seguridad ciudadana.

Si la seguridad ciudadana es un concepto que sirve para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el núcleo de dicha noción está en la interpretación que sobre los derechos fundamentales hace la C.E.

El estado español, según el artículo 1.1 C.E., se funda sobre los valores de Libertad e Igualdad, que deben entenderse en concordancia con al artículo 10.1 C.E., fundamentados en la dignidad de la persona. Esto es importante porque significa que la persona y sus derechos fundamentales son el fin del Estado, y no a la inversa. Además expresa que los derechos fundamentales deben ser entendidos en su máxima expresión, bajo la vigencia del principio *in dubio pro libertate*: limitaciones a su ejercicio sólo son admisibles en la medida que sean estrictamente indispensables. Pero este sistema de valores no constituye simples objetivos generales de una nación, sino que representa un compromiso de realización material por parte de los poderes públicos (artículo 9.2 C.E.), con lo cual la interpretación de los derechos fundamentales adquiere su dimensión más amplia de *favor libertatis* (Vid. S.T.C. de 15 de Junio de 1981).

Dentro de este contexto constitucional, las limitaciones a los derechos fundamentales sólo tienen cabida legal **excepcionalmente,** solamente cuando estén justificadas por un interés social de mayor valor, siendo necesario además que sea proporcional, esto es, que haya un equilibrio entre limitaciones y **garantías** (llámense controles legales y judiciales)[37].

Por consiguiente, una interpretación de la seguridad ciudadana a la luz de la C.E., determinará que las facultades de los poderes públicos para su salvaguarda, se inscriban dentro de las limitaciones de los derechos fundamentales en cuanto y en tanto sea absolutamente indispensable y que el interés social que se pretende proteger sea mayor que la limitación; considerando siempre los contrapesos de las garantías, como signo de su proporcionalidad. Los ámbitos discrecionales deben ceñirse al principio de legalidad, **con facultades ciertas y determinadas.** Ello porque en un Estado de Derecho, las restricciones de derechos fundamentales deben darse dentro de los controles legales y judiciales, para que ese Estado no pierda su carácter democrático.

6. SEGURIDAD CIUDADANA Y SISTEMA PENAL.

En este epígrafe final se pretende primero, desvelar la conexión que hay entre la noción de seguridad ciudadana que se plasma en la L.S.C., y el sistema penal; y segundo, establecer cuáles son los retos que una concepción de seguridad ciudadana democrática plantea al sistema penal.

La visión de la seguridad ciudadana que se observa en la L.S.C., que incide en la delincuencia callejera y el tráfico de drogas, parte del error de desconocer el **carácter social de la responsabilidad criminal**[38], **puesto** que la criminalidad es un fenómeno complejo en el que quedan convocadas todas las relaciones sociales.

El delito o la delincuencia es solo la punta del *iceberg* de situaciones sociales difíciles o conflictivas. El Derecho Penal aparece sólo como un mecanismo secundario y confirmador de otros medios de control social primarios, más importantes y eficaces dentro del proceso de socialización (familia, escuela,religión, etc.)[39]. De ello se desprende su carácter de *ultima ratio*. Entonces, el delito viene a ser

[37] Cfr. SS.TT.CC. citadas en nota 16

[38] Cfr. sobre el carácter social de la responsabilidad penal: L. Ferrajoli y D.Zolo, 1980, "Marxismo y cuestión criminal". En: Democracia autoritaria y capitalismo maduro. El Viejo Topo, Barcelona, Eds. 2201, p.108; J. Bustos. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Ariel, 1989, 3ª ed., pp.323 y ss.

[39] Vid. por todos F. Muñoz Conde. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez, 1985. pp.37 y 38.

la confirmación del fracaso de los medios de control no formalizados, por lo que el sistema penal poco puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo, debido a su carácter secundario[40].

Por eso es que la mayoría de penalistas consideran que la mejor política criminal es una buena política social. Es que resulta fundamental insistir en mayores niveles de educación, sanidad, empleo, etc., para con ello rebajar la conflictividad social y, con ella, los índices de delincuencia. Esto quiere decir que uno de los primeros medios de contrarrestar la inseguridad ciudadana es invertir en gastos sociales[41]. Pero además, una concepción de la seguridad ciudadana como la que propugna la L.S.C., propicia la **utilización simbólica del Derecho Penal.** En efecto , se trata de responder al miedo de la población al crimen con soluciones incompletas, como son la promulgación de leyes penales con penas severas, nuevas formas de incriminación, limitaciones a los beneficios penitenciarios, restricciones a la utilización de alternativas a la prisión, etc.[42]. Es evidente que esto responde a un problema político: la necesidad de los poderes públicos de responder a las demandas de los ciudadanos de mayor seguridad, lo cual- dicho sea de paso- es uno de los temas que consigue mayores dividendos electorales. Pero también es indudable que los técnicos del Poder Ejecutivo deben saber que este tipo de legislaciones simbólicas son sólo seudo-soluciones, es decir, no constituyen una verdadera protección de bienes jurídicos, ni desarrollan efectos preventivos intimidatorios eficaces. Por el contrario, la utilización simbólica del Derecho Penal, si bien en un primer momento puede cumplir funciones de integración social calmando el desasosiego que produce el miedo y reforzando en la ciudadanía la conciencia acerca de la importancia del bien jurídico protegido, a mediano o largo plazo tiene efectos nocivos sobre la credibilidad de todo el ordenamiento jurídico, por haber sido inaplicable e ineficaz[43].

De otro lado, este tipo de legislaciones que aumentan la severidad de las penas y pretenden desarrollar funciones de prevención general intimidante, restringiendo garantías, caen en dos errores de fondo. En primer lugar, el desacierto tantas veces denunciado de desequilibrar la armonía indispensable en todo Estado de Derecho entre restricción de derechos fundamentales y garantías, que puede ir socavando las bases de ese Estado, al deslegimitarse su política criminal. En segundo lugar, dicha actitud prevencionista que lleva a excesos penales, desconoce las investigaciones empíricas que demuestran que la gravedad de las penas no es un determinante decisivo de eficacia preventiva, sino más bien, hay otros factores más importantes que tienen efectos intimidantes, como la seria posibilidad de ser detenido, procesado o encarcelado[44].

Está claro, entonces, que una política penal severa y expansionista no es una verdadera solución a la problemática del aumento de la delincuencia y, por tanto, de la inseguridad ciudadana. Hay que incidir en los mecanismos de control informales: familia, escuela, trabajo; y en la eficacia de los controladores sociales formales, especialmente jueces y polïcías.

Pero si el expansionismo penal conlleva cuestionamientos en cuanto a su legitimación (restricciones de garantías) y a su eficacia, más controvertidos resultarán los recursos a soluciones por fuera del Derecho Penal, como la utilización de medios de control administrativos (como la L.S.C.), medidas terapéuticas o medidas privadas. No es posible extendernos más sobre estos temas por los límites propios del trabajo, porque cada tipo de medida requiere un análisis especial, pero sí quiero llamar la atención sobre el hecho de que ciertas formas alternativas de control social no solo tienen el agravante de carecer de la formalización y de los principios garantistas del Derecho Penal, sino que

[40] "La norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras" (F. Muñoz Conde. Ob. cit., p. 38).

[41] Esta idea es tratada de distintas maneras por los penalistas: como el carácter social de la responsabilidad penal, Vid. nota 40; "El orden jurídico y el Estado no son,..., más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social" (F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., ob. cit,. p.24). En un Reportaje del diario El País sobre seguridad ciudadana (2 de octubre de 1988), se destaca que la seguridad ciudadana en España, es un fenómeno estrechamente vinculado al paro: "que los puestos de trabajo estén permanentemente en el alero, el paro juvenil, la falta de perspectivas vitales y culturales para una amplia generación de jóvenes, las crisis familiares desatadas, sobre todo cuando el padre, tradicional sostén económico, permanece sin trabajo durante años, conforman, entre otros, un clima que es la verdadera causa de la inseguridad ciudadana".

[42] Esto ha sido particularmente evidente en algunos países como en las reformas penales de Canadá de 1976-77 y Francia de 1980-81 en que, bajo las campañas de "orden y seguridad" en la primera y "seguridad y libertad" en la segunda, se respaldaron importantes reformas penales con penas severas y restricciones de garantías penales y procesales. Vid. A. Normandeau. Ob. cit., passim.

[43] Cfr. J. M. Silva Sánchez, Ob.cit., pp. 304-307.

[44] Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit, p. 281. y J.M. Rico y L.Salas. Ob. cit., p. 184.

además, pueden ser más omnipresentes, penetrantes y selectivos[45].

Entonces, los verdaderos problemas de la seguridad ciudadana (disminuir o controlar la criminalidad) no se resuelven otorgando amplios espacios de inmunidad policial (administrativización del control), ni restringiendo las garantías penales y procesales, ni aumentando las penas y las incriminaciones, sino trabajando en una mayor **eficacia de todos los ámbitos del sistema penal: legal, policial y judicial.** Porque la problemática de la inseguridad ciudadana en un Estado de Derecho conecta directamente con el fracaso o el éxito de su política criminal en tanto parte de la política social.

Sólo trabajando dentro de la eficacia del sistema penal sin renunciar a las garantías, es posible concebir una noción de seguridad ciudadana democrática, más acorde con el preciado equilibrio entre libertad (función garantista) y seguridad (función represiva) que debe existir en todo Estado de Derecho. De lo contrario, sacrificando las garantías en aras de una pretendida eficacia (que no es verdaderamente tal, como vimos) en la salvaguarda de la seguridad de las personas se presenta el riesgo de ir socavando los pilares sobre los que se alza el Estado de Derecho (legalidad y derechos fundamentales), con el peligro de la progresiva transformación de ese Estado democrático en un Estado autoritario.[46]

Si en un Estado democrático la problemática de la seguridad de las personas depende del **funcionamiento eficaz del sistema penal**: prevención y persecución del delito por parte de los órganos operativos policiales y judiciales; hay que analizar cuáles son los cuestionamientos más importantes que se hacen al sistema penal. Las críticas se pueden sintetizar en los siguientes argumentos[47]:

1) Que el sistema penal no soluciona problemas de seguridad ciudadana. Así, hasta ahora el sistema penal no ha logrado reducir los índices de delincuencia y de reincidencia.

2) Que, por el contrario, el sistema penal produce mayor violencia y criminaliza. Esto es, que el sistema penal no sólo no soluciona los problemas de seguridad ciudadana, sino que produce mayor daño al estigmatizar a los sujetos que caen dentro de su esfera.

3) Que el sistema penal expropia el conflicto a la víctima, sustrayéndola del proceso penal, por lo que sus intereses no se ven reflejados en dicha forma de solucionar los conflictos.

4) Que a la ciudadanía no se le ha dado razones suficientes para creer en la justicia penal. Se le reprocha principalmente: lentitud, carácter abstracto y vetusto, desigualdad e inconsecuencia (a veces demasiada severidad y otras excesiva indulgencia), elevados costos económicos y el producir sufrimientos (al procesado, a la víctima y a sus familiares).

5) Que los códigos y leyes penales suelen ser alejados de la realidad.

6) Que las penas clásicas (prisión y multa) no han probado sus efectos preventivo generales y especiales, conforme se esperaba.

En realidad las **críticas al sistema penal** se centran fundamentalmente en tres aspectos: su **ineficacia, falta de credibilidad y agravación del conflicto.** Buenos índices para diagnosticar la credibilidad de la ciudadanía hacia el sistema penal suelen ser: las intromisiones del poder político en el sistema judi-

[45] Cfr. J.M. Juan Bustos Ramírez. Control social y sistema penal. Barcelona, P.P.U., 1987, p. 202: "...convertir hoy toda pena criminal en un problema administrativo llevaría seguramente a un aumento de la arbitrariedad y una absolutización de control por parte del Estado; al dejar hoy todo el problema de la pena entregando a las organizaciones sociales específicas, gremiales, aumentaría el control en términos invivibles para los sujetos...". Cfr. sobre estos últimos aspectos: Stanley Cohen. Visiones de Control Social. Barcelona, P.P.U., 1988, passim.

[46] Está comprobado que en estos momentos de crisis, los Estados tienden a eliminar las garantías aumentando el control. Incluso jurídicamente esto está previsto en las Constituciones como estados excepcionales. Sin embargo, estos estados excepcionales al remitir en mayor o menor medida a una de las crisis de los presupuestos mismos en los que se asienta la Constitución (crisis de legitimación), corren el riesgo de un difícil retorno a la normalidad democrática o, incluso, pueden tener el efecto contrario, eliminando la poca legitimidad que todavía pudiera haber conservado. Cfr. p. Cruz Villalón. Estados excepcionales y suspención de garantías. Madrid, Tecnós, 1984, pp.19-23.

[47] He tomado fundamentalmente las críticas que hace el abolicionismo al sistema penal, por considerar que precisanente éste es uno de los aportes más serios de este movimiento (Vid. por todos: Louk Hulsman y J. Bernat de Celis. Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa. Barcelona, Ariel, 1984,passim) . Como sostiene Ferrajoli, este es uno de los méritos del abolicionismo, la deslegitimación de los ordenamientos existentes (del mismo autor, "El Derecho Penal Mínimo. En: Poder y Control No. 0, 1986, p. 36). También he juzgado conveniente tomar los cuestionamientos más importantes al sistema penal que rescatan las investigaciones criminológicas recientes; Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob.cit., pp. 50-51.

cial, que pueden otorgar cierta desconfianza en cuanto a la imparcialidad del Poder Judicial; la penalización de funcionarios públicos que cometen delitos, que suele ser un indicio de la parcialidad o imparcialidad judicial[48]; la proliferación de la policía privada, que puede constituir un síntoma de la policía pública [49], entre otros.

Considero que más que replicar tales cuestionamientos, que sin duda bastante llevan de razón, es preciso establecer cuáles son los desafíos que ellos plantean al sistema penal. Hay que resaltar que las críticas que van en el sentido de falta de credibilidad y de agravación del conflicto, están indirectamente ligadas a la demanda de mayor eficacia del sistema penal, por lo que verdaderamente se trata de cuestionamientos concomitantes que tienen como base la aptitud del sistema penal para resolver los conflictos de conductas que más gravemente se confrontan con el sistema social. Esto significa entrar en el tema de los **fines** y de la **legitimación** del Derecho Penal.

En efecto, hablar de la eficacia del sistema penal significa, en términos reales, considerar si el Derecho Penal es el medio legítimo para solucionar los conflictos más graves de la sociedad, cuyo núcleo en la sociedad contemporánea es la **criminalidad violenta**[50], que precisamente es la que produce el miedo difuso al crimen.

Estos dos índices han sido últimamente confrontados por los escándalos de corrupción de los poderes públicos en España, Francia e Italia.

Para que un medio como la pena, que es un mal (privación de derechos fundamentales), resulte legimitado para resolver estos conflictos, tendrá que probarse que esa privación de derechos fundamentales es un mal necesario (función represiva), porque permite desarrollar la autonomía de los ciudadanos en el despliegue de sus derechos fundamentales o seguridad ciudadana (función garantista). Esto es, que sean más importantes (cuantitativa y cualitativamente) los espacios de libertades que otorga (seguridad ciudadana), que los que restringe (penas y delitos). Para ello, habría que someter el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a los principios que regulan el estado de necesidad: 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios, y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva[51]. Vamos a analizar cada uno de estos puntos.

1) Que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa. En este sentido el Derecho Penal se legitimaría por su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en la sociedad. Esto se traduciría en la idoneidad del Derecho Penal para reducir los delitos y reducir las soluciones violentas a los delitos (venganzas privadas). Para ello el Derecho Penal tendría que procurar eliminar la violencia informal o extrapenal y la suya propia (aumentando los principios garantísticos). Esto último significa hacer entrar dentro de la teoría del delito los principios humanistas y garantistas que tienen como base la dignidad humana, en tanto fundamento del Estado democrático de Derecho Penal, esta exigencia se traduce en hacer efectiva la máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual"[52], llegando de esta manera al preciado equilibrio entre seguridad y libertad, prevención y garantías.

Así, el Derecho Penal, en tanto sistema de control formalizado, monopolizado por el Estado, se presenta como el instrumento más apto para eliminar las soluciones excesivamente violentas que podrían terminar- en sus últimos extremos- en una guerra de todos contra todos y, por tanto, en la desaparición de la sociedad. Recuérdese en este punto, las experiencias de "patrullas ciudadanas" que por los años ochenta conmovieron algunos barrios de Valencia,

[48] Cfr. R. Cantarero. Ob. cit., 1990, p.534. El hecho de que la seguridad privada haya tenido un crecimiento espectacular en los últimos años, se muestra en el sorprendente aumento de la facturación de sus empresas.

[49] Cfr. J. M. Rico y L. Salas. Ob. cit., p.40. Un estudio crítico sobre la policía privada puede verse en E. Larrauri, "Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada". En: Estudios penales y criminológicos. No. XIV, 1991, Univ. de Santiago de Compostela, passim.

[50] Esto quiere decir que eludimos tratar las soluciones abolicionstas, porque precisamente "su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho Penal" (J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., p.21). Es evidente que los pequeños hurtos podrían resolverse con transacciones privadas, pero éstos no constituyen el problema central del Derecho Penal.

[51] Cfr. J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., pp. 182-183.

[52] Cfr. F. Muñoz Conde. Ob.cit., p. 123 y L. Ferrajoli. Ob. cit., pp. 35 y 55.

los intentos de castración y linchamientos que en ocasiones se producen ante determinados delitos atroces (especialmente agresiones sexuales y asesinato contra mujeres y niños), etc.; todos ellos constituyen una prueba de que el Derecho Penal sirve de límite a las respuestas irracionales de algunos sectores de la ciudadanía[53].

2) Que la pena sea eficaz para evitar esos perjuicios. Uno de los cuestionamientos más importantes hechos al sistema penal, es que las penas (fundamentalmente las clásicas prisión y multa) no han servido para intimidar de manera general (evitar la comisión de delitos), ni de manera especial (evitar la reincidencia).

Respecto a las exigencias de prevención general de la pena, está claro que para aquellos sectores sociales socializados que cometen delitos por motivos extraordinarios (delincuentes pasionales, emocionales, etc.), así como para aquellos desviados que se encuentran confrontados con el sistema social (delincuentes por convicción), la pena no sirve. En el caso de los primeros por ser innecesaria, ya que han sido circunstancias excepcionales las que lo han llevado a delinquir; y, en el caso de los segundos por ser ineficaz, porque la pena no les intimida. Pero existe un amplio sector social (potenciales delincuentes ocasionales) que si bien están socializados, en algún momento se sienten tentados de realizar un delito y se echan atrás por la amenaza de la pena. Las investigaciones empíricas demuestran que, en estos casos, la posibilidad de ser perseguido penalmente (detenido, procesado, condenado, etc.), amedrenta a los individuos para cometer un delito. Según estos estudios, la posibilidad que ofrece resultados más satisfactorios es la de ser arrestado por la policía[54]. Esto corresponde con el hecho constatado de que en momentos de huelga de policías o convulsión social, aumentan los delitos (saqueos, pillajes, vandalismos, etc); mientras que en situaciones de gran despliegue de seguridad, se reducen las tasas de delincuencia[55]. Entonces la afirmación de Beccaria de que en la certeza y prontitud de la imposición de la pena radican sus fines preventivo generales, tiene absoluta vigencia. Esto inclina el peso de la responsabilidad sobre la operatividad de los órganos policiales y judiciales.

La presunta ineficacia del sistema penal en cuanto a sus efectos preventivo generales se centra, entonces, en los desviados no socializados para los cuales la pena no intimida y, por tanto, resulta ineficaz. Para éstos hay que decir que es necesario incidir en otros medios de control social más idóneos que la pena porque, como se ha dicho antes, el delito viene a demostrar el fracaso de los medios de control no formalizados. Nótese que se trata de sujetos no socializados, a los cuales la amenaza penal no puede motivarles, por lo que en estos casos es evidente que la norma penal no puede cumplir ninguna función de prevención general. Además, es preciso reconocer que toda Sociedad produce sus desviados y, en muchos casos, todos los medios de disciplinamiento social resultan inútiles; para ellos hasta ahora no se ha descubierto otro recurso que las penas o medidas de seguridad, cuando cometan delitos.

En cuanto a las exigencias de prevención especial que debe cumplir la pena, es evidente que la cárcel, tal y como ha funcionado hasta ahora, no ha cumplido con los fines de resocialización que se le demandan. Nuevamente, no cabe responder a tales objeciones, porque en los últimos años se ha hecho patente la[56] **crisis de la resocialización**, sino que debemos plantear cuáles son los retos que tal demanda impone. Las investigaciones empíricas demuestran que la imposición de la pena produce un efecto doble y ambiguo en el que la sufre: por un lado, aumenta en el delincuente condenado la percepción de que se trata de un mal; pero, por otro lado, le puede hacer menos sensible a sus efectos. Además, los estudios clínicos indican que a mayor punición suele haber mayores índices de reincidencia[57]. Esto significa que las penas excesivamente largas suelen producir efectos perturbadores para

[53] Precisamente, en estos momentos se está dando en España un movimiento promovido por los padres de víctimas de violación, para solicitar el cumplimiento efectivo de las penas para los violadores, esto es, la eliminación de todo beneficio penitenciario. Esta es una prueba de que las demandas de la ciudadanía van en el sentido de aumentar la represión.

[54] Cfr. J. M. Rico y L. Salas. Ob.cit., p. 184. Ciertas investigaciones recientes demuestran además que la primera detención de un individuo produce un freno en su actividad criminal, siendo el freno menor en el segundo arresto y en las ocasiones subsiguientes; pero en estos casos ya estamos ante supuestos de prevención especial.

[55] Por ejemplo, en la Cumbre Arabe- Israelí celebrada en Madrid en octubre de 1991, el despliegue policial promovido hizo reducir la tasa de delincuencia en esos días (El País, 3 de noviembre de 1991).

[56] Hay abundante literatura al respecto. Vid. fundamentalmente: F. Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". En: Doctrina Penal. 1979; y Roberto Bergalli. "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?" Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología, 1976.

[57] Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob. cit., pp. 185-186.

la reinserción, al producir en el condenado una mayor insensibilidad sobre el cumplimiento de la pena. También se puede colegir de las investigaciones hechas, que el límite de la pena a los efectos preventivos especiales, debe ser el imponer un sufrimiento excesivo que produzca insensibilidad o resentimiento en el condenado. Esto se puede lograr trabajando en humanizar la cárcel, rigiendo todo el sistema de cumplimiento de penas (régimen penitenciario) por los principios y garantías del Estado de Derecho (legalidad, dignidad humana, etc.)[58]. Es verdad que en todo ello ya se está trabajando al menos en el orden de las ideas, desde hace años, así como en plantear alternativas a la prisión, etc. Ahora es preciso pasar del plano teórico al plano de la realidad.

En todo caso, hay que reconocer que mientras no se haya ideado una respuesta alternativa a la pena que goce de aceptación social, seguirá habiendo pena, y ésta tendrá que cumplir objetivos preventivo generales y especiales.

3) Que sea necesaria en tanto sea la medida que produce menos dañosidad social. Este punto conecta con el primero. Solamente cuando sea necesaria (útil), la intervención penal se legitimirá en tanto y en cuanto (proporcionalidad) sea el medio más idóneo para asegurar la seguridad con la menor restricción de derechos fundamentables posible[59]. De esta idea derivan varios principios fundamentales: el de necesidad, proporcionalidad, ultima ratio, humanidad, etc., que deben regir toda la teoría del delito.

En estos objetivos se vinculan el minimalismo de Ferrajoli y el garantismo de Baratta[60]. Sólo son legítimas las penas e incriminaciones necesarias, por lo que la legitimidad del sistema penal se fundamenta en la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al "mínimo necesario". Es el mínimo necesario para producir la doble prevención: prevención de los delitos y de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas.

En la tensión marcada del sistema penal, entre seguridad y libertad, prevención y garantías, el punto de equilibrio estará regido por el mínimo necesario de la intervención penal que se considera en cada momento histórico[61]. Así, será importante tener en cuenta la realidad criminal objetiva, no las demandas de seguridad ciudadana (inseguridad ciudadana subjetiva), para determinar cuál es el mínimo necesario para cada sociedad.

Pienso que así quedan esbozados los desafíos que las demandas de eficacia (ese miedo difuso que es la inseguridad ciudadana) plantea al sistema penal, dentro de un Estado Democrático. El asunto de la credibilidad del sistema penal está estrechamente vinculado a la eficacia: trabajando en la eficacia del sistema penal se puede lograr una mayor credibilidad en las instituciones penales, lo cual puede retroalimentar una mayor eficiencia. Pero todo ello presupone un medio de control social formalizado y con límites, como el Derecho Penal con sus garantías.

Finalmente, el cuestionamiento de que el sistema penal produce mayor violencia es indemostrable, porque no es posible demostrar todas las violencias (delitos y penas privadas) que evita. La eficacia intimidatoria no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención[62]. Es verdad que las soluciones del sistema penal son violentas y que los hechos que lo presuponen también lo son, pero las alternativas de disciplinamiento social, la administración asistencial, la administrativización del control, etc., pueden tender - como decíamos- a salidas de un control más difuso, pero a la vez, más penetrante[63].

Como colofón hay que decir que, respecto a la demanda de eficacia del sistema penal, es necesario replantear una serie de factores dentro de sus distintos ámbitos. En el ámbito doctrinal, es preciso una reubicación del delincuente y de la víctima en la legislación penal de acuerdo a lo que socialmente le

[58] En este sentido va la Ley General Penitenciaria de 1979, que por lo menos en el orden del "deber-ser" constituye todo un reto.

[59] Es "la síntesis de la lógica de la prevención: la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales", J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., Cap. IV.5

[60] Cfr. L. Ferrajoli. Ob. cit., passim; A.Baratta. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal". En: Nuevo Foro Penal. No. 34, 1986.

[61] Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit., p. 39.

[62] Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit., p.217.

[63] Vid. nota 42.

corresponde[64], una revisión de los límites de la responsabilidad de los sujetos[65], una adecuación de todos los conceptos de la teoría del delito y de las incriminaciones de la Parte General a su declarado principio de ultima *ratio*.

En el ámbito legal, es importante modernizar toda la legislación penal conforme a los principios constitucionales, haciendo ingresar las garantías constitucionales en la ley penal. Por lo que se mantiene la exigencia de un moderno código penal.

En el ámbito policial, la actuación de las fuerzas de seguridad debe discurrir dentro de los límites de las constituciones democráticas, basando su eficacia en la preparación de sus cuadros y en las técnicas más modernas puestas a su servicio.

En el ámbito judicial, es necesario potenciar una administración de justicia pronta y justa, sin interferencias posibles del Ejecutivo.

Pero no está demás redundar en que más eficaz que la amenaza de la pena, es la prontitud y certeza de su aplicación, con lo cual se incide en la eficacia de los aparatos policiales y judiciales, que es donde realmente se debe trabajar.

Por último, hay que recordar que las críticas de la ineficacia del sistema penal son cuestionamientos del "ser", de la forma como efectivamente se desarrolla el sistema penal, que no invalidan su justificación con instrumento de control social, por ser ésta una cuestión del "deber-ser". Más aún, todavía está vigente su "deber-ser" en cuanto a hacer efectivas las garantías que limitan la potestad punitiva del Estado[66].

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Luego de esta exposición sobre las vinculaciones entre seguridad ciudadana y sistema penal, considero que debe resaltarse:

1) Que ante campañas de "ley y orden" auspiciadas por el poder y con buena recepción de la opinión pública, se hace necesario racionalizar el conflicto mediante los mecanismos institucionalizados del Derecho Penal. Esto significa que, al observarse por la opinión pública el endurecimiento efectivo de las penas, el Derecho Penal se presentaría como una forma de limitar el castigo (aspecto garantista).

2) Que la postura de seguridad ciudadana que favorecen leyes como la L.S.C., se complementa con un fuerte control social disciplinario de tipo informal para las mayorías (llámese técnicas informáticas o telemáticas), que es necesario limitar mediante las garantías del sistema penal. Dentro de este planteamiento se pone énfasis en que las garantías del sistema penal deben ser trasladadas a las instancias de control extra-penales, como medio de limitar la intromisión del Estado en la esfera del individuo.

3) Que precisamente uno de los síntomas de la crisis de legitimación del sistema político es la huida del Derecho Penal con sus garantías, por lo que constituye éste un reclamo progresista en defensa de los derechos fundamentales y, en últimas, del ideal de Estado democrático de Derecho.

4) Que una política penal severa y expansionista no es una verdadera solución a la problemática del aumento de la delincuencia y, por tanto, de la inseguridad ciudadana. Hay que incidir en los mecanismos de control informales: familia, escuela, trabajo, y en la eficacia de los controladores sociales formales, especialmente jueces y policías.

5) Que ante la tensión dialéctica entre prevención y garantías, o eficacia y derechos fundamentales, en que a veces parecen ubicar al sistema penal las demandas de seguridad ciudadana, el Estado no debe dudar en privilegiar las garantías si dicho Estado pretende llamarse democrático.

Hoy más que nunca, hay que recordar que, el miedo difuso que es la inseguridad ciudadana, no es más que la expresión externa de los viejos temores que el hombre siempre ha llevado dentro y, como tales, son difícilmente racionalizables, siendo más bien fácilmente manipulables. Como dice la sabiduría popular: "el miedo suele ser un mal consejero...".

[64] Cfr. R. Cantarero. Ob.cit., p.535. Las modernas consideraciones de la víctima en el delito, si bien pueden llevar por un lado a limitar el injusto penal, también puede dar lugar a exigencias de reforzamiento de la norma jurídico-penal y a la necesidad efectiva de aplicación de tales normas. Cfr. Winfried Hassemer, "Consideraciones sobre la víctima del delito", Cuadernos de Política Criminal, No. 43, 1990, pp. 254-255. Además, hay que reconocer que entre víctima y autor existe una tensión que es propia del sistema penal: "Todo ciudadano está interesado, en tanto que la víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto que autor potencial, en un máximo de garantías o mínimo de intervención" (J. M. Silva. Ob.cit. p.186.)

[65] Hoy los propios penalistas reconocen la crisis de la culpabilidad, por lo que se está en busca de nuevos derroteros. Vid. por todos J. Bustos. Ob.cit., pp.323 y ss.

[66] Cfr. L. Ferrajoli. Ob.cit., p.29 y ss. Como dice Pavarini: "La cuestión se complica cuando desde el nivel de la observación sociológica del "real" funcionamiento de la justicia penal se pretende deslegitimar los principios que se dan en el plano del deber ser" (del mismo autor, Ob. cit., p. 152).

CAUVI · FERRARO · HAMANN
Abogados

Felicita a THĒMIS Revista de Derecho por 30 años de continua difusión del conocimiento jurídico.

Las Camelias 780 Segundo Piso San Isidro Lima
Teléfonos 4420946 4228472 4228475 4213997 Fax 4422873

APUNTES PARA UNA DISTINCION ENTRE EL DAÑO AL "PROYECTO DE VIDA" Y EL DAÑO "PSIQUICO"

Carlos Fernández Sessarego
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Lima
Miembro del Comité Consultivo
THĒMIS-Revista de Derecho

El tema de la responsabilidad civil y el daño es uno de los más polémicos y apasionantes del Derecho. En este campo, además, el doctor Carlos Fernández Sessarego se ha consolidado como una de las voces más autorizadas e innovadoras de nuestra doctrina.

En este artículo el autor; partiendo de un profundo análisis filosófico de la conducta humana elabora el concepto del "proyecto de vida", distinguiéndolo del "daño psíquico". El proyecto de vida, fruto de la libertad, compromete todo el ser del hombre, por lo que dañarlo genera como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. El daño al proyecto de vida, por tanto, debe ser considerado en opinión del autor, entre los objetos de preocupación del jurista.

I. SUS SUPUESTOS

La filosofía de la existencia postula que la libertad constituye el ser mismo del hombre. Este **ser libertad** es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad que nos permite decidir, elegir, entre muchas posibilidades de vida, aquella que, precisamente, llamamos "proyecto de vida" o "proyecto existencial". Por ser libres somos seres temporales, históricos, estimativos, creativos, proyectivos, dinámicos. Carecería de sentido un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser temporal.

El "proyecto de vida" es posible sólo en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre tendente a realizarse en el futuro mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin elegir "ser" lo que decide ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida.

Todos los seres humanos, en cuanto libres, tienen proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal. El proyecto es futuro, pero decidido en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, "consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser" [1].

[1] Jaspers, Karl. La fe filosófica. Losada, Buenos Aires, 1968, p. 60.

Para decidir sobre un proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra existencia. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. Es, en síntesis, lo que le otorga razón y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible, por consiguiente, sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y poder valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos lo medios a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos en alguna medida el proyecto existencial. Al decir "medios" nos referimos a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo o soma, nuestra *psique*, los "otros", las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones, pero también de traumáticas frustraciones.

La libertad se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de la posibilidad de cada cual, condicionada por los medios con que cuenta, para conseguir este fin. En ningún caso se trata de la libertad en sí misma.

Esta demás decir que hay que poner mucho empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje, para cumplir con nuestro proyecto de vida. De esto somos conscientes porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales debemos sucumbir. Por eso, recordando a Mounier, nos place repetir que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier: "hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita y, el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen"[2]. Es decir, como señala el propio Mounier "la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos" [3].

Pues bien, después de lo dicho cabe preguntarse una vez más si existe un "proyecto de vida". Por nuestra parte, desde antiguo, estamos convencidos de ello porque fundamentalmente, vivenciamos nuestra libertad y sabemos de nuestros proyectos, de lo que hemos elegido realizar en la vida para otorgarle sentido, y de la valoración vocacional que ello significa. Es decir, somos conscientes de que existe una razón para vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida.

Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si es posible causar un daño que frustre nada menos que el proyecto de vida de la persona. De ello estamos plenamente convencidos, pero lo que pretendemos intentar con estas reflexiones es contribuir en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa.

II. EL PROYECTO Y LOS PROYECTOS

Cabe distinguir entre el "proyecto de vida", en singular, y los "proyectos de vida", en plural. Si bien el hombre vive proyectándose, es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida. Sin embargo, uno de ellos es el que destaca por su singularidad, por ser radical, decisivo. Este proyecto compromete todo su ser, en él se juega su destino y el sentido de su vida. Nos referimos, en este caso, al "proyecto de vida" que es, por lo demás, el que nos interesa examinar y al cual venimos refiriéndonos en el presente trabajo.

El daño al proyecto de vida es la consecuencia de un colapso psicosomático de tal magnitud para el sujeto, para cierto sujeto, que anula su proyecto futuro. El impacto psicosomático es de tal proporción que sume al sujeto en un vacío existencial y "el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital". Como lo expresa Milmaiene con precisión, el impacto psicosomático es tan vigoroso que ataca "el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido" [4].

[2] Mounier, Emmanuel. El personalismo. EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 36.

[3] Ibid.

[4] Milmaiene, José. El daño psíquico. En: Los nuevos daños. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 71.

El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad en cuanto a él se relaciona, es siempre la consecuencia de un daño previo de carácter psicosomático, ya que no es posible dañar "directamente" aquello de lo que se tiene "experiencia" pero que carece de "ubicación" en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado conocido como "vegetativo",es decir, de pérdida de la posibilidad de comunicación, si bien no se aniquila la libertad en sí misma -lo que sólo sería posible con la muerte- se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide en su posibilidad de "realizar" una decisión libre, de actuar un proyecto. En este sentido el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente la libertad, el ser "él mismo" y no "otro", afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad [5].

Al lado del mencionado "proyecto de vida", el ser humano está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Estos, sin embargo, no comprometen el destino mismo del ser humano ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del "proyecto de vida" ya que éste, de frustarse, afecta, como se ha mencionado, el núcleo existencial del sujeto, por lo que sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. Los daños que, en cambio, pueden producir las frustraciones ante decisiones libres que no comprometen el núcleo existencial del sujeto pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud.

Es de advertir, por lo demás, que muchos proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de uno que en algún momento fue, tal vez, original. Luego responden, por ello, a la habitualidad, por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de sus libres decisiones. Estas son mecánicas en tanto consisten, generalmente, en imitar conductas ajenas.

El daño al "proyecto de vida" bloquea, como apunta Milmaiene, "el logro de ansiadas metas y objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales ...". Lo que importa en este caso, es "un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular" [6]. Es decir, un daño que incide en el ámbito axiológico, que tiene como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. En síntesis, se trata de lo que designamos como un daño al "proyecto de vida".

III. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA Y DAÑO PSIQUICO

Milmaiene, no obstante identificar las consecuencias del daño al "proyecto de vida", no llega a distinguir con precisión entre la lesión psicosomática en sí misma, que representa un daño psíquico, de aquel otro daño mucho más grave y profundo que puede originar, en última instancia, un daño al "proyecto de vida". Es así que, a pesar de la exactitud de la descripción de las consecuencias que acarrea el daño al "proyecto de vida", no logra identificarlo como tal [7].

En efecto, Milmaiene considera que existe tan sólo una lesión psíquica no obstante que, en sus propias palabras, el daño sufrido afecta el "núcleo existencial" del sujeto. El autor, a través de esta precisa expresión, nos está señalando que lo que para él es sólo un daño psíquico representa, en realidad, un daño de tal envergadura que compromete no sólo la estructura psicosomática del sujeto sino, que incide sobre el "núcleo existencial". No se trata, por consiguiente, de una alteración o modificación patológica cualquiera del aparato psíquico. El daño al proyecto de vida es, por el contrario, aquella lesión que, por su trascendencia, trastoca el sentido existencial de la persona, compromete su propio ser. En otros términos, lo que nosotros denominamos como "daño al proyecto de vida", resulta ser para Milmaiene tan sólo un daño de "la mayor importancia" o "un serio daño psíquico" [8].

El autor no parece haber percibido, a pesar que, como lo hemos señalado, es exacta su descripción de

[5] Fernández Sessarego. El derecho a la identidad personal. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113 ss.

[6] Milmaiene, José. Op. cit., pp. 70-71.

[7] Para Milmaiene, el daño psíquico se configura "por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica". Vid. Op. cit., p. 70.

[8] Milmaiene, José. Op. cit., p. 71.

las consecuencias del daño al proyecto de vida, la notoria y ostensible diferencia de grado que existe entre el "daño psíquico", de cualquier magnitud y que es siempre el antecedente del "daño al proyecto de vida", de éste último. Las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, como se ha subrayado, se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el "daño al proyecto de vida" se trunca, de raíz, el sentido valioso de la vida.

En síntesis, no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas, lesiones de todo tipo y efectos en su salud, es decir, en el bienestar integral, con el daño a la posibilidad de actuación de la libertad misma del sujeto, lo que se traduce en la frustación de su "proyecto de vida".

IV. SINTOMATOLOGÍA DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la actuación de la libertad del sujeto, sobre la posibilidad de realizarse según propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal proporción que afecta la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que frustra el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única "manera de ser". No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino que se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el ser humano como son sus propios fines vitales, los que otorgan razón y sentido a su vida.

El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo ya que sus consecuencias están siempre presentes, en mayor o menor medida, durante el transcurrir vital del sujeto.

Como señala Stiglitz, el daño futuro puede presentarse bajo dos modalidades. En el primer caso se presentan "consecuencias dañosas de un evento ya ocurrido (daño actual), que no ha dejado de manifestarse y que, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos se habrá de prolongar o agravar (daño continuado sucesivo)" [9].

En la segunda hipótesis, existen daños futuros que, no son la prolongación o agravamiento de un daño actual, "sino las consecuencias dañosas que directamente se han de manifestar luego de la sentencia judicial" [10].

En ambas situaciones se presenta un daño futuro cierto que debe ser reparado "en la medida que su materialización sea verosímil, que brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio" [11].

Como anota De Cupis, el daño futuro es "aquel que si bien hasta entonces no ha nacido, es cierto que aparecerá en el futuro" [12]. En este mismo sentido Zannoni considera que daño futuro "es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá luego de la sentencia" [13]. Mosset Iturraspe, por su parte, expresa que el daño cierto no quiere decir que sea actual. Sostiene, también, que es indemnizable el daño futuro-cierto así como el daño probable, que verosímilmente ocurrirá [14].

El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda, es previsible y, por su importancia en cuanto a los profundos estragos que ha de causar una vez producido, sus consecuencias han de afectar el futuro de la persona.

Somos de la opinión que los juristas, dentro de un contexto interdisciplinario, debemos considerar, entre los objetos de nuestra preocupación, lo que hemos denominado "daño al proyecto de vida". Ello, con el objeto tanto de determinar las modalidades de su reparación como para distinguirlo, en cuanto a su sintomatología y alcances, de los otros multiples daños que es posible causar a la persona en el curso de su vida.

[9] Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A. Seguro contra la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p.233.

[10] Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., "Seguro contra la responsabilidad civil", pág. 233.

[11] Ibid.

[12] De Cupis, Adriano. El daño. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 320-324.

[13] Zannoni, Eduardo. Responsabilidad por daños. Azteca, Buenos Aires, 1992, p. 43.

[14] Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños. EDIAR, Buenos Aires, 1992, p. 147.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR *

Ernesto Wayar
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Rosario, Argentina

Uno de los temas de mayor interés en el actual contexto económico-comercial, es sin duda el referido a la defensa del consumidor.

El continuo avance y perfeccionamiento de la tecnología, el incremento de los índices de producción y la falta de una debida orientación en amplios sectores de una gran masa consumidora, plasman una necesidad imperativa; la de realizar un análisis serio que tome en consideración los riesgos de una eventual responsabilidad ante la ocurrencia de daños.

Ernesto Wayar -destacado civilista argentino- aborda el tema de la Defensa al Consumidor a raíz de la promulgación de la ley argentina. Con lenguaje claro y sencillo, el autor nos brinda el marco introductorio para un necesario desarrollo posterior del tema, poniendo énfasis en los sistemas de responsabilidad y en los deberes que deben primar en las relaciones comerciales para con los consumidores.

1. Premisas

Para encarar el examen de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) consideramos apropiado enunciar, como punto de partida, dos premisas que constituyen sendos enfoques de una innegable realidad, cual es, que el Derecho Privado tradicional se ha visto asediado por el avance tecnológico y desbordado por una ostensible masificación social.

a) La influencia del avance tecnológico

En primer lugar, ¿se atrevería alguien a negar la influencia que toda nueva tecnología ejerce sobre el cambio social y, por ende, sobre el cambio jurídico? Creemos, como lo cree Diez Picazo[1], que está probado que uno de los sectores del Derecho Privado donde mayor incidencia tiene el avance tecnológico es en el denominado "derecho de daños". Este derecho - el de daños- a la par que recibía tamaña influencia, iba incrementando su importancia hasta convertirse, en nuestros días, en la espina dorsal del Derecho Privado Patrimonial.

El sentido y la extensión de la influencia recibida se podría sintetizar en dos letras: a) Se piensa que siempre debe haber un responsable; el responsable puede ser próximo o remoto, puede serlo por acción o por omisión, pero es siempre necesario que aparezca. Acaecido un daño, no puede quedar impune. El moderno derecho de daños, se dice, mira más a la víctima que al causante del perjuicio; b) Se ha

* Introducción al libro "Defensa del Consumidor" que se publicará en la República Argentina. Autor: Dr. Ernesto C. Wayar, colaboración para Themis-Revista de Derecho. Lima, Perú.

[1] Luis Diez Picazo, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. Madrid, Cuadernos Civitas, 1979, p. 117.

operado una profunda mutación en el fundamento de la responsabilidad civil. De una responsabilidad fundada en la culpa, se ha pasado a una responsabilidad cada vez más objetiva u objetivada, tesis respaldada en la teoría del riesgo.

b) Influencia de la producción en masa

En segundo lugar, ¿podría alguien negar que hoy, por exigencia de los sistemas económicos imperantes en el mundo, la producción de bienes y de servicios se ha masificado? No cabe duda que la actividad económica se caracteriza por la realización de actos jurídicos en **masa**, repetidos en serie. Y la realización de tales actos requiere una organización adecuada: esta organización se llama empresa[2]. ¿Cómo negar la importancia de las empresas en la economía de nuestro tiempo?

Pero la empresa productora de bienes y servicios no se concibe sino con referencia a una categoría especial de personas: los consumidores.

c) Conclusión

Pues bien, si por un lado está comprobado que el avance tecnológico ha extendido las fronteras de la responsabilidad civil, y por otro, también está demostrado que las empresas que usan esa tecnología producen bienes en masa para ofrecerlos a una masa de consumidores, es necesario interrogarse: ¿Cuál es la situación jurídica de los consumidores? ¿Debe dárseles normas tutelares?

2. La respuesta de las Naciones Unidas

En la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 39/248 del 16 de abril de 1985, encontraremos una respuesta a los interrogantes antes formulados. Allí se dijo, entre otras cosas, que: 1°) es necesario "implementar una política enérgica de protección a los consumidores, frente a los riesgos para su salud y seguridad"; 2°) "Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles"; 3°) "Se debe alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades".

De la lectura de esta Resolución se colige que el máximo organismo internacional ha impuesto a los gobiernos de los Estados Miembros el deber de elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar la protección de los consumidores. La República Argentina, primero con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y su Decreto Reglamentario 1.798/94) y luego con la incorporación a la Constitución Nacional de un texto tutelar -artículo 42-, ha dado un paso fundamental en el cumplimiento de este deber.

3. Distintas ramas del Derecho

La protección que debe dispensarse a los consumidores imponía e impone la necesidad de dictar normas que, en rigor, incumben - a partir de la Constitución Nacional- a varias ramas del Derecho; así, esas normas corresponden al Derecho Privado, al Administrativo, al Procesal y al Penal. Se trata de un vasto campo, como quedara demostrado a medida que se avance en el análisis de la Ley 24.240.

Para poner de manifiesto lo antedicho y, al propio tiempo, destacar la importancia del contenido de la Ley 24.240, efectuaremos una breve reseña de algunos aspectos que consideramos oportuno anticipar.

4. La Constitución Nacional

Como quedó expresado, la defensa de los consumidores alcanzó en nuestro país rango constitucional, pues la Convención Nacional Constituyente que sesionó en 1994 así lo decidió, al sancionar el artículo 42 en los siguientes términos:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno."

"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios."

[2] De ellas pudo decir Lorenzo Moza: "Duran en el tiempo, perfeccionan la iniciativa humana, la perpetúan y la renuevan en el mudar continuo de las personas. La linfa del cuerpo social pasa a través de estos ganglios vitales de la economía". Lorenzo Mossa, Derecho Mercantil, ps.4 y 5.

"La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y a los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

Asimismo, el artículo 43 de la misma Constitución concede a "toda persona" el derecho de interponer acción de amparo contra los actos u omisiones que infrinjan los derechos reconocidos a los usuarios y consumidores; la misma acción se confiere a las organizaciones en que aquellos se agrupen.

5. Responsabilidad civil

Uno de los capítulos del Derecho Privado en que resulta de mayúscula importancia la incidencia de las normas que tutelan el derecho de los consumidores, es el relativo a la responsabilidad civil.

Piénsese en el proceso de producción, distribución, circulación, uso y consumo de un producto. ¿Qué ocurre cuando el último eslabón de esta cadena - el consumidor- sufre un daño como consecuencia del producto consumido? ¿Tendrá derecho a obtener un resarcimiento y, en su caso, a quién de los que intervinieron en esa cadena podrá demandar? De los distintos casos que pueden presentarse interesan tres: 1) Responsabilidad del fabricante o productor, aunque no haya sido él, quien proporcionó directamente la cosa al consumidor; 2) Responsabilidad de cualquier intermediario, transportista, publicista, mayorista, etc. 3) Responsabilidad del productor, fabricante o minorista, cuando haya enajenado la cosa directamente al consumidor.

Las distintas cuestiones involucradas se examinarán en el capítulo respectivo; aquí nos limitaremos a anticipar el problema de la antijuridicidad.

Es sabido que, según una noción elemental, antijuridicidad equivale a conducta, comportamiento, contrario a derecho. Pero el derecho susceptible de ser violado, puede estar constituido por normas legales o deberes genéricos, y por deberes contractuales específicos. Y aquí- cuando la víctima es un consumidor- enfrentamos el primer problema, consistente en determinar la naturaleza contractual o extracontractual de esta especie de responsabilidad. Será lo uno o lo otro según que la infracción afecte un deber contractual o un deber genérico.

En realidad, no debiéramos tener que afrontar este problema, porque si una reforma se justifica, esa es la de unificar los regímenes de responsabilidad civil[3]. Como lo propuso el Proyecto de Unificación de nuestros Códigos. Pero mientras se mantenga vigente el artículo 1107 del Código Civil y sus concordantes, la determinación de la "órbita" en la que nos encontramos será una tarea insoslayable.

a) Responsabilidad contractual

Por cierto, cuando la adquisición de la cosa por el consumidor se ha hecho por medio de un contrato: venta, permuta, suministro, mutuo; y, aquél demanda a la persona con quien contrató, es obvio que la responsabilidad se situará en la órbita contractual. Será así, siempre que la antijuridicidad se materialice en la infracción de un débito contractual. Se ha de tener presente que entre los deberes que asume toda persona que enajena un bien a título oneroso, se cuenta el de ofrecer garantía por vicios redhibitorios. Es ésta una responsabilidad contractual específica, que viene a sumarse al deber de indemnizar el daño injusto.

b) Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad será extracontractual, en cambio, en los siguientes casos:

1) Cuando el consumidor demanda a cualquiera de los que intervinieron en la cadena, excepto a aquél con quien contrató.

2) Cuando, aun preexistiendo el vínculo contractual, el consumidor prefiere optar por la vía extracontractual, según lo sostiene calificada doctrina.

6. Deberes para con el consumidor

La LDC, orientada por el principio de buena fe contenido en el artículo 1198 primer párrafo del Código Civil, ha impuesto a los sujetos potencialmente responsables frente al consumidor, un catálogo de deberes jurídicos, para cuya imposición se ha tenido en cuenta las particularidades que presenta la actividad de ofrecer bienes en masa para consumo masivo. Algunos de tales deberes son los siguientes:

a) Deber de brindar información sincera, leal, sin ocultamientos. En virtud de este deber, a quien

[3] Atilio Alterini, Kemelmajer de Carlucci, López Cabana y Lloveras, Zannoni, etc.

contrata con el consumidor se le exige, en particular: el deber de dar aviso del estado en que se encuentra el producto a consumir y el deber de suministrar las instrucciones que sean necesarias para la correcta utilización del producto.

b) Con referencia a la publicidad que se despliega por las empresas , la doctrina tenía establecido que la inexactitud de los anuncios origina responsabilidad[4], cuestión de la que se ha ocupado en particular la LDC.

Se parte de la idea, irrefutable, de que cuando se hace publicidad se debe ser sincero. Esa exigencia es imperativa, pues cuando la publicidad es inexacta origina equívocos o induce a error o confusión al consumidor. Si se anuncia que la cosa es de determinada calidad, o que tiene cualidades o propiedades específicas, su inexactitud debe generar responsabilidad para el anunciante. Por esto es plausible la LDC, que se hace cargo del problema y establece, en su artículo 8, que las precisiones contenidas en la publicidad obligan al anunciante, de manera que el consumidor podrá exigir que aquél cumpla con lo que anunció al publicitar el producto.

c) Deber de custodia de los bienes que se ofrecen.

d) Deber de seguridad. Sobre este último, cabe señalar que es un principio jurídico superior; tiene la misma jerarquía que el deber general de no dañar y su observancia es obligatoria e inexcusable para todo aquel que ofrece bienes de consumo masivo, en especial, cuando se trata de alimentos, medicamentos y, en general, productos que se destinan a la salud, la estética o la seguridad de las personas.

7. Procedimientos abreviados

A tono con las exigencias de la doctrina, y con el propósito de que la tutela del consumidor no se vea retardada como consecuencia de juicios largos y engorrosos, la LDC ha establecido (artículo 53) que para dirimir las controversias a que dé lugar su aplicación, se aplicarán las normas "del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente".

La Constitución Nacional -artículo 43- consagra también una norma por la cual se concede una acción de amparo para la defensa de los derechos de los consumidores.

8. La Autoridad de Aplicación

La autoridad de aplicación, en el ámbito nacional, será la Secretaría de Industria y Comercio y se ha dejado a las Provincias el control y vigilancia para la aplicación de la ley. Así debe ser, no sólo como imposición del sistema federal de nuestra organización, sino también, porque el Poder de Policía es más efectivo cuando está en manos de la autoridad local.

9. Educación del consumidor

La LDC contiene normas orientadas a incentivar la educación de los consumidores, fomentando, con ese propósito, la constitución de entidades que cumplan ese fin específico.

[4] Sobre el tema, es fundamental la obra de Carme Madrenas i Boadas. Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. (La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia). Madrid, Cuadernos Civitas, 1990.

LA ESTERILIZACION FRENTE A LA PRETENDIDA RESURRECCION DE LA EUGENESIA

Juan Espinoza Espinoza
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

La esterilización es un tema que ha cobrado una gran actualidad, debido a las medidas dirigidas a promover el control de la natalidad dictadas por el gobierno. Sin embargo, la práctica de la esterilización no sólo puede chocar con mandatos éticos y religiosos profundamente arraigados en muchos sectores, sino que nos coloca ante la posibilidad de su aplicación con finalidades eugenésicas y de profilaxis social. Esta manera de aplicar la esterilización, tendiente a privar de la posibilidad de procrear a los incapaces y a quienes padezcan de enfermedades de transmisión hereditaria, no debe ser tomada en cuenta, pues atenta de manera directa contra la dignidad y la libertad del ser humano. Además, los problemas éticos y políticos que puede generar el uso masivo de la esterilización, no agotan completamente el tema; la esterilización es también fuente de diversos problemas jurídicos, pues se encuentra ubicada en aquellas zonas grises donde el individuo empieza a ver limitada su libertad por el interés social, la moral o las buenas costumbres. ¿La esterilización es una mutilación?, ¿Hasta qué punto la esterilización puede ser dejada a la sola decisión del individuo?, son algunas de las preguntas que el autor se encarga de responder en el presente artículo.

1. LA ESTERILIZACION VOLUNTARIA: EL DESAFIO DE LA PROPIA NATURALEZA DEL HOMBRE

El derecho a disponer del propio cuerpo no puede ser entendido unidimensionalmente, dado que existen deberes correlativos por cuanto respecta a la familia y a la sociedad. Entre los actos de disposición del propio cuerpo se encuentra la decisión de someterse a la esterilización, la cual puede involucrar sea a un individuo, sea a una pareja[1]. La decisión en el primer caso no está limitada por otra voluntad concurrente. Cosa que no sucede en la segunda hipótesis: si una pareja estable no desea procrear hijos y asume la esterilización en su verdadera dimensión, vale decir, como una operación irreversible[2], nosotros no vemos ningún impedimento para que uno de ellos, con el asentimiento del otro, se someta a este tipo de intervención. En el caso de desacuerdo entre la pareja, pensamos que el interés de la familia debe ser preminente y prevalecer sobre el interés individual.

Hay quien, partiendo de la premisa que la manipulación de la naturaleza y de la genética sean lícitas, sostiene que: "de la acción humana trasluce siempre

[1] Expresa, en la conciencia de quien compone las poblaciones más civilizadas: la necesidad de gestar separadamente la propia potencialidad procreativa y la propia potencialidad relacional" (ZANI, *La sterilizzazione volontaria: una lettura psicologica*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, AA. VV., a cura del CISF, Franco Angeli Editore, 1983, 92).

[2] Con referencia a la reversibilidad, hay quien afirma que: "es indudable que la aceptabilidad de la esterilización masculina y femenina tendría una ubicación bien diversa no sólo sobre el plano conceptual y quizá moral, sino también sobre el médico si su reversibilidad fuese no un evento hipotético, sino un hecho cierto". Agregando que, en el caso de la vasectomía: "Aparte del problema técnico de la recanalización que con la microcirugía es más simplificado, se evidencia que la obtenida recanalización, con examen del esperma con caracteres aparentemente normales, no siempre significa eventual concepción: existe, en efecto, la posibilidad de la formación de auto anticuerpos que puede incidir negativamente" (VIGNALI, *La sterilizzazione: problemi medici e reversibilità*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 65 y 67).

un proyecto; intención y proyecto modelan el ambiente en el cual el hombre actúa, humanizándolo, en modo que éste pueda responder a aquellas necesidades y a aquellas exigencias que son propias del hombre -ser típicamente defectivo-"[3] . Dentro de esta línea de pensamiento, la naturaleza debe estar subordinada a las exigencias vitales, abandonándose, de esta manera, su concepto de "horizonte estable e inmodificable (...) de la existencia humana"[4]. En la esterilización, como en cualquier otro resultado del desarrollo científico, "el problema no es tanto de la diferencia entre el descubrimiento científico (siempre neutral) y su aplicación (buena o mala): está en la misma dimensión del descubrimiento que puede instalarse una lógica proyectiva de alteración del destino humano"[5]. Es dentro de la ética coexistencial, propia del derecho y de los criterios guías del respeto de la dignidad humana y de la familia, que debemos ubicar a la esterilización.

El hombre, en tanto es libertad, puede modificar su propia naturaleza dentro de los límites de la licitud. Como ser ontológicamente libre, el hombre tiene la posibilidad de conformarse con su corporeidad o rebelarse frente a ésta o a una determinada función de su organismo, como es la capacidad reproductiva. No existe ninguna razón válida que impida asumir esta decisión. Un descubrimiento científico es viable cuando permita mejores condiciones de existencia y tiene un propósito definido: en el caso de la esterilización es el deseo de no procrear.

Frente a estas consideraciones, creemos que es necesaria la presencia de determinados requisitos para hacer valer la decisión para someterse a la esterilización, como el hecho de tener una determinada edad (con el problema de optar por la mayor edad o -como hacen algunas legislaciones- por una edad superior) o el consentimiento de la pareja (en la hipótesis de estar casado o ser conviviente), ya que, al encontrarse el individuo en una formación social como es la familia, sus intereses deben estar armonizados con ésta.[6] El hecho que se establezca como límite aquel de tener un cierto número de hijos, no parece ser acertado, por cuanto, crearía una situación de desigualdad entre las personas que tienen hijos dentro del límite establecido y aquellas que no los tienen. Si hablamos de un derecho a procrear, deviene obvio que el número de hijos que se desea tener es una decisión personal, la cual no puede estar sometida bajo ninguna calificación de parte del Estado. El número de hijos (o la eventualidad de su inexistencia, en el caso de personas solas) podría servir como criterio adicional para valorizar la verdadera necesidad de los interesados, pero no puede ser utilizado como un requisito discriminatorio.

Junto a estos requisitos no es menos importante la información que se debe tener con la finalidad de evaluar las consecuencias de esta decisión. Se sostiene que "el deber del médico de no intervenir sin el consentimiento del enfermo (en este caso sería de los interesados) está conectado con el otro: la obliga-

En sentido contrario se afirma que: "no se comparte la metodología por la cual la valoración de un hecho pueda depender de la entidad de las consecuencias (reversibilidad o no): éstas pueden influir sobre la determinación del daño, sobre la existencia del delito pero no sobre la ilicitud del hecho" (D'ADDINO,*Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, ESI, 1983, 195).
Se sostiene que: "las posibilidades técnicas de la simple recanalización, sea en la mujer que en el hombre, mediante la moderna microcirugía, son bastante elevadas. Menos elevadas, en cambio, son las posibilidades de volver a dar la función generativa que lleve a una efectiva gravidez normal. Mucho dependerá también de las técnicas elegidas en la ejecución de la intervención esterilizadora precedente: de "como" ha sido efectuada, del lugar en donde ha sido practicada, de los instrumentos usados, de la profundidad de la incisión, del tipo de ligadura, etc.". Es por estos motivos que se expresa cuanto sigue: "Evitar la generación, haciendo recurso a una grave disminución constituiría una elección que representa un absurdo. Es por ello que la ciencia, que trata de ayudar al hombre en sus tareas fundamentales, como es del resto su única razón de ser, debería comprometer todas sus energías para encontrar métodos de regulación de los nacimientos que no ataquen al hombre en sus estructuras y finalidades: y hasta que ésta no haya logrado encontrar tales métodos, está llamada a respetar y aceptar sus limitaciones, sin replegarse contra el hombre. En cuanto a otros casos, para salvar verdaderamente al hombre, estamos llamados a aceptar nuestras limitaciones" (PERICO, *La sterilizzazione volontaria permanente e temporanea come metodo contraccettivo. Riflessioni morali*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 117 e 119-120).

[3] D'AGOSTINO, *Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della Filosofia del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 1987, 23.

[4] D'AGOSTINO, op. cit., 24.

[5] D'AGOSTINO, op. cit., 27.

[6] Así, en lo que respecta al requisito de la edad: "en Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia el derecho a la esterilización es concedido a personas sobre los 25 años y negado a los mayores de 18 y 21 años. Las personas entre los 21 y los 24 años pueden elegir la esterilización voluntaria si su solicitud es aceptada y aprobada por una comisión. Tal aprobación es concedida por motivos de salud (comprendidos aquellos que pondrían a la pareja en la imposibilidad de ocuparse de los hijos), razones genéticas y socio-económicas. No se solicita el consentimiento del cónyuge o del/ de la partner" (VELLA, *Breve panoramica storico-sociale sul fenomeno della sterilizzazione*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 28).

ción de informar"[7] (...) "cuando el paciente se encuentra en una situación en la que existen diversos métodos (piénsese en aquellos anticonceptivos) o técnicas entre los que se puede elegir, el médico deberá informar sobre tales posibilidades"[8].

La esterilización voluntaria ha recibido numerosas críticas de diversos sectores. Debemos recordar que existe una vasta gama de métodos anticonceptivos, que pueden ser utilizados y que, de ninguna manera, se pretende hacer prevalecer esta operación cuya finalidad es bien diversa. En la primera se controla la natalidad, en la esterilización se elimina esta posibilidad. Esta determinación corresponde a una decisión, libre y responsable, de la pareja. Se opina que "la esterilización voluntaria confina con el derecho a la libertad de la persona para proyectar su vida aunque sí tiene, indudablemente, repercusión sobre el destino de la especie humana".[9] La Population Reports, en un estudio de 1981[10], divide en cuatro grupos a los paises, según su respuesta normativa frente a la esterilización voluntaria:

1. Países en los cuales la ley declara explícitamente legal la esterilización (Singapur, Panamá, Japón, Paises Escandinavos, Yugoslavia, algunos de los Estados Unidos).
Merece atención el Código penal de España, que en la parte relativa a las lesiones, regula a la esterilización. La versión original del artículo 428 la parangonaba a la castración y la punía.[11] Sucesivamente con la reforma del mismo[12], ésta ha sido despenalizada.
2. Países en los cuales la esterilización es legal en cuanto no existe ninguna ley que la prohíba (China, Corea del Sur, India, la mayor parte de los Estados Unidos y casi todos los países del *Commonwealth* británico).
3. Países en los cuales las leyes y los decretos ministeriales consideran a la esterilización ilegal y la prohíben *de iure* (Birmania, Somalia y Turquía[13]), aunque en la práctica ésta se tolera.
4. Países en los cuales la posición jurídica de la esterilización voluntaria es incierta (Francia, Bélgica, Europa oriental, Africa ex-francesa y algunos paíises de América Latina).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha aprobado el 14 de noviembre de 1975 (con la reserva de Irlanda de no adhesión) la siguiente resolución (75)29:

1. Garantizar que las personas interesadas en la esterilización sean puestas plenamente a conocimiento del hecho que, al estado actual de los estudios, la operación es, generalmente, irreversible;
2. Hacer disponible como servicio médico la esterilización por via quirúrgica.

2. LA EXPERIENCIA SUECA

La Ley de Esterilización sueca (Steriliser*ingslag 1975:580*), por ejemplo, prevee dos hipótesis para este tipo de intervención, que se distinguen en base a la edad del solicitante:

1. Si el interesado ha cumplido 25 años, basta que sea ciudadano sueco o residente en el país. En el caso de rechazo, podría ser elevado el caso ante la Dirección Nacional de Salud Pública y Previdencia Social (*Socialstyrelsen*) (artículo 2).
2. Si el interesado tiene más de 18 años y menos de 25 debe, además de contar con los requisitos establecidos en el punto precedente, dirigirse a la *Socialstyrelsen*, en las siguientes hipótesis (artículo 3):

[7] BARREIRO, *La* relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en Cuadernos de Política Criminal, 16, EDERSA, Madrid, 1982, 26.

[8] BARREIRO, op. cit., 30.

[9] FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro primero del Código civil peruano, Studium, Lima, 1986, 44.

[10] En VELLA, op. cit., 13-14.

[11] Esta disposición ha sido fuertemente criticada. En efecto, se afirmaba que si se limita la capacidad de disposición: "implica que el bien jurídico salud personal sea un bien jurídico estático, un bien jurídico que hay que tener, del que no se puede disponer" (BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, en Cuadernos de Política Criminal, 14, Institutos de Criminología de las Universidades Complutense de Madrid y de Valencia, 1977, 212).

[12] Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

[13] En Argentina, en la provincia de Córdova, ha sido sancionada el 17.11.78, la Ley N° 6222, "Ley de ejercicio de las profesiones y actividades vinculadas con la salud humana", cuyo art. 7 prohíbe expresamente las prácticas de esterilización, inseminación y fecundación artificial, aborto y eutanasia.

a) Cuando existe riesgo de herencia de enfermedades psíquicas graves, o anomalías, enfermedades físicas graves u otro defecto físico genético.
b) Cuando la mujer, durante el embarazo, a causa de enfermedad, defecto físico u otro motivo, pueda correr peligro para su salud (si el médico lo ha certificado) o para su vida.
c) Cuando la esterilización sea necesaria para poder sucesivamente proceder a la rectificación del sexo, en los casos previstos por la ley (Ley de determinación del sexo en casos establecidos, 1972:119).

Es importante notar que el artículo 5 de la citada ley establece que la esterilización no puede ser practicada sobre quien no haya tenido información suficiente sobre la intervención a la cual será sometido y sobre sus consecuencias, y no le hayan sido mencionados otros métodos de prevención de la concepción.

3. LA EXPERIENCIA ALEMANA

Particular comentario merece la experiencia alemana, el BGB ha sido modificado por una ley que ha entrado en vigor en 1992. Se instituye la figura del *Betreuung*, que se basa en las relaciones entre asistente y asistido, eliminando las figuras de la interdicción y de la curatela. Ha sido empleado el espacio vacío dejado por el artículo 1905 para prever que, en el caso en el cual la intervención médica consista en la esterilización del asistido, el asistente podrá dar su consentimiento sólo si:

1. La esterilización no está en contraste con la voluntad del asistido.
2. El asistido se demuestra incapaz de dar su consentimiento.
3. Se debería hipotizar que a falta de la esterilización, pudiese tener origen un embarazo.
4. En consecuencia de tal embarazo se podría sospechar el surgimiento de un peligro para la vida o de un daño grave a la salud física o mental de la asistida, el cual no podría ser evitado con otros medios válidos.
5. El peligro de un embarazo que no pueda ser eliminado con otros medios válidos.

Un peligro grave para la salud mental de la asistida durante el embarazo puede estar representado también por la amenaza de un duro y largo sufrimiento, puesto que los procedimientos decididos por el juez tutelar, que comportarían la separación de madre e hijo, serían adoptados en contra de su persona. El consentimiento del asistente debe estar precedido de la autorización del juez tutelar. La esterilización puede ser efectuada a partir de las dos semanas sucesivas del momento en que tal autorización adquiera eficacia. Al efectuar la esterilización se debe dar prioridad al método que podría permitir un retorno a la fertilidad.

Haciendo una comparación entre el modelo sueco y el alemán, preferimos al primero, por cuanto se basa en la voluntad *real* del interesado. Llama poderosamente la atención el modelo alemán, dado que (al igual que en el modelo español) el representante del incapaz puede asumir una voluntad **inexistente**, autorizando una esterilización no deseada (en muchos casos ignorada) sobre este último. El hecho que esta autorización sea homologada judicialmente no exime de críticas a este diseño legislativo, debido a que se atenta en contra de la integridad del sujeto representado, permitiendo la ejecución de un acto que, por la magnitud de sus consecuencias, debe ser producto de una decisión personalísima. Y es aquí cuando observamos que, al tratar de justificar **jurídicamente** la intervención del representante, el legislador alemán cae en una manifiesta contradicción, porque si éste puede **suplantar** con su consentimiento la decisión del representado cuando éste se muestra incapaz de manifestarlo ¿Cómo se puede saber si la intervención quirúrgica de la esterilización no entra en contraste con su propia voluntad?

4. LA EXPERIENCIA ITALIANA

Paralelamente al problema civilista de la licitud de la esterilización entendida como acto de disposición del propio cuerpo, existe el aspecto penal, en el cual la esterilización sería (o no) entendida como una lesión personal[14]. El Código Penal italiano ha sufrido una evolución símil a aquella de su homólogo español. En efecto, el artículo 552 tipificaba como delito la impotencia procurada para la procreación[15]. Posteriormente este dispositivo ha sido derogado (junto a todos los otros artículos que formaban parte del Título que se refería a los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe) por el artículo 22 de la Ley 22.06.78, n. 194 (Normas para la tutela

[14] D'ADDINO, op. cit., 189-190.

[15] Art. 552 c.p.: "Quien cumpla, sobre persona de uno ú otro sexo, con el consentimiento de ésta, actos dirigidos a hacerla impotente para la procreación es punido con la reclusión de seis meses a dos años con la multa de mil a cincomil liras.
La misma pena corresponde a quien ha consentido el cumplimiento de tales actos sobre la propia persona".

social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria de la gravidez). Después de esta derogación, el Tribunal de Lucca, en la decisión del 7 de mayo de 1982 (inédita), ha absuelto a un médico de la incriminación de haber practicado cincuenta vasectomías, porque el hecho no constituía delito, argumentando cuanto sigue:

"la tesis que se sostiene no entra en contraste en absoluto con la norma del artículo 32 de la Constitución, porque el sujeto esterilizado es un individuo perfectamente sano, capaz de absolver la propia actividad en la sociedad y en la familia. Justo a tenor del citado artículo 32 debe reconocerse al individuo un derecho a la tutela de la salud y el concepto de salud tiene un contenido muy amplio, que comprende en sí, sin agotarlo, aquel más restringido de la integridad física (...*omissis*). El esterilizado es perfectamente sano y sobre el aspecto psíquico, quizás más sano que tantos otros individuos que utilizan otros métodos de contracepción"[16].

El hecho de someterse (o no) a la esterilización es una decisión existencial que involucra al ser humano sea individualmente considerado, sea en su condición de cónyuge o conviviente. Los motivos pueden ser de diverso orden[17], pero entendemos que la decisión sobre este acontecimiento está circunscrita dentro de aquel ámbito de acción que pertenece al libre desarrollo de la personalidad. El Estado debería intervenir sólo para verificar la existencia de determinados requisitos (ya señalados: edad y según sea el caso, también el consentimiento de la pareja) necesarios para ejercer el derecho de disponer del propio cuerpo de una manera libre y responsable. Cualquier otra limitación no debería tener ninguna relevancia jurídica.

5. LA ESTERILIZACION EUGENESICA IMPUESTA POR EL ESTADO

El 20 de mayo de 1990, arriva un cable de Pekín, informando que en la provincia de Gansu, han sido realizadas 5,500 operaciones de esterilización a retardados de mente, en un lapso de 14 meses, cumpliendo con lo dispuesto por una ley sobre esterilización obligatoria. Se había programado de esterilizar en un año, cerca de 260,000 retardados de mente. Esta ley se alínea a aquellas de Nuremberg de la Alemania nazista del 14 de julio de 1933, de Indiana del 09 de marzo de 1907 y de otros de los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo 428 (reformado) del Código Penal español establece que: "...no será punible la esterilización de persona incapaz que sufra de una grave deficiencia psíquica cuando esta haya sido autorizada por el Juez sobre petición del representante legal del incapaz, oídos el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previo reconocimiento del incapaz".

Frente a estos hechos el jurista debe asumir una posición determinada, con la finalidad de obtener una justa comunidad existencial entre los hombres[18]. Ni el Estado ni los representantes pueden asumir una voluntad de carácter personalísimo como es aquella de decidir sobre el derecho a procrear del cual todos gozamos. Esto reviste particular importancia en el caso de los retardados mentales. Debemos partir de la premisa que existen grados de retardo (como en todas las enfermedades mentales)

[16] Hay quien sostiene que la abrogación del art. 552 c.p. no implica la licitud de la esterilización, por cuanto este dispositivo era de carácter especial y siendo la esterilización una lesión, se deben aplicar los arts. 582 y 583 c.p. dentro del principio general que reconoce el art. 32 Const. Por estos motivos se afirma que "la pérdida de la capacidad de procrear es una enfermedad específica y nominada; quien la causa a otros con comportamiento conciente responde del ilícito. Entendida según la interpretación propuesta, la disposición no deja lugar a dudas. La aplicación a la esterilización aparece directa. Por el medio que la realiza y por el resultado que produce, la esterilización consiste en la lesión sobre la persona que causa la enfermedad de la capacidad de procrear" (COVIELLO, *Sterilizzazione volontaria nella legislazione italiana: valutazione giuridiche*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 78). de esta obra hemos extraído la citada sentencia.
En el mismo sentido se afirma que en este caso: "no es reclamable la tutela de la libertad sino la tutela de la salud. La esterilización es lesión de la salud y como tal es calificada ilícita por el ordenamiento", sin embargo, se estima que la oportunidad de la intervención será lícita "cada vez que, en el respeto de la persona humana y de su voluntad, persiga el interés de la salud, también psíquica, del sujeto o sea justificada por condiciones objetivas del individuo, afecto de anomalías hereditarias, que responsablemente pide la intervención" (D'ADDINO, op. cit., 42 y 196).

[17] Aunque si nuestra observación es lapalisiana, la esterilización voluntaria motivada por la finalidad de no querer traer al mundo seres con alguna disminución, es cosa bien diversa al aborto eugenésico: en el primero se está ejercitanto válidamente el derecho a procrear, en el segundo se está eliminando a un ser humano.

[18] En posición crítica se afirma que "...rebasa la incumbencia del Estado el procurar fomentar razas y estirpes escogidas, como si de sementales auténticos se tratara" (DIEZ DIAZ, Los Derechos de la Personalidad. Derecho Somático, Ediciones Santillana, Madrid, 1963, 197).

y que no se puede tratar de la misma manera a todos aquellos que sufren de este *handicap*[19]. El temor a un embarazo no nos debe inducir a defender la esterilización *a priori*, ni el aborto *a posteriori*. El gobierno que decide esterilizar a este tipo de sujetos, sin ninguna distinción, bajo el pretexto de su situación, pretende realizar una política utilitarista que entra en colisión con la integridad del ser humano y por lo tanto, está privada de validez. Hay quien aún admitiendo la eugenesia, observa que: "si el pretendido bien de la especie es dirigido a través del sacrificio indiscriminado de algunos (piénsese en la esterilización forzada), salimos de cualquier criterio jurídico de licitud, para acceder (quizás inconscientemente) a la aceptación del derecho del más fuerte. Y el más fuerte no obra por el bien común, vale decir jurídicamente, si no sólo para maximizar indebidamente la propia utilidad subjetiva".[20] En nuestra opinión, no se debería sacrificar la integridad del más débil por el temor de posibles nacimientos de seres similares. Nosotros, en tanto jurídicamente capaces, debemos proteger a los otros. Se puede objetar, y con razón, que en casos extremos no podemos hablar de un derecho a procrear, ya que éste implica relaciones conscientes dirigidas a determinado fin. Aún en estas hipótesis, entendemos que no debería ser admitida la esterilización. Existe una vasta gama de métodos anticonceptivos que se pueden utilizar sin atentar en contra de la dignidad del ser humano, tan olvidada en el caso de los enfermos (o retardados) de mente ¿Se puede hablar de una contradicción entre el derecho que los capaces de discernimiento tienen de someterse a la esterilización y el hecho de impedir de someter a esta intervención a aquellos que no lo son? Creemos que la respuesta negativa es la correcta. En el primer caso hablamos de un derecho a procrear que corresponde a las exigencias existenciales del sujeto. En esta hipótesis, el sujeto (solo o con el consentimiento de la pareja, según sea el caso) puede decidir no procrear más. En el segundo caso, dado que los intereses del sujeto privado de discernimiento son bien diversos, no se puede concebir la esterilización como una libre decisión (ni a través de la determinación del representante legal, con la autorización del juez, como pretenden los modelos jurídicos español y alemán), ni con una imposición del Estado, en tanto, este tipo de sujetos debe ser protegido a todo nivel. Intervenciones irreversibles (como es el caso de la esterilización obligatoria) que lesionan la integridad y la dignidad del sujeto, pueden ser decididas sólo por el directo interesado y ningún otro puede sustituírlo.

Decisiones como aquellas del gobierno chino, pretenden desempolvar las viejas obras de Galton y resucitar del olvido los infames Tribunales del Resanamiento de la Raza de la Alemania nazista[21].

[19] Se sostiene que: "no se puede identificar *tout court* el insuficiente desarrollo intelectivo con la incapacidad natural consistente en la falta de la facultad de entender y de querer" (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1991, 346). También se afirma que "lo que está en crisis -a la luz de los más recientes conocimientos psiquiátricos, de la cual la reforma (Ley 13.05.78, n. 180, de acertamientos y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios) se ha hecho intérprete- no es la noción de incapacidad por sí misma, si no es la correlación, llegada a automatismo, entre enfermedad mental (o mejor perturbación psíquica) de un lado e incapacidad de entender y de querer del otro lado" (VISINTINI, *La nozione di incapacità serve ancora?*, en *Un altro diritto per il malatto di mente. Esperienzie e soggetti della trasformazione*, a cura de CENDOM, ESI, 1988, 94). Por consiguiente, cuando hablamos de un enfermo (o de un retardado) mental, no necesariamente hacemos alusión a un ser que está al margen de sus circunstancias. Hay enfermos (o retardados) mentales que son capaces de entender y de querer y por consiguiente, de actuar, dentro de ciertos límites, de una manera conciente y responsable. Dado que no se pueden establecer clasificaciones netas y contrapuestas, se sostiene que "es la solución indicada por el código civil (italiano) (arts. 2046, 2047) aquella que me parece largamente preferible, o sea una solución en la cual la capacidad de entender y de querer, es en cada caso, acertada por el juez libremente, en base a las circunstancias del caso concreto sometido a su juicio, y por consiguiente, sobre la base de la común experiencia y además, si es necesario, de las nociones científicas ofrecidas por los peritos psiquiátricos" (VISINTINI, op. cit., 101).

[20] D'AGOSTINO, op. cit., 31-32.

[21] El art. 1 de la Ley sobre la esterilización establecía cuanto sigue:
"1. Todo el que se encuentre enfermo de una dolencia transmisible, podrá ser sometido a la operación quirúrgica necesaria para convertirle en estéril, si, conforme con el dictamen de la ciencia médica, es de esperar con gran probabilidad que su descendencia habrá de sufrir "taras" graves corporales o psíquicas.
2. A los efectos de esta ley, se comprenderá bajo las expresiones de "enfermos de dolencias transmisibles" los que adolezcan de algunas de las siguientes:
1º Debilidad mental de nacimiento;
2º Esquizofrenia;
3º Locura circulante;
4º Epilepsia hereditaria;
5º Baile de San Vito (corea del Huntington);
6º Ceguera hereditaria;
7º Sordera de la misma naturaleza;
8º Deformaciones corporales graves y transmisibles.
3. Podrán muy especialmente ser esterilizados quienes sufran de alcoholismo grave".

Este criterio eugenésico no es solamente aplicable al caso de la esterilización: no faltaban quienes lo habían propuesto como impedimento matrimonial[22]. Actualmente se continúa defendiendo esta posición, denominándola de "sanidad nupcial"[23]. Contrariamente, se ha elaborado una propuesta de reforma del Código Civil italiano, cuyo esbozo, en el artículo 2, establece la admisión judicial del interdicto por enfermedad de mente al matrimonio[24] cuando el juez "acierte que las condiciones de éste no sean tales de impedir el desenvolvimiento de la vida conyugal", siendo obligatorio escuchar directamente al interdicto (con la ayuda de un asesor técnico), al futuro cónyuge y a los sujetos directamente comprometidos en su curación[25].

En efecto, tanto en el matrimonio como en el caso de la esterilización, la solución no puede ser asumida ni con una prohibición, ni con una intervención que atente contra la integridad del sujeto. Aún en el caso de los enfermos psíquicos incapaces de entender y de querer (por consiguiente, de casarse), la respuesta no se encuentra en esta intervención quirúrgica irreversible. Debemos dejar de estigmatizar al enfermo de mente como si fuese un ser al margen de la sociedad e insertarlo dentro de ésta, si bien como un ser "diverso"[26] pero tratándolo, en cuanto sea posible, como a cualquiera. Estamos lejos de diseñar modelos jurídicos que tengan como finalidad crear un tipo de hombre predeterminado y ver a los sujetos afectos de *handicaps* como una suerte de hombres *detritus*, estableciendo normas que impidan, cualquiera sea el costo social, de evitar que nazcan seres iguales. El costo social que sacrifique la integridad y la dignidad humana no tiene ningún sostén válido. En lo que respecta a estos problemas, creemos que se deberían tener en cuenta los siguientes criterios:

En lo que respecta a la ejecución de la esterilización, el primer párrafo del art. 12 establecía que:
"Si el Tribunal resolviera con carácter definitivo la procedencia de la intervención quirúrgica, se llevará a cabo aun en contra de la voluntad del interesado (?) cuando no haya sido éste el único que la haya requerido.
El médico oficial recurrirá a las autoridades de la policía a fin de adoptar las medidas oportunas y cuando no basten, será admisible la coacción directa".
No ha faltado quien, comentando esta ley, expresase cuanto sigue: "Bienvenida sea la ley de esterilización. Bienvenida porque es arma de paz, de paz del cuerpo y del espíritu. ¡Basta de cuerpos castigados por la herencia! ¡Basta de espíritus rebelados contra faltas paternas!...El amor será más firme y más noble en la familia que no sufre el tormento de un degenerado, cuya sola presencia es un reproche -toda una acusación- contra quienes le engendraron, por debilidad, por ignorancia o por negligencia culpable" (DIAZ DE GUIJARRO, Esterilización y Matrimonio Eugénico. La Ley Alemana sobre Esterilización de Deficientes, en Antología Jurídica, Cuadernos mensuales, 192, IV, N° 5, Buenos Aires, 1934, 14). En realidad, si nos piden un texto, extemporáneo por completo y diametralmente opuesto a los valores de nuestro tiempo, creemos ya haberlo encontrado.

[22] Así, cuando se dice que: "La protección racial implica la primacía del interés social sobre el individual, a fin de asegurar la salud familiar y la descendencia sana. El propósito eugenésico es el inspirador del impedimento matrimonial; y la forma imperativa, el seguro medio para conseguir, sin dudas y sin obstáculos, su objetivo" (DIAZ DE GUIJARRO, Bases eugénicas para la Legislación del Matrimonio, en Antología Jurídica, Cuadernos mensuales, 262, Tomo X, N° 12,Buenos Aires, 1939, 10).

[23] Se advierte que: "la mayor parte de las corrientes doctrinarias, incluída la católica, considera por lo menos aconsejable que no contraigan matrimonio quienes no han de engendrar sino una prole defectuosa o enferma; y algunas (corrientes), yendo más lejos, llegan hasta propugnar la necesidad de una investigación relativa a la sanidad de los pretendientes y de prohibir el casamiento a quienes adolezcan de ciertas enfermedades o vicios" (CORNEJO CHAVEZ, Derecho Familiar Peruano, I, Librería Studium Ediciones, Lima, 1985, 142).

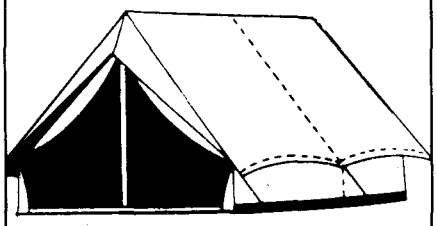
[24] Se critica a algunos civilistas que están: "prontísimos a gastar páginas y páginas para debatir temas de escaso relieve concreto, como por ejemplo aquel de la admisibilidad o no del matrimonio en el caso del interdicto -sin ninguna consideración, por la circunstancia, de hecho, que casi ningún enfermo de mente es interdicto (en Italia), que difícilmente un sujeto del género (puesto que haya alguien dispuesto a quererlo como consorte, quizás por motivos de puro interés) piense en contraer matrimonio, y que extrañamente las nupcias (...) se ponen entre sus necesidades objetivamente prioritarias" (CENDON, *Il settimo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli*, in *Pol. dir.*, 1990, 144).

[25] Así, con este tipo de propuesta, como advierte el citado A.: "el enfermo de mente, en la medida de lo posible, deviene más patrón del propio destino" (CENDON, *Infermi dei mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice*, en *Pol. dir.*, 1987, 652). También, en este sentido, se observa que no habría estado fuera de lugar alguna puntualización sobre el objeto de la evaluación que debería hacer el juez, a efectos de su autorización, según el artículo del esbozo comentado (LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1989, 67).

[26] A propósito de la legitimidad del tratamiento sanitario se opina que: "la historia de la locura es a menudo la historia de los librepensadores, de los individuos no gratos a la sociedad, destinados a permanecer excluídos; así que es errado negar a la locura, en forma absoluta, la función expresiva de una verdad diversa y anticonformista, tal vez destinada a devenir la verdad del mañana. El carácter relativo e histórico de la normalidad de la vida social debe inducir a un mayor respeto de las originalidades del hombre y por consiguiente a garantizarlo de las intervenciones tendientes a hacerlo conforme al modelo de la mayoría o al modelo propuesto por el político" (PERLINGIERI, op. cit., 358).

1. El fundamento de la esterilización reside en el derecho de procrear, del cual goza el ser humano. Este derecho implica su ejercicio de manera conciente y responsable.
2. En el caso de los enfermos de mente (incluso los retardados), se debe determinar su capacidad de discernimiento y por consiguiente, si sus exigencias existenciales están finalizadas a conformar una familia (casarse y tener hijos).
3. En el caso de los enfermos de mente que no tengan la capacidad de discernimiento, el Estado debe intervenir para la salvaguardia de su integridad. Ello implica el hecho de no someterlos a intervenciones que los marginen, como si fuesen seres residuales. Es el caso de la esterilización obligatoria, que debe ser excluída de toda experiencia jurídica que se precie de respetar la dignidad del ser humano.

decide tú
el lugar...



...nosotros
ponemos lo
necesario

CARPAS
Y ACCESORIOS
DE CAMPING

- variedad de diseños
- impermeables
- en nylon o lona pura de algodón
- con estructura de aluminio
- a los mejores precios del mercado

enppasa

Río de la Plata 305 - San Isidro
Telfs. 442-0616 / 441-9928
Fax. 441-2489

LOS PROBLEMAS EN LA RELACION DEL ACREEDOR CON LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (*)

Francisco Carreón Romero
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional San Agustín
Universidad Católica de Santa María
Arequipa

El presente artículo trata sobre la relación del acreedor con la sociedad de gananciales. Se analizan diferentes problemas que surgen en esa relación jurídica; tales como los límites de los bienes sociales que responden ante una obligación originada por uno solo de los cónyuges, la falta de información del estado civil de las personas, la naturaleza jurídica de los bienes sociales, entre otros.

Nuestro ordenamiento jurídico ante muchos de estos problemas no ha sabido dar soluciones correctas, ocasionando inseguridad jurídica y generando incertidumbre frente a las personas que realizan transacciones con los cónyuges.

Esta situación se agrava si consideramos que actualmente la mayoría de matrimonios opta por el régimen de la sociedad de gananciales.

1. EL ESTADO CIVIL COMO VARIABLE

La razón fundamental que me ha llevado a escoger el tema es la presencia de una variable, entendida como una cualidad o característica del sujeto de la relación jurídica económica: el estado civil de las personas naturales, que en su aplicación cotidiana ha traído muchos problemas a los cuales nuestro marco normativo no ha sabido dar soluciones; siendo necesario procurarlo para lograr la seguridad, eficiencia y menores costos de transacción que exige nuestro sistema de intercambio.

Si los sujetos que contratan son solteros o son cónyuges que han adoptado el régimen de separación de patrimonios, no hay problemas, porque se aplica el régimen común del Derecho Civil Patrimonial.

Los problemas surgen cuando esos sujetos son casados o concubinos, a los cuales debe aplicárseles el régimen de sociedad de gananciales.

En un estudio realizado por la Cátedra de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, se determinó que en el año de 1994 optaron por el régimen de sociedad de gananciales el 90% de matrimonios y el 10% optaron por el régimen de separación de patrimonios; demostrándose que nuestros conciudadanos prefieren vivir dentro de un régimen de comunidad.

(*) El tema fue tratado en la Ponencia presentada por el autor al II Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial realizado en Arequipa el 11 de Agosto de 1995.

2. ¿CUALES SON ESOS PROBLEMAS?

2.1. Naturaleza jurídica de la forma de obligarse:

El primer problema es el determinar cómo o de que forma la sociedad de gananciales sè obliga ante otras personas naturales o jurídicas.

La pregunta es: ¿ Si en la relación obligatoria los esposos intervienen como dos personas o como una sola persona denominada " sociedad conyugal "?.

Al respecto el Derecho Positivo peruano no dice nada. El profesor Felipe Osterling nos dice: "que si entre los acreedores o deudores hubiesen marido y mujer se les consideraría como una sola persona, modificándose la regla de la mancomunidad".

El mismo profesor citando a Ennecerus, llama a esa forma de obligarse de mano en común, "en virtud de la cual la deuda no corresponda sino a todos ellos conjuntamente; es decir a los 2 esposos"[1].

De otra parte, el profesor Francisco Sancho Rebullida, nos refiere " que esta forma de obligarse se le ha denominado conjuntiva, unitaria o de mano en común, de tal suerte que no haya titularidad ni ejercicio sin la concurrencia o actuación de todos, en este caso de los dos esposos, como si los esposos - jurídicamente - fueran una sola persona".[2]

El diálogo sobre este tema, como se dice actualmente, es pacífico, porque existe consenso en la doctrina de considerar a la sociedad conyugal como una sola persona o sujeto de derecho.

2.2. Naturaleza jurídica de la representación counyugal:

La sociedad conyugal, cuya naturaleza en la relación obligatoria es la de ser un solo sujeto, una sola persona, requiere de representante para vincularla con los demás.

Desde el punto de vista de la economía, es decir lo que conviene a los demás que vayan a contratar con la sociedad conyugal, se prefiere que la representación la ejerza el cónyuge más apto y hábil para las transacciones económicas.

La pregunta es ¿Quién es el más apto? Tradicionalmente se atribuyó al marido esa cualidad; pero fue cuestionada con el transcurso del tiempo, pudiendo estar la esposa en mejor aptitud de representarla.

Sin embargo, algunas legislaciones modernas han optado porque la representación la tengan ambos, como la nuestra, manteniéndose en otras la potestad marital.

El Código Civil español en sus artículos 1412 y 1413 refieren que "el marido es el administrador de la sociedad de gananciales y podrá enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad, sin el consentimiento de la mujer ".

El Código Civil chileno en su artículo 1750 refiere que " el marido es respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales ".

El Código Civil peruano de 1936 decía en su artículo 188 "que el marido es el administrador de los bienes comunes" y en el artículo 194 "que la sociedad responde de las obligaciones contraídas durante ella por el marido".

En cambio nuestro Código Civil de 1984 en sus artículos 290 y 292 establece un régimen de gobierno y representación conjunta para decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar, salvo para la adquisición de los bienes muebles.

Esa opción supone repensar el concepto de pareja, en el que "el yo" se convierte en el "nosotros", que dialoga permanentemente en un ambiente de confianza y comunidad; y de esa manera se relacionan con los demás.

2.3. ¿Cuándo los bienes sociales respaldan las deudas personales de uno de los cónyuges?

El tercer problema y el más importante es determinar cuándo los bienes sociales responden por las obligaciones que contrae uno de los cónyuges sin la intervención del otro.

[1] Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre. " Tratado de las obligaciones ". Bib. " Para leer el código civil ". Vol. XVI, 1era parte. Tomo 2 pág. 512.

[2] Francisco de Asís Sancho Rebullida. " La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos". Materiales de lecturas 003. Derecho Civil Patrimonial I. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. pág. 224.

Si ambos intervienen obligando a los bienes de la sociedad, no hay ninguna duda de que ellos responden por la deuda también social.

Sin embargo, dada nuestra cultura predominantemente individualista, la participación conjunta de los esposos en los negocios muchas veces no ocurre y generalmente es el marido quien contrata o algunas veces la mujer.

Al respecto, nuestro Código Civil regula deficientemente este tema. Tenemos el artículo 308 que se refiere únicamente al caso en que los bienes propios de un cónyuge han de responder por las deudas del otro; sólo cuando ellas han beneficiado a la familia.

Pero no hay ninguna norma que regule el caso en que los bienes sociales han de responder por las deudas contraidas por uno de los cónyuges, cuando ellas han beneficiado a la familia. Recurriendo a la analogía podríamos aplicar el artículo 308 a este caso.

No tenemos por ej. una norma como la del artículo 1455 del Código Civil alemán que se refiere a "que si el patrimonio común se enriquece mediante un negocio jurídico que el marido o la mujer celebre sin el necesario asentimiento del otro cónyuge, puede ser exigida a costa del patrimonio común la restitución del enriquecimiento según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto".

Los hermanos Mazeaud, con mucho acierto nos explican:

"En las relaciones con acreedores habría que precisar que los acreedores tienen por prenda los bienes comunes, los bienes propios del marido o de la mujer, según que hayan contratado por las necesidades de la familia o necesidades personales del marido o de la mujer. Son tres masas de patrimonios distintos, que los acreedores deben conocer para saber con quien contratan: con la comunidad o con uno de los cónyuges. Es necesario entonces dividir el pasivo al igual que el activo entre las 3 masas, para responder las siguientes preguntas: ¿ Cuáles son las deudas que deben cargarse en el pasivo de la masa común y cuáles en el pasivo de la cuenta de uno de los cónyuges ?"[3]

De este planteamiento aprecio que los autores citados han usado el criterio "de la necesidad que se busca satisfacer con el crédito" para determinar el carácter de la deuda.

Aquí el problema consiste en que el acreedor debe probar que el crédito sirvió para las necesidades de la familia y no sólo del cónyuge deudor. ¿Sería suficiente una declaración jurada del cónyuge deudor?, ¿Cómo queda el cónyuge no interviniente si no es cierto que la deuda fue en beneficio de la familia?

Ante esta vaguedad normativa ¿Cuál es el sistema más conveniente?

Quedan dos opciones a elegir:

1) **La primera,** que vela por el interés de la pareja y la familia, que incentiva la conformación de una pareja integrada y dialogante en relación con los demás; o,

2) **La segunda,** que vela por el interés de los acreedores y el tráfico mercantil, que incentiva el tráfico mercantil y cuida a los actores económicos que tratan con el marido o con la mujer en forma separada, sin interesar las relaciones internas de la pareja, cuyos problemas no deben afectar a terceros acreedores.

La primera opción, postula que la pareja nacida del matrimonio ha constituido una unidad o sociedad de vida, incluyendo la económica: **la sociedad conyugal también es una empresa,** e interesa a la sociedad que ésta sea integrada y dialogante; pudiendo de acuerdo a su división del trabajo otorgarse recíprocamente poderes.

La segunda opción, se halla recogida en el artículo 299 de la Ley de Instituciones Financiarias, Bancarias y de Seguros, que establece la presunción de que el cónyuge del titular de la cuenta corriente consiente todas las operaciones pasivas o activas que él vaya a realizar, obligando por supuesto, los bienes sociales de ambos cónyuges.

Evidentemente esta norma desconoce la representación conjunta de ambos cónyuges, reconociendo validez a todos los actos, incluso de disposición o gravamen que realiza el titular de la cuenta, prefiriendo el tráfico mercantil y sacrificando la situación de la pareja.

[3] Henri, León y Jean Mazeaud. "Derecho Civil ". París, 1965. pág. 183.

Los que plantean esta posición piensan que esa presunción debería extenderse a todas las actividades económicas.

2.4. Desinformación del estado civil de las personas

El cuarto problema radica en cómo saber el estado civil de la persona con la que se vaya a contratar.

Por ejemplo una persona nos va a vender un vehículo que en la tarjeta de propiedad aparece sólo un nombre, como es usual por razones de espacio, y como medida de precaución observo que en su libreta electoral aparece como soltero.

Otra persona ante notario se identifica con su libreta electoral en la que aparece como soltero y posteriormente vende el bien (no registrado) adquirido sin intervención de su cónyuge.

En ambos casos, el cónyuge no interviniente demanda la nulidad absoluta del contrato "por falta de manifestación de voluntad del agente" , es decir, de la sociedad conyugal.

Los datos de la libreta electoral referente al estado civil no merecen ninguna confianza, porque no se actualizan y tampoco la información que brinda el Registro Electoral protege a los terceros que contratan en base a dicha información.

El 12 de julio de este año, se ha dictado la Ley 26497 que crea el Sistema Nacional de Identificación y Estado Civil y se espera la corrección de este problema.

2.5. La naturaleza jurídica de los bienes sociales:

El quinto problema es determinar si los bienes sociales son copropiedad o propiedad en común.

La jurisprudencia peruana se ha pronunciado en forma contradictoria. Unas veces ha optado por ordenar el embargo en el 50% de derechos que el cónyuge deudor tiene en los bienes sociales, aceptando la tesis de la copropiedad o propiedad de cuotas, y otras veces ha negado esa posibilidad, considerando que la sociedad es una comunidad y no una copropiedad.

Así tenemos, que la Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1983 dictada en el Expediente 1384-81-Loreto sostuvo que "cuando fenece la sociedad conyugal, recién nace un estado de copropiedad",[4] y la Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 1989 dictada en el Expediente 2583-87-Arequipa, corroborando la anterior, sostiene "que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales no es condominio"[5].

En cambio, la Ejecutoria Suprema del 17 de febrero de 1989 dictada en el Expediente 2648-87-Arequipa sostuvo "que cada cónyuge es copropietario de los bienes comunes"[6], y la Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 1991 dictada en el Expediente 2433-90-Ayacucho, corroborando la anterior, "que el esposo tiene la calidad de copropietario del inmueble"[7].

A este respecto, nuestra legislación civil no prescribe nada y la doctrina civil peruana tampoco lo desarrolla.

En tal sentido, antes de comentar la opinión de la doctrina extranjera, me gustaría ensayar una hipótesis de interpretación que busca demostrar lo absurdo de la tesis de " la copropiedad ":

¿Qué sucede si se remata el 50% de derechos del marido en una casa habitación en donde domicilia la familia?.

Ocurriría que un tercer postor va a adquirir esos derechos que los va a compartir con la esposa en la mitad.

Este tercero, podría antes de pedir las particiones, solicitar en virtud del artículo 974 del Código Civil la coposesión del inmueble, o en todo caso, que el juez establezca un régimen de coposesión.

Podría también pedir una indemnización por el no uso del bien común, de acuerdo al artículo 975 Código Civil; y finalmente, demandar la partición, la que sentenciada favorablemente dentro de esta lógica de pensamiento - saldría a remate la casa, que no es materialmente partible, razón por la que la

[4] Tomo 172 de Normas Legales. Sección Jurisprudencia civil.

[5] Tomo 1 de Gaceta Jurídica. Sección Jurisprudencia civil.

[6] Víctor Ticona Postigo. " Nuevo Código Procesal Civil ". Patrimonio Autónomo. pág. 147.

[7] Tomo IX de Gaceta Jurídica. Sección Jurisprudencia civil.

cónyuge y los hijos tendrían que desocuparla para ir en busca de otra, simplemente por la irresponsabilidad del esposo.

Me pregunto, ¿ todavía subsiste la sociedad de gananciales ? No existe, porque ha sido disuelta por obra de un tercero. ¿ Acaso la ley civil contempla este supuesto de hecho como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales ? Claro que no.

En consecuencia, a todas luces y sólo con este ensayo, queda demostrado, que a la sociedad de gananciales no se le puede considerar como copropiedad.

¿ Posición de la doctrina ?

El Dr. Eleodoro Romero Romaña al referirse al condominio distingue el romanista del germánico.

"En el condominio romanista, cada uno de los copartícipes tiene, junto con los demás, derechos sobre el bien y derechos individuales sobre sus participaciones. Tiene un derecho real efectivo sobre su cuota, pudiendo disponer de ella. En este tipo de condominio el acreedor puede embargar su participación o cuota y rematarla".

"En cambio en el condominio germánico o de propiedad en mano común, similar a las obligaciones conjuntas o unitarias llamadas también de 'mano común', no hay propiedad por cuotas, sino sólo un derecho a la liquidación final "[8]. En este régimen el acreedor no puede embargar cuotas porque ellas no existen y tendrá que aguardar hasta la liquidación.

Por su parte Manuel Albaladejo al referirse también a la propiedad de varios dueños, distingue una de cuotas y otra integral.

"En la de cuotas, cada uno tiene una parte no concreta, sino ideal, alícuota de la cosa, de manera que cada uno puede operar separadamente de los otros con su derecho alícuota".

"En la integral o de mano en común, las cosas son íntegramente de todos. Les pertenece colectivamente, como grupo, de forma que no hay fijación de cuota de participación para cada uno"[9].

Luis Diez Picazo nos dice : que históricamente la comunidad de bienes se ha organizado de dos maneras:

- "La comunidad por cuotas, que tiene su origen en una concepción individualista en la cual la preeminencia se concede al derecho del individuo. La comunidad se concibe como algo puramente transitorio y en el fondo desventajoso por suponer siempre una fuente de conflictos. La preeminencia del derecho del individuo impone el reconocimiento de un señorío exclusivo sobre una parte del derecho poseído en común apareciendo así la idea de cuota que caracteriza gráficamente a este tipo de comunidad. Su carácter transitorio hace que deba facilitarse el camino para la posibilidad de salir inmediatamente (sin expresión de causa) de ella mediante la acción de división.

- La comunidad de mano en común, por el contrario, parte de una concepción comunitaria. No es el derecho del individuo lo predominante, sino el derecho del grupo. La comunidad es considerada como una situación permanente y estable y además como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas. No da el derecho de disolverla "[10]

2.6. Las actividades económicas de los cónyuges

El sexto problema es determinar cómo los bienes sociales responden por las obligaciones que contrae el cónyuge que ejerce un oficio, profesión, comercio o industria, en la que por obvias razones sólo él es el que contrata con terceros.

Al respecto, nuestra Legislación no dice nada y deja un vacío legislativo.

En este sentido, volvemos nuevamente a la alternativa de tener que optar por la situación de la pareja o por el tráfico mercantil y el tercero acreedor.

Si optamos por la primera, nos encontramos en graves dificultades, porque se forzaría a que el cónyuge deba intervenir en todos los actos propios del oficio, profesión, comercio o industria; lo cual resulta engorroso e inconveniente.

[8] Eleodoro Romero Romaña. Derecho Civil. Los derechos Reales. Tomo II. pág. 243-248.

[9] Manuel Albaladejo. Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Bienes. Barcelona, Vol. I, pág. 380-382.

[10] Luis Diez Picazo " Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial ". Madrid, Vol. II, pág. 758-759.

La dificultad de interpretación es mayor aún, porque de acuerdo con el artículo 310 del Código Civil son " bienes sociales los que adquiera el cónyuge por su trabajo, industria o profesión ", pero el Código no dice nada de las deudas adquiridas para la consecución de ese trabajo, industria o profesión. ¿Constituyen deudas de la sociedad conyugal?

Una interpretación correcta nos lleva a escoger la segunda opción que plantearía que las deudas que han contribuido a generar los ingresos, deben ser asumidos por la sociedad y por tanto los bienes sociales han de responder por ellas. En este caso, debe presumirse que toda obligación contraída para ese fin debe ser respaldada por el patrimonio social. Sin embargo, no tenemos norma expresa al respecto.

2.7. Los bienes sociales y la responsabilidad extracontractual

El séptimo problema se origina por lo dispuesto en el artículo 309 del Código Civil que libera a los bienes sociales por actos del cónyuge que genera responsabilidad extracontractual.

La víctima del accidente o de los daños injustos producidos por la conducta del cónyuge no puede afectar los bienes sociales de la familia del culpable o causante hasta después del fenecimiento de la sociedad conyugal y posterior liquidación.

Lo más que podría hacer es afectar el bien riesgoso o peligroso que causó el daño, por la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1170 del Código Civil.

En este caso la única solución conveniente es incentivar que todos los bienes de riesgo tengan seguro.

2.8. La sociedad de gananciales del concubinato

El octavo problema es determinar cómo aplicamos la tesis de la responsabilidad y la comunidad de mano en común de la sociedad de gananciales al régimen del concubinato.

El artículo 326 del Código Civil es bien claro. " El concubinato origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable ".

Entiendo, que los problemas planteados anteriormente afectan también a la sociedad concubina.

Es más, el problema especial radica en cómo saber que la persona con la que se contrata es o no concubino; semejante al problema del matrimonio, de falta de información veraz; pero más grave, porque no existe ningún medio de publicidad efectivo y objetivo para saber el estado civil de concubino.

Si mañana se compra un bien social de la sociedad concubinaria, sin la intervención de ambos, se corre el riesgo de una nulidad, tratándose de bienes no registrados, que no gozan de la protección del tercero registral.

En la práctica ha resultado inaplicable el artículo 326 del Código Civil en cuanto a la relación con terceros, dada la inseguridad existente.

3. CONCLUSIONES:

A. La forma de obligarse de una sociedad conyugal es de mano en común, conjunta o unitaria. No es mancomunada o solidaria, porque no hay pluralidad de sujetos.

B. Los bienes sociales responden por las deudas que han sido contraídos por los dos cónyuges o consentido posteriormente; o que hayan ido en provecho y en beneficio de la familia para satisfacer sus necesidades. En este caso, la carga de la prueba es del acreedor.

D. La naturaleza de la sociedad de gananciales es la de comunidad de mano en común y no la de copropiedad o comunidad de cuotas, razón por la que es ilegal ordenar el embargo en derechos de los bienes sociales.

E. La sociedad de bienes concubinaria requiere el requisito de la publicidad de su estado para vincularse y oponerla a terceros; resultando por el momento inaplicable el régimen del artículo 326 del Código Civil.

DISCRECION E INTERPRETACION JUDICIAL: LAS TESIS DE DWORKIN

Carlos Peña González
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile
Decano de la Facultad de Derecho
Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho
Universidad Diego Portales

El positivismo clásico ha perdido su antigua hegemonía en la Filosofía del Derecho. Sin embargo a partir de él se han creado variantes diversas que, con mayor o menor grado de sofisticación, mantienen al menos sus postulados más elementales.

En respuesta a estas corrientes de pensamiento jurídico -y en particular a una de ellas-, Ronald Dworkin, jusfilósofo de norteamericano de Harvard, ha elaborado una teoría que reivindica los principios -con toda su carga ética- como elementos esenciales del Derecho. Estos principios se ponen de manifiesto en el ejercicio cotidiano de la interpretación judicial. En este artículo, el doctor Carlos Peña Gonzales desarrolla un ensayo explicativo acerca de las tesis de Dworkin. Lo hace a través de un razonamiento pulcro y una lógica impecable, llegando a la sencilla conclusión de que estas tesis deberían ser tomadas en serio por los dogmáticos y juristas.

En las palabras que siguen intento explorar el punto de vista de Ronald Dworkin respecto de la interpretación del Derecho por parte de los jueces. Al indagar, como lo haré, en la obra de ese filósofo norteamericano, supondré dos cosas. En primer lugar, que el razonamiento judicial es un caso de razonamiento práctico que exige, por lo mismo, razones del tipo que Joseph Raz llama "justificatorias" u "operativas". En segundo lugar, que las teorías de la interpretación -incluida la del autor que luego examinaré- aluden más al contexto de legitimidad de una decisión que a su contexto de descubrimiento. El itinerario que me propongo seguir es el siguiente: sirviéndome de algunos ejemplos, explicitaré la manera en que entiendo, a estos efectos, el razonamiento práctico y la distinción que me parece advertir entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de legitimidad" de una decisión. Eso me permitirá registrar los problemas que quedan planteados cuando se inquiere en derredor de la interpretación del Derecho concibiéndola como comprendida en un razonamiento práctico, a la vez que enunciar las respuestas frente a esos problemas (I). Enseguida me referiré a las afirmaciones que el positivismo jurídico, particularmente en la versión de Hart, ha formulado respecto de las razones justificatorias de la decisión judicial (II). Luego de ello haré el intento de indagar acerca de las críticas de Dworkin respecto de esas afirmaciones (IV). Mi tesis -que en caso alguno supongo original- es que el pensamiento de Ronald Dworkin es uno de los más agudos y penetrantes intentos de revalidar el modelo exegético -surgido al amparo del constitucionalismo y la codificación- del ideal del "Estado de Derecho" y de la "respuesta correcta" (V).

I

Voy a comenzar con un ejemplo que espero nos ayudará a intuir qué debemos entender por razonamiento práctico. Supongamos que Pedro -vgr. de un hachazo en la cabeza- procede a privar de la vida, o sea, matar, a Juan. Diego, que asiste consternado a la escena, luego de presenciarla, emite los dos siguientes enunciados: primero, "la razón por la que Pedro mató a Juan es que lo odiaba"; segundo, "odiar a un hombre, sin embargo, no es una razón para matarlo". A primera vista, el interlocutor de Diego podría quedar desconcertado, porque, al parecer, lo que Diego afirma es que Pedro tuvo y no tuvo **a la vez** una razón para matar a Juan. Diego, al parecer emitiría enunciados contradictorios. Un observador atento advertirá, con todo, que no existe allí ninguna contradicción puesto que Diego ha utilizado la palabra "razón" con **dos** sentidos distintos: en el primer caso -"la razón por la que Pedro mató a Juan es que lo odiaba"- la palabra "razón" está empleada para aludir a un motivo explicatorio; se trata, en efecto, de una razón que J. Raz denomina "razón explicativa". En el segundo caso, a su turno -"odiar a un hombre no es una razón para matarlo"- la palabra "razón" está empleada en un sentido justificatorio: lo que el enunciado afirma es que la acción de Juan **carece de justificación**. El primer enunciado -diría J. Raz- es típico de los **contextos de explicación** ("la razón **por** lo que lo hiciste fue ..."); el segundo, a su turno, es típico de los **contextos de guía a justificación** de acciones ("no tienes razón **para** ..."). Lo que Diego ha hecho en el primer caso, es describir el hecho de matar Pedro a Juan e intentar explicarlo; ocupándose, luego, en el segundo caso, ya no de explicar, sino de valorar la acción de Pedro. Diego, en este último caso, ha emprendido un razonamiento práctico, puesto que ha intentado auscultar si la acción de Pedro estaba o no justificada. En esa faena -en la faena de razonar prácticamente en derredor de la acción de Pedro-Diego no recurre principalmente a enunciados de hecho, o sea, a enunciados fácticos, sino a enunciados prescriptivos, o sea, a proposiciones de "debe". El razonamiento práctico -podemos afirmar, ahora, luego de este sencillo análisis- se mueve discursivamente invocando razones justificatorias que equivalen a proposiciones de "debe" y no de "es".

Pues bien. Quiero explorar la idea de que la labor de los jueces enfrente de las acciones humanas, equivale al razonamiento práctico, o sea, a la segunda labor que, según vimos antes, ejecutó Diego frente a la acción de Pedro y que, por lo mismo, no importan tanto las **razones por las cuales** toman sus decisiones como el hecho de si tienen **razones** -y cuales serían ellas- **para tomarlas**. Si eso es así, o sea, si los jueces discurren práctica y no especulativamente, y, si por eso mismo, deben, por modo inevitable, servirse de "razones justificatorias", o sea, para insistir una vez más, de proposiciones prescriptivas, entonces parece sensato preguntarse: ¿Cuáles son las razones justificatorias de que deben servirse los jueces para adoptar sus decisiones? ¿Cuáles son las proposiciones prescriptivas de que deben echar mano los jueces al tiempo de discurrir prácticamente en torno a las acciones humanas? ¿Qué razones -en sentido justificatorio- han de dar los jueces en apoyo de sus decisiones? ¿Qué razones deben esgrimir los jueces **para justificar** sus decisiones?

Esas preguntas admiten, como tipos ideales, dos respuestas no sólo distintas la una de la otra, sino también, distantes la una de la otra.

Una consiste en postular lo que Max Weber caracteriza como "la justicia del Cadí", o sea, la resolución de los casos en base a razones justificatorias que provienen de la propia moral autónoma o subjetiva del juzgador.

La otra -que pertenece a la modernidad occidental- afirma, en cambio, que los jueces son funcionarios estatales obligados a aquello que Kant denominaba un "uso privado" y no "público" de la razón, sujetos, por lo mismo a razones justificatorias para legitimar sus decisiones que no provienen de su propia y personal autonomía, sino que, en cambio, provienen del acuerdo intersubjetivo que mediante el debate y el voto han elaborado el conjunto de las personas a través de órganos distintos al jurisdiccional. Este modelo según el cual los jueces han de echar mano a razones justificatiorias públicas generadas procedimentalmente con el máximo de participación posible y que constan en normas jurídicas provenientes del Derecho legislado-favorecería dos principios a la vez, a saber, el principio de autonomía y el principio de seguridad. En la medida que los jueces invocan razones justificatorias del tipo que he mencionado, los miembros del pueblo elector -cuyas acciones serán valoradas por el juez- se verán sometidos, en alguna medida, no a una voluntad ajena, sino a la propia y, además, sus expectativas estarán protegidas en la medida que las razones justificatorias serán públicas y preexistentes. El ideal del Estado de Derecho -que maximiza la autonomía y protege las expectativas de las personas- estaría, así, satisfecho.

Ahora bien, ese modelo -que podemos, sin grave riesgo, inscribir en la tradición del constitucionalismo y la codificación - ha sido relativizado de diversas maneras en la Teoría del Derecho.

Se ha sostenido que fracasa porque las normas jurídicas no son genuinas razones para actuar puesto que siempre sería necesario justificar, la obligatoriedad de las normas del sistema, cuestión que, sólo podría efectuarse por referencia a proposiciones morales atendidas sus características de universalidad y autonomía. Así, según este punto de vista, sólo puede salvarse el carácter público e intersubjetivo de las razones justificatorias de la decisión judicial, defendiendo la posibilidad de argumentar racionalmente en materias de moralidad.

Desde otro punto de vista, y sin preocuparse de si las normas jurídicas poseen o no un genuino carácter justificatorio, se ha dicho que ellas son, en todo caso, indeterminadas o incompletas de manera que la necesidad de recurrir a valoraciones -que ya no constan de normas jurídicas- resulta inevitable. Una argumentación cercana a ésta es la que ha sostenido el positivismo y a ella deseo referirme ahora. Comenzaré, a modo de presentación, registrando las diversas maneras en que es posible concebir el acto de interpretar.

Como es sabido, de cara a qué cosa sea interpretar, es posible en la Teoría del Derecho identificar al menos tres tipos diversos de respuestas. En primer lugar, es posible sostener que "interpretar" equivale a **descubrir** o **develar** el sentido que la norma oculta; en segundo lugar, es posible sostener, en el otro extremo, que "interpretar" equivale -ya no a "desocultar"- sino, esta vez, a **"atribuir"** un sentido a la norma por parte del intérprete; en fin, y en tercer lugar, puede aún sostenerse que interpretar equivale a **"fijar"** un sentido de los varios posibles que el texto convoca. Es fácil, como se comprende, advertir las diferencias entre esos tres puntos de vista: mientras para el primero la norma es portadora de un único sentido verdadero, de donde interpretar equivaldría a "desocultar" ese único sentido; en el segundo, la norma carece de un sentido que se imponga por modo heterónomo al intérprete, de donde interpretar equivale a dotar de un sentido a la norma; en el tercero, la norma cobija o convoca varios sentidos posibles, de donde interpretar equivale a fijar o inmovilizar **uno** de esos varios sentidos. Mientras en el primer caso, el juez carece, según se dice, de responsabilidad moral por el contenido de la decisión que adopta -uso aquí la palabra responsabilidad en los sentidos de "función" y "causa" auscultados por Hart-; no ocurre lo mismo en el segundo y en el tercer caso, pues aquí, la decisión es resultado de un acto volitivo del intérprete el que, como se dijo, o "atribuye" un sentido a la norma o "fija" uno de los varios sentidos de que la norma es portadora. Mientras, en el primer y tercer punto de vista, la norma es un "texto" a ser desocultado o auscultado, en el segundo caso es, nada más, un pretexto esgrimido *ex-post* por el juzgador. Mientras en el primer caso la norma jurídica parece proveer de **una** razón justificatoria que es **heterónoma** con respecto al juzgador, en el segundo y el tercero, parece no proveer **ninguna o proveer varias**, siendo, así, inevitable alguna autonomía por parte de quien adopta la decisión.

La primera opinión -interpretar como "desocultar"- asociada al modelo ideológico del legislador racional subyace tras los desarrollos exegéticos y conceptualistas; la segunda, a su vez, se trasunta en los desarrollos del realismo emparentado con el positivismo lógico; la tercera, en fin, en la que quiero, ahora, detenerme, guarda parentesco con una -de las varias- formas de "positivismo jurídico" y ha sido presentada, en sus desarrollos más modernos, como la tesis de la "discreción judicial". A ella deseo referirme ahora. Entenderé por "positivismo jurídico" una Teoría del Derecho semejante a la defendida por H.L.A Hart. Indagaré, entonces, que entiende este autor por "discreción".[1]

[1] Quizás valga la pena, que, antes de seguir a Hart en su análisis del concepto de discreción, nos detengamos a considerar si -y en qué sentido- el filósofo oxoniano puede ser llamado un positivista.
La tarea no es, en verdad, difícil, pues el propio Hart se ha encargado de auscultar los diversos significados que la palabra "positivismo" admite en la teoría jurídica contemporánea (en su ensayo "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral") y, a la vez, ha enunciado las tesis centrales y mínimas del positivismo que él está dispuesto a defender (en su conferencia "El nuevo desafío al positivismo jurídico"). En el primer ensayo citado, Hart ausculta en la teoría jurídica contemporánea al menos cinco -quizá haya más- significados de "positivismo":

a) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos.
b) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el Derecho y la moral, o entre el Derecho que es y el que debe ser.
c) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer; y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el Derecho y los fenómenos sociales, y de la crítica y evaluación del Derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, "funciones" u otros.
d) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado" en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, estándares morales.
e) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías "no cognoscitivas" en ética).

II

La tesis que postula la incompletitud del Derecho y el consecuencial poder de creación del mismo por parte de los jueces, ha sido formulada por Hart como la tesis de la "discrecionalidad judicial". ¿Qué quiere decir Hart cuando afirma -y está dispuesto a defender- que los jueces poseen "discreción"? Cuando Hart afirma que los jueces poseen "discreción", está diciendo, al menos las siguientes cosas:

Por una parte, está afirmando que los jueces -algunos jueces; en particular, los superiores cuyas resoluciones no pueden ser revisadas- "tienen la última palabra al establecer qué es Derecho", o sea, está estableciendo que las decisiones de algunos jueces son definitivas o, si se prefiere, que los jueces son los que, al cabo, dicen qué es Derecho, lo que, como es fácil de advertir, es distinto al postulado realista de que "el Derecho es lo que dicen (o hacen) los jueces". Por lo mismo -va a insistir Hart- no puede afirmarse que los jueces sean los únicos que dicen lo que es Derecho; pero, en cambio, sí puede afirmarse que los jueces son los únicos que dicen lo que es Derecho de modo definitivo y con *status* oficial. Así -y parafraseando un tanto el ejemplo del propio Hart- el fútbol puede jugarse con árbitro o sin él. En el primer caso -un partido de fútbol sin árbitro- serán los propios jugadores los que decidirán cuándo, en conformidad a las reglas del fútbol, hubo un "gol" válido; en el segundo caso, a su turno -un partido de fútbol con árbitro- será un único sujeto -el árbitro- el que podrá decirlo por modo "oficial" y con "autoridad". Ahora bien. Nada nos habilita para que sin deformar el fútbol, digamos que en el primer caso el fútbol es lo que dicen los jugadores, y, en el segundo caso, para que, del mismo modo, digamos que el fútbol es lo que dice el árbitro, ni, tampoco, nada nos habilita para que, mezclando ambas situaciones, nos atrevamos a decir que los jugadores, cuando aplican las reglas del fútbol, "predicen" las decisiones del árbitro, porque ello significaría que cuando los jugadores, iracundos, agreden al árbitro, lo agreden porque ellos (los jugadores) se equivocaron al "predecir" lo que el árbitro haría, cuando, en cambio, como todos concederán, lo que en verdad acaece es que lo agreden porque, a su enojoso juicio, el árbitro no aplicó bien las reglas del fútbol. Sólo en un caso podría decirse que el fútbol es lo que dice el árbitro y que los jugadores predicen lo que el árbitro hará, a saber, cuando la única regla de aquel trabajoso juego (que, en rigor, no sería ya fútbol), fuera: "juéguese como el árbitro diga que se juegue".

Enfrente de esos cinco significados de "positivismo" que el propio Hart advierte, una cosa salta, por lo pronto, a la vista, a saber, que Hart sólo comparte algunos de esos enunciados y no comparte, en cambio, otros. Su teoría, en efecto es una larga confrontación con el primer enunciado, a extremo tal que podría, incluso, decirse que su propia teoría está pensada por contraposición a ese enunciado; a lo cual habría que agregar que Hart tampoco comparte el cuarto (opondrá a él la tesis de la "discreción judicial") y le parece irrelevante el quinto, en la medida que para Hart no es requisito del positivismo sustentar una opinión escéptica en punto a problemas metaéticos. En cambio, Hart comparte, sin duda alguna, los enunciados segundo y tercero, o sea, Hart comparte la opinión de que no existe conexión necesaria entre el Derecho y la moral, y a la vez, está convencido -y "El Concepto de Derecho" es buena muestra de ello -de que el análisis, o estudio del significado, de los conceptos jurídicos es algo que posee autonomía metódica y conceptual y que, además, es algo que "vale la pena" hacer.

En el segundo de los textos que arriba se citaron -o sea, en "El nuevo desafío al positivismo jurídico"- Hart advierte que no cabe preguntar qué es el positivismo jurídico, sino que, en cambio de ello, y supuesto que no existe una definición única, verdadera o al menos unánime, ha de preguntarse más bien, "¿Qué entenderemos por Positivismo Jurídico o por Positivismo en Filosofía Jurídica?".

Intentando responder a esa pregunta -la segunda, y no la primera-Hart selecciona tres tesis acerca de la naturaleza del Derecho a las que tanto los autores considerados positivistas (incluso él), como sus críticos antipositivistas, atribuyen una importancia central. Las tres tesis positivistas de Hart son las siguientes: Primera, que existe una separación conceptual entre derecho y moral; segunda, que, para existir, un sistema jurídico ha de poseer algún tipo de práctica social que establezca los "criterios últimos o test últimos de validez jurídica"; tercera, que en todo sistema jurídico habrá siempre incompletitud y que en consecuencia, el juez, al menos en algunos casos (los "casos difíciles, para usar el giro Dworkin) ejerce un "poder de creación de Derecho". Detengámonos, ahora, brevemente, en las dos primeras tesis.

La primera -o sea, la que postula la separación conceptual entre el Derecho y la moral- no es una tesis empírica (no niega, pues, que, en el hecho lo jurídico y lo moral estén, en efecto, relacionados); no es una tesis ética (ni favorece, ni desfavorece la afirmación de que el contenido del Derecho debe ser coincidente con los contenidos de la moral); no es, tampoco, una tesis metaética (no se pronuncia acerca de si los enunciados éticos pueden o no ser justificados a la luz de la razón); es, en cambio, una tesis puramente metódica (en el sentido etimológico de "método"), según la cual es preferible usar un criterio de identificación de normas jurídicas que no incluya criterios morales de iniquidad o de justicia (o sea, un criterio conceptual amplio) antes de un criterio de identificación que los incluya (o sea, antes que un criterio conceptual restringido), y ello por la sencilla razón de que el primer criterio -y no así el segundo-amplía el campo de observación y, al evitar la confusión conceptual entre Derecho y moral, favorece, y no entorpece, la crítica moral de los sistemas jurídicos, sin sustituir esa crítica moral (como ocurrirá, de ordinario, con el segundo criterio), por una pérdida del nombre "Derecho", con lo que, en definitiva, se comete el error de simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que reglas jurídicas dan lugar.

La segunda, a su turno, o sea, la que postula la existencia de un criterio último de validez jurídica conducirá a Hart a enunciar su famosa "regla secundaria de reconocimiento" la que, a diferencia de la "norma fundamental" de Kelsen, es caracterizada empíricamente por Hart al modo de una "práctica social" y no, en cambio, postulada como un principio trascendental de raigambre neokantiana o vaihingeriana como -se sabe- acaece Kelsen.

Por otra parte, cuando Hart postula la tesis de la "discrecionalidad judicial", está también afirmando que las normas jurídicas no son aplicadas mecánicamente por los jueces, sino que, en atención a la "textura abierta" que ellas presentan, el juez ha de recurrir, al aplicarlas, a su discernimiento, no actuando como si hubiera una única respuesta correcta, sino más bien, procurando establecer una elección en orden a alcanzar un compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Por último, cuando en fin, Hart enuncia que los jueces poseen discreción, está también afirmando que en ocasiones, el Derecho -por la inevitable falta de previsión e, incluso, por la relativa indeterminación de propósitos por parte de quienes lo producen- guarda silencio frente a ciertos casos, los que, así, han de ser resueltos por el juez no en conformidad a directivas obligatorias provenientes del propio Derecho, sino, en cambio, en conformidad a razones que, si bien pueden ser jurídicas por su proveniencia o contenido, no son, empero, jurídicamente debidas, tanto porque de ordinario puede no haberlas, cuanto porque cuando las hay (vgr., en la forma de los "principios" de Dworkin), las hay de modo múltiple, contrapuesto, e incluso, contradictorio, sin que las reglas jurídicas provean al juez de criterios para resolver las antinomias que se planteen entre las dichas razones o principios, motivo por el cual, afirma Hart, al juez, a menudo, le será necesario escoger o elegir entre diversas razones o principios, sin que ello signifique contradecir el conjunto de reglas, todo lo que en fin, ha de entenderse en el sentido que los dichos poderes del juez son -como el propio Hart se encarga de establecerlo- "intersticiales", o sea, relativos sólo a algunas "fisuras" o "hendeduras" que el Derecho presenta entre bloques de ordinario más o menos compactos, y relativo, también, a normas que una vez producidas, poseen un alcance menor que el que posee el Derecho legislado, esto es, un alcance que -para representarnos la situación- pudiéramos decir se "cuela" por los intersticios de este último.

III

Pues bien. Ronald Dworkin pretende dirigir una ofensiva teórica contra el positivismo revisando justamente la tesis de la discreción judicial. Dworkin sostiene que la tesis positivista de la discreción judicial no es una adecuada descripción de lo que los jueces hacen ni, tampoco, una buena teoría moral o política.

En otras palabras: a Dworkin le parece que la tesis de la discreción judicial defendida por el positivismo **es errónea como teoría conceptual e inicua como teoría moral y política** de la adjudicación. Ni describe adecuadamente lo que los jueces hacen, ni prescribe correctamente lo que ellos deben hacer. En lo que sigue **analizaré primero**, la crítica **conceptual** de Dworkin, luego, me referiré a su crítica **moral y política** del modelo de adjudicación defendido por el positivismo.

1.- A juicio del autor norteamericano, el positivismo -particularmente el de Hart- se caracteriza por enarbolar las tres siguientes tesis:

   1.1. El Derecho de una comunidad es un conjunto de normas usadas con el fin de determinar qué comportamiento es susceptible de una sanción a través de un acto coactivo o identificadas mediante criterios que no se refieren al contenido de esas normas sino a su *pedigree* u origen, esto es, a su modo de producción.

   1.2. El conjunto de las normas así identificadas agota el concepto de Derecho, "de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, entonces el caso no se decide aplicando el Derecho", sino en base a estándares que están más allá del mismo y que el juez determina usando su discreción.

   1.3. Decir que alguien tiene una obligación jurídica significa que su caso se incluye dentro de una norma jurídica que le exige hacer algo o se lo prohíbe (decir a su turno, que alguien tiene un derecho es una forma refleja o elíptica de expresar lo anterior). (Creo que esta tercera tesis identificada por Dworkin es trasunto de la distinción conceptual- defendida por Hart- entre Derecho y moral).

2.- Constata Dworkin la versión hartiana de aquellas tres tesis para luego expresar que se propone llevar un ataque general contra el positivismo, escogiendo como blanco particular la teoría positivista de Hart. Agrega Dworkin, que su ataque consistirá en lo siguiente: que en la medida que el positivismo es un modelo referido a normas, pasa por alto el hecho frecuente de que los juristas y los jueces cuando invocan o instituyen derechos enfrente de casos difíciles (o sea, casos que no pueden ser subsumidos claramente en normas) echan mano de estándares o principios de los que no da cuenta la tesis de la discreción (esto es, echan mano a razones justificatorias que si no constan de normas son provistas por otros estándares dotados de fuerza o vigor jurídicos).

3.- A fin de elaborar su tesis crítica Dworkin efectúa los siguientes pasos argumentales:

3.1. Distingue como cosas diversas a las "directrices", los "principios" y las "normas". "Llamo directriz o "directriz política" -expresa Dworkin-al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia es un principio".[2]

"Los principios son proposiciones que describen derechos; las (directrices) políticas son proposiciones que describen objetivos (...) Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados (...)".[3] "Un derecho -en cambio- debe ser un derecho a hacer algo aún cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese "algo" se haga".[4] Con todo, interesa, en particular a Dworkin distinguir las "normas" de los "principios". Mientras las primeras son binarias (un caso cae o no bajo ella), los segundos son graduales (una acción humana puede, en **mayor o menor** medida cumplir o infringir un principio).

Cuando las primeras son inconsistentes, por lo general, una de ellas pierde validez (el conflicto se resuelve, pues, en razón de validez); cuando los segundos están en conflicto prima, sin que ello importe exclusión del otro, aquel principio que posea "mayor peso moral". Mientras las normas pueden ser identificadas a través de hechos -vgr. la regla de reconocimiento de Hart- ello no podría ocurrir con los principios cuyo valor proviene de su contenido de moralidad y no ocurriría con las normas, de no ser por su modo de producción.

3.2. Establece, luego, la frecuencia empírica con que los juristas y los jueces -en el debate sobre derechos y obligaciones- invocan principios, no sólo a falta de normas, sino, también en **contra** de ellas, sea para dejar de aplicarlas, sea para relativizarlas instituyendo "lagunas axiológicas".

3.3. Por consiguiente, el uso de la expresión "obligación jurídica", supone no sólo normas, sino también, "principios", de donde se sigue que hay que **dar cuenta** en un análisis de los derechos y las obligaciones de los principios.

3.4. Ahora bien, para analizar los "principios" hay nada más que dos caminos: primero, tratar los principios de modo análogo, pero no igual, a las normas y debiendo, en consecuencia, decir que hay principios jurídicamente obligatorios además de normas y que el Derecho, por consiguiente, se compone al menos, de "normas" y "principios" , pero no sólo de normas; segundo, tratar los principios como entidades extra-jurídicas a que el juez libremente recurre cuando no hay normas o éstas son insuficientes;

3.5. Esos dos caminos representan dos conceptos de principios: el primero, concibe a los principios como obligatorios y vinculantes de modo tal que un juez que se aparte de los mismos actúa jurídicamente mal; el segundo, en cambio, concibe a los principios como resúmenes de lo que los jueces frecuentemente hacen. En el primer caso, diríamos -continúa- que los jueces deben actuar de la manera que los principios establecen; en el segundo caso diríamos que los jueces actúan así

[2] "Los derechos en serio", traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 72.

[3] Ob. cit., pág. 158, 159.

[4] Ob. cit., pág. 289.

"por principio" (lo que sería análogo a decir que "alguien debe hacer algo en base a una norma" y que "alguien tiene por norma hacer algo").

3.6. De suscribir el primer concepto, debiéramos afirmar en los "casos difíciles" que el juez aplica o declara deberes y derechos preexistentes; de suscribir el segundo, debiéramos decir que el juez "crea" derechos con posterioridad y que, en consecuencia, el acto coactivo no tiene justificación pública y preestablecida.

3.7. ¿Cuál de aquellos dos conceptos de principios suscribe el positivismo? Para responder esa pregunta es necesario revisar la tesis de la "discreción", o sea, la segunda tesis positivista: ¿qué quieren decir los positivistas cuando afirman que los jueces poseen discreción? Para responder esa pregunta es necesario, previamente, analizar el concepto de discreción:
La voz "discreción" -observa Dworkin- es relativa a un contexto de autoridad y posee dos sentidos, uno débil y otro fuerte. El primero -o sea el débil- cubre dos situaciones: aquella en que alguien debe aplicar una norma u orden usando discernimiento y aquella en que alguien está facultado para tomar decisiones definitivas; el segundo, o sea, el fuerte alude a la situación en que alguien **no está vinculado por ningún estándar dotado de autoridad para tomar su decisión**. La diferencia entre el primer sentido y el segundo, es que si bien ambos pueden dar lugar a críticas, sólo el primero da lugar a críticas por "desobediencia";

3.8. La doctrina positivista, usa la palabra "discreción" para aludir, por una parte, al hecho de que los jueces toman decisiones definitivas (vgr. Hart). Ese sentido de la palabra "discreción", nada tiene que ver con "principios". También los positivistas utilizan la palabra discreción para aludir al hecho de que los jueces deben discernir y esta tesis no contradice la tesis de los principios y no nos permite saber cuál concepto de "principio" maneja el positivismo. Los positivistas, pues, toman con frecuencia la palabra **discreción** frente a los casos difíciles en el tercer sentido, o sea, ellos quieren decir que cuando no hay normas o éstas son insuficientes, los jueces no están sometidos a estándar obligatorio alguno (así, Hart, en el tercer sentido).

3.9. Por lo mismo, al usar la palabra "discreción" en el sentido "fuerte" los positivistas suscriben el segundo concepto de los principios, o sea, para ellos, los principios no son obligatorios (o sea, no proveen al juez de razones justificatorias dotadas de autoridad);

3.10. Ahora bien, ¿puede decirse que los "principios" no son obligatorios o vinculantes para los jueces?
Existirían -observa Dworkin- cuatro razones para sostenerlo y las cuatro fallidas: a) que los principios no pueden ser vinculantes (Dworkin sostiene aquí que hay que distinguir entre la "obligatoriedad de un principio" y la cuestión distinta, de si un determinado principio es, de hecho, obligatorio para algún funcionario. Esto último ocurre también con las normas); b) que los principios no determinan un resultado (ello probaría simplemente que no son normas); c) que ellos son discutibles (igual ocurriría con las normas); d) que ellos, en fin, no se identifican a través de la regla de reconocimiento (esta tesis afirma lo que debería demostrar).

¿Qué argumento podría darse en favor del primer concepto de "principios"?

Si no se reconoce que hay principios obligatorios, entonces, tampoco podría afirmarse que todas las normas jurídicas son obligatorias (Dworkin despliega su argumento del siguiente modo: a) constatación empírica de que los jueces cambian o dejan de aplicar normas; b) si las pueden cambiar, entonces, no son obligatorias, a no ser que exista algún estándar -este sí obligatorio- que establezca que sólo obligan *prima facie*; c) si estos estándares -o sea los principios- no son obligatorios, entonces ninguna norma lo es).

3.11. Por consiguiente, y de lo anterior se sigue -según Dworkin-que los principios son obligatorios y que, por lo mismo, el Derecho se haya compuesto de normas y principios, b) que una Teoría del Derecho que deje fuera a los principios es parcial e incompleta; c) que fracasan las tres tesis positivistas. (En efecto, el test del *pedigree*

deja fuera a los principios; la tesis de la discreción fuerte es falsa; y es falso que sin normas no hay obligación jurídica).

2.- La teoría positivista de la discreción judicial, según Dworkin, es, además de lo anterior, inicua desde el punto de vista moral y político, puesto que importaría sostener, en los casos duros o difíciles, la adjudicación sorpresiva y *ex-post* de derechos y obligaciones; a más de ello, nos daría entrada a los "derechos" en el razonamiento judicial; y, en fin no daría lugar a la crítica racional intersubjetiva y pública del comportamiento de los jueces.

2.1. Si, como sostienen los positivistas, la expresión "obligación jurídica" es normativa -esto es, supone la previa existencia de normas que califican deónticamente a la acción- entonces, observa Dworkin, en los casos duros o difíciles -que carecen de calificación normativa- los jueces imponen sorpresivamente y *ex-post* obligaciones y derechos a los sujetos traicionando, así el ideal de la legitimidad democrática y el modelo de las "expectativas protegidas", toda vez que ese ideal y este modelo exigirían adoptar decisiones en base a razones justificatorias previas e intersubjetivamente válidas.

2.2. Por otra parte, agrega Dworkin, la tesis de la discreción judicial sostenida por los positivistas excluye la consideración de "los derechos" con respecto al razonamiento judicial".

Desde el punto de vista del positivismo -que se ha venido analizando- los jueces, frente a los casos "duros o difíciles" (*Hard Cases*) carecen de un auxilio argumental jurídicamente obligatorio y, en consecuencia, podrían echar mano en favor de su decisión, de las más diversas formas de argumentación moral o política, sin que ello pueda dar lugar a un reproche jurídico o institucionalmente fundado.

Esta opinión, según Dworkin, pasa por alto la fundamental diferencia que es posible advertir -de cara al razonamiento práctico- entre argumentos políticos y argumentos de principios. Los primeros -esto es, los argumentos políticos- apoyan una decisión "demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo" y suponen, por lo mismo, un cálculo consecuencialista de beneficios agregativos y no individualizados. Los segundos, en cambio, los argumentos de principios apoyan una decisión demostrando que la misma asegura o respeta algún derecho en sentido fuerte y suponen, por lo mismo, una exigencia de justicia, de equidad, o de moralidad.[5]

Pues bien -continúa este autor- si el juez posee discreción en el sentido que los positivistas reclaman, de allí, entonces, se sigue que podrían argumentar políticamente, o sea, y como se dijo, en base a cálculos consecuencialistas y agregativos de políticas públicas, con lo cual advierte el mismo autor, los sujetos carecerían de derechos morales, o sea, de derechos en un sentido fuerte, establecido que estos últimos, vgr. los derechos humanos, son facultades o títulos que al ser igualitarios e individualizados se tienen justamente como una carta de triunfo de la minorías en frente de la adopción de políticas públicas fundadas en el beneficio agregativo de las mayorías. Esos derechos -piensa Dworkin- representan la promesa que la colectividad y la mayoría hacen a las minorías y al individuo de que su igualdad y su dignidad serán respetadas aunque, por momentos, la mayoría piense que esa igualdad y esa dignidad menoscaban sus propios intereses agregativos.[6] Si los jueces pueden utilizar argumentos políticos en apoyo de sus decisiones, concluye Dworkin, entonces no nos tomamos los derechos en serio. Ningún sentido tendría jactarnos de que tenemos derechos si aceptamos que los jueces pueden, válidamente, desconocerlos mediante argumentaciones consecuencialistas de carácter político.

2.3. En fin, si los jueces en ciertos casos carecen de razones "autoritativas" para actuar, pudiendo, por lo mismo, recurrir a argumentos diversos y deónticamente indiferentes, entonces, no es posible criticar la

[5] Ob. cit., pág. 148.

[6] Cfr. Dworkin, R. "A Matter of principle", Harvard University Press, Cambridge, 1985, pág. 23 y ss.

actuación judicial fundando esa crítica en el propio Derecho. Las críticas al comportamiento judicial enfrente de los "casos duros o difíciles" no poseerían así, la consistencia de una crítica proveniente de pautas institucionales dotadas de autoridad.

V

Ahora bien, ¿qué conclusiones y qué observaciones podrían espigarse de la crítica anti-positivista y anti-utilitarista de Dworkin?

Las reflexiones que siguen -y que ofrezco a modo de conclusión- son algo oblicuas aunque -espero- no del todo impertinentes al asunto que hemos venido planteando.

Como es sabido, existen estrechas relaciones entre la Teoría del Derecho, la ilustración y la modernidad. Por lo pronto, el ideal exegético, asociado al modelo ideológico del legislador racional, se funda en la creencia de que la coincidencia entre los valores socialmente deseados y el orden institucional, es posible. La experiencia, empero, mostró que la máxima racionalización de las estructuras sociales, como vgr., la del Estado Moderno, produce consecuencias irracionales: es lo que Weber, con algo de tristeza inconfesada, llamó la irracionalidad de la *praxis* y lo que otros desarrollos -vgr. Gadamer- denominan, siguiendo a Heidegger, "círculo hermenéutico".

Pues bien. Sugiero la idea de que el positivismo -la mayoría de las veces asociado a un escepticismo metaético- racionaliza en la Teoría del Derecho esas consecuencias inadvertidas del proyecto ilustrado y moderno. Su idea de la "discreción judicial" es el reconocimiento de que la *praxis* es, al cabo, irracional. Por el contrario, las tesis de Dworkin, fundadas en las opiniones rawlsianas acerca de las instituciones, intentan rescatar el ideal exegético evitando su optimismo fácil por la vía de ofrecer un concepto constructivista e interpretativo del Derecho.

Con ello, de cara al razonamiento judicial y a la democracia, Dworkin asume, más bien, un concepto de racionalidad que se aleja por igual del ideal exegético y positivista. Desde el punto de vista del primero, en efecto, la racionalidad práctica es siempre posible; desde el punto de vista del segundo la *praxis* es, por principio, irracional. Las alternativas, enfrente de esas opiniones son dos: o la idea hegeliana de la "astucia de la razón" o una tesis de "racionalidad imperfecta" del tipo defendido por Elster y fundada en los valores de la coherencia y la integridad. Creo ver en Dworkin un intento agudo de defender esto último. Su vigorosa defensa de los derechos morales como una técnica -que al modo de Ulises enfrente de las sirenas- permite una autolimitación de la democracia -incapaz por sí sola, de discriminar entre preferencias personales y externas y, así arriesgando siempre el peligro de conculcar la igual consideración y respeto debidos a las personas -merece, según creo, ser especialmente atendida, en particular por quienes, al desempeñar la dogmática jurídica, proveen de argumentaciones a la decisión judicial. Intentar retener los valores del constitucionalismo y la codificación, proveyendo a la vez de técnicas argumentativas que permitan evitar las consecuencias no deseadas que se siguen de la institucionalización de esos mismos valores, es según me parece ver, la principal razón para tomar a Dworkin en serio.

SEGUNDO CONCURSO DE CUENTO JURIDICO

CONVOCATORIA

Hace un año, en el marco de las actividades por la celebración del décimo aniversario de nuestra segunda época, **THĒMIS - Revista de Derecho** organizó el Primer Concurso de Cuento Jurídico, en busca de de motivar la inspiración artística de los estudiantes universitarios, tomando como base algún tema vinculado con el Derecho o sus fundamentos. Numerosos fueron los participantes, de entre los cuales el jurado eligió a los respectivos ganadores, cuyas obras se publicarán en **THĒMIS** a partir del presente número. En vista del éxito obtenido y con la finalidad de seguir incentivando la creación literaria, así como para darle permanencia a la sección Cuento Jurídico, convocamos a la segunda versión del Concurso de Cuento Jurídico.

BASES

1. Los trabajos participantes serán recibidos a partir del 20 de diciembre de 1995 hasta el 15 de junio de 1996, y podrán ser presentados en la oficina de **THĒMIS - Revista de Derecho**, ubicada en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Avenida Universitaria, cuadra 18, s/n - Pueblo Libre.
2. El jurado de la segunda versión del Concurso de Cuento Jurídico estará compuesto por Susana Reisz, Luis Jaime Cisneros, y Enrique Bernales.
3. El primer premio constará de una suma equivalente a US$ 400.00 (cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América). Asimismo, el trabajo ganador será publicado en **THĒMIS - Revista de Derecho**, en la fecha y oportunidad que los organizadores determinarán.
   El segundo premio constará de una suma equivalente a US$ 100.00 (cien dólares de los Estados Unidos de América).
4. Los cuentos que se envíen al concurso tendrán una extensión máxima de diez páginas tamaño A4, de 25 renglones cada página y 60 golpes por renglón. El cuento debe ser presentado en idioma español, en original y tres copias mecanografiadas, compaginadas y engrapadas.
5. El tema debe tener alguna implicancia jurídica, sin que se requiera, necesariamente, que toda el argumento se centre en aspectos o situaciones jurídicas.
   El Comité Directivo de **THĒMIS - Revista de Derecho** se reserva el derecho de calificar previamente todo trabajo presentado para apreciar que su temática sea la requerida por el concurso. Los trabajos que no cumplan este requisito no serán presentados al jurado para su evaluación.
6. Pueden participar en el concurso todos los alumnos regulares de las distintas facultades de todas las universidades del país.
7. Los trabajos participantes deberán presentarse dentro de un sobre identificado con un seudónimo, el que también figurará en la primera página del cuento.
   Los datos de identidad del concursante deberán adjuntarse en sobre cerrado y aparte al que contiene el original y las tres copias. Este sobre se identificará exteriormente con el seudónimo del autor, y en su interior deberá consignarse nombres y apellidos completos, documentos de identidad, dirección, teléfono y/o fax y Facultad a la que pertenece. Asimismo, deberá acompañar los documentos que acrediten su calidad de alumno regular. (Por ejemplo boleta de matrícula). Los cuentos que omitan el seudónimo o revelen la identidad del autor serán automáticamente descalificados.
8. Cada autor podrá presentar más de un cuento, siempre que utilice distintos seudónimos.
9. Los cuentos deberán ser originales e inéditos. No se aceptarán trabajos presentados en forma de guión de cine, de radio o de televisión. Los cuentos no deberán haber sido presentados con el mismo o distinto título a otro premio o concurso literario, aun cuando éste se encuentre pendiente de resolución. La infracción a esta disposición descalificará automáticamente al concursante.
10. Los cuentos que no obtuvieran la primera premiación podrán ser publicados por **THĒMIS - Revista de Derecho** si hubieran recibido mención especial del jurado, en la oportunidad que sus miembros consideren conveniente.
    Los derechos de publicación de los cuentos premiados serán de propiedad de THĒMIS - Revista de Derecho, la que podrá disponer su difusión y publicación en la forma y oportunidad que estime conveniente.
11. Los miembros de **THĒMIS - Revista de Derecho** quedan inhabilitados de participar en este concurso.
12. La participación en este concurso supone la aceptación de todas las disposiciones enunciadas anteriormente. No se devolverá ningún cuento participante a sus autores.
13. **THĒMIS - Revista de Derecho** se reserva el derecho de resolver sobre cualquier punto o aspecto no previsto en estas bases.

El Derecho, suele decirse, ha de inspirarse en la realidad. La ficción literaria ciertamente está estrechamente vinculada con ella. Por tanto, Derecho y Literatura tienen algo en común. Acaso más de lo que de ordinario se piensa. De cualquier manera, el Derecho aislado de las demás expresiones sociales y culturales puede resultar algo insípido y árido. Por ello, en la presente edición de **THĒMIS-Revista de Derecho**, *inauguramos una nueva sección denominada "Cuento Jurídico". Los relatos que aquí publicaremos en los próximos números son los que han resultado ganadores del primer Concurso de Cuento Jurídico organizado y convocado por nuestra publicación. En esta ocasión el jurado calificador estuvo conformado por los doctores Luis Jaime Cisneros, Abelardo Oquendo y Fernando de Trazegnies. La conjunción de sus fallos consagró como ganador de esta primera versión a Marco García, Falcón estudiante de Literatura de la Facultad de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien participó bajo el seudónimo "Icaria" con el cuento titulado "Iustitia". Para quienes se encuentren interesados, les recordamos que en este mismo número estamos publicando la convocatoria a la segunda versión de este concurso que, como la vez anterior, cuenta con premios nada despreciables.*

IUSTITIA

Marco Antonio García Falcón

A los abuelos,
Narciso y Orestes.

UNO

Reflejada la luna en las terrazas del palacio real, recostado sobre los blandos almohadones de rafia y cibelina, el Gran Kan atiende el informe del embajador veneciano. Marco Polo ha desplegado sus maletas sobre las baldosas de mayólica y muestra con diligencia los objetos que atestiguan su estadía en la última ciudad comentada: pebeteros descoloridos, un esqueleto de marabú, dos pergaminos. Por el ventanal que da a los jardines de magnolias ingresa un viento suave y aromático que refresca sus vestiduras y que de golpe apaga la pipa de ámbar del soberano.

-Me has referido las maravillas y los horrores que has visto a través de tus viajes en las provincias y ciudades de mi imperio -declara el Kan, emperador de los tártaros-. ¿Es que no piensas hablarme de las leyes o, lo que es lo mismo, del ejercicio de la justicia?

- Te equivocas, señor: las leyes no equivalen a la justicia -responde Marco-. Es deseable que las primeras contengan a la segunda, pero lo más común es

que aquéllas desfiguren y terminen anulando a ésta, al punto de asegurar su práctica en negativo.

-¿Pero qué ocurre con las leyes que dicté a mis amanuenses para que las hicieran respetar los príncipes y los sultanes?

Marco: -En los territorios cercanos a Cambaluc, ilustre capital de la China, rigen las siguientes: si alguien ha hurtado una cosa de poco valor y precio, por la que no merece la muerte, es azotado con una vara por siete, o diecisiete, o veintisiete veces, pues a la magnitud del delito corresponde el número de azotes, que llegan hasta cien, añadiendo siempre diez; si alguien roba un caballo u otra cosa por la que merezca la pena máxima, es desbarrigado a filo de espada y muere; y si el ladrón es descubierto y quiere pagar nueve veces el valor de lo robado, se libra de la muerte. En las comarcas más alejadas, que son la mayoría, las leyes se reducen a una: sancionar al culpable con una pena exactamente igual al perjuicio causado.

Kublai: -Veo que a pesar de mis esfuerzos la justicia tiende a encauzarse en una sola ley. Esa ley de antigua data pone límites a la ira y a la venganza del ofendido, y refrena al delincuente con el temor de la pena. No para volver a encender lo que ya está apagado, sino para que no se propague el combustible de lo que ardía.

-Te repito, sir, que las leyes no necesariamente acogen la esencia de la justicia; menos ésa que tan poco poder disuasivo tiene y que a menudo presenta casos insolubles: ¿De qué manera castigar a un ciego que ciega a otro? ¿Cómo deshonrar al que ya está deshonrado? ¿Cómo privar al ladrón de los bienes que no posee? En fin, ¿aplicar esa ley no es justificar y duplicar absurdamente aquello que se condena?

Kublai Kan se queda un instante pensativo, fumando de su pipa. Contempla cómo las volutas de humo forman una nube densa y opaca que fluye por el aire hasta cubrir el espejo de la entrada como un leve manto de cenizas.

-Todos esos casos representan excepciones a la norma- dice.

-Quizás la justicia esté hecha más de excepciones que de normas -repone Marco-. Trataré de explicártelo mejor con una historia.

DOS

Al vislumbrarse en la alta noche estrellada la Cabellera de Berenice, los ojos del viajero descubren Álide, ciudad severa atravesada por un río de aguas claras que se bifurca en lodazales. Tres imágenes notables ofrece la Plaza Central: una cuchilla gigantesca suspendida de un pilote de diorita, una vieja loca que corre por los torreones con los cabellos trenzados de pájaros grises, un vendedor de flores que canta las hazañas de un joven y hermoso soldado muerto. Pero lo que más se agrava en la memoria son los cientos de albañiles lavanderas pastores niños que deambulan mutilados por las calles en escalera o los amplios campos de jengibre. La explicación que me dieron es ésta: la ley de la ciudad ordena que cada falta o delito se retribuya con cantidades y calidades similares y aun con la propia vida. A tal punto se extiende la norma, que cuando se comprobó que uno de los tribunos de la Corte había sido sobornado para decidir un caso, el sultán dispuso que se le arrancara la piel a tiras y que con ella se tapizara el asiento que ocupaba en el juzgado. Ciertamente, no hay cárceles en Álide; rodeada de muros y farallones de concreto, toda Álide es una cárcel.

En la región más remota de esa ciudad, oh magnánimo Kublai, habitaba un joven llamado Ístar, hijo de agricultores; era alto y hermoso, de negros y ondulados cabellos, y tenía las piernas y los brazos ágiles para la guerra. No muy lejos, en una casita idéntica de bambú y zinc, bajo la pérgola y el sauzal se escondía del mundo un pobre giboso dedicado a la jardinería al que Ístar aborrecía y de continuo insultaba.

Con la muerte del padre -así cuentan- Ístar se alistó en el ejército: aprendió a montar caballo, dominó el manejo de lanzas y espadas, se hizo diestro en el arco y la flecha. Fue el mejor de una carga de trescientos soldados rasos. A los pocos meses, guerreó contra las legiones de Eufrasia, ciudad de espíritu beligerante, toda escudos y arietes, y dio muerte al temido capitán Bésforo, hiriéndolo con una flecha desde lo alto de una llanura polvorienta. De regreso a los fortines donde entrenan día y noche los jinetes mercenarios, el sultán lo llamó para nombrarlo Jefe de la Arquería Montada.

A lo largo de las muchas contiendas a Ístar no le resultó difícil ganarse la fama de buen soldado valiente. Hacia el invierno, salvó a Álide de un nuevo ataque de los eufrasianos y conquistó a contragolpe las tierras enemigas. El pueblo celebró en las calles esa victoria final; el sultán, quien le había tomado aprecio, mandó una noche a los centinelas del palacio a rendirle honores en su casa y a recompensarlo con un alfanje de oro y otro de plata y varios diplomas de privilegios; lo encontraron muerto en una zanja oscura, al pie del río en crecida, con los ojos abiertos mirando a las estrellas. Llevaba sobre las ropas ensangrentadas la fuerte armadura de cuero cocido de búfalo; treintaisiete puñaladas le habían barrenado el cuerpo. Temblando de miedo el giboso de la casa contigua se declaró culpable.

La tradición divulga los terribles acontecimientos que ocasionó en Álide la muerte de Ístar. La madre de Ístar desapareció inexplicablemente; el pueblo, indignado, quiso lapidar y quemar vivo al giboso; el sultán y la Corte, siempre respetuosos de la ley de la ciudad, resolvieron su inmediata decapitación pública. Entre flores de hibisco y negras columnas de incienso, Ístar fue llorado y sepultado en la cima infranqueable de una montaña, en la Cripta Resplandeciente de las Cuatro Familias, honor sólo otorgado a los vinculados al trono vía juramentos y antiguos lazos de sangre. Al finalizar los ritos funerales, un anciano mal trajeado y de barba larga y encanecida se presentó en el palacio; sus manos de sarmentosos dedos sostenían un fardel de viajero: era el viejo sabio de la ciudad, recién venido de las lejanas tierras de Bersabea. Solicitó al sultán que antes de la ejecución de la pena se esclarecieran las misteriosas circunstancias del asesinato, que se le concediera la defensa del inculpado. Sabiamente, el sultán no se negó.

Una noche sin estrellas se congregaron en la sala del juzgado el sultán, los tribunos de la Corte y cuarenta representantes del pueblo. El giboso permanecía de pie, las manos atadas a la espalda, inmóvil y como hipnotizado. Detrás de las puertas de pórfido del palacio, alrededor de la enorme cuchilla de la Plaza Central, una turba inquieta esperaba la sentencia. El visir dio inicio a la junta; el viejo sabio caminó hasta el centro ajedrezado de la sala y se inclinó gravemente antes de hablar.

-Poderoso sultán, heredero y gobernador de esta ciudad que levanta sus altísimas cúpulas y fortalezas a orillas de un río blanco; dignísimos tribunos de la Corte, funcionarios en cuyas manos obra la aplicación de la justicia; rectos ciudadanos, hombres y mujeres baldados que pueblan esta ciudad amurallada, incendiada de torres...

El viejo sabio hizo una larga pausa. Al fin, el sultán sentenció así:

-Han pasado siete años desde tu partida. Tus palabras siempre han sido sabias y ajustadas a la verdad. Es hora; queremos escucharte.

El viejo sabio prosiguió, con la misma voz elocuente y ceremoniosa.

-Poderoso sultán, heredero y gobernador de esta ciudad que levanta sus altísimas cúpulas y fortalezas a orillas de un río blanco; dignísimos tribunos de la Corte, funcionarios en cuyas manos obra la aplicación de la justicia; rectos ciudadanos, hombres y mujeres baldados que pueblan esta ciudad amurallada, incendiada de torres...

El viejo sabio hizo otra larga pausa. Al fin, repitió las mismas frases.

Ante la impaciencia y el desconcierto de todos, el viejo sabio repitió siete veces estas primeras frases, punto por punto, usando la misma voz y las mismas pausas. La octava, alguien del pueblo le gritó obscenidades y una mala palabra; la novena, un tendero de ojo sin pareja se lanzó a agredirlo. Los centinelas del palacio tuvieron que sacar bruscamente a esos hombres de la sala.

Entonces el viejo sabio se arregló las viejas vestiduras de armiño, se colocó al lado del giboso y expuso con lentitud, como si pensara en voz alta.

-Poderoso sultán: conocí a este muchacho una tarde de abril; yo paseaba por los húmedos pastizales del norte cuando lo vi y me llamó la atención la delicadeza con que cuidaba un bello bancal de flores. Me invitó a su casa y conversamos; vivía solo, recluido, sus padres habían muerto; no necesité mucho tiempo para darme cuenta de la tranquilidad y la docilidad de su espíritu. Más tarde, se apareció un joven fuerte y huraño que sin ninguna justificación lo insultó a gritos. En vano traté de hacerle comprender al otro lo insensato de su conducta; en sus ojos y en su boca cruel había mucho odio. Cuando se fue, el desventurado muchacho me confesó que eran vecinos desde niños y que él estaba casi acostumbrado a esos malos tratos; no pudo explicarme el origen de ese odio, unilateral y oscuro como el de tantas pasiones, pero me consta que no había culpa en su consciencia. Después no los volví a ver, puesto que la tolerancia de Su Majestad me permitió recorrer otras ciudades... He vuelto, me he encontrado con este horrendo crimen, he confirmado mis sospechas. No justifico; trato de entender: si la reiteración de ciertas inofensivas verdades, de un mero saludo, ha provocado mi agresión, ¿qué no podrán causar veintiún años de injurias y ofensas?

Dicho lo cual, todos se miraron con incómodo asombro y al cabo de unos minutos de murmullos y silencios el sultán ordenó que se quedaran a solas él y el viejo sabio para dictaminar, por única vez, una excepcional sentencia. Así Álide reunió las tres imágenes que hoy acometen al viajero a su llegada y lo deslumbran: la cuchilla gigantesca inclinada hacia el Poniente, la madre loca que corre por los torreones con los cabellos trenzados de pájaros grises, el florista giboso que canta las hazañas de un joven y hermoso soldado muerto.

TRES

-Interesante historia, a decir verdad -aprueba el Kan acariciándose la barbilla con una blanca mano repleta de anillos-. Creo percibir que la conducta del sultán fue justa

y la del soldado injusta. Dime forastero, ¿qué es entonces la justicia?

Polo: -La justicia es dar a cada cual lo suyo; o bien, la proporción entre el dar y el exigir aquello que es necesario para preservar las varias formas de convivencia humana y para que dentro de ellas el hombre pueda realizar sus fines plenamente. Para algunos, equivale a una virtud o hábito de vida; para otros, a una relación fundada en la igualdad. Constituye sin embargo un ideal, absoluto e inalcanzable, que ilumina las justicias relativas de los hombres.

Kublai: -¿Y cuál es el fin de las leyes?

-Las leyes y los jueces son los medios que procuran encarnarla y hacerla efectiva. Deben estar al servicio del hombre: no a la inversa.

-Tus explicaciones me parecen tan palpables como las figuras de un sueño y tan cristalinas como las honduras de un estuario sepulto...

Marco Polo sabe que el Gran Kan ironiza porque prefiere las explicaciones que se valen de metáforas sencillas aunque ingeniosas; lo invita a levantarse de entre los almohadones y a ponerse de pie frente al espejo de la entrada, ahora brillante y como abismado bajo el tenue resplandor de la luna y de los lamparines colgados de los cedros.

-Observa bien nuestros desplazamientos, sir. Esta es la imagen del augusto Kublai Kan, fundador de la Dinastía Yuan y Gran Señor de los tártaros; ésta, la de Marco Polo, su dignatario mercader; ésta, la de ambos, dos pacíficos dialogantes en la noche; ésta, la de ninguno o la de nadie.

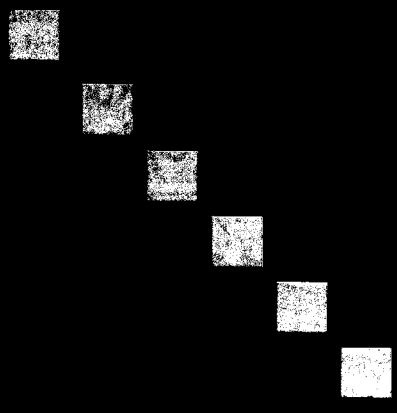
-¡Lo sabía! -se apresura el Kan-. He aquí el mensaje de tu historia: ¡La justicia no existe! En todo caso no es más que una superstición colectiva, un espejismo que han creado los hombres para doblegarse y confundirse más entre ellos...

Alto y barbado, Marco lo mira a través del espejo:

-Las leyes, al igual que los espejos, permanecen inalterables en su hechura y superficie, pero a cada tanto cambian en el uso según la peculiaridad de quien se atiene o se refleja. Eso que a la vez cambia y permanece para ser fiel a su esencia es la justicia.

LOS MEJORES SERVICIOS BANCARIOS

como para sentirse en casa.



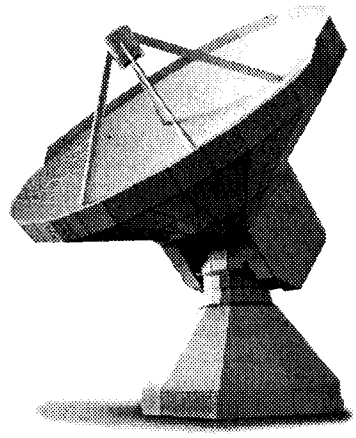
- CUENTAS DE AHORROS
- CUENTAS CORRIENTES
- DEPOSITOS A PLAZO
- DEPOSITOS C.T.S.
- BANTRONIK
- BANCASH
- FONOSUR
- RAPIDCHEK
- MONEDA EXTRANJERA
- PAGO DE SERVICIOS
- RED UNICARD
- UNIBANK VISA
- AUTOFACIL
- CASAFACIL
- VIAJE FELIZ
- PRESTATODO
- SEGUROS OPCIONALES

AREQUIPA
OFICINA PRINCIPAL
Moral 101

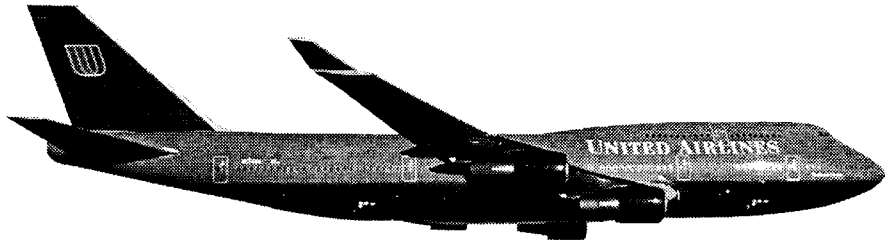
LIMA
OFICINA CENTRAL
Jr. Conde de Chinchón 986
San Isidro.

Banco del Sur

Existen 2 formas de llegar a todo el mundo rápidamente.



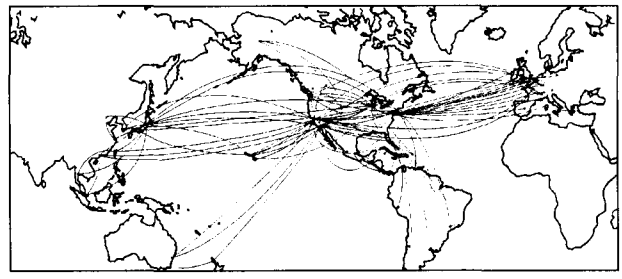
Vía Satélite.



Vía United.

Nuestros 7 vuelos semanales a Miami tienen excelentes conexiones a

Los Angeles, Chicago, Tokio, Pekín, Hong-Kong, Frankfurt, Londres, Milán, París, Zurich, Sydney.



Venga a volar por los cielos amigos de United.

UNITED AIRLINES

Contacte con su agente de viajes o con nuestras oficinas.
Av. Camino Real 390 Torre Central Piso 9 San Isidro Reservas: 4213334

CAUSA / LEO BURNETT

QUÉ SE ENSEÑA, CÓMO SE ENSEÑA Y PARA QUÉ SE ENSEÑA: UNA VISION LIBERAL*

Carlos Alberto Montaner

Carlos Alberto Montaner es uno de los pensadores liberales más reconocidos a nivel mundial. Cubano de nacimiento, Montaner es actualmente uno de los líderes que encabeza la lucha por la liberación de la isla caribeña. Ensayista de nota, periodista, intelectual y polígrafo; se trata en suma de una de las personalidades más representativas de nuestro tiempo.

El presente ensayo fue expuesto como conferencia con ocasieon de las recentísimas Jornadas Liberales celebradas en España, en octubre de este año. En él, el autor desarrolla una propuesta vanguardista y aguda acerca de un tema inherente a la convivenia humana: la educación. Su perspectiva, lo dice el título, no puede ser otra que la liberal. A partir de dicho ángulo va construyendo la estructura sobre la cual han de cimentarse la pedagogía y la educación liberales para cumplir una función a la vez social y moral, individual y colectiva; conducente a una convivencia civilizada y pacífica.

Nuestra publicación agradece a Carlos Alberto Montaner por enviarnos este interesante ensayo. Al difundirlo en nuestro medio, estamos seguros de aportar al desarrollo educacional del país.

No es excesiva mi experiencia docente ni muy extensa mi autoridad para hablar de educación. Por el contrario, es casi nula. Se limita a un período muy breve de mi vida: hace algo más de 25 años, y durante cuatro cursos consecutivos, enseñé literatura en una universidad puertoriqueña. Al principio me entusiasmó la novedad, pero poco a poco fui sintiendo una especie de distanciamiento brechtiano, como entonces lo hubiera calificado, entre mi papel de actor-profesor, los alumnos, y la disciplina que impartía.

Esa sensación de extrañamiento me llevó de la mano a buscar ciertos libros de pedagogía y -entre ellos- a leer con interés a Dewey y, especialmente, una historia de la educación escrita por el erudito italiano Nicolás Abbagnano, mucho más conocido -por cierto- por los tres tomos de su magnífica Historia de la Filosofía. Fue de Abbagnano

* Conferencia pronunciada en Valencia el 23 de Octubre de 1,995 durante las III Jornadas Liberales.

de quien obtuve una visión coherente de la historia de la profesión en la que, provisionalmente, me había refugiado, y es a los estudios de este académico, y no a los míos, que ninguno he hecho, a lo que debe atribuirse el panorama histórico que más adelante desplegaré.

En todo caso, resultaba curioso que se me hubiera contratado como profesor de literatura, aún cuando en mi expediente de estudiante no existía un solo curso de didáctica, pero me temo que no se trataba de una anomalía sino de una regla. Sencillamente, como mi currículo podía demostrar que yo había aprobado ciertas asignaturas, se suponía que era capaz de transmitir eficazmente esos conocimientos.

Por otra parte, tampoco era probable que cometiera grandes disparates, porque el departamento al que pertenecía había asignado a mis cursos (y a los de todos) ciertos libros de texto, mientras el *syllabus* describía minuciosamente la materia que se debía enseñar, y cuándo -en que día exacto- tendría que ocurrir el milagroso trasvase de esos conocimientos. Naturalmente, mi espesa vida académica, transcurrida sin gloria ni riesgo dentro de ese rígido esquema, pese al grato ambiente que proporcionaban mis compañeros de cátedra, de quienes guardo un amable recuerdo, enseguida comenzó a aburrirme.

Si la primera semana del curso debía hablarles a los jóvenes de las jarchas y de la primigenias manifestaciones de la poesía lírica castellana, y la tercera ya debía estar finalizando el ciclo de los romances, tras -por supuesto-, haber atropellado el Cantar del Mío Cid, sin muchas contemplaciones, todo ello ante la mirada atónita de unos muchachos absolutamente aburridos y desmotivados, se entenderá por qué, en cuando pude, abandoné aquella extraña ocupación y me trasladé a España con el propósito de abrirme paso como escritor y periodista, ocupaciones a las que pronto añadiría la de editor. Hacer literatura me parecía interesante. Hablar de literatura en esa forma inflexible y dogmática me resultaba abusivo con los estudiantes e ingrato conmigo mismo.

Predeciblemente, esa corta experiencia y las lecturas pedagógicas que entonces acometí, me precipitaron a una conclusión que no deja de ser desalentadora: desde hace casi tres mil años, desde que existe la educación organizada, los tres asuntos principales de la pedagogía continúan sin solucionarse: qué se enseña, cómo se enseña y para qué se enseña. Incluso, este mismo acto que hoy nos congrega -y que pudiera incluirse en el cómo se enseña- está impregnado de un cierto aire de inevitable anacronismo. Es posible, por ejemplo, que en esta Valencia que ahora nos acoge, o muy cerca de aquí, hace casi dos mil años unos romanos amantes de la poesía o del teatro se hubieran reunido a escuchar la lectura de unos versos o de una comedia inédita, porque esta ceremonia de leer en voz alta la obra propia ante un atento (o adormilado) auditorio era algo a lo que los autores latinos dedicaban una buena parte de su ocio.

Naturalmente, en tiempos de Adriano este contacto físico entre el autor y su público era casi el único medio eficiente de comunicar las ideas, pero de entonces a hoy han llovido la imprenta, el telégrafo, el fonógrano, el cine, la televisión, los cassettes, el fax, la computadora, el Internet, y otros milagrosos cachivaches electrónicos que hubieran sido capaces de recoger la Biblioteca de Alejandría en un CD Rom interactivo si los bárbaros no hubieran tenido la malvada idea de incinerarla.

Como es fácil suponer, no me quejo de la organización de un seminario como éste, -me parece una estupenda idea- sino me limito a subrayar la increíble persistencia de los hábitos educativos: entre lo que nosotros estamos haciendo hoy en este recinto, y lo que pudo hacer Marcial cuando recitaba sus hirientes epigramas a su regreso a Hispania, sólo hemos intercalado el micrófono y unas cuantas bombillas, pero el resto de la puesta en escena sigue siendo aproximadamente igual.

Una pedagogía liberal

Felizmente, esa circunstancia no desentona con el signo final de estos papeles. Si anacrónica es la ceremonia, el tema que he elegido también participa de una aberración muy parecida: me propongo contestar, a manera de esbozo, el qué se enseña, el cómo se enseña y el para qué se enseña desde una perspectiva liberal. Es decir: retomo una pregunta que, en su momento, se hicieron los didáskalos o los sofistas griegos hace veintitantos siglos, y que desde entonces no ha dejado de formularse en todas las épocas históricas.

Como es de rigor, antes de encararnos con esas tres cuestiones vale la pena preguntarse si es posible afirmar que existe algo así como una pedagogía liberal, dado que siempre se piensa en el liberalismo como una cosmovisión política, económica o jurídica, a lo que hay que responder con un sí rotundo y definitivo, añadiendo, de paso, que los grandes pensadores que le dieron vida al liberalismo dedicaron buena parte de sus reflexiones a proponer medios de transmitir los conocimientos de la forma más adecuada y benéfica posible. Acerquémonos rápidamente a la historia de esta lucha por el triunfo liberal en el terreno de la pedagogía, no sin antes

dejar dicho que las tres preguntas de marras (qué se enseña, cómo se enseña y para qué se enseña) jamás tendrán una respuesta definitiva, porque depende del entorno social en que se formulan. La respuesta es, por naturaleza, cambiante.

Los precursores medievales

Un buen punto de partida para trazar la genealogía de la pedagogía liberal, dentro del capítulo de los precursores (si eliminamos a Tomás de Aquino desoyendo el consejo de Lord Acton) puede situarse en lo que se ha llamado la "Escuela franciscana de Oxford", Inglaterra, en la que dos frailes, Rogerio Bacon y Duns Escoto, en el siglo XIII, sin proponérselo, comenzaron a dar una singular batalla contra el pensamiento escolástico. Esa batalla duró nada menos que quinientos años y se libró en todas la universidades de Occidente, incluyendo, naturalmente, las del mundo iberoamericano.

En la Edad Media se conocía como escolástico al profesor que enseñaba el trivio (gramática, retórica y dialéctica, también llamada lógica) y el cuadrivio (geometría, aritmética, astronomía y música). Ese era el currículo, algo así como letras y ciencias, división fragmentada también en dos aspectos: la *lectio* o lección y la *disputatio* o disputa. En la lección el escolástico leía y comentaba un texto. En la disputa se examinaba el asunto desde distintos ángulos. Hasta ahí no había nada que objetar. Incluso, me gustaría añadir que ese modo de transmitir los conocimientos contribuye al enriquecimiento de la inteligencia por cuanto tiene de estímulo las facultades analíticas y comunicativas.

Ahí, pues, en el método, no radicaba el problema del pensamiento escolástico, sino en los fines que perseguía. Donde la escolástica se convertía en un freno al desarrollo del espíritu de la Ciencia era en el objetivo del conocimiento, cuando los escolásticos se planteaban el para qué de la enseñanza, se les hacía transparente que el fin de aquellos intensos ejercicios intelectuales no podía ser otro que el de entender la verdad, no descubrirla, sino entenderla, porque esa verdad ya había sido descubierta por las autoridades. ¿Y quiénes eran esas autoridades? Eran los Padres de la Iglesia, textos de la escrituras o conclusiones suscritas en un Concilio por los Obispos y cardenales católicos.

No era de extrañar el mecanismo. En una civilización que descansaba y se legitimaba en los libros sagrados -una religión de escrituras- podía parecer razonable el establecimiento de un cuerpo dogmático al cual contrastar las opiniones mundanas. Y lo que se dijera o escribiera contra la doctrina se convertía inmediatamente en falso, herético y dañino. De ahí la importancia de la posición que Bacon y -sobre todo- Duns Escoto comienzan a asumir: la verdadera Ciencia debe separase de la Teología, porque esta última no pertenece al reino de la razón sino al de la fe. La Ciencia, en cambio, no está o no debe estar sujeta a las opiniones de las autoridades sino a las demostraciones empíricas. Sobre la Ciencia, a partir de conclusiones experimentales, se puede teorizar. Sobre la Teología hay que resignarse, sencilla y humildemente, a creer.

Esa posición, que hoy puede parecernos un abstracto debate filosófico, entraña una profunda revolución en el terreno de las libertades, puesto que lleva implícita la separación entre lo laico y lo religioso; y el surgimiento, todavía embrionario, de la más importante divisa liberal: la *libertas* es la clave del conocimiento, del progreso, del cambio, y sólo se puede cultivar mediante el sometimiento voluntario de la sociedad a los dictados de la razón.

Los precursores renacentistas

Cien años más tarde, este espíritu abierto de ruptura con la tradición escolástica se dejó ver en Europa con el surgimiento del humanismo. Si la razón era el único instrumento válido del conocimiento, y la razón siempre era individual y ocurría dentro del cerebro aislado de cada persona, nadie podía sorprenderse de la aparición de ese fenómeno renacentista al que los historiadores han llamado antropocentrismo. El hombre, cada hombre, era el centro del universo. Y ese hombre ya no quería revisar el pasado de la mano de los intérpretes medievales que habían reducido el conocimiento a *summas*, etimologías y curiosos saberes enciclopédicos fragmentados en píldoras. El nuevo humanista deseaba leer por sí mismo los clásicos, revisar las escrituras y llegar a su propias conclusiones.

¿Cómo educar a ese hombre nuevo del humanismo renacentista? La respuesta la dió un arquitecto italiano llamado León Battista Alberti en un libro titulado "De la familia", cuya tesis central es que corresponde al padre la sagrada misión de trasmitir a los hijos las virtudes sociales que mejor contribuían a la convivencia.

Alberti receta que los padres deben enseñar con el ejemplo, pero que no deben rehuir el castigo físico, los temidos azotes, cuando fuera necesario para inhibir los vicios y malas costumbres tan frecuentes en la naturaleza humana. Los niños y jóvenes, además, debían criarse en el campo, sin huir de las inclemencias del sol y la lluvia, para que crecieran fuertes y resistentes.

Otro italiano, muy influyente en la España literaria del XVI, Baltazar Castaglione, en su obra "El Cortesano", sin desmentir lo escrito por Alberti, añadió un componente ornamental a los ideales educativos de la época. Su propósito era lograr el perfecto funcionario, el perfecto diplomático o valida. Si Maquiavelo había escrito su obra para formar príncipes útiles y pragmáticos, a veces siniestros y despiadados, capaces de sostenerse en el poder en medio de las constantes guerras, intrigas y conspiraciones de las ciudades-estado de la Italia del Renacimiento, Castiglione pretendía educar a los consejeros del príncipe centrándose en una de las preguntas clave de la pedagogía: qué hay que enseñarle al cortesano: qué debe saber ese cortesano para que desempeñe a cabalidad sus funciones. El cortesano, según Castiglione, debe ser honrado, prudente, sagaz, culto, refinado, atlético y ducho no sólo en los menesteres militares, sino también en la literatura y las artes, aunque poniendo siempre buen cuidado en esconder su personalidad tras una cierta altivez de rango, destinada a marcar distancias con su inferior jerárquico.

Muy distintas a la trivialidad de Castiglione o a la severa pedagogía de Alberti, es lo que en ese campo, poco después, nos proponen dos de las mayores cabezas del humanismo europeo: Erasmo de Rotterdam y Tomás Moro, amigos entrañables que vivieron en medio del torbellino filosófico-religioso que a uno -Erasmo- le costó cierta persecución, y al otro -Tomás Moro-nada menos que el cuello.

Erasmo, en su obra "Sobre los niños...", se enfrentó a los temas básicos de la pedagogía ¿Qué enseñar? Naturalmente, literatura, bellas artes, lenguas, o lo que hoy llamaríamos humanidades. ¿Para qué enseñar? Básicamente, para amansar el monstruo que habitaba dormido en el corazón de las personas. La sabiduría los haría mejores, los apaciguaría. Impediría el desbordamento de las pasiones. ¿Cómo enseñar? Mediante la persuasión y la dulzura, sin recurrir a los odiosos castigos físicos.

Tomás Moro, en cambio, no escribió, como Erasmo, un libro sobre pedagogía, sino algo muy parecido: un libro pedagógico. Eso es su famosa "Utopía". Un modelo ideal de sociedad que podría ser imitado por todos, aunque los liberales, ciertamente, no deben revindicarlo como propio, pese a la tolerancia religiosa que predica, y el culto a la responsabilidad individual que propone, porque para Moro la raíz de todo mal social estaba en la existencia de la propiedad privada y en la desigualdad y la codicia que este fenómeno provocaba, afirmación que, constantemente, pugna con la médula del pensamiento liberal.

Reforma y Contrarreforma

No fue por escribir Utopía, sin embargo, por lo que Moro fue decapitado, sino por oponerse a la segregación de la Iglesia anglicana del trono romano al que hasta entonces pertenecía. Hecho, por cierto, que ejemplifica el letal estremecimiento que entonces recorre a Europa en el período sangriento que conocemos por las "guerras religiosas". Guerras terribles entre cristianos que disputaban cuestiones bizantinas tras las que solían esconderse juegos de poder y regionalismos radicales.

Aquel período fue, no obstante, singularmente importante para el desarrollo de lo que pudiéramos llamar una "visión liberal" de la educación, aunque admitiendo la presencia de no pocas contradicciones. De un lado los reformadores religiosos, con Lutero y Calvino a la cabeza, instituyeron cuatro principios que aún continúan gravitando en nuestros sistemas educativos, y hasta en nuestras constituciones:

- El principio de instrucción universal.
- La creación de escuelas populares para los pobres.
- Control de la educación por los laicos.
- Escuelas "nacionales" encaminadas a forjar la identidad.

Esa educación nacional, y -si se quiere- nacionalista, en su afán de alejarse de Roma y de la tradición latina, abominó de los estudios clásicos, se alejó del latín, y se dedicó a preparar ciudadanos de una nación determinada, y no de todo el orbe cristiano, como pretendía la tradición humanista católica.

Es en ese contexto en el que un gran educador alemán, Valentín Friedland, a quien llamaban Trotzendorf por la aldea en la que había nacido, creó un gimnasio o escuela, organizada en forma de estado o república para adiestrar a los estudiantes en el arte de la convivencia ciudadana. Trotzendorf, quien -como Lutero- creía en motivar a los muchachos para que aprendieran, dotó a su institución de un senado que juzgaba a los infractores de las reglas, y él mismo, nada democráticamente, se declaró dictador.

Paradójicamente, la influencia de los gimnasios alemanes donde se hizo sentir con mayor rigor fue en la Compañía de Jesús creada por el vasco Iñigo de Loyola para servir al Papa frente a sus enemigos reformistas. Los jesuitas, formados para enseñar y para orientar espiritualmente, tomaron de Trotzendorf la idea de asignarles a los jóvenes ciertas responsabilidades, dividiendo a los alumnos en

decurias, dirigidas por decuriones y deceneros que a veces se enfrentaban en bandos designados como romanos o cartagineses, pueblos imaginarios que, en su momento, contaban con tribunos y cónsules.

Esta minúscula reproducción de estados con sus dignidades y conflictos, provocaba un sentimiento de emulación que solía dar estupendos resultados pedagógicos. La competencia por "ganar", la división en equipos, y el afán de alcanzar distinciones hacía que los jóvenes no sólo aprendieran más y con mayor rapidez, sino que -además- desarrollaran una especial lealtad a la institución que los educaba. No en balde, al tasladar al aula valores y formas de organización extraídas del sector militar, se lograba ese fenómeno de adhesión sicológica y de fusión del grupo que en la vida castrense suele conocerse como "espíritu de cuerpo".

La pedagogía liberal

Hasta aquí es posible hablar de precursores de la pedagogía liberal, pero a partir de los escritos de John Locke, padre del liberalismo moderno, comienzan a aclararse los perfiles del debate a la luz de una visión depurada de la misión de enseñar y de la tarea de aprender.

Las ideas de Locke sobre pedagogía fueron expuestas en un breve libro titulado "Pensamientos sobre educación", publicado en 1693, tres años después de su obra fundamental, "Ensayo sobre el entendimiento humano". Para Locke, la adecuación comprendía lo físico, es decir, el cuerpo; lo moral, esto es, los valores sobre los que se debe sustentar la conducta; y lo intelectual, o sea, los conocimientos propiamente dichos.

Dentro de la tradición del italiano Alberti, Locke recomendaba el duro ejercicio físico para endurecer el cuerpo. Y parcialmente, como Castiglione, defendía las virtudes de los buenos modales y las costumbres refinadas, pero no para pertetuar a una clase dirigente parásita, sino para convertirla en paradigma capaz de orientar el comportamiento de los menos favorecidos. En su texto, asimismo, el filósofo inglés rechaza los castigos corporales y sugiere que la relación entre educador y educado se funde en el respeto, la confianza y la razón.

Mucho más influyente que Locke como pedagogo fue Juan Jacobo Rousseau, contradictorio escritor que tanto tiene de liberal como de antiliberal, fenómeno que no debe sorprendernos, pues toda la vida y la obra de Rousseau constituyen una tremenda paradoja, como se encargó de esclarecer Paul Johnson en su reciente libro Los intelectuales.

Rousseau, que escribió Emilio, una novela pedagógica concebida para dictar pautas sobre la mejor educación posible para niños y jóvenes, no tuvo demasiados escrúpulos en abandonar en el hospicio los cinco hijos que le diera su pobre mujer Teresa Levasseur, una infeliz costurera que nunca pudo entender del todo el Contrato Social redactado por el ginebrino.

Al margen de esta notoria incongruencia, es importante entender por qué Rousseau escribió su famoso Emilio: la motivación está, precisamente, en el Contrato Social. Rousseau pensaba haber desentrañado la regla de oro que podía regir la convivencia ciudadana -ese pacto no escrito que hace la sociedad para convertirse en Estado- pero para que diera sus mejores frutos resultaba vital construir ciudadanos ejemplares. Ciudadanos capaces de vivir de acuerdo con las reglas del Contrato Social.

Con una gran intuición sicológica, el Emilio está dividido en cinco libros que hoy pudiéramos relacionar con las llamadas teorías del desarrollo de la personalidad. En los dos primeros, Rousseau se ocupaba de la niñez, época en la que predominan los sentimientos, etapa que termina a los 12 años. En el siguiente período, durante la adolescencia, prevalece el egoísmo utilizado. El joven es capaz de precisar lo que le conviene y lucha por obtenerlo. A partir de los 16 años ese egocentrismo da paso a la valoración ética, al raciocinio maduro y a la preocupación metafísica o religiosa. El joven se ha convertido, desde el punto de vista intelectual, en adulto, y está listo para el contacto y los conflictos sociales, y -naturalmente- para formar pareja. Es ahí cuando Emilio se casa con Sofía.

Para alguien como Rousseau, que desconfiaba del peso de la cultura y las tradiciones, que creía que la primitiva naturaleza humana era de suyo bondadosa, aunque luego la traicionaba y envilecía la cultura, resultaba perfectamente natural que el niño o el joven no fueran expuestos a la enseñanza convencional o a la torcida influencia de la sociedad. Su ideal era preservar en la medida de lo posible la pureza intelectual y emocional de Emilio para que fuera aprendiendo de la experiencia, más por deducciones propias que por lecciones dictadas, lo que resultaba más probable de obtener con la ayuda de un preceptor particular.

Una generación más tarde, Immanuel Kant, quien fuera un apasionado lector de Rousseau, alguna huella exhibe del autor de Emilio en un breve opúsculo titulado "Pedagogía", en el que se recogen ciertas opiniones sobre la educación, vertidas por el filósofo alemán ante discípulos que luego llevaron

la obra a la imprenta. ¿Dónde debe poner el acento la educación? ¿Cómo dudarlo si se trata de Kant? La educación debe estar encaminada, esencialmente, a la formación moral, además, había que acceder por el camino de la razón y no por el del castigo, pues la paz y la concordia sólo pueden brotar de la tolerancia y el respeto. Puro kantianismo.

La moderna pedagogía liberal

Tras Rousseau y Kant, muy influido por ambos, aparece en la historia de la pedagogía liberal quien acaso puede ser considerado el primer educador moderno en toda la extensión de ambas palabras: Giovanni Enrico Pestalozzi, un suizo alemán de remotos antecedentes italianos.

Pestalozzi no fue, como Rousseau o como Kant, un pensador que escribía sobre temas pedagógicos, sino un maestro que amaba y practicaba la profesión de enseñar. No obstante, siempre sobre la huella de Rousseau, Pestalozzi escribió otra de las grandes novelas pedagógicas de la época: Leonardo y Gertrudis, narración alegórica en la que los personajes encarnan virtudes morales y vicios, aunque, desde luego, acaba por triunfar la recta honestidad de Gertrudis sobre las debilidades de carácter de Leonardo.

La importancia de Pestalozzi como educador descansa en sus trabajos en la escuela experimental de Bungdorf, no lejos de Berna, en la que pone en práctica la técnica de aprender mediante la acción y la experiencia, fórmula que un siglo más tarde defendería con ardor el norteamericano Dewey. En efecto, Pestalozzi -que no cree, como Rousseau, en el aprendizaje casi espontáneo e incontaminado- receta una cálida combinación entre el afecto y la suave autoridad moral, de manera que acepta de buen grado la enseñanza moral de unos maestros que no inspiran temor sino afecto y solidaridad. Hay que educar para la libertad -pensaba Pestalozzi-, pero también hay que educar para el taller y para la vida, por lo que no dudaba en llevar a sus estudiantes a los sitios en los que artesanos, obreros y campesinos se ganaban el pan.

Si la obra de Pestalozzi se adelanta en un siglo a la de Dewey, la del alemán Friedrich Fröbel, su rebelde discípulo, prefigura a la de María Montessori. Fröbel es el creador de los jardines de infancia, los Kindergaten, surgidos en 1839 bajo la idea de que los niños pequeños no podrían ser educados de la misma manera que los mayores, pues existía una etapa preescolar cuyo éxito acaso dependía del cultivo de los sentidos en los niños: la vista, el olfato, el tacto, el oído. De ahí que Fröbel experimentara con formas, colores y texturas diferentes como un modo de estimular la creatividad y la imaginación del niño.

Esta pasión de Fröbel por los objetos muy bien podría deberse a su propia fascinación por la cristalografía, la que lo llevara a crear una serie de regalos geométricos con los que se premiaba a los niños: esferas, cubos, paralepípedos de distintos colores, etc, etc. Los niños pequeños, a partir de Fröbel, ya no eran pilluelos a los que se sometía por medio de castigos, sino seres humanos que merecían todo el respeto y el amor del mundo, valores y sentimientos que debían aprender mediante juegos alegres dirigidos por un atento pedagogo dueño de un método especialmente creado para ese fin. Sorprende saber que en 1848, tras la revolución, por un período, y bajo la acusación de ateísmo, fueron clausurados los Kindergarten.

Fue -por cierto- un discípulo, en segundo grado, de Pestalozzi, y en primer grado de Fröbel, el alemán Karl Krause, quien dejará una profunda huella en la pedagogía iberoamericana a través de su influencia en Francisco Ginés de los Ríos, creador de una tradición pedagógica que ha llegado hasta nuestros días, aunque tuvo su mayor influencia en el último tercio del XIX y principios del XX.

Dos liberales ingleses, Stuart Mill y Herbert Spencer, vinieron poco después a enriquecer la reflexión pedagógica con modos de razonar que guardan una curiosa similitud en la forma, aunque no en el fondo. Para Mill, en su "Sistema de lógica deductiva e inductiva" resulta evidente que el aprendizaje, al fin y al cabo una expresión del pensamiento, se encadena naturalmente como consecuencia de experiencias que van cobrando forma por procesos analógicos que ocurren de manera casi automática. Para Spencer, pensador siempre bajo el fortísimo impacto del darwinismo, el aprendizaje debe ser el fruto de un desarrollo lento y gradual, dentro de un amplio marco de libertad, que vaya mejorando paulatinamente por medio del tanteo y el error.

Darwinista fue también John Dewey, el norteamericano más influyente de la era contemporánea en el campo de la pedagogía. Y fue darwinista en el sentido de atribuir la existencia de problemas a algún tipo de desajuste entre el organismo y el ambiente social.

Dewey fue filósofo y sicólogo, pero su enorme impacto en la sociedad norteamericana -y, por lo tanto, en todo el planeta-se debe a su influencia en el tipo de enseñanza empleado en Estados Unidos a partir de principios del siglo. Para Dewey, en un mundo

que cambiaba vertiginosamente era inútil tratar de educar para los fines futuros de la sociedad, pues estos difícilmente podían precisarse. Lo importante era formar sicologías robustas y adaptar la enseñanza a la vida mediante experiencias, y no por medio de lecciones magistrales o simples ejercicios memorísticos.
Esta escuela progresista, como se la llamó, debía conducir a la falta de prejuicios, a la objetividad, al respeto por la verdad, al desarrollo de la individualidad y a la capacidad de adaptarse a un mundo cambiante, aunque subrayando mucho más la colaboración que el espíritu de competencia. No obstante, y pese a sus benévolos propósitos, también se le atribuye a Dewey cierta responsabilidad en el fenómeno de creciente empobrecimiento del acervo cultural colectivo que parece observarse, al extremo de provocar una reacción entre quienes propugnaban el retorno a la educación tradicional, entonces llamada la educación de los *great books*, los grandes libros de la humanidad, selección hecha por Robert Maynard Hutchins, expresidente de la Universidad de Chicago, quién sostenía que era muy importante mantener un vínculo con el pasado que nos ayudara a explicarnos nuestra propia identidad cultural presente.

Y no hay duda de que esa posición -la de la vuelta a la búsqueda de autoridades y cánones- tiene cada día más adeptos, cuando se comprueba, especialmente en Estados Unidos, la existencia de un fenómeno de debilitamiento de los vínculos y referencias culturales comunes. Situación que se pretende conjurar mediante la confección y aprendizaje de libros fragmentarios que, paradójicamente, recuerdan a las "enciclopedias" o "etimologías" medievales.

La pedagogía liberal posible

Volvamos, pues, a reiterar las tres preguntas que a lo largo de toda nuestra historia escrita le han dado vida al inatacable debate pedagógico: qué se enseña, cómo se enseña, y para qué se enseña.

Partamos, para intentar contribuir a la discusión de estos temas, de una premisa que nos parece difícilmente discutible: vivimos en una era en la que prevalece una cosmovisión liberal de las relaciones humanas. Más por la decadencia del enemigo totalitario que por sus propios esfuerzos, o quizás por el valor de su indiscutible éxito en las treinta naciones más prósperas del planeta, el paradigma universalmente reverenciado es el de las democracias liberales que realizan sus transacciones comerciales dentro de un marco de economía de mercado. Hay numerosas críticas a este modelo, por supuesto, y algunos no se inhiben de cometer actos violentos en su contra, pero, en líneas generales, prevalece la convicción de que, como reza la fatigada metáfora de Fukuyama, hemos llegado al fin de la historia.

Bien: si creemos que esta premisa es cierta, y si stamos onvencidos de que esta circunstancia es realmente auspiciosa, benéfica para la humanidad, ya comenzamos a responder una de las preguntas planteadas en el debate: ¿Para qué se estudia? Se estudia, se debe estudiar, para reforzar el espíritu de convivencia liberal que flota en el ambiente. El aprendizaje no sólo debe contribuir a la acumulación de conocimientos, sino, también, y en un alto grado, a reforzar el tipo de comportamiento que favorezca la paz, la democracia, el respeto al otro, la tolerancia, y el resto de las virtudes que deben estar presentes en un número abrumador de ciudadanos para que sea posible el milagro de la convivencia en libertad.

¿Cómo se logran estos fines por medio de la educación? Los caminos, por supuesto, son múltiples, y para emprender la andadura es conveniente revivir gloriosas experiencias ensayadas en el pasado. Es muy útil, por ejemplo, aprender de Valentín Friedland, el famoso Trotzendorf, y de los jesuitas, las técnicas de motivación sicológica que conseguían despertar el interés de los estudiantes de manera espontánea. Una buena combinación entre la asignación de honores y dignidades, junto a instrucciones de debate y juego democrático en las que se practique el "*Fair play*", pueden contribuir a crear en los niños y jóvenes el respeto por un método de solucionar respetuosa y pacíficamente los conflictos.

Incluso, hay experiencias pedagógicas más antiguas de las que todavía se puede aprender. Hace unos años, en una visita a Venezuela, entonces empeñada en aumentar el cociente intelectual de los venezolanos -el famoso I.Q.- mediante el esfuerzo de un curioso Ministerio de la Inteligencia dirigido por el educador Luis Alberto Machado, me llevaron a una escuela experimental en que los niños, tras ciertos ejercicios, conseguían, realmente, aumentar sustancialmente los niveles de inteligencia, de acuerdo con las mediciones convencionales.

¿Cómo lo lograban? Uno de los procedimientos era someterles a los muchachos y muchachas un problema de carácter ético para que lo analizaran desde distintos puntos de vista y llegaran a sus propias conclusiones. ¿Qué conseguían con esto? Conseguían estimular el juicio moral, perfilar una tabla de valores que les diera coherencia a sus actos, mejorar la capacidad expresiva y aprender a respetar el

punto de vista contrario. Todo esto luego se traducía en un I.Q. más alto, pero, al margen de ese enigmático dato estadístico, tuve la sensación de que aquellos ejercicios contribuían a depurar la calidad ciudadana de los jóvenes.

A manera de anécdota, recuerdo que el debate que presencié, entre muchachos y muchachas que entonces tendrían de 12 a 14 años, se basaba en la siguiente hipótesis: supongamos que hay un incendio pavoroso e incontrolable en Caracas. Un siniestro que amenaza con abrasar toda la ciudad, incluida la cárcel central, en la que hay mil criminales desalmados. En esa tesitura las autoridades tienen que tomar una decisión: sueltan a los mil criminales, a los que no hay tiempo para trasladar a otros penales, con riesgo de que cometan terribles atrocidades en una ciudad sin orden ni concierto, o los dejan morir a todos para proteger a la población de sus probables desmanes.

Como pueden observar, la respuesta no es obvia. En consonancia con la mayor parte de los dilemas reales, hay que elegir entre grados de perjuicio. Al final -y yo me retiré antes de la votación- parecía prevalecer la idea de que un Estado de Derecho, una socedad regida por leyes, no puede condenar a la muerte a unos prisioneros para evitar que cometan delitos por los que no han sido sentenciados. Por otra parte, la libertad exige aceptar riesgos y ese era un riesgo más.

En realidad, me impresionaron tanto la argumentación como la madurez, pero no pude evitar relacionar toda esa pedagogía aparentemente moderna con el método escolástico medieval: la *lectio* y la *disputatio*. La diferencia era que no se trataba de buscar una verdad final, que no existía, sino una solución ética basada en ciertos principios.

Hay pues, en nuestra visión de la pedagogía liberal, que colocar la enseñanza de valores por encima de cualquier otro objetivo, dado que -pese a las infundadas acusaciones de nuestros enemigos- la sociedad liberal se basa, esencialmente, en una idea ética: mantener los lazos sociales por medio del ejercicio de la libertad. Y de ahí, de ese núcleo fundamental, se desprenden el Estado de Derecho, y la economía de mercado, terrenos en los que realizamos nuestras transacciones, forjamos nuestros pactos y dirimimos nuestros conflictos.

La enseñanza de la historia

Y si esto es cierto con relación al qué y al para qué enseñar, valdría la pena retomar otra idea valiosa de la vieja pedagogía, de la pedagogía humanista de Erasmo, de Vives, de Spinoza, o de Moro, en defensa de esta visión global, no nacionalista, para tratar de atar firmemente la fiera que todos llevamos dentro. Me explico: en el Renacimiento, cuando todavía no habían aflorado las tendencias nacionales que comenzaron a surgir con la Reforma, las raíces del hombre occidental se buscaban, con buen sentido, en Grecia y Roma. Si nuestras lenguas y nuestra cultura de allí venían en lo fundamental -la religión, las instituciones, la forma de gobierno, las artes y la literatura- era ahí donde había que buscar una madre patria común, por eso el ideal pedagógico renacentista era universal, y por eso, entre otras razones, se mantenía la vigencia del latín como lengua franca y como lengua madre.

Esta concepción universalista se vino abajo, lamentablemente, con la fragmentación religiosa. La Biblia alemana, vivamente traducida por Lutero, y la idea de una escuela nacional que defendiera las señas de identidad propias, provocaron una creciente irritación nacionalista que acaso, en alguna medida, ha sido responsable de los mataderos de nuestro espantoso siglo XX.

No obstante, también hay que reconocer que esa escuela nacional y nacionalista americana, con su himno diariamente cantado, su bandera y su culto por los héroes y los mitos estadounidenses, sirvió para unificar dentro de una misma conciencia a decenas de millones de inmigrantes que, de lo contrario, tal vez jamás hubieran podido integrarse adecuadamente en la patria de adopción.

En todo caso, lo que pretendo decir es que la pedagogía liberal de hoy, enfrentada al fenómeno de los hirsutos nacionalismos, generalmente contrarios a la paz y la concordia, debe proporcionar una visión universalista, humanista, de nuestra historia. Y no puedo evitar, en este punto, referirme a una reciente anécdota que quizás ilustra la importancia y la necesidad de robustecer a forjar esos lazos con el pasado: hace pocos meses, en mi condición de presidente de un partido liberal que busca la democratización de Cuba por vías pacíficas, con la ayuda de Juan Suárez Rivas, vicepresidente de nuestro partido, solicité que secretamente le filmaran en Cuba varias entrevistas a disidentes y perseguidos políticos con el objeto de exhibirlas ante el Parlamento Europeo de Estrasburgo. El trabajo se hizo, y pronto tuve en mi casa de Madrid las cintas de video con las entrevistas. Valga decir que todas eran correctas, y que todas estas valientes personas se dirigían respetuosamente a los legisladores europeos. Sin embargo, la que más me impresionó, y por razones políticas, fue la de un profesor negro de la Facultad de Ingeniería, D. Félix Bonne Carcasses, expulsado de

su cátedra por pedir libertades políticas, que comenzaba su exhortación con algo así como "señores eurodiputados, mi Europa, pese a mi piel, es la de Pericles", y luego seguía pidiendo solidaridad para nuestra causa.

Bonne, ingeniero, exquisitamente educado, demócrata convencido, intuía culturalmente, la gran familia a la que pertenecía, nada tenía que ver con sus orígenes étnicos africanos. Y esa inteligente recepción me parece temendamente útil para superar muchos rencores y odios peligrosos. Si en lugar de definir nuestra identidad por las banderas y los himnos, o por los lazos tribales, si en vez de remitirnos a las batallas nacionales, logramos coincidir en La Odisea, en San Pablo, en Horacio, en Leonardo, en Newton, en Descartes, en Einsten; y si conseguimos que nuestros estudiantes se den cuenta de que forman parte no de un fluente raquítico, llamado nación, sino de un viejo y enorme río cultural que se empezó a gestar hace miles de años cerca del Eufrates, tal vez amaine la ferocidad con que se enfrentan nuestras tribus en los días que corren.

Estado, sociedad, individuo

La enseñanza de la historia, no es, pues, un lujo cultural, sino una necesidad del espíritu. Si sabemos de donde venimos, y si somos capaces de identificar nuestras raíces, es probable que nuestra conducta sea menos peligrosa. Pero una vez descubierta nuestra genealogía espiritual y cultural, y tan importante como ese acto de filiación, es igualmente vital situarnos en nuestro aquí y ahora para tratar de entender el modo en que relacionamos, o-mejor aún- el modo en que se relacionan los individuos que forman estas aproximidamente treinta sociedades prósperas y felices que sirven de paradigma al undo contemporáneo.

Digámoslo en una oración: hay que explicar pacientemente qué es la democracia, cómo se establecen sus límites dentro de un Estado de Derecho regido por normas constitucionales, y por qué este modelo proporciona una manera eficaz de resolver las disputas, acabando por contribuir a la prosperidad colectica, siempre y cuando se articule inteligentemente con la forma de producir bienes y servicios.

Cada vez que me veo precisado a dar una definición rápida de democracia, suelo acudir a una frase escueta, casi lapidaria, que apenas encierra *glamour* alguno: la democracia no es más que un método de tomar decisiones colectivas. Ese método, sujeto a la regla aritmética de la mayoría, no garantiza los resultados (que muy bien pueden ser espantosos) sino aporta una forma pacífica de solucionar conflictos y elegir cursos de acción en los asuntos que concieren a la colectividad.

Pero, si la democracia es sólo un método para tomar decisiones que en modo alguno asegura el progreso o el desarrollo sostenido ¿por qué defenderlo? Muy sencillo: porque las otras opciones son peores. Si no tomamos las decisiones colectivas con arreglo a la mayoría democrática, esas decisiones las tomará por nosotros un dictador, un partido, el ejército, o un sector aislado de la sociedad, como, por ejemplo, un grupo religioso, los sindicatos, etc, etc.

Es posible que ese gobierno no democrático sea, por un tiempo más eficiente que el que se somete a la regla de la mayoría, pero su propia naturaleza le impedirá crear un mecanismo de trasmisión de la autoridad o de supremacía de la ley, terminando por provocar la dislocación del Estado, el empobrecimiento de la sociedad y un retroceso económico generalmente de más entidad que los avances logrados durante el apogeo dictatorial. Buenos ejemplos no faltan en la historia: la dictadura de Portirio Díaz, el período comunista de Rusia o los experimentos populistas de Perón o Velasco Alvarado.

Lo que quiero decir es que hay que enseñar a defender la democracia no por vía sentimental sino por la racional: porque es un método que nos conviene. Como nos conviene el Estado de Derecho para garantizar que las minorías no sean víctimas de las arbitrariedades potenciales de la mayoría, y porque sólo aquellas sociedades sometidas al imperio de leyes neutrales son las que, a la postre, logran la hazaña del crecimiento sostenido y la eliminación progresista de la pobreza.

Naturalmente, estoy hablando de educación cívica, pero recuerdo que, cuando era adolescente, y tuve que aprobar una asignatura que tenía ese nombre, lo que me enseñaron fue el aspecto superficial y mecánico de la cuestión: cuántos sufragios necesitaba un representante o diputado para salir electo, cuántos un senador o la edad mínima que debía tener quien fuera electo presidente de la República. Me enseñaron reglamentos y me dijeron que eso era el sistema democrático.

Me ocurrió, pues, con la "Educación Cívica" lo mismo que con las matemáticas: tras grandes dificultades conseguía despejar ecuaciones de segundo grado, o hallar raíces cúbicas, pero lo que nunca pude fue relacionar esos hallazgos misteriosos con mi vida de carne y hueso. Jamás me dijo nadie qué podía hacer con los teoremas o con los binomios.

Aquellos fatigosos ejercicios nacían y morían -para mí- en el papel en que conseguía garabatearlos trabajosamente.

¿Cómo se enseña democracia? Probablemente, votando en las aulas con frecuencia. Seguramente, explicando con paciencia las características de las naciones democráticas que han tenido éxito. ¿Cómo se enseña Estado de Derecho? Tal vez, aprobando en las aulas reglas justas y sometiéndonos todos a ellas. Pero también, sin duda, debatiendo con lecciones y disputas, a la manera antigua, problemas de la vida cotidiana en los que entran en juego una valoración ética y una visión jurídica de los conflictos. Y esa enseñanza, a mi juicio, es mucho más trascendente que las disciplinas convencionales en las que los estudiantes pasan la mayor parte del tiempo escolar.

Por supuesto, esa comprensión del mecanismo en el que se asienta la mejor forma de convivencia -que me parece fundamental que se aprenda en la escuela- estaría incompleta si no incluyera un largo epígrafe sobre los derechos y los deberes individuales dentro de los Estados democráticos, porque, al fin y al cabo, no podemos esperar sociedades que se comporten con arreglo a estos patrones de conducta cívica si las personas que las fomran no entienden el papel que, como individuos, tienen que desempeñar.

Yo no recuerdo, por ejemplo, en los años que pasé en las aulas como estudiante, una sola discusión seria sobre la libertad y la responsabilidad. Ni tengo memoria de asignatura o conferencia que me prepara para los problemas reales de la conviviencia colectiva. Nadie trató jamás de enseñarme a valorar las situaciones conflictivas desde una cierta coherencia axiológica, ni tuve la sensación de que era importante comprender cómo yo, en mi condición de individuo, formaba parte de una sociedad que, a su vez, se articulaba en un modelo particular de Estado para normar racionalmente la vida institucional a la que debía someterme.

Estudiaba, sí -y a veces hasta aprendía- sicología, ética, sociología y política, pero lo que no conseguían mis maestros, o lo que no lograba el plan de estudios, era armar ese rompecabezas para que un joven estudiante pudiera contemplar el panorama total de su propia experiencia vital. Y ahí está, exactamente, el reto a la pedagogía liberal: hay que lograr ese milagro de comprensión racional para que nuestra cosmovisión consiga prevalecer en beneficio de todos.

Pedagogía económica liberal

Por último, es indispensable que los estudiantes -que todas las personas- entiendan los fundamentos de la economía liberal para conseguir el enriquecimiento de nuestros pueblos y, más importante aún, para garantizar la paz social. Hay que enseñar cómo se crea la riqueza y cómo se malgasta. Pero es prudente partir, para no crear falsas expectativas, de una melancólica observación: la visión económica liberal es contraria a las intuiciones primarias o a los razonamientos elementales, lo que nos obliga a ser muy cuidadosos en la preparación de la propuesta liberal en el orden económico.

Me explico: si se le pregunta a cien personas cómo creen que la economía funcionará mejor, si bajo el estricto control de un Ph. D. egresado de Harvard, o bajo el libre y anárquico juego del mercado, lo más probable es que la inmensa mayoría opine, erróneamente, que la economía dirigida por expertos será más eficiente. Y si se le pregunta a ese mismo centenar de buenos ciudadanos sobre la manera más eficiente de obtener mercancía a más bajo precio, dándoles a elegir entre un bondadoso decreto presidencial o -de nuevo- la libre competencia en el mercado, el engañoso "sentido común" les llevará a pensar que el control de precios es la manera más racional de bajar el costo de los productos.

¿Cómo explicar que la justicia social recetada por funcionarios gubernamentales o políticos en liza electoral suele conducir al empobrecimiento del conjunto de la sociedad? ¿Cómo convencer a las personas corrientes y molientes de que el alza de salarios por encima del nivel de la inflación a medio plazo contribuye a una disminución del poder adquisitivo de unos obreros que son más pobres mientras más dinero reciben, sólo porque no son capaces de percibir la necesaria relación que deben tener los bienes circulantes y el dinero disponible? ¿Cómo lograr ciudadanos capaces de elegir inteligentemente la opción liberal, si no se tiene una idea del sistema fiscal, de lo que se debe esperar del Estado, del costo de las acciones públicas, o de todo aquello que debe formar parte de la esfera privada?

Y lo curioso de estas deficiencias en la pedagogía liberal, es que se cuenta con una bibliografía más que abundante para construir las herramientas capaces de poner fin a esta situación. En efecto, la obra de los Premios Nobel Hayek, Friedman, Buchanan, Coase, Becker o libros como "La acción humana" de Ludwing von Mises, "Los fundamentos de la libertad" de Hayek, o hasta la sencillísima pero muy

inteligente "La economía en una lección" de Hazlitt -por sólo mencionar tres obras entre centenares de libros y ensayos útiles para este empeño- contienen material y razonamientos más que suficientes para construir los textos básicos que expliquen de forma concreta lo que constituiría el aspecto económico de una formación liberal elemental, pero suficiente para no ser seducidos por cantos de sirena colectivistas o dirigistas.

Llevar adelante esa tarea es, quizás, el mejor aporte que se puede hacer a nuestra sociedad en los tiempos actuales. Y la razón es obvia: el descrédito de las opciones socialistas no ha traído necesariamente de la mano el aprecio por nuestra cosmovisión liberal. Por el contrario, suele escucharse que el socialismo ha muerto, pero se afirma, simultáneamente, que no hay reemplazo para ese cadáver enorme y centenario. No es cierto: el reemplazo es la visión liberal del hombre. Pero eso nos obliga a definir una pedagogía capaz de trasmitir esta rica, antigua y constantemente enriquecida tradición a la que estamos tan estrechamente vinculados.

ESTUDIO

ROSELLO, ECHEANDIA, MANINI & ASOCIADOS

RAFAEL ROSELLO DE LA PUENTE
JOSE ECHEANDIA SOTOMAYOR
JORGE MANINI CHUNG
PATRICIA VALDEZ L. DE G.
HUGO MOROTE NUÑEZ

ROSANNA ALVAREZ COOK
ROSA BUENO DE LERCARI
ALFREDO VIDAL HENDERSON
EDUARDO BENAVIDES TORRES
ADRIAN SIMONS PINO

Felicita a THEMIS - Revista de Derecho
con ocasión de conmemorarse el
trigésimo aniversario de su fundación

Avenida Camino Real 348, Torre El Pilar, Piso 12, San Isidro.
Teléfono: 442-6283

¿QUE ES EL FEMINISMO?*

Owen M. Fiss[1]

"El feminismo es un fenómeno de nuestro tiempo". Esta podría ser la respuesta a la interrogante planteada por el título de este artículo de Owen Fiss. Lo que nos falta determinar es un adjetivo que califique la palabra "fenomeno". ¿Se trata de un fenómeno social, moral, jurídico, intelectual? ¿O de la conjunción sistemática -o acaso caótica- de todos estos ámbitos?

Por cierto que no resulta fácil encasillar un fenómeno tan distintivo de nuestros días, en que las confusiones contemporáneas nos hacen debatirnos entre lo moderno y lo posmoderno, lo absoluto y lo relativo, lo certero y lo incierto. Si es que nos interesa el tema, resulta pues oportuno preguntarnos ¿qué es el feminismo? Owen Fiss ensaya un estudio encaminado a respondernos a través de un derrotero político, cómo debemos entender el feminismo en los años 90. Para ello cuestiona que principios tan aceptados como el antidiscriminatorio y el igualitarista sean el sustento actual del feminismo; propone en cambio, el principio de antisubordinación como paradigma teórico de esta corriente, de gran impacto particularmente en los EE.UU. Pero el feminismo no puede sustraerse de las demás disciplinas que lo informan -las que enumeramos líneas arriba-, para centrarse en lo estrictamente jurídico. Así lo entiende el autor y a la vez que lo identifica en la corriente crítica del derecho, deja entrever cuál puede ser el futuro del feminismo de tal manera que ni lo moral, ni lo social, ni lo intelectual escapan de forma alguna a este concienzudo análisis.

Hace tiempo, Alexis de Tocqueville señaló la peculiar tendencia de los norteamericanos a crear una vestidura legal para todas las controversias políticas y sociales. Esta observación, hecha hace más de un siglo y medio, tiene hoy tal vez más validez que nunca y es confirmada a través de la particular relación de los norteamericanos con el feminismo.

El feminismo es el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres. El feminismo, como su ideología dominante, da forma y dirección al movimiento de las mujeres y, desde luego, es moldeado por éste. Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al

* Traducido por Roberto de Michele.

[1] Sterling Professor of Law de la Yale University. Este ensayo fue presentado ante el Congreso del Consejo del Poder Judicial en Madrid, diciembre de 1992 y luego, en marzo de 1993, al claustro de profesores de la Facultad de Derecho de Tel Aviv. Este ensayo se ha visto beneficiado por los comentarios recibidos en dichos ámbitos. También deseo agradecer la contribución especial que realizaron mis asistentes de investigación: Jennifer K. Brown, Brooks Fudenberg, Christopher Kutz y Tracey M. Robertson.

campo del Derecho. Sin embargo, el Derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado cuanto como un instrumento para la reforma. El resultado es que el feminismo se ha convertido en una preocupación especial para los abogados.

Algunos abogados, por ejemplo, Catharine Mackinnon, han jugado un papel casi arquitectónico en el pensamiento feminista. Otros han contribuido a través de actividades profesionales más tradicionales. Los tribunales se han visto inundados por demandas legales para obtener una mayor igualdad para las mujeres y las leyes en busca del mismo objetivo son hoy un lugar común. El feminismo también ha tenido una gran importancia en la reciente lucha por el poder en la Corte Suprema de Justicia.

Ruth Bader Ginsburg, la primera candidata propuesta por el presidente Clinton para la Corte Suprema, de hecho el primer candidato de un presidente demócrata en los últimos 25 años, desarrolló su carrera luchando por los derechos de las mujeres. Del mismo modo, las batallas por los acuerdos de dos candidatos republicanos -Clarence Thomas y Robert Bork- tuvieron su eje en temas feministas. En el otoño de 1991, el país estaba crispado por las denuncias de acoso sexual presentadas por Anita Hill en contra del juez Clarence Thomas. La derrota de Robert Bork en 1987 -uno de los hechos más importantes en la historia constitucional contemporánea- se debió en buena medida a su posición respecto de dos casos que son fundamentales para el feminismo: Griswold v. Connecticut[2] y Roe v. Wade[3]. El caso Griswold estableció un derecho a la privacidad y lo utilizó para permitir el acceso a medios de control de natalidad y Roe, desarrollado a partir de Griswold, declaró la inconstitucionalidad de aquellas leyes que criminalizaban el aborto.

El feminismo también ha jugado un papel importante en la academia jurídica. Casi todas las facultades de Derecho de los Estados Unidos tienen un curso sobre el tema. Estos cursos son cada vez más populares y provocan discusiones y argumentos que suelen extenderse a los pasillos y corredores. Durante la última década aparecieron al menos una docena de revistas jurídicas dedicadas exclusivamente al feminismo. Aun las revistas jurídicas no especializadas, como el *Yale Law Journal* o la *Harvard Law Review* publican regularmente artículos sobre feminismo. En todos ellos, el feminismo no se presenta simplemente como una ideología política, sino como una teoría jurídica y me atrevo a decir que se trata de la teoría jurídica de los noventa. Es la fuente y el punto de partida de las discusiones más exigentes y controvertidas que hoy tienen lugar en la academia jurídica.

En este trabajo me he propuesto la tarea de describir y analizar el feminismo como una teoría jurídica. Este intento será acompañado por las dificultades usuales que cualquiera experimentaría si fuese lo suficientemente tonto como para tratar de destilar en una sola teoría algo tan variado como es la literatura feminista. Como las teorías jurídicas más importantes de las últimas dos décadas, el análisis económico del derecho y la escuela crítica del derecho, analizados en un artículo anterior[4], el feminismo tiene distintos significados para distintas personas. Es habitual hacer distinciones entre "feministas radicales", "feministas culturales", "feministas liberales" y "feministas socialistas"[5]. Estas distinciones son tan significativas como las distinciones entre las ramas más moderadas de la escuela crítica del derecho o de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chicago o de Yale en relación a la escuela económica del derecho.

El feminismo es tan variado como cualquier conjunto de ideas, pero existe una dificultad especial respecto al feminismo. Como veremos, el feminismo no es una teoría acerca de la igualdad. En otro nivel, más abstracto o general, es una teoría acerca de la objetividad del derecho. En ambas versiones, el feminismo representa un desafío profundo a las tradiciones políticas y jurídicas establecidas, pero también creo que existe un conflicto entre estas dos versiones del feminismo y este conflicto debe ser reconocido. El feminismo igualitario está en conflicto con su epistemología radical y, finalmente, uno deberá ceder ante el otro.

[2] 381 U.S. 479 (1965).

[3] 410 U.S. 113 (1973).

[4] Owen M. Fiss, ¿La Muerte del Derecho? 10 Doxa 123 (1991).

[5] Una revisión adecuada de las distintas tendencias del feminismo contemporáneo incluye los siguientes trabajos: Alison Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature* (1983) e Isabel Marcus, Paul J. Spiegelman, Ellen C. Dubois, Mary G. Dunlap, Carol J. Gilligan, Catharine MacKinnon & Carrie J. Menkel-Meadow, *Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation*, 34 *Buffalo Law Review* 11 (1985).

I

El período moderno del derecho constitucional norteamericano comenzó en 1954, cuando la Corte Suprema emitió el fallo Brown v. Board of Education[6]. En el caso en cuestión, la Corte declaró inconstitucional el sistema educativo que segregaba a los negros y a los blancos por motivos raciales. Pero más importante aún fue el hecho de que la Corte en este caso repuso la igualdad dentro de la constitución. Durante la mayor parte de nuestra historia la libertad fue considerada como el principio supremo, dominando e incluso excluyendo otros valores. Sin embargo, la Corte en Brown enfatizó la importancia de la igualdad y la utilizó para justificar el sacrificio de ciertas libertades individuales, como el derecho de asociación.

El caso Brown marcó el comienzo de una nueva era tanto en lo político como en el derecho constitucional y puso en marcha una serie de cambios radicales en la sociedad norteamericana. Durante un período de veinte años, aproximadamente desde 1954 hasta 1974 y especialmente en los sesenta, la Corte Suprema y el movimiento por los derechos civiles estuvieron enlazados por un diálogo intenso y profundo. Una y otra vez, la Corte Suprema fue utilizada para elaborar el ideal constitucional de igualdad y para diseñar remedios que tuvieran un contenido práctico.

Hacia mediados de los años setenta, el movimiento por los derechos civiles perdió la mayor parte de sus fuerzas, tanto en los tribunales como en cualquier otra parte[7]. La marea estaba cambiando. Muchos continuaron luchando por una mayor igualdad para los negros, pero sus esfuerzos fueron tanto desesperados como marcados por una actitud defensiva que buscaba aferrarse a lo que se había obtenido en el pasado. En ese mismo momento, sin embargo, el movimiento de mujeres comenzó a tomar raíz en los círculos legales y en 1973 estableció una cabeza de playa decisiva en el campo constitucional con el fallo Roe v. Wade. El camino hacia delante no era ni recto ni estaba despejado. Pero durante el final de la década de los setenta y la década de los ochenta, el movimiento de las mujeres creció en poder y adhesiones, así como el movimiento de los derechos civiles perdió su importancia. Y es hoy que el movimiento de las mujeres constituye la avanzada de la lucha por la igualdad.

Existen algunos elementos libertarios en el feminismo. Hay quienes ven al fallo Roe V. Wade como una victoria de la libertad, dando a cada mujer el derecho de elegir la posibilidad de realizar un aborto y por lo tanto el derecho a controlar su cuerpo. Esta interpretación de Roe V. Wade tiene una enorme importancia en la cultura popular y en los círculos políticos. Sin embargo, no tiene demasiado sentido en términos de la teoría constitucional. La constitución de los Estados Unidos no confiere a ningún individuo una libertad absoluta en dominio alguno. Requiere, sin embargo, que cada límite a la libertad establecido por parte del Estado esté justificado.

Si no hubiera otras cuestiones involucradas, tales como la igualdad, el deseo del Estado de proteger la vida del feto podría ser suficiente para limitar la decisión de abortar un embarazo. La decisión de la Corte Suprema en Roe v. Wade tiene sentido constitucional sólo si tomamos en cuenta una interpretación del significado del derecho a elegir un aborto dada la posición de las mujeres: como un medio de incrementar su igualdad.

Los feministas recorrieron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad[8]. El feminismo comenzó con un ataque a la discriminación; condenó aquellas políticas y prácticas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas proclamaron una regla unívoca para ambos sexos y demandaron que las personas no fueran juzgadas o discriminadas por su sexo[9]. Esta era la posición dominante del feminismo en los años setenta y es conocida como "feminismo liberal". Pero a medida que el movimiento maduró, un objetivo más ambicioso se hizo evidente -terminar con la subordinación de las mujeres como grupo- y éste es el objetivo que define hoy al movimiento[10].

[6] 347 U.S. 483 (1954).

[7] Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974); Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

[8] Ver Owen M. Fiss, *Groups and The Equal Protection Clause*, 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

[9] Ver Barbara Brown, Thomas I. Emerson, Gail Falk & Anne E. Freedman, *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*, 80 *Yale Law Journal* 871 (1971).

[10] Una perspectiva adecuada para analizar la transición y el uso de derecho por parte de los feministas desarrollado en el contexto de los derechos civiles puede encontrarse en Catherine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979).

Los feministas ahora están preocupados principalmente con las jerarquías, antes que con la discriminación, y entienden la igualdad en términos de lo que llamaré principio de antisubordinación: un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados.

Dentro de este esquema la discriminación sigue siendo condenada. Pero por su función de subordinar a las mujeres como grupo y por ende de crear y perpetuar una jerarquía de género y no simplemente porque supone un tratamiento injusto para ciertos individuos identificables. Más aún, la discriminación -la elección entre candidatos que compiten por un cargo sobre la base de género- es vista como uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos.

Obviamente, muchos feministas, aun aquellos de los sectores más radicales, todavía sostienen sus argumentos en términos de discriminación, pero creo que esta actitud responde simplemente a una estrategia retórica para hacer que su posición aparezca como más aceptable para aquellos formados en la ortodoxia de la tradición antidiscriminatoria. Esto puede comprobarse si examinamos las facetas más ambiciosas y controvertidas del programa feminista: aquéllas que ubican al feminismo en el centro de las preocupaciones académicas y establecen su identidad como un conjunto de ideas distintas. Una de ellas consiste en la demanda, recientemente aceptada por la Corte Suprema en el caso Santa Clara[11], por la cual a las mujeres les es conferido un tratamiento preferencial.

El tema del tratamiento preferencial surge cuando existen situaciones de escasez de oportunidades de puestos de trabajo o cargos universitarios y que deben ser distribuidos entre distintos individuos. En este contexto, los feministas han desarrollado un número de estrategias para mejorar la cantidad de oportunidades de las que gozan las mujeres y algunas de estas estrategias podrían caber cómodamente dentro del esquema del principio antidiscriminatorio. Por ejemplo, los feministas han atacado algunos criterios de los sistemas de empleo que perjudican a las mujeres, tales como los de estatura o la regla que considera al embarazo como una incapacidad, diciendo que estos criterios no tienen relación con el desempeño laboral y por ello son el equivalente funcional a la discriminación por género. Los feministas también han atacado algunos criterios de selección orientados hacia el pasado (por ejemplo, el de antigüedad en el cargo) con el argumento de que perpetúan discriminaciones preexistentes[12]. Aquí también vemos cómo actúa el principio antidiscriminatorio.

Sin embargo, el principio antidiscriminatorio pierde fuerza cuando los feministas demandan que los así llamados criterios meritocráticos de selección sean modificados y que la preferencia entre competidores por un puesto de trabajo sea otorgada a las mujeres como una forma de incrementar su participación en el campo laboral. Por definición, los criterios meritocráticos están vinculados con el desempeño laboral y no constituyen un método de perpetuar discriminaciones pasadas. Del mismo modo, el uso de tal criterio no puede ser juzgado como un medio de crear discriminaciones inaceptables, aunque su uso puede aún tener el efecto de crear desventajas y por lo tanto de subordinar a las mujeres.

El principio de antidiscriminación no sólo es incapaz de suplir la base teórica para este ataque al criterio meritocrático o de sostener la insistencia acerca de que ante la escasez de oportunidades le sean conferidos privilegios a las mujeres, más aún, puede negar o prohibir tal sistema de preferencias. El principio antidiscriminatorio se concentra en la equidad con la cual son tratados los individuos, y cualquier hombre que sea rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres sobre la base de su género puede reclamar haber sido tratado injustamente. Desde luego, el principio antidiscriminatorio puede ser modificado para excusar la discriminación cuando el motivo de ella es mejorar la posición general de las mujeres, pero si sigue esta estrategia prácticamente no tiene diferencias con el principio de antisubordinación.

La importancia del principio de antisubordinación en el pensamiento feminista también puede ser apreciado en el ataque a la idea tradicional de maternidad o, en términos menos ásperos, a la concepción social que fusiona la división social y biológica del trabajo y que hace a las mujeres responsables en primer grado del cuidado de los niños[13]. Esta con-

[11] Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara Country, 480 U.S. 616 (1987).

[12] Ver Owen M. Fiss, *An Uncertain Inheritance, in the Outer Circle: Women in the Scientific Community* 259 (Harriet Zuckerman, Jonathan R. Cole & John T. Breuer editors, 1991).

[13] Ver en general Dorothy Dinnerstein, *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise* (1977).

cepción social es considerada por los feministas como una causa importante de desventajas. El cuidado de los niños tiene, ciertamente, sus recompensas intrínsecas, pero éste no es el tema. Lo que preocupa a los feministas es la práctica que asume en forma automática que la responsabilidad por el cuidado de los niños corresponde a sus madres. Esta práctica tiende a recluir a las mujeres en los hogares, inhabilitándolas para obtener la experiencia y las calificaciones requeridas para las ocupaciones que para la sociedad tienen mayor prestigio y reconocimiento. También hace que sea difícil para las mujeres mantener esas mismas posiciones cuando están calificadas para hacerlo. Algunas mujeres dejan el hogar para trabajar, pero aun sobre ellas pesa la expectativa de dar prioridad a los niños cuando surja el conflicto entre el trabajo y la familia.

El principio antidiscriminatorio, al estar comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos, no admite una práctica tan sutil y a la vez extendida como la imposición de los deberes de cuidado a las mujeres. Una decisión de distribuir empleos puede ser percibida como parte de la división del trabajo en consideración al género (las mujeres se quedan en casa con los niños, los hombres salen a trabajar), pero esa decisión es más el resultado de una aceptación social que la consecuencia de lo que presupone el paradigma discriminatorio: una elección deliberada por parte de una autoridad no identificable, como un empleador o un funcionario de admisiones. El principio de antisubordinación no es tan limitado, dado que alcanza a cualquier práctica que pone a las mujeres en desventaja, y por lo tanto ofrece las bases teóricas para aquellos aspectos del programa feminista que están dirigidos a incrementar la disponibilidad de mecanismos de control de natalidad, el requerimiento a los empleadores de proveer licencias por maternidad y paternidad y el apoyo para la creación de guarderías infantiles.

El principio de antisubordinación también ofrece un criterio para comprender una parte crucial del programa feminista -designado como "valor comparable" o "paga equitativa"[14]- que busca obtener iguales salarios para las mujeres en el contexto de un mercado de trabajo que está ampliamente segregado por criterios sexuales. El principio de "valor comparable" no ataca todas las diferencias en términos de los ingresos, algunas de las cuales pueden ser atribuibles a requerimientos de mayor capacitación técnica (a los cuales las mujeres no pueden llegar dadas sus responsabilidades domésticas o debido a implícitas exclusiones de los programas de entrenamiento). Interviene sólo en aquellas diferencias donde los trabajos son funcionalmente equivalentes o comparables, si bien se retribuyen en forma desigual. La preocupación aparece con las situaciones en las cuales las secretarias cobran la mitad del salario de un conductor de camiones, a pesar de que el valor de cada trabajo, medido por algún criterio abstracto, es el mismo. Las mujeres son las secretarias, y los hombres los conductores de camiones.

En algunos casos los empleadores excluyen a las mujeres de los trabajos mejor pagados desde un primer momento simplemente porque son mujeres; una práctica económicamente poco inteligente que también puede ser erradicada como una forma grosera de discriminación. El derecho no permite las apetencias discriminatorias del empleador o las de sus empleados. Un empleador también puede ser considerado responsable bajo el principio antidiscriminatorio por los vestigios de prácticas excluyentes que hayan ocurrido en el pasado y que se reflejan en la hostilidad y el acoso que las mujeres pueden encontrar cuando buscan acceder a una categoría laboral que el empleador tenía previamente reservada para los hombres. Estos trabajos aún pueden ser considerados como efectivamente vedados a las mujeres[15].

Imaginen, sin embargo, una situación en la cual el empleador formal y efectivamente mantiene una posición abierta para los trabajos mejor pagados, pero gracias a la presión social, las mujeres son educadas implícitamente y de distintas maneras para evitar esos trabajos e inducidas a buscar sólo aquéllos de menor paga. Las mujeres son canalizadas sutilmente hacia el rol de secretarias, no de conductores de camiones. Desde luego, es probable que la mayor paga de los así llamados trabajos masculinos actúe como contraefecto a estas presiones sociales perniciosas, dado que ofrece razones a todos para competir por ese trabajo. Pero la fuerza de las presiones sociales que perpetúan los roles

[14] Ver Paul Weiler, *The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth*, 99 *Harvard Law Review* 1728 (1986). Ver también Deborah H. Rhode, *Occupational Inequality*, 1988 *Duke Law Journal* 1207 y *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law* (1989); ver además Mary E. Becker, *Barriers Facing Women in the Wage-Labor Market and the Need for Additional Remedies: A Reply to Fischel and Lazear*, 53 *University of Chicago Law Review* 934 (1986).

[15] Ver Vicki Schultz, *Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 *Harvard Law Review* 1749 (1990).

basados en divisiones de género no deben ser subestimadas. El dinero es sólo uno entre muchos factores que llevan a la gente a buscar un trabajo por oposición a otro. Los feministas ciertamente atacarán el proceso de socialización que lleva a tal canalización y tratarán de conseguir programas educacionales que liberen a las mujeres del confinamiento de los estereotipos. Es probable que tales cambios no ocurran de inmediato o que no provean una solución para la generación previa de mujeres que se encuentran trabajando como secretarias o encasilladas en algún otro trabajo de menor paga. Por ello, los feministas también insisten en que el salario de esos trabajos debe ser incrementado. Esta demanda constituye el centro del programa basado en la idea de "valor comparable" y sólo puede ser justificado como una forma de mejorar la posición general de las mujeres en el plano económico y, por lo tanto, como un medio para erradicar la jerarquía de género. El empleador no está discriminando por el sexo, tampoco está eligiendo empleados o determinando sus salarios por el mismo criterio. Sólo puede decirse que el empleador acepta u obtiene ventajas de un mercado laboral que está estructurado por presiones sociales más amplias y, por lo tanto, le es posible mantener una paga diferenciada entre trabajos funcionalmente equivalentes y que esta diferencia desaventaja a las mujeres, tanto a aquéllas que actualmente ocupan esos cargos menos remunerados como a las mujeres en general.

Finalmente, podemos ver al principio de antisubordinación actuando en aquellos aspectos del programa feminista relacionados con la remoción de raíz de ciertas prácticas sociales, tales como el acoso sexual, la prostitución y la pornografía, que reducen a las mujeres a objetos sexuales[16]. El argumento aquí no es que la cosificación de las mujeres es discriminatoria, si bien, es a veces utilizado como eje crítico. Más bien, los feministas ponen en duda este tipo de cosificación porque degrada el valor o el lugar de las mujeres en la sociedad ("las mujeres existen para el placer sexual de los hombres") o es responsable por la subordinación de las mujeres en otras esferas de la vida social ("a las mujeres se las mantiene en trabajos peor pagados para servir los intereses o deseos sexuales de los hombres"). Se dice que la pornografía tiene como objetivo erotizar la subordinación de las mujeres y, peor aún, inflamar las pasiones masculinas para conducirlas a la violencia contra las mujeres.

Al utilizar el principio de antisubordinación de estas variadas formas, el feminismo se continúa y se construye a partir de la tarea del movimiento por los derechos civiles. En el fondo, el principio de antisubordinación constituye un repudio a aquellas estructuras sociales -tan evidentes en la esclavitud y la segregación reclamada por Jim Crow- que ordena a las personas y a los grupos a los cuales pertenecen de acuerdo a un criterio de adscripción. Estas estructuras jerárquicas son condenadas tanto por impedir la realización individual cuanto por violentar las concepciones más elementales de comunidad. La lucha a favor de los negros en los Estados Unidos otorgó al principio de antisubordinación buena parte de su atractivo, y los feministas han aprendido de esta experiencia en su propia lucha. Sin embargo, también es cierto que muchas de las dificultades que el principio de antisubordinación generó para el movimiento de los derechos civiles rondan al movimiento feminista.

Una dificultad surge de la naturaleza grupal del principio de antisubordinación. Ese aspecto del mismo requiere que el significado social y la legalidad de una práctica sean consideradas en términos del impacto de tal práctica en cuanto al grupo como una totalidad. Es inevitable, sin embargo, que algunas mujeres individualmente tengan posiciones radicalmente distintas respecto del significado de algunas de estas prácticas aun de aquéllas que parecen menos aceptables. Por ejemplo, algunas mujeres no encuentran nada objetable en ser tratadas como objetos sexuales o en mirar o participar en la producción de material pornográfico o aun en convertirse en prostitutas. ¿Cómo pueden conciliarse sus puntos de vista con el proyecto feminista?

Desde luego los feministas realizan todo tipo de esfuerzos para respetar las opciones y los intereses de mujeres individuales y darles cabida dentro de un intento más amplio que busca asegurar la igualdad para las mujeres. Pero, al mismo tiempo, los feministas son precavidos respecto de las preferencias individuales o los deseos que refuercen las prácticas o instituciones que son consideradas como aquéllas que afectan a las mujeres como grupo y por lo general se realiza una tarea de subvaluar o explicar estas preferencias o deseos en el contexto de una teoría que las señala como atípicas o como el resultado de las relaciones de poder existentes. En ciertas ocasiones, simplemente se muestra que estas preferencias individuales son insuficientes para justificar las prácticas que se cuestionan. Lo más importante es el bienestar del grupo. Existe una gran fuerza en todas estas respuestas, pero no hay dudas de que muchos aspectos del programa feminista dividen a

[16] Ver Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987) y *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

las mujeres y de que la orientación grupal choca contra la ideología individualista que subyace a una amplia franja del derecho constitucional y la política de los Estados Unidos.

Otra dificultad para el feminismo surge del hecho de que el principio de antisubordinación supone un rol activo por parte del Estado. El ataque de los feministas a la criminalización del aborto o las leyes que restringen el acceso a medios de control de natalidad es antiestatista, pero no debe llevarnos a falsas interpretaciones. Los feministas están tan interesados en subsidiar los abortos como lo están en despenalizarlos. Acusan al Estado de haberse convertido en un agente represivo, pero al mismo tiempo lo adoptan como un aliado potencial en su lucha por la igualdad. Los feministas son conscientes que para erradicar una institución social tan enraizada y resistente como la jerarquía de género se requieren acciones afirmativas por parte del poder del Estado y presuponen un programa amplio de activismo estatal que incluye, además de los subsidios para los abortos, un incremento en la disponibilidad de métodos de control de la natalidad, entidades para el cuidado de niños, licencias por maternidad/paternidad, esquemas de igualdad laboral, una fuerte protección legal contra la violencia doméstica y acoso sexual y la regulación de la pornografía.

Tales ejercicios afirmativos del poder estatal involucran costos considerables y son por ello de especial interés en una época en la cual se tiene muy en cuenta el gasto público. Algunas formas de activismo estatal, tal como aquélla supuesta por la regulación de la pornografía, entran en conflicto con normas constitucionales específicas, como aquélla que garantiza la libertad de expresión. Una objeción más general y a la vez más teórica al programa feminista surge del hecho de que involucra un desvío del rol del Estado contemplado por la filosofía liberal sobre la cual solemos suponer se basan los Estados Unidos.

El liberalismo que presupone una fuerte dicotomía entre el Estado y la sociedad, absuelve al Estado de cualquier responsabilidad por lo que ocurre en la esfera social. De hecho, el pensamiento liberal en su forma más prístina trata a cada intromisión del Estado en la esfera social y su regulación de la interacción entre ciudadanos con gran sospecha y limita estrictamente la función del Estado a reencauzar la conducta de cualquier individuo que viola algún principio moral universalmente aceptado. Tal perspectiva no puede ser fácilmente reconciliada con el tipo de activismo estatal querido por los feministas. La intervención que reclaman es de naturaleza estructural, tratando de alterar instituciones sociales básicas como la familia y el mercado y no en relación a los individuos contra quienes el poder estatal se aplica por haber cometido una falta distinta. Así, encontramos una cantidad de feministas como Zillah Eisenstein o Catharine MacKinnon que desafían los supuestos fundamentales del liberalismo y a la vez tratan de construir una nueva teoría para el Estado; el diseño de un plano para un Estado comprometido activamente con la obtención de la igualdad[17].

II

Los Estados Unidos experimentaron muchos cambios en la década de los setenta. Uno de ellos involucró la transferencia del Poder Judicial a un grupo más conservador de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. La Corte que emitió el fallo Brown v. Board of Education y supervisó su implementación se desintegró, ya que algunos de sus líderes, como Earl Warren, Hugo Black y William O. Douglas se retiraron. En su lugar, el presidente Nixon y, después de él, el presidente Ford designaron personas sensiblemente menos comprometidas con los reclamos igualitarios, y este esquema sólo fue reforzado en la década de los ochenta por las designaciones de los presidentes Reagan y Bush. El presidente Clinton puede revertir este esquema y su designación de la jueza Ginsburg es ciertamente un paso en esa dirección, pero el hecho es que los últimos veinticinco años pertenecieron íntegramente a los republicanos.

El cambio de alineamiento en el más alto nivel de la Justicia Federal, que ocurrió a partir de los setenta y se continuó en los ochenta, tuvo muchas consecuencias. Por un lado, atrofió al movimiento por los derechos civiles que, por un hecho de cantidades (los negros constituyen sólo el 12 por 100 de la población) dependían tan fuertemente del liderazgo por una institución alejada del control popular. También forzó al movimiento de las mujeres a ampliar su convocatoria, de apelar a las legislaturas tanto como a los tribunales para promover su programa igualitario. En términos generales, también pienso que es justo decir que los cambios de integrantes en la Corte Suprema y el cambio de la doctrina concomitante llevó a muchos en la profesión jurídica a un cierto desencanto, especialmente

[17] Ver MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *supra* nota 15; Zillah R. Eisenstein, *feminism and Sexual Equality: Crisis in Liberal America* (1984). Ver además Frances Olse, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 *Harvard Law Review* 1497 (1983).

en las facultades de derecho. En los años sesenta los jóvenes contemplaban a la Corte Suprema como una fuente de inspiración, como una indicación de cómo el derecho puede ser usado para servir a los más altos ideales de la nación. Durante los años setenta, el encanto se rompió. El cinismo y la desconfianza -lo que Paul Ricouer ha denominado la "hermenéutica de la sospecha"[18]-se pusieron a la orden del día. Los actos y los balbuceos de aquéllos en el poder fueron analizados por sus motivaciones y objetivos corruptos. En la academia jurídica este cinismo tomó muchas formas, ninguna tan significativa como el movimiento de la escuela crítica que emergió a fines de la década de los setenta y causó gran revuelo porque desbancó la pretensión de una justicia objetivamente entendida para el Derecho. Los estudiantes de la escuela crítica del derecho proclamaron que "el derecho es política" y con ello querían decir no sólo que la política tiene una importante influencia en el derecho, como por ejemplo mediante las designaciones de jueces, sino más bien que el desarrollo del derecho es continuo con, si no reducible a, el ejercicio de la decisión y el poder político. Sostenían que todas las estructuras normativas, especialmente aquéllas del Derecho, estaban enredadas en una "contradicción fundamental"[19], el deseo de intimidad que siempre coincidía con el temor y la desconfianza hacia otros. A causa de esta radical tensión, decían que todas las estructuras normativas apuntan en dos direcciones y son radicalmente indeterminadas con respecto a las obligaciones y conclusiones que imponen. Como resultado de ello, no hay respuestas correctas en el Derecho, ni las podrá haber[20].

Al final de los años setenta y durante buena parte de los ochenta la escuela crítica del derecho jugó un papel de liderazgo en los debates teóricos de las facultades de Derecho de los Estados Unidos. Cientos de personas participaron en las conferencias anuales. Fueron designados profesores de esta tendencia en algunas de las más importantes facultades de derecho, como Harvard y Stanford. El interés estudiantil era insaciable. Hoy, la situación es totalmente diferente. Los estudiantes han sido desviados en su atención. No hay nuevas designaciones de profesores de esta escuela. El trabajo de los académicos de la escuela crítica del derecho es virtualmente de ningún interés en los círculos filosóficos de los Estados Unidos. Muchas de sus tesis centrales, incluyendo la de la "contradicción fundamental" y la tesis de indeterminación, han sido abandonadas incluso por aquéllos que primero las propagaron[21]. La escuela crítica del derecho ha muerto y su lugar en la academia ha sido ocupado por el feminismo.

El feminismo es parte de la misma tradición escéptica de la escuela crítica del Derecho, pero ha desarrollado su propia crítica al derecho. Una forma de la crítica feminista -a la que a veces se hace referencia como "feminismo cultural"- y que surge principalmente del trabajo de Carol Gilligan[22] es relativamente tibia. No ataca la objetividad del derecho como lo hacía la escuela crítica del derecho, más bien afirma que la preocupación exclusiva del Derecho con la justicia debe ser suplementada con otra perspectiva general: la ética del cuidado. Como una cuestión puramente sociológica, el énfasis sobre la ética del cuidado amplía el valor de la mujer o su lugar en la sociedad porque, aunque esta ética no pertenece a la mujer solamente, se cree que es más común entre las mujeres o más identificable con cualidades femeninas estereotipadas. También se piensa que la ética del cuidado tiene implicaciones sobre la jurisprudencia y ha sido usada para reexaminar muchas de las nociones dominantes del derecho, tales como la del proceso adversarial o, especialmente, el compromiso con los derechos individuales. Estas nociones eran uno de los blancos predilectos de la escuela crítica del derecho y eran generalmente rechazadas como parte de las conspiraciones liberales[23]; hoy son criticadas en términos similares por feministas como Carrie Menkel-

[18] Ver Paul Ricoeur, *Freud and Philosophy: An Essay in Interpretation*, 16-26 (1970).

[19] Duncan Kennedy, *The Structure of Blacktone's Commentaries*, 28 *Buffalo Law Review* 205-211 (1979).

[20] Ver Owen M. Fiss, ¿La Muerte del Derecho?, *supra*, nota 3, págs. 136-137.

[21] Ver Duncan Kennedy & Peter Gabel, *Roll Over Beethoven*, 36 *Stanford Law Review*, 1, 15.17 (1984) y Owen M. Fiss, El Derecho Recuperado, 11 Doxa 233-236 (1992).

[22] Carol Gilligan, *In a Different Voice* (1982).

[23] Por ejemplo, ver William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 *Wisconsin Law Review* 29 y Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 *Texas Law Review* 1363 (1984).

Meadow o Robin West[24], quienes las denuncian por ser excesivamente individualistas o por carecer de valor relacional.

Una crítica más aplomada del derecho puede ser encontrada en la obra de Catherine MacKinnon.[25] Ella se burla de la objetividad del derecho y ha intentado demostrar que la aparente neutralidad o equidad de las normas del derecho, tales como la doctrina del consentimiento en la violación o las leyes que protegen la pornografía no son ni neutrales ni equitativas, sino que reflejan el punto de vista de los hombres. En este esfuerzo de desmitificación del derecho, la crítica de MacKinnon se asemeja casi completamente con la de la escuela crítica del derecho, más aún que la posición de Gilligan o sus seguidores, pero se diferencia en un punto importante: para los integrantes de la escuela crítica del derecho la finalidad de la crítica era la crítica misma, mientras que para las feministas radicales como MacKinnon la crítica tiene al menos un sentido, es decir, la igualdad. La escuela crítica del derecho se inspiró en ideales de la izquierda en el sentido de que sus adherentes aspiraban a una mayor igualdad esperando, decían, la destrucción de todas las jerarquías[26]. Pero en términos doctrinarios o teóricos la escuela crítica del derecho era enteramente negativa, de hecho estaba obligada a mantener la tenacidad de su crítica: cada estructura normativa podía ser desestructurada en base a la contradicción fundamental. En el caso del feminismo, sin embargo, el igualitarismo parece tener un rol más sustantivo: para MacKinnon igualdad no es simplemente una motivación, sino una parte de la teoría.

La particularidad del feminismo, tomado en cualquiera de sus versiones, tanto radical como cultural, consiste en el hecho de que busca combinar una teoría sobre la igualdad con una crítica del derecho. La presencia de este elemento crítico en el feminismo lo distingue de las exploraciones teóricas de otros movimientos igualitarios y explica algunos de los motivos par el auge del feminismo en la academia jurídica. La crítica ha llevado muchos a hablar de una "jurisprudencia feminista", un término que no tiene contrapartida en el contexto de los derechos civiles.[27] En mi opinión, sin embargo, la crítica feminista carece de una adecuada base teórica, y en algunos aspectos está en conflicto con su igualitarismo.

La crítica del derecho que puede rastrearse en el trabajo de Carol Gilligan se basa en el simple hecho de que no hay nada intrínsecamente individualista acerca de la justicia o los derechos o aun del procedimiento adversarial. Podemos hacer justicia en el sentido relacional o del cuidado tanto como lo deseemos. La crítica de MacKinnon es más poderosa y hoy tiene mayor impacto en la academia, en parte porque responde más directamente al sentido de desencanto que prevalece allí, pero también es vulnerable. Por un lado, MacKinnon no ofrece ningún argumento teórico acerca de su negación de la objetividad del derecho y es difícil apreciar cómo semejante argumento puede ser articulado. Cualquier argumento de ese tipo sería en sí mismo un alegato supuestamente objetivo y por ello, estaría en conflicto con una posición que niega la objetividad. ¿Por qué, es justo preguntar, sí es posible alcanzar la objetividad en un campo (sabiendo que el derecho objetivo no es posible) pero no lo es en otros (promoviendo un derecho objetivo)?

Debe también tenerse en cuenta el hecho de que la negación de la objetividad que hace MacKinnon se presta a un relativismo ético que es inconsistente con su programa sustantivo. La jerarquía de género es condenada por ella y otras feministas sobre la base de que ofende la igualdad y dado que en este argumento se hace un reclamo a la justicia -antes que a intereses-, la igualdad es y debe ser tratada por ellos como un valor objetivo. Hasta cierto punto la profesora MacKinnon reconoce este argumento, pero sólo para reducirlo a ser puesto entre paréntesis en su libro más reciente cuando admite que la "igualdad sexual es tomada, al menos nominalmente, como un ideal social sobre el cual acordar".[28]

[24] Ver Carrie Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process*, 1 *Berkeley Women's Law Journal* 39 (1985); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 *University of Chicago Law Review* 1 (1988). La profesora Roben West simpatiza con algunas de las premisas psicológicas del feminismo cultural, si bien mantiene una posición crítica.

[25] Ver MacKinnon, *Feminism Unmodified* y *Toward a Feminist Theory of the State*, citados en la nota 15.

[26] Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System* (Cambridge: Afar, 1983).

[27] Ver Linda McClain, *"Atomistic Man" Revisited: Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence*, 65 *Southern California Law Review* 1171 (1992).

[28] MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, citado en la nota 15, capítulo XII. El párrafo dice: "Este libro no es un tratado sobre la moral. No trata acerca del bien o del mal o aquello que considero que está bien o está mal hacer o decir. Se trata de lo que es, el significado de ello y la forma en la cual se aplica legalmente (enforced). Es un argumento teórico en clave crítica que apunta a una nueva dirección; no promueve un ideal (descuento que la igualdad sexual es un ideal social sobre el cual acordamos) o un plano maestro para el futuro".

Aunque la negación de la objetividad por parte de los feministas radicales está seriamente comprometida como cuestión teórica, no lo está desde una visión más limitada que proviene de una perspectiva histórica acerca de la objetividad. Esta duda está basada en el simple pero inquietante hecho de que muchas de las mujeres de nuestra historia han sido excluidas del proceso de crear e interpretar la ley, una exclusión que probablemente convertirá al argumento de objetividad del derecho en una pretensión o una farsa que enmascara los intereses de aquéllos que lo hicieron, es decir, los hombres. Tal duda de carácter histórico acerca de la objetividad no es un tema menor.[29] Proyecta una sombra de escepticismo sobre las doctrinas recibidas y puede ser suficiente para sostener el amplio apoyo hacia las ramas más radicales del feminismos. Pero la duda de base histórica es cualitativamente diferente que su contraparte la duda de base teórica, ya que ésta, al menos, admite la posibilidad de un derecho objetivo y convierte al feminismo en una posición filosóficamente coherente: puede fácilmente admitirse que el feminismo hace referencia a la justicia y no a meros intereses. Desde luego, para algunos, el derecho objetivo puede permanecer sólo como eso, una posibilidad teórica, una quimera filosófica, pero de tanto en tanto podemos encontrar en casos como Roe v. Wade, o tal vez la decisión más reciente en el fallo Casey[30], una posibilidad teórica convertida en realidad. El fallo Roe v. Wade no es simplemente la política correcta, sino también el derecho correcto. Redefinido en estos términos, el feminismo, aun en sus versiones más radicales, puede ser visto como dando expresión a la misma hermenéutica de la sospecha que le dio a la escuela crítica del derecho tanto de su atractivo durante los años setenta y ochenta, pero que sin embargo permite una visión más positivista del derecho. La justicia es posible y vale la pena luchar por ella, aunque uno debe ser consciente y suspicaz respecto de si ésta ha sido alcanzada. Existe un buen motivo para sospechar. Sin embargo, mientras la sospecha permanezca fundada en la historia, podrá ampliar antes que limitar el rasgo igualitario del movimiento, del mismo modo que la historia del racismo en los Estados Unidos y los orígenes específicos de las leyes de Jim Crow nos forzaron desde una perspectiva crítica a reexaminar la doctrina de "separados pero iguales". Ciertamente, una vez que la crítica feminista es vista como una doctrina que se basa más en una perspectiva histórica que teórica, el feminismo perderá parte del derecho de presentarse a sí mismo como una "jurisprudencia", al menos como ha sido tradicionalmente entendido ese término. El feminismo será menos visto como una teoría acerca del Derecho, o acerca de la integridad del Derecho, que como una teoría sobre la igualdad. Pero, tal vez, ésta no será una pérdida que lamentemos. Parte del *glamour* frecuentemente asociado con la teorización más abstracta se perderá, pero el femenismo que subsista parecerá más auténtico y en su propio derecho digno de admiración y atención: el feminismo será visto como un cuerpo sistemático de pensamiento acerca de una las aspiraciones más altas y generales del Derecho y un esfuerzo decidido de cambiar esa aspiración en realidad concreta. A veces, menos es más.

[29] Ver, por ejemplo, Lea S. Vandervelde, *The Gendered Origins of the Lumley Doctrine: Binding Men's Consciences and Women's Fidelity*, 101 *Yale Law Journal* 775 (1992).

[30] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791 (1992).

LA PRIMERA CATEDRA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL *

Edgar Carpio Marcos
Abogado

Los primeros años de nuestra vida republicana fueron especialmente difíciles para la instrucción pública en general, y los estudios de Derecho en particular; múltiples factores conspiraban para evitar el adecuado dictado de cursos en los colegios y universidades de la naciente república. En medio de este panorama confuso, es difícil determinar con exactitud cuándo y dónde apareció la primera cátedra peruana de Derecho Constitucional; disciplina esta que cobraba singular importancia con la entrada del Perú a la vida independiente.

El doctor Edgar Carpio, investiga acuciosamente las circunstancias que rodeaban el nacimiento de nuestra primera cátedra de Derecho Constitucional, realizando así un aporte a la historia del Derecho Peruano, en un tema poco visitado por nuestros tratadistas.

I

Iniciada nuestra vida republicana, el foco cultural de la Nación lejos de encontrarse afincado en la Universidad de San Marcos, se encontraba localizado en los colegios Santo Toribio, San Fernando y en el Convictorio Carolino.

La antigua Universidad de Lima, la más añeja de toda América, había quedado reducida a la realización de pomposas ceremonias protocolares, y a la entrega de títulos profesionales cuyos estudios se habían cursado, muchas veces, ante los colegios.

Tal estado de cosas, que se remontaba algunos lustros atrás de la fecha de proclamación de nuestra independencia, habría de prolongarse hasta 1868 inclusive, cuando, tras la fusión de tales colegios profesionales con San Marcos, la Universidad volvería a recobrar su viejo prestigio.

Por aquellos años prácticamente los estudios de Derecho se llevaban a cabo en el Colegio de San Carlos. Los años de esplendor y florecimiento de éste, sin embargo, llegaron a eclipsarse cuando el 13 de mayo de 1817 Toribio Rodríguez de Mendoza formaliza su renuncia al rectorado, y ésta es aceptada por el Virrey Pezuela, mediante Decreto de 30 de mayo de aquel año.

* Agradecemos al doctor Domingo García Belaúnde, quien nos ha proporcionado el presente artículo para su publicación.

Veinticinco años más tarde, el Colegio de San Carlos recobraría su brillo con el nombramiento de Bartolomé Herrera como Rector. Sin embargo, hacia octubre de 1842 cuando se produce tal hecho, ya se había fundado la primera cátedra peruana de Derecho Constitucional en el mismo Convictorio Carolino.

II

Los años que corren entre 1820 y 1827 son especialmente difíciles en todo orden de cosas para el Perú, como consecuencia de las batallas independizadoras emprendidas, que luego proseguirían con las fomentadas por los caudillos nacionales a nivel interno.

Prácticamente se encontraba abandonada la instrucción pública en general, y los estudios de Derecho en particular. De ello da cuenta, por ejemplo, el hecho que durante las luchas emancipadoras que se libraban en tierras peruanas, San Carlos se viera obligado a cerrar sus claustros. A diferencia de San Marcos, que fue hasta el final el último bastión intelectual de las ideas absolutistas; la impronta y el espíritu libertario propagado por don Toribio Rodríguez de Mendoza habían calado tan hondamente entre los miembros del Convictorio, que ni siquiera el modelo tradicionalista impuesto en los últimos años por su sucesor, el P. Carlos Pedemonte y Talavera, pudieron impedir que maestros y alumnos se alistaran en el ejército jefaturado por el Libertador San Martín.

Años más tarde, ello se vería notablemente contrastado cuando al instalarse el primer Congreso Constituyente, de los 64 miembros que lo integraban, 54 eran carolinos y discípulos de Rodríguez de Mendoza.

Una vez replegadas las huestes realistas, por Decreto de 19 de octubre de 1822, el Gobierno dispone la reapertura del Colegio, aprobando, al mismo tiempo, el Plan de Estudios que le fuera formulado por su Rector.

En dicho Plan de Estudios, por razones plenamente justificables, la asignatura del Derecho Constitucional no se encontraba individualizada entre las diversas disciplinas jurídicas que allí se irían a impartir.

Para entonces, los enfrentamientos con la muy venida a menos armada realista todavía ocultaban lo que más adelante el eminente Manuel Vicente Villarán calificaría como el "juego impío de hacer, deshacer y violar constituciones"[1] al que nos habríamos de habituar al extremo de hacer de él un deporte nacional.

No contando con Constitución alguna que legitimar, ni mucho menos que explicar (las Bases de la Constitución de 1822, en el mejor de los casos, sólo se sancionarían un mes después de aprobado el Plan de Estudios, el 16 de noviembre de aquel año), habiéndonos regido con carácter provisorio solamente por reglamentos y estatutos, todos ellos de 1821, no podría resultar extraño entonces que en los planes de estudios de la época no se hiciera mención alguna a nuestra disciplina.

III

No obstante ello, con una excesiva dosis de exageración, no han faltado autores que, tras evaluar la señera y profunda obra desarrollada por Rodríguez de Mendoza durante sus 31 años al frente del Convictorio, han llegado a atribuir a este ilustre eclesiástico el hecho de ser considerado "el fundador de los estudios del Derecho Constitucional en el Perú"[2], y a partir de allí, llegar a la conclusión de que las asignaturas que él dictaba en San Carlos habrían constituido también las primeras cátedras de Derecho Constitucional instituidas entre nosotros.

Débese, desde luego, a Rodríguez de Mendoza el inobjetable mérito de haber propagado, sorteando un cúmulo de dificultades impuestas por las autoridades virreinales, las ideas liberales y los principios sobre los cuales, años más adelante, habríamos de insuflar nuestras luchas independentistas, y logrado aquel objetivo, edificar nuestro edificio constitucional; pero ello no puede (ni debe) autorizarnos sin más a tenerlo por fundador de los estudios de nuestra asignatura.

Las razones de ello parecen ser bastante sencillas: en primer lugar, porque todo lo realizado por él sólo se constreñía a la difusión de una amalgama bastante variada de conocimientos, que incluían porciones de Filosofía, Derecho Natural, Teología y Teoría Política; sin embargo los supuestos doctrinarios de esta última parcela del conocimiento no dejaban de

[1] "Vida y pensamiento de Luis Felipe Villarán". Lima, Gil S.A., 1945. p. 27

[2] BALAREZO, Eleodoro. "Villarán y la enseñanza del Derecho Constitucional", en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Año III, No. III. Lima, UNMSM, 1939. p. 644.

ser sólo eso, una teoría de las ideas políticas entonces imperantes (y, si se quiere, hasta de un mínimo de política-constitucional) que, al realizarse e impartirse sin marco constitucional alguno de referencia, no admitían ser siquiera confrontadas.

IV

Pero, por otro lado, tampoco puede tenerse como primeras cátedras de Derecho Constitucional a las asignaturas de Derecho Natural y de Gentes ni a la de Filosofía Moral que le cupiera dictar a Rodríguez de Mendoza.

Las asignaturas de Derecho Natural y de Gentes así como la Filosofía Moral no constituyeron dos disciplinas distintas, ni tampoco se enseñaron en forma simultánea.

Cuando Rodríguez de Mendoza funda en 1787 la cátedra de Derecho Natural y de Gentes, no existía la de Filosofía Moral. Esta última sólo se crea cuando la primera de ellas más tarde es considerada como "peligrosa", optándose por prohibirle su difusión al Rector de San Carlos.

Sin embargo, y a pesar de la prohibición existente, la cátedra de Derecho Natural y de Gentes se continuó explicando hasta que Rodríguez de Mendoza llegara a ser acusado ante el Tribunal de la Inquisición por "leer libros prohibidos" en el Convictorio.

Pesando sobre su frente la espada de la Inquisición, nuestro eminente eclesiástico optaría por seguir enseñando esta disciplina, aunque para ello fuera necesario variarle el rótulo por el de Filosofía Moral, y dictar tales clases en estricto secreto.

En consecuencia, hablar del Derecho Natural y de Gentes y de Filosofía Moral es referirse a una misma disciplina, que aunque con rótulo distinto, sirvió para propagar las materias propias de la primera.

No obstante lo anterior, han existido quienes partiendo del hecho de que el Derecho Natural y de Gentes y la Filosofía Moral constituían dos disciplinas distintas o áreas de conocimiento diversas, han llegado a inferir que la última de ellas habría servido en su momento, como una nomenclatura solapada para vertir los contenidos propios de un supuesto Derecho Constitucional, imposibilitado de utilizar su verdadero *nomen iuris* bajo las difíciles circunstancias en que le tocó desempeñar su magisterio a Rodríguez de Mendoza[3].

Pero hay también autores que, sin perder de vista la univocidad temática entre el Derecho Natural y de Gentes y la Filosofía Moral, han llegado a sostener que esta disciplina, por las materias que allí se impartían, bajo cualquiera de los membretes asumidos, debiera considerarse como la primera cátedra de Derecho Constitucional, y ello a expensas de que ésta no hubiera asumido su nomenclatura legítima[4].

Quienes han arribado a tales conclusiones, partiendo de hechos y datos absolutamente incontrovertibles, sin embargo, no han podido llegar a conclusiones de igual naturaleza. Que tras el Derecho Natural y de Gentes se encontraran eventualmente algunas instituciones y categorías de lo que a la postre también habría de constituir uno (o unos) de los asuntos a los que tuviera que prestar su dedicación el Derecho Constitucional más tarde, tampoco autoriza a tener por válidas aquellas impresiones.

Porque si es cierto que tras este Derecho Natural y de Gentes existían instituciones a las que hoy forzosamente dirige su atención nuestra disciplina (los derechos fundamentales, por ejemplo), no conviene perder de vista que tanto el objeto como la perspectiva metodológica entre ésta y aquéllas difieren radicalmente. Y ello no es ciertamente una simple conclusión a la que pueda arribarse asumiendo perspectivas teóricas elaboradas e instrumentalizadas contemporáneamente para evaluar y juzgar disciplinas ya hace bastante tiempo dejadas de profesarse.

En efecto, porque en realidad el Derecho Natural y de Gentes no es sino una disciplina, que une con fines estrictamente pedagógicos dos ramas del saber jurídico perfectamente diferenciables: el Derecho Natural, una auténtica e inobjetable Filosofía del Derecho de su tiempo; y el Derecho de Gentes, un Derecho Internacional Público de hoy, disciplinas ambas que en nuestros días sería imposible de confundir, y aún de unir, aunque sólo sea para efectos de su dictado (El Derecho Natural constituye -el mismo Rodríguez de Mendoza habría de expresarlo en un informe elevado en 1795 a las autoridades virreinales- "el fundamento de toda legislación", presentando así la asignatura del Dere-

[3] BALAREZO,...,op. cit.

[4] PONS MUSSO, Gustavo. Historia de la Facultad de Derecho. Lima, UNMSM, 1946. p. 41

cho Natural y de Gentes "las leyes primitivas y originales que promulgó Dios al género humano, por medio de la razón").

Y era un hecho absolutamente evidente, inclusive para nuestros juristas de inicios del siglo XIX, que lo que se enseñaba dentro de esta asignatura era completamente distinto de aquello que debería enseñarse en una disciplina dedicada al Derecho Constitucional; por lo que cuando se funda la que parece ser la primera cátedra de nuestra asignatura, conjuntamente a ella pero perfectamente diferenciado, el mismo Derecho Natural y de Gentes se habría de mantener dentro de los planes de estudios de los colegios profesionales.

De ello también da cuenta el hecho de que cuando se aprueba el primer plan de estudios de San Carlos en nuestra etapa republicana, en 1822, entre las asignaturas allí comprendidas se mantenga al Derecho Natural y de Gentes ante la absoluta imposibilidad de erigir una ciencia del Derecho Constitucional por no contar, a aquella fecha, con Constitución alguna.

Si el Derecho Natural y de Gentes era el *nomen iuris* solapado de un hipotético Derecho Constitucional imposibilitado de poder asumir su verdadero membrete en los tiempos del Virreinato, ¿qué sentido tenía entonces diferenciar y tener por disciplinas jurídicas distintas para su enseñanza a un Derecho Natural y de Gentes y a un Derecho Constitucional, cuando las razones que motivarían tal supuesto encubrimiento se esfumaron con la proclamación de nuestra independencia? ¿Por qué desde 1822, fecha en la que se confecciona el primer plan de estudios en la etapa republicana, no se asume de una y definitiva vez el rótulo de Derecho Constitucional en vez del Derecho Natural y de Gentes, que ya había agotado su finalidad presunta?

Lo que ha sucedido, pues, es que en este asunto, como en tantos otros probablemente, se ha cedido una vez más al generalizado vicio que Pareto denunciara en su día como "el prejuicio de los orígenes"; esto es, la búsqueda en el pretérito de los embriones de las contemporáneas disciplinas y categorías jurídico-políticas allí donde simple y llanamente no podían existir, forzándose de ese modo la realidad, a costa de, como ha precisado De Vega, destruirse la historia.

V

En nada alteran todas estas consideraciones el hecho de que nuestra historia constitucional se haya iniciado muy precozmente, y que en ese "bautizo constitucional", que García Belaúnde ha catalogado como parte de nuestra "pre-historia constitucional", hayamos contado con un texto fundamental, como el de Cádiz de 1812, que entre sus preceptos tenía uno, el artículo 368, por medio del cual se ordenaba la explicación, en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñasen las ciencias eclesiásticas y políticas, de la Constitución Política de la Monarquía.

Tan sólo importa poner de relieve, por ahora, que no se han encontrado indicios antes, ni en las actuales circunstancias, que tal precepto, exceptuando las cátedras de Constitución que se inauguraron en la propia Península Ibérica (la de Valencia y la de La Villa de Madrid, en 1813 y 1814, respectivamente), haya tenido realmente vigencia entre nosotros.

Antes bien, leído en la Plaza de Armas el 2 de octubre de 1812, "por el Rey de Armas más antiguo y jurada al día siguiente por el Virrey, la Real Audiencia, el Arzobispo ...", lo cierto es que el Digesto Constitucional Gaditano no sólo habría muy pronto de ser dejado en suspenso por el Rey Fernando VII (mayo de 1814), sino que inclusive, en el Virreinato del Perú, sus principios y disposiciones fueron considerados con tanto recelo y preocupación (el Virrey Abascal la llegaría a considerar como "altamente peligrosa e impracticable", "un parto de la intriga republicana") que, salvo contadas disposiciones, en general puede decirse de ella que fue una Constitución que no tuvo mayor vigencia en el Perú, aunque no se pueda decir lo mismo respecto de su influencia en el posterior desenvolvimiento de nuestro constitucionalismo.

Ahora bien, con una vigencia de menos de 2 años entre nosotros, cuando en 1820 las Cortes Generales en España deciden restablecer la vigencia de la Carta de Cádiz, después de 6 años de interrupción forzada, ya los vientos emancipadores soplaban nuestras costas, impidiéndose de ese modo su restablecimiento entre nosotros y anulándose cualquier posibilidad destinada a cultivar lo que allí se pretendía (al extremo que nuestro último Virrey, La Serna, en un desesperado e inútil intento por mantener el régimen, la llegó a instrumentalizar para fines de negociación con el General San Martín).

VI

La primera cátedra de Derecho Constitucional se instituyó entre nosotros un lustro más tarde que la fecha de proclamación de la independencia, cuando el Mariscal Andrés de Santa Cruz, por entonces Presidente del Consejo de Gobierno del Libertador Bolívar, preocupado por la penosa situación en la que se encontraba postrada la instrucción pública,

empieza a reorganizar los planes de estudios en nuestros colegios.

Para entonces el Convictorio Carolino, como resultado de la fusión del Colegio La Libertad con el propio San Carlos, dispuesto por Decreto de 20 de setiembre de 1825, llevaba el nombre de Convictorio de Bolívar. Antes, por Ley de 30 de octubre de 1822, el mismo Convictorio ya había experimentado una variación de nombre semejante: Colegio de San Martín se le rebautizó, en claro homenaje aúlico al libertador argentino.

Pues bien, en el Convictorio Bolívar (o, lo que es lo mismo, en el Convictorio de San Carlos), como días antes había sucedido con el Colegio Independencia (nombre impuesto a San Fernando por aquellos días de fulgor libertario), recaen los esfuerzos reformistas de Santa Cruz.

Así, por Decreto de 26 de octubre de 1826 se llega a reorganizar los planes de estudios del Convictorio; y al reorganizarse para impartir enseñanzas en "Ciencias", sin embargo, el Colegio habría de ser destinado esencialmente a la "enseñanza del Derecho en todas sus divisiones" (artículo1).

Entre las cátedras de Derecho que allí se irían a impartir, algunas por primera vez, aparece una denominada de **Derecho Público y Constitucional**, conjuntamente a las de Derecho Natural y de Gentes, Derecho Canónico, Derecho Romano, Derecho Patrio Civil y Criminal y, finalmente, la de Práctica Forense (artículo7).

Poco se sabe ya del desarrollo que haya podido registrar la enseñanza de nuestra asignatura por aquellos turbulentos años; de su supuesto cariz dogmático, bien como técnica jurídica, bien como técnica del poder, o haciendo las veces simplemente de una disciplina legitimizadora de una teoría política nueva y desconocida hasta no hacía mucho, salvo, como puede entreverse, en los reducidos ambientes de algunos cenáculos intelectuales.

Por aquel entonces, el Convictorio Carolino pasaba por una seria y ya algo prolongada crisis institucional. No eran definitivamente sus mejores años y, como ya se ha anunciado, habrían de pasar todavía algunos lustros para que recobrara su esplendor. Similar era también la situación de toda nuestra instrucción pública. Reinaba una preocupante orfandad de recursos materiales, de ideas y de profesores como consecuencia de los avatares militares de los que salíamos, y que van a explicar, en parte, mucho de lo que más adelante se diga.

VII

El referido Decreto de 26 de octubre de 1826, por boca de su artículo 8, disponía que el Gobierno procedería a nombrar a los catedráticos de aquellas asignaturas que se habían instituído por primera vez, entre las que se hallaba la de Derecho Público y Constitucional. Curiosamente no se ha podido ubicar ni en el diario oficial "El Peruano" de la época, ni en las diversas colecciones de leyes, decretos y órdenes la publicación de aquel Decreto que nombrara a nuestro primer profesor de Derecho Constitucional.

Sin embargo, el Decreto existe, y tiene por fecha el 16 de noviembre de 1826. En virtud de él se nombra como catedrático de la naciente asignatura de Derecho Público y Constitucional a don Antonio Amézaga, ilustre personaje del que -sin embargo - salvo haber estado matriculado en el ilustre Colegio de Abogados de Lima y haber sido el primer profesor de nuestra asignatura, se conocen muy pocas referencias. Inclusive la exactitud de sus propios apellidos es un dato no excento de cierta ambigüedad. Así, en una Nota dirigida al Ministro del Interior, fechada el 9 de noviembre de 1826, donde el Rector del Convictorio propone su nombramiento como profesor de nuestra asignatura, aparece con el nombre y apellido antes enunciados, que a su vez son reiterados en otros muchos documentos cursados por las autoridades del Colegio San Carlos para referirse a la forma cómo se venía desarrollando el dictado de clases en su interior.

No obstante, en el Decreto de su nombramiento, en vez del apellido Amézaga, aparece el de Amenagal, al parecer por error de escritura. Sin embargo, en una Carta fechada en los primeros meses de 1827, suscrita por el entonces Rector Rodríguez de Mendoza, y dirigida al gobierno proponiendo nombres para cubrir la renuncia del titular de la cátedra de Derecho Patrio, al proponer a nuestro personaje en ella, en mérito de ser "distinguido en su asistencia", lo sindica como Antonio Ochoa de Amézaga Sifuente. Todo parece indicar que en realidad sus apellidos completos fueron aquéllos, y que la utilización del segundo de ellos (Amézaga) no era sino una suerte de abreviación de tan frondoso abolengo, "para ponerse a tono con el republicanismo imperante", actitud por lo demás muy común entre los miembros de familias distinguidas de la época.

Pues bien, instituida la primera cátedra de Derecho Público y Constitucional en octubre de 1826, nombrándose a su primer profesor hacia la quincena del mes de noviembre de aquel año, todo parece indicar que el año lectivo, y con él el dictado de nuestra asignatura, sólo se llega a inaugurar en los primeros

días de 1827, a pesar de la recomendación formulada en la "Contestación a la Nota del Rector del Convictorio Bolívar", firmada por Andrés de Santa Cruz y los ministros Larrea y Pando, con fecha 16 de noviembre, para que los profesores recientemente nombrados "inmediatamente comenzar(an) sus respectivos cursos".

Tal dato no tendría en otro contexto más que un valor anecdótico, si es que no fuera porque en el año 1827 aparece en Lima lo que hasta ahora parece ser el primer libro de Derecho Constitucional impreso en el Perú. Con el sello de la Imprenta Republicana de José María Concha se reimprimen en Lima los dos tomos de las **Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España** (T. I, XXV + 111 pp.; T. II, de pp. 113 a 250) del profesor de la Universidad de Salamanca, don Ramón Salas y Cortés[5].

Ahora bien, que la fecha probable de inicio del dictado de nuestra asignatura coincida precisamente con la aparición de estos dos tomos de don Ramón Salas, por un lado permite aventurar un haz de conjeturas en torno al caríz que pudiera haber asumido nuestra primera cátedra de Derecho Constitucional y, por otro, no puede menos que sugerirnos también un par de consideraciones preliminares que podrían dificultar las investigaciones historiográficas hasta ahora emprendidas.

En primer lugar, porque no se puede perder de vista que hacia 1827, con apenas 6 años de vida republicana, aquel jubilar ceremonial de hacer y deshacer Constituciones que denunciara don Manuel Vicente Villarán ya se empezaba a vislumbrar.

En tan cortos años, en efecto, ya nos habíamos dado cuando menos dos Constituciones, ambas ciertamente con una reducidísima vigencia normativa, y sin embargo los textos del profesor Salas no tenían por objeto principal sino el de pretender explicar y legitimar, "para las escuelas de España" las bondades y las prédicas liberales contenidas precisamente en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo segundo tomo está dedicado en forma íntegra a explicarla casi exegéticamente.

Teniendo dos textos constitucionales propios, el último de ellos de finales de 1826 (la Constitución Vitalicia de Bolívar), ¿qué sentido podría haber tenido reimprimir estos textos de Derecho Constitucional cuyos supuestos normativos no se correspondían en sus partes esenciales con la naciente edificación constitucional del Perú?

Y en segundo lugar, porque por nada oscuras e injustificadas motivaciones de orden político y militar, propias de la época, todo aquello que tenía sello español era entre nosotros censurado; ¿qué sentido tenía entonces reimprimir unos textos que en alguna forma no hacían sino recordarnos un pasado oprobioso del que recién terminábamos de salir?

VIII

Entre las pesquizas efectuadas para indagar sobre el sentido que habría podido tener "autorizar" la publicación de aquellos textos, no se ha podido obtener mayores precisiones.

Una cosa sí es cierta, aquellos dos tomos de Salas sí fueron autorizados como "modelo" a seguir en el dictado de nuestra cátedra en la sesión de Consejo de Profesores del Convictorio celebrada el 23 de noviembre de 1826, como se desprende de la carta que le dirigiera el Director del Colegio, don Manuel de Vidaurre, al entonces Ministro del Interior, dos días después: "Elegimos los autores -informaba Vidaurre- que podrían servir de modelo para los respectivos cursos (...) Todos fueron inclinados a mi concepto, de dictar lo más exacto que contienen las obras antiguas y modernas sobre las ciencias que se han de enseñar".

El hecho, sin embargo, no parece ser del todo extraño y, al parecer, desprovisto de significado alguno.

En primer término, porque no se puede perder de vista que así como el segundo tomo de Salas tenía por impronta fundamental el explicar casi exegéticamente la Constitución de Cádiz, así también no es menos cierto que su primer volumen ofrecía una explicación de "los principios fundamentales generalmente admitidos del Derecho Público Constitucional" (pág. XXIII, en la edición peruana), principios fundamentales estos que servirían para confrontar algunas veces lo que en la Carta Gaditana se había recogido, y que como toda parte "general" eran perfectamente asimilables para acometer en un cátedra de Derecho Constitucional como la nuestra, que no había conocido más antecedentes (por llamarlos de alguna manera) que la difusión de unas teorías político-constitucionales dentro de un espectro variopinto de conocimientos

[5] Estos libros han sido recientemente reeditados en un solo volúmen, por el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1982), precedidos por un agudo y penetrante Estudio Preliminar del Profesor José Luis Bermejo. (pp. VII-L)

impartidos a la vez que se dictaba el Derecho Natural y de Gentes.

Desde esta perspectiva, ya nada de sorprendente parece tener que, al crearse una cátedra cuyo objeto principal fuere el estudio de los fenómenos político-constitucionales, se autorizase la reimpresión de unos textos que precisamente ayudaban a satisfacer los objetivos propuestos, como ningún otro manual de su género ofrecía: La ubicación de nuestra asignatura entre las diversas disciplinas jurídicas existentes, su determinación conceptual y un breve esbozo de una suerte de teoría constitucional, en la que se precisaba -al decir de Pablo Lucas Verdú, al influjo de la **sugestión inglesa**- el ámbito de los derechos y libertades fundamentales; y, con relación al sector de la organización estatal, la conformación de los órganos del poder, de las competencias a ellos asignadas y de los fines encomendados al Estado.

Pero es que al mismo tiempo tampoco puede pasar desapercibido todo aquel conjunto de circunstancias políticas por las que atravesaba el Perú hacia aquel memorable año para el Derecho Constitucional, que, como es singular a la naturaleza de nuestra materia, habrían probablemente de determinar la elección de estos textos de Derecho Público Constitucional.

Ciertamente uno de ellos puede ser que, para entonces, salvo algunos discursos pronunciados por uno que otro profesor de San Carlos, nadie todavía entre nosotros se había dedicado a esbozar siquiera algunas pinceladas sobre nuestra asignatura, que pudieran servir como complemento de las enseñanzas a vertirse al compás del dictado del floreciente Derecho Constitucional.

Las luchas políticas y militares en la que se encontraba inmersa nuestra clase dirigente habían distraido su atención, y éste es un hecho que habría de prolongarse hasta pasada la mitad del siglo XIX, si es que se repara en el dato de que recién en 1855 se publica lo que hasta ahora parece ser el primer manual de Derecho Constitucional de autor nacional, al margen de alguna traducción realizada años antes por don Bartolomé Herrera.

A ello tal vez tenga que sumarse el hecho de que hacia 1827, fecha en la que se empezaría a dictar nuestra primera cátedra, con apenas algunas semanas de vida, la Constitución de 1826 ya empezaba a sufrir ataques furibundos (que culminarían con su derogatoria formal el 16 de junio y el restablecimiento, con carácter transitorio, de la Carta de 1823). Tornando, por tanto, un año en materia constitucional relativamente incierto, que hizo recomendable la reimpresión de unos textos que, sentando los principios generales de la materia, al mismo tiempo sirvieran de "base" para estudiar cualquier Constitución que el futuro nos deparara.

En cualquiera de aquellos supuestos, la reimpresión de ambos tomos, y ya no sólo el primero de ellos, era perfectamente atendible y lícita, teniendo en cuenta sobre todo el carácter pionero de don Antonio Amézaga en el dictado de una materia inexistente en el pasado próximo.

No se puede perder de vista, por otro lado, que en la propia Península, si algo caracterizaba al autor y su obra, ese algo era su franco disentimiento con el sistema ideológico-político que representaba la Monarquía absoluta: "Hace mucho tiempo -nos diría en el Prólogo de las **Lecciones**-que estaba convencido de que una revolución política era inevitable en España (...); no era necesario estar dotado de un espíritu profético (...) para preveer una mudanza en un gobierno que se había llegado a imponer en un grado tal de violencia y de tensión, que era imposible que pudiese sostenerse en él por mucho tiempo."

Era obviamente un planteamiento heterodoxo nada disimulado respecto del régimen opresor anterior, del que nosotros salíamos también, el cual debió ser conocido por las autoridades del Convictorio para que finalmente se autorizase la reimpresión de dichos manuales.

Que el sólo hecho de que estos textos de Salas fueran de origen español, y ello sirviese como supuesto argumento para censurar tal o cual opción cultural, en verdad no nos parece que sea un argumento en lo más mínimo atendible, y esa parece haber sido la impronta que animó al Consejo de Profesores de San Carlos, encabezado por su Rector y el Director de Estudios.

IX

La nomenclatura de "Derecho Público y Constitucional" asumida por nuestra primera cátedra de Derecho Constitucional; al mismo tiempo desvirtúa investigaciones precedentes, conforme a las cuales nuestra asignatura sólo habría logrado independizarse y asumir su correcto *nomen iuris* después de la unificación de los colegios profesionales con la Universidad, por mérito del artículo 6 del Decreto de 15 de febrero de 1868, el cual dispone la enseñanza para los alumnos del primer año de la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos de la asignatura denominada "Derecho Natural, Constitucional e Internacional"; de otro lado, no puede

menos que llamarnos la atención el rótulo dieciochesco conforme al cual fue bautizado.

Todo parece indicar que la nomenclatura asumida en sus orígenes por nuestra disciplina estaba directamente influída por el título dado a sus textos por don Ramón Salas, y no que se asumieran dichos textos por su similitud con aquélla.

Recuérdese que la edición primigenia de estos libros apareció en Madrid y en 1821, cinco años antes de que se instituyese la primera cátedra.

Es bien cierto que ambos rótulos no son del todo semejantes. Mientras los textos de Salas asumen el de Derecho Público Constitucional, nuestra primera cátedra habría de incorporar entre los adjetivos - público, constitucional -, la conjunción "y", con lo cual pareciera darse a entender que al lado de un Derecho Constitucional, al mismo tiempo la asignatura habría de hacerse cargo del estudio de alguna otra disciplina del llamado Derecho Público (el Derecho Administrativo, el Derecho Penal o, tal vez, el propio Derecho Internacional Público).

Sin embargo, si nos percatamos de que dentro de las diversas cátedras instituídas por el Decreto de 26 de octubre de 1826 aparecen también las de Derecho de Gentes (Derecho Internacional Público) y la de Derecho Criminal (Derecho Penal), sólo restaría conjeturar la enseñanza de un probable Derecho Administrativo, lo que ya no es posible de admitir, si se tiene en cuenta lo incipiente de nuestra estructura admnistrativa y la absoluta improbabilidad de configurar dogmáticamente la existencia de un Derecho Administrativo como consecuencia de lo anterior.
Por lo tanto, la conjunción "y" entre los adjetivos -público,constitucional-, no tendría la característica de una conjunción disyuntiva, en virtud de la cual se pretenda dar la idea de separación o alternancia entre dos disciplinas probables, sino la de una conjunción copulativa, por entonces frecuentemente empleada para "maquillar" palabras o frases algo extensas.

Pero ¿por qué Derecho Público y Constitucional, y no simplemente Derecho Constitucional?

Tal vez la utilización de un *nomen iuris* semejante haya que buscarla en el pensamiento de Ramón Salas, que es probablemente el que compartiera don Antonio Amézaga. Así, éste, después de desechar la posibilidad de empezar a indagar sobre los muy diversos significados de la palabra "Derecho", como de las muchas clasificaciones que sobre sus disciplinas se han formulado, nos dirá que, en sentido propio, "la palabra **Derecho** significa lo mismo que la palabra **ley**".

Desde esa perspectiva, agregaría, el título de sus **Lecciones** bien podría denominarse, "sin incoveniente, como ciencia de las leyes constitucionales".

Ahora bien, aún cuando en su pensamiento la nomenclatura más adecuada para nuestra disciplina es la de Derecho Constitucional, él ha preferido el más complejo de Derecho Público Constitucional para evitar de ese modo la confusión de que en sus obras se pretenda encontrar vestigios de un Derecho de Gentes (que no es en realidad más que "la colección de los pactos y tratados que determinan las relaciones de las naciones y de los soberanos entre sí") si sólo hubiera optado por asignarle el membrete de Derecho Público, por entonces de generalizada utilización entre los cultivadores de esta materia.

Por ello, "yo he adoptado la denominación más compleja de Derecho Público Constitucional, porque me parece previene de todo equívoco".

Al margen de lo curioso y anecdótico que pueda revestir todo este conjunto de consideraciones, conviene observar cómo desde sus orígenes, en un hecho que se ha mantenido invariable a lo largo del tiempo, con uno que otro período muy breve de intervalo, nuestra disciplina ha mantenido el adjetivo "Constitucional" para designar la asignatura, a diferencia de lo que ha sucedido hasta hace realmente poco tiempo en contextos muy próximos a nosotros.

X

La historia del Colegio de San Carlos, sin duda alguna, el bastión intelectual por casi un siglo del Perú, es una historia aún por escribirse. Su historia es también, en mucho, la historia del Derecho Constitucional, y en tanto no develada todavía, guarda muchas sorpresas.

Lo que sí es un hecho, es que para que nuestra disciplina asumiera su *nomen iuris* propio no se tuvo que esperar hasta 1868, fecha en la que se fusionan los colegios con la Universidad, y mucho menos a 1875, en que se funda la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas en San Marcos, que algunos han considerado como el punto de partida de nuestra disciplina.

Prueba de lo anterior es que a lo largo de los distintos planes de estudios confeccionados para el Colegio San Carlos, aparece en más de una oportunidad la cátedra de Derecho Constitucional como disciplina independiente de otras que eventualmente pudieran haberla subsumido, contrariamente a lo que hasta ahora se ha venido sosteniendo.

Es muy probable, por otro lado, que este Derecho Público y Constitucional instituído por primera vez entre nosotros como cátedra, en realidad no haya perdurado más allá de dos o tres años consecutivos entre las asignaturas que se impartían en el Convictorio, y que ni siquiera alcanzase un nivel destacado, debido en parte al incesante mudar de constituciones que habríamos de experimentar como consecuencia de nuestra inestabilidad político-institucional, como lo corrobora el hecho de que esta cátedra haya sido sistemáticamente ignorada por los escasos estudios dirigidos a hacer pesquisas acerca de la evolución de la enseñanza del Derecho Constitucional.

Pero era algo evidente que había la necesidad de contar con una disciplina como ésta, y de dictarla, más tarde o más temprano, en tanto nuestro país se encontraba configurado con ropaje constitucional. Allí están, por mencionar dos casos, los reglamentos del Convictorio de 1836 y 1857, que la consideran entre las cátedras que allí se dictaban.

XI

Al interior del país, la situación por la que atravesaba la instrucción pública era aún mucho más dramática que en la Capital de la República. A diferencia de lo que suele acontecer con los países que adoptan la estructura federal, donde los estados miembros normalmente suelen tener un grado de desarrollo por completo independiente de la capital, el centralismo largamente practicado desde inicios del Virreynato, y que prosigue durante toda la etapa posterior, prácticamente había liquidado la vida académica en la periferia.

Se crearon, es cierto, en los inicios de la República, algunas universidades, muchos colegios de instrucción escolar y hasta algunos de carácter profesional, pero la crisis de toda índole por la que atravesábamos las había condenado a una irremediable vida vegetal.

No solamente carecían de rentas suficientes que les permitieran sufragar los costos mínimos que se requieren para cumplir con los fines a los que habían sido destinados, sino que adicionalmente la crisis se hacía patente con la ausencia de profesores, de profesionales que dirigieran dichos centros de estudios, así como de infraestructura donde poder desarrollar sus funciones ordinarias.

Un caso sintomático de todo ello es el que ofrece la Universidad de Trujillo, creada por Decreto de 10 de mayo de 1824, durante el Gobierno de Bolívar. En el referido Decreto de fundación se disponía que el Rector, asociado con personalidades de la talla de don Hipólito Unanue, Manuel Lorenzo de Vidaurre y Manuel de Vidaurre, todos ellos de prestigiosa labor docente en Lima, deberían elevar, "a la brevedad posible" el proyecto de Estatutos al Gobierno para su aprobación, el mismo que debería de consignar entre otras asignaturas y ciencias que allí se irían a dictar, las de Derecho Público y Patrio.

No obstante ello, todo parece indicar que dicho proyecto de Estatutos, el funcionamiento mismo de la Universidad y con ella, la enseñanza de las disciplinas jurídicas antes aludidas no se llevarán a cabo sino hasta 1832.

El Decreto de 17 de agosto de 1831, que disponía que la Universidad debería de funcionar en las instalaciones del Colegio San Carlos de Trujillo, y que su funcionamiento debería de arreglarse "en lo posible a los estatutos de la Universidad de San Marcos", es bastante elocuente en ese sentido: " .. en el Departamento de La Libertad —llegaría a decir su largo considerando— se hace sentir demasiado la falta de profesores de Derecho que patrocinen las causas y ocupen las magistraturas, por no haberse enseñado anteriormente allí las diferentes ramas que abraza esta ciencia; (...) es necesario (por tanto) organizar en el modo posible la Universidad creada en Trujillo (...) para que confiera los grados que deben preceder al estudio práctico de la jurisprudencia y sirvan de estímulo así a los que se dediquen a las demás ciencias".

Casi es la misma situación que atraviesan universidades mucho más antiguas del interior, como es el caso de San Agustín de Arequipa, San Antonio Abad del Cuzco y San Cristóbal de Ayacucho.

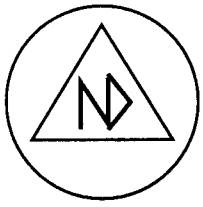
Muchas de ellas, como las que se irían a crear poco tiempo después, normalmente adoptaban sus estatutos y/o reglamentos de conformidad con el que regía o bien para el Colegio San Carlos de Lima, o bien el de la Universidad de San Marcos, con el inconveniente que en el caso de San Marcos nuestra asignatura era ignorada en su Plan de Estudios.

Y en el caso de aquellos centros de enseñanza que adoptaban el Plan de Estudios de San Carlos, como es el caso del Colegio de Educación Científica de

Huánuco, éstos empezaron a funcionar con posterioridad a la fecha de inauguración del dictado de nuestra asignatura, ocurrida finalmente el 2 de enero de 1827.

De algunos de los centros de estudios anteriormente mencionados, inclusive no se tienen mayores noticias respecto de los planes de estudios que en ellas rigieran por aquellos años en que se empieza a dictar el Derecho Constitucional, lo que sindicaría no sólo la ausencia de planes de estudios propios, sino que además el dato más sintomático de la vida vegetativa a la que el centralismo asfixiante reinante entre nosotros las había condenado.

Pero el análisis de todo lo que en provincias sucediera, del horizonte dogmático que pudiera haber asumido nuestra asignatura, y de un haz de cuestiones conexas a ellas, ya es un asunto que excede los límites de este trabajo.



NOTARIA DANNON

Luis Dannon Brender
Abogado - Notario de Lima

Lunes a Viernes
9:00 am. - 6:00 pm.
Horario corrido

Av. Javier Prado Oeste 770
Magdalena - Lima 17 - Perú
Central Teleféonica: 461.2332/261.0009
Fax: 460.2011

LA MODIFICACION PEYORATIVA DE LAUDOS ARBITRALES POR CONVENIOS COLECTIVOS

Ricardo Herrera Vásquez
Abogado
Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú

"SALA MIXTA DESCENTRALIZADA DE CHIMBOTE. Exp. No. 094-95-LABORAL. Fidel Bedriñaña Lora contra SIDERPERU S.A., sobre reintegro de beneficios sociales.

Chimbote, 3 de agosto de 1995.- (...) CONSIDERANDO, que la aplicación y alcances del Laudo Arbitral del 20 de diciembre de 1993 (...) han sido prorrogados hasta el 01 de diciembre de 1993 de conformidad con el acta de arreglo laboral (...) de feha 8 de marzo de 1994 (...) celebrada válidamente entre el Sindicato de Empleados y la Empresa demandada, en consecuencia, quedan sin efecto los aumentos que correspondían entre diciembre de 1991 y noviembre de 1993; que conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto Ley No. 25593, los laudos arbitrales y convenios colectivos poseen idéntica categoría jurídica, de suerte que válidamente se pueden modificar o derogar una norma por otra posterior, en armonía con lo dispuesto por el artículo 103 párrafo tercero de la Constitución del Estado; que conforme al artículo 28 inciso 2 segundo párrafo de la misma Constitución, la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (...); que habiéndose postergado la vigencia del Laudo Arbitral en mención, este instrumento debe adaptarse a sus normas modificatorias acordadas en el acta del 8 de marzo de 1994 (...) que en ningún modo implica una afectación de derechos reconocidos por la Constitución y la ley, garantizados en el inciso 2 del artículo 26 de la Carta Fundamental, toda vez que la ley en materia salarial garantiza a los trabajadores a no percibir remuneraciones en niveles inferiores al mínimo legal, y se observa de autos que durante todo el historial laboral del accionante sus remuneraciones han superado los mínimos fijados por la ley (...) por lo que REVOCARON la sentencia (...) que declara (...) fundada en parte la demanda (...) y REFORMANDOLA declararon infundada la demanda (...)".

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de diciembre de 1993, se emitió el Laudo Arbitral que puso fin a los procesos de negociación colectiva correspondientes a los años 1991-1992 y 1992-1993 en la Empresa demandada. Dicho Laudo estableció el otorgamiento de aumentos salariales retroactivos

a diciembre de 1991. Sin embargo, ante la imposibilidad material de cumplir con el abono de los incrementos remunerativos, en marzo de 1994 el Sindicato de Empleados y la Empresa demandada celebraron un Acta por la cual se pactó que los aumentos dispuestos en el Laudo en mención se otorgarían recién a partir del 1/12/93.

Si bien nominalmente no se redujeron los montos de los incrementos, la postergación en el pago implicó una pérdida en términos reales, pues no se pagaron intereses que mantuvieran la capacidad adquisitiva de los referidos aumentos. En esa medida, la aplicación del Acta modificatoria del Laudo Arbitral supuso una desmejora de los derechos de los trabajadores.

Considerando inaplicable el Acta al exigir la plena vigencia del Laudo Arbitral, el demandante pretendía el reintegro de sus beneficios sociales pues, al no pagar la Empresa demandada los aumentos del Laudo desde diciembre de 1991, las remuneraciones computables para sus depósitos semestrales y anuales por CTS entre esa fecha y diciembre de 1993, fecha en la cual se hicieron efectivos aquéllos, fueron menores de las que habría tenido si el Laudo se aplicaba sin modificación alguna. Entonces, los montos de los depósitos por CTS fueron también menores que los esperados por el demandante.

Así planteado el caso, surgen dos preguntas cruciales: ¿es posible que un convenio colectivo pueda modificar un laudo arbitral, previamente emitido y en plena vigencia? Y, siendo afirmativa la respuesta, ¿es posible que esa modificación pueda ser peyorativa? La Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Ancash, con sede en Chimbote, consideró que sí ante ambas interrogantes, en un criterio jurisprudencial de avanzada para la administración de justicia laboral.

Hasta el momento, sólo existían aisladas jurisprudencias que permitían la modificación o derogación de un convenio colectivo por otro menos beneficioso para el personal (Cfr. la Resolución de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, de fecha 28/12/92, Exp. No. 771-92-BS), pero que no se pronunciaban sobre los temas antes mencionados.

En las siguientes líneas, intentaremos aventurar respuestas a las interrogantes planteadas, desde las perspectivas de nuestra legislación y la doctrina internacional. Además, analizaremos otro tema sugerido por la Resolución de Chimbote: la relación entre la modificación peyorativa y la irrenunciabilidad de derechos.

II. MODIFICACION DE UN LAUDO ARBITRAL POR UN CONVENIO COLECTIVO

1. Inapelabilidad e imperatividad del laudo arbitral

El artículo 66 del Decreto Ley No. 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dispone que el laudo arbitral, una vez emitido, es inapelable y tiene carácter imperativo para los sujetos colectivos (empleador y sindicato), siendo sólo susceptible de impugnación judicial en determinados supuestos. Así, aparentemente no cabría la posibilidad que los propios sujetos colectivos modifiquen directamente lo laudado. Sólo podrían acudir a la autoridad jurisdiccional para intentar lograr que ésta altere el laudo arbitral.

Por lo demás, las posibilidades de alteración judicial del laudo son limitadas: por haber incurrido en alguna nulidad (inciso a) o, establecer menores derechos que los contemplados por la ley (en sentido material) en favor de los trabajadores (inciso b). Ello implica que el juez sólo podrá eliminar las cláusulas nulas o, adecuar a los mínimos legales las subsanables. Pero, no podrá modificar el laudo en los puntos válidamente emitidos o, establecer derechos u obligaciones no previstos por los árbitros.

De manera adicional, la interposición de la acción impugnatoria no suspende la ejecución del laudo arbitral, salvo la emisión de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional. Debe tenerse en cuenta que, el laudo arbitral tiene mérito ejecutivo (artículo 713, inciso 2 CPC), por lo que podría solicitarse su ejecución forzosa. Pero, la interposición de la acción impugnatoria suspendería el proceso ejecutivo hasta la declaración de nulidad o no del laudo cuestionado (artículo 78 Ley General de Arbitraje).

2. Equivalencia entre el laudo arbitral y el convenio colectivo

Sin embargo, el artículo 70 del Decreto Ley No. 25593 precisa que, el laudo arbitral tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que el convenio colectivo. Este constituye una modalidad autónoma de solución de conflictos, pues son los propios sujetos colectivos los que directamente resuelven su pugna de intereses. En cambio, el laudo arbitral es un medio heterónomo de solución de conflictos, en tanto las partes deciden que sea un tercero quien resuelva su pugna de intereses. En esa medida, no tienen la misma naturaleza jurídica, pero cumplen la misma función (la solución del conflicto) por lo

que, de todos modos, deben generar idénticos efectos [1]

Entonces, un laudo arbitral es equivalente a un convenio colectivo, por tener la misma función y efectos. En ello acertó la Resolución de la Sala Mixta de Chimbote. Así, para poder responder si un laudo arbitral puede ser modificado en plena vigencia por un convenio colectivo, sólo basta con analizar la posibilidad de si un convenio colectivo vigente puede ser modificado por otro.

El artículo 43, inciso d) del Decreto Ley No. 25593 señala como una característica del convenio colectivo su caducidad automática al vencimiento de su plazo, salvo en aquello que se hubiere pactado con efecto permanente o, cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial. Y, la duración del convenio colectivo no podrá ser menor al año, pudiendo las partes establecer plazos mayores para todo o parte del pacto (Decreto Ley No. 25593, artículo 43, inciso c).

De este modo, podría entenderse que serían objetables toda modificación o derogación de un convenio colectivo vigente por otro posterior, si se dan antes del año mínimo de duración. Pero, en realidad esta exigencia sólo constituye un requisito formal del convenio al momento de pactarse. Es decir, al celebrarse un convenio debe tener un plazo no menor al año. Sin embargo, no es un impedimento para que los sujetos colectivos, en ejercicio de su autonomía colectiva, puedan alterarlo o dejarlo sin efecto durante su vigencia.

Ello por cuanto nuestra Carta Magna reconoce a los sujetos colectivos el derecho a la negociación colectiva (artículo 28, inciso 2), pudiendo ser ejercido libremente por aquéllos en cualquier momento. Si las partes pueden celebrar un convenio colectivo y señalarle un plazo de duración, las mismas partes pueden modificar su contenido y término en cualquier momento. La potestad normativa de la que están investidas es completa: creación, modificación o derogación de convenios colectivos o normas equivalentes. Entonces, un convenio puede modificar otro durante su vigencia o, un laudo arbitral en plena ejecución.

Además, si los sujetos colectivos decidieron que sea un tercero quien dirima su conflicto de intereses, invistiéndolo de potestad normativa suficiente para emitir el laudo arbitral, aquéllos, que son fuente normativa primaria, pueden perfectamente autoregular sus intereses de manera directa y diferente. Después de todo, el convenio colectivo resultante tendrá más legitimidad que el laudo modificado o eliminado, pues todos sus términos serán acordados directamente por las partes.

De este modo, debemos replantear lo que inicialmente podíamos haber entendido respecto de la inapelabilidad e imperatividad del laudo arbitral, en función al artículo 66 del Decreto Ley No. 25593. Lo inapelable alude a que, una vez emitido el laudo, no es posible acudir a otra instancia distinta al árbitro o tribunal arbitral con la intención de modificar aquél, pues tiene carácter de definitivo. Por su parte, lo imperativo se refiere a que ninguna de las partes puede desconocer unilateralmente el laudo, debiendo en todo caso solicitar judicialmente su nulidad total o parcial.

III. MODIFICACION PEYORATIVA DEL LAUDO ARBITRAL

1. Derechos adquiridos e incorporación al contrato de trabajo

Hemos respondido afirmativamente a la pregunta sobre si un convenio colectivo puede modificar un laudo arbitral en plena vigencia. Ahora resta responder si dicha modificación puede ser desmejorando los derechos de los trabajadores. Para ello, como en el caso anterior, es necesario responder previamente si un convenio puede modificar otro peyorativamente, es decir, ingresar al tema de la negociación colectiva "in peius".

La recurrencia al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y a la noción clásica de los "derechos adquiridos", nos llevaría a una primera respuesta negativa. Objetaríamos la desmejora de los derechos de origen convencional a través de un convenio colectivo peyorativo, alegando que han sido adquiridos por el trabajador y le pertenecen plenamente. Esta idea se sustenta, a su vez, en la llamada "teoría de la incorporación".

Esta teoría pone énfasis en las cláusulas normativas del convenio colectivo, que se aplican a los contratos de trabajo comprendidos en su ámbito personal. Según dicha teoría, los derechos contenidos en tales cláusulas, una vez que son pactadas, ingresan directamente a la esfera contractual del trabajador, pasan a formar parte de su patrimonio individual, se con-

[1] AA.VV. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada. Lima, Consultores Jurídicos Asociados S.A.,1994. p. 154.

vierten en "derechos adquiridos". En esa medida, no podrían ser anulados o sustituidos sino únicamente mejorados.[2]

De este modo, si un convenio colectivo posterior estableciera menores beneficios que los gozados hasta ese momento por el pacto anterior, no tendría incidencia alguna para los trabajadores con vínculo vigente al momento de la sucesión peyorativa, puesto que dichos beneficios se habrían incorporado a cada relación individual de trabajo. Así, el convenio colectivo posterior sólo afectaría a los nuevos trabajadores.[3]

Se acepta que un convenio colectivo derogue a otro peyorativamente, pues se trata de normas jurídicas. Sin embargo, los derechos pactados en el primero se han incorporado al patrimonio del trabajador, no pudiendo ser alterados por el segundo convenio. Ello no porque se produzca una especie de sobrevivencia de las cláusulas normativas del convenio derogado, sino porque los contratos de trabajo que asimilaron tales cláusulas continúan vigentes, siendo su real fuente de validez.[4]

Esta tesis encontró respaldo en el artículo 29 del Decreto Supremo No. 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que define la parte normativa del convenio colectivo como aquel conjunto de cláusulas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y, que aseguran o protegen su cumplimiento.

2. El convenio colectivo como norma jurídica

Sin embargo, debe notarse que dicha tesis niega que las cláusulas normativas generen efectos por el convenio colectivo que las comprende y, realmente, propugna la ultraactividad de las mismas más allá de su plazo de vigencia.[5]

Es decir, si aceptáramos la "contractualización" de los derechos convencionales, de origen normativo, y la consecuente imposibilidad de su afectación por posteriores convenios colectivos peyorativos, tendríamos que suscribir la afirmación según la cual la virtualidad o eficacia jurídica de tales derechos no proviene del carácter imperativo del convenio que los contiene, que es una norma jurídica, sino de su incorporación a las relaciones individuales de trabajo que afectan.[6]

Todo órgano con potestad normativa tiene competencia para modificar, sustituir o derogar la norma que dictó con anterioridad. En esa medida, los sujetos colectivos pueden, en ejercicio de su autonomía colectiva, modificar, sustituir o derogar los convenios colectivos que hubieran celebrado en el pasado.[7] Esto implica que, la validez de cada norma está necesariamente ligada al centro de poder que la dictó el que, en todo momento, puede modificarla.[8]

Así, podemos hablar de dos clases de situaciones jurídicas: las objetivas, que siguen la suerte de la norma que las establece, y las subjetivas, derivadas del contrato, que siguen la suerte de éste y no de la norma.[9] Las normas, una vez sucedidas o derogadas, desaparecen con todas las ventajas y desventajas que trajeran consigo, y son reemplazadas por otras que, a partir de su entrada en vigencia, asumen plenamente su función reguladora.[10]

En ese sentido, un convenio colectivo posterior peyorativo puede dejar sin efecto derechos estable-

[2] CORTES CARCELEN, Juan Carlos. Reglamentación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: Asesoría Laboral, Lima, año II, No. 23, noviembre 1992. p. 14

[3] BOZA PRO, Guillermo. Contenido negocial, titularidad del derecho de huelga y deber de paz en el ordenamiento laboral peruano (I parte). En: Asesoría Laboral, Lima, año III, No. 29, mayo 1993. p. 20

[4] GIUZIO, Graciela. Ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo. En: AA.VV. Veintitrés estudios sobre convenios colectivos. Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1988. p. 217.

[5] MANTERO ALVAREZ, Ricardo. Situación de los convenios colectivos luego de su extinción. En: Revista Judicatura, Montevideo, No. 36, noviembre 1993. p. 55.

[6] SALA FRANCO, Tomás. El principio de la condición más beneficiosa. En: Revista de Política Social, No. 114. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977. p. 61.

[7] PLA RODRIGUEZ, Américo. La revisión del convenio para disminuir los beneficios. En: OJEDA AVILES, Antonio y Oscar ERMIDA URIARTE (Editores). La negociación colectiva en América Latina. Madrid, Editorial Trotta, 1993. p. 165.

[8] RASO DELGUE, Juan. El principio de la irrenunciabilidad y la negociación colectiva. En: AA.VV. Veintitrés estudios sobre convenios colectivos. Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1988. p. 297.

[9] SALA FRANCO, Tomás. El principio... op. cit. p. 61.

[10] FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Condición más beneficiosa: absorción y compensación. En: Relaciones Laborales, Madrid, No. 4, febrero 1992. p. 8

cidos por el convenio colectivo anterior, al cual sucede o deroga, inclusive respecto de los trabajadores antiguos, es decir, los que tenían vínculo laboral vigente al momento del cambio normativo.

Por esta razón, tales derechos no se incorporan a las relaciones individuales de trabajo, no se "contractualizan", no llegan a ser adquiridos o "patrimonializarse" por el trabajador. Lo que ocurre es que simplemente se agregan a los contratos de trabajo por lo que, cuando cesa el convenio que los originó, dejan de regir sin dejar rastros.[11] Es decir, se aplican directamente a las relaciones individuales de trabajo, de manera periférica o exógena.

Entonces, al no ser derechos adquiridos los generados en un convenio colectivo anterior, el trabajador no puede disponer de ellos ni evitar su desaparición si es sucedida o derogada la norma que los sustenta.

3. Regulación normativa

A pesar de la norma reglamentaria antes reseñada, existen cuatro normas de rango jerárquicamente superior que sustentan la viabilidad de la derogación peyorativa entre convenios colectivos o negociación "in peius".

La primera es la Cuarta Disposición Transitoria y Final del Decreto Ley No. 25593, que dispuso la revisión integral de todos los convenios colectivos anteriores a la negociación colectiva en trámite o la primera negociación colectiva cuyo convenio, laudo o resolución rija a partir de la entrada en vigencia del cuerpo normativo en mención (3/7/92). Con dicha norma, los sujetos colectivos estaban obligados a revisar todos los derechos pactados anteriormente, con la posibilidad de eliminarlos o modificarlos en nuevos términos por acción directa o en función a la deliberación de los árbitros.[12]

La segunda es el artículo 43, inciso d) del Decreto Ley No. 25593, que consagra el principio de caducidad automática del convenio colectivo. Este cesa en sus efectos al vencimiento de su plazo, salvo en aquello que se haya pactado con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial. Es decir, los derechos contenidos en el convenio colectivo desaparecen con él, a menos que las partes decidan mantenerlos en el siguiente convenio. Entonces, su virtualidad o eficacia jurídica depende de la norma que los crea, sin que sea posible su incorporación al contrato de trabajo.

La tercera es el artículo 66, inciso 2 del Decreto Ley No. 25593, que sanciona con la nulidad el laudo arbitral que establezca menores derechos a los previstos por la ley en favor de los trabajadores. Debe entenderse por ley, su sentido material, es decir, toda norma de origen estatal. Entonces, si el laudo es equivalente a un convenio colectivo, contrario sensu se está permitiendo que se dejen sin efecto derechos contenidos en convenios o laudos precedentes.

La cuarta y última norma es el artículo 28, inciso 2 de la Constitución, cuando le otorga "fuerza vinculante" al convenio colectivo, es decir, le da carácter normativo al pacto de los sujetos negociadores. Si el convenio es una norma jurídica, puede ser derogado íntegramente por otro convenio o norma equivalente, desapareciendo con él todos sus derechos y obligaciones.

La ratificación de que el convenio colectivo es una norma jurídica la encontramos implícitamente en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Carta Magna, que dispone que las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales se interpretan de acuerdo a los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Precisamente, el artículo 4 del Convenio No. 98 OIT, ratificado por Resolución Legislativa No. 14712 (18/11/63), consagra el carácter normativo del convenio colectivo al definirlo como todo acuerdo escrito concluido entre representantes de los trabajadores y de los empleadores, que tenga por objeto reglamentar o regular las condiciones de empleo y de trabajo.

Precisamente, en ese entendido, la Resolución de la Sala Mixta de Chimbote sustenta la posibilidad de la derogación de un laudo arbitral por un convenio colectivo, en el artículo 103, tercer párrafo de la Constitución, que señala que "la ley se deroga sólo por otra ley". Es decir, una norma jurídica puede ser eliminada del ordenamiento legal por otra, por lo menos del mismo rango jerárquico.

Por todo lo expuesto, queda claro que un convenio colectivo puede derogar peyorativamente a otro. En consecuencia, también puede derogar desmejorando los derechos de los trabajadores a un laudo arbitral preexistente. Es decir, no sólo cabe la negociación "in peius" respecto de convenios colectivos,

[11] BRUN Y GALLAND, cit. en PLA RODRIGUEZ. La revisión del convenio para disminuir beneficios. op. cit. p. 166.

[12] NEVES MUJICA, Javier. El convenio colectivo como norma. En: Asesoría Laboral, Lima, año II, No. 20, agosto 1992. p. 15.

sino que podríamos hacerla extensiva a normas equivalentes.

IV. RELACION CON LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

Un último aspecto a rescatar de la Resolución de la Sala Mixta de Chimbote consiste en que, niega rotundamente la posibilidad de una renuncia de derechos mediante el convenio colectivo modificatorio del laudo arbitral, pues los cambios operados no condujeron a niveles remunerativos por debajo de los establecidos legalmente.

La renuncia ha sido definida clásicamente como un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico,[13] sin contraprestación alguna a cambio.[14] En esa medida, el principio de irrenunciabilidad consiste en la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio.[15]

Si aceptáramos la teoría de la incorporación de los derechos de origen convencional al contrato de trabajo, como "derechos adquiridos", no sería factible que la organización sindical pueda renunciar válidamente a derechos que pertenecen al trabajador individualmente considerado. Pero, ya hemos descartado tal teoría. Los derechos convencionales no se incorporan al contrato de trabajo, sino que se aplican a él de manera exógena, en una suerte de titularidad transitoria en favor del trabajador.

Sin embargo, subsistiría aún una interrogante: ¿tiene competencia el sindicato para renunciar a derechos de los que no es titular? Esto se relaciona con el tema de la naturaleza jurídica del sindicato, es decir, si es representante de la categoría que negocia en nombre ajeno o es la estructura del grupo profesional que lo hace en nombre propio.[16] El sindicato tiene una representación distinta a la civil, no representa los intereses de los trabajadores individualmente considerados, sino los del grupo profesional.[17]

En esa medida, el sindicato está legitimado para determinar el contenido de esos intereses, de acuerdo a las exigencias coyunturales del contexto en el que se desarrolla la negociación colectiva. En eso consiste precisamente la autonomía colectiva. Lo pactado por el sindicato vincula a los trabajadores afectados por estar subordinados al poder normativo de aquél.[18] Después de todo, los trabajadores no pueden anteponer su interés individual al colectivo, luego de haberlo subordinado a éste.[19]

Ahora bien, la noción inicialmente enunciada del principio de irrenunciabilidad de derechos aparentemente no distingue entre los derechos que pueden ser dispuestos por la autonomía privada, sea individual o colectiva, y los que no. Lo cierto es que dicho principio niega eficacia jurídica a las renuncias que pudieran formular los trabajadores, respecto de determinados derechos laborales: los indisponibles, contenidos en normas imperativas, de orden público o mínimas.[20] De manera que, serán válidas las renuncias de los derechos laborales disponibles.[21]

Sin embargo, en nuestra Carta Magna no se hace el distingo, pues se prohíbe genéricamente la renuncia de los derechos reconocidos por ella y la ley (artículo 26, inciso 2). Lo que ocurre es que la gran mayoría de los derechos indisponibles se han generado en normas heterónomas o estatales.

[13] DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. En: Revista de Política Social, No. 85. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970. pp. 9-10.

[14] PRADOS DE REYES, Francisco Javier. Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores. En: Revista de Política Social, No. 127. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1980 p. 57.

[15] PLA RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Montevideo, Depalma, 1975. p. 72

[16] ERMIDA URIARTE, Oscar. La negociación colectiva "in pejus": algunas condicionantes teóricas. ComunicaciÛn al I Encuentro Peruano-Uruguayo de Derecho del Trabajo, 1994. p. 8.

[17] RASO DELGUE, Juan. El principio de la irrenunciabilidad... op.cit. p. 292.

[18] BUENO MAGANO, Octavio. La Representación Sindical. En: Derecho Laboral, tomo XXVI, No. 129, Montevideo, 1983. p. 57.

[19] SANTORO-PASARELLI, cit. en GIUGNI, Gino. Derecho Sindical. Madrid, MTSS, 1983. p. 141.

[20] SERKOVIC GONZALEZ, Germán. Los Principios del Derecho del Trabajo. En: Análisis Laboral, Lima, Vol. XVI, No. 180, junio 1992. p. 21.

[21] NEVES MUJICA, Javier. El principio de irrenunciabilidad de derechos. En: Asesoría Laboral, Lima, año III, No. 32, agosto 1993. p. 23.

Entonces, en virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos no es válida la negociación "in peius" que desconozca derechos laborales indisponibles, consagrados en normas heterónomas imperativas, de orden público o mínimas.

En materia remunerativa, la norma mínima por excelencia es la que establece el monto de la remuneración mínima vital (actualmente, el Decreto de Urgencia No. 10-94, que señala una RMV de S/. 132.00 mensuales). De manera que, si un convenio colectivo o laudo arbitral establece al interior de la empresa montos mayores, podrán pactarse convenios o emitirse laudos posteriores que reduzcan válidamente dichos montos, siempre que no establezcan remuneraciones por debajo de la RMV. En esa medida, la Resolución de la Sala Mixta de Chimbote acertó nuevamente en la consideración que la modificación operada no supuso una renuncia inválida de derechos.

Felicitamos a la revista THEMIS por haber cumplido 30 años difundiendo el derecho, promoviendo la investigación jurídica y brindando lo más actualizado en información legal.

LAOS, AGUILAR, CELI & VINATEA
A B O G A D O S
Pasaje Sucre N° 177, Miraflores, Lima 18, Perú.
Teléfonos (51-1) 445-8728, 445-1832, 447-0935.
Fax (51-1) 444-5335.

Jaime A. Murguia Cavero

NOTARIO - ABOGADO

Av. R. Rivera Navarrete 889 Of. 210 - San Isidro - Lima 27
☎ 4423467 4420300 4426512 Fax: 4420850

NOTARIA Rodríguez Velarde

DR. JAVIER RODRIGUEZ VELARDE
Abogado - Notario

Horario de atención:
De Lunes a Viernes: De 9.00 am a 7.00 pm
Los Sábados de: 9.00 am a 1.00 pm.

Av. Cayma, Edificio Extebandes, Of. 3 (segundo piso) Telefax: 255-559 AREQUIPA

EL PRINCIPIO DE VERACIDAD Y LA "SUBSTANCIACION" PREVIA EN MATERIA PUBLICITARIA* **

Carlos A. Patrón Salinas
Bachiller en Derecho
Exmiembro del Comité Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

I. INTRODUCCION

Desde los inicios de la presente década, la legislación destinada a fomentar el desarrollo de un mercado basado en los principios de la leal y libre competencia y en el respeto de los derechos del consumidor y de la propiedad intelectual, ha experimentado un notable desarrollo en nuestro país. Hoy en día, el modelo implantado por el actual gobierno ha generado expectativas de futuro crecimiento y desarrollo económico; y, se vislumbra, la decisión política de fortalecer las instituciones llamadas a supervisar el funcionamiento adecuado del mercado[1]. Dentro del contexto de esta significativa reforma legislativa cobran singular importancia las normas dirigidas a la protección del consumidor; entre las cuales destacan el Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, y el Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en el Perú coexistían una serie de dispositivos legales disímiles e incluso contradictorios en materia de actividad publicitaria. Esta dispersión trascendía a las distintas dependencias gubernamentales encargadas de supervisar tal actividad, generándose "una suerte de incertidumbre jurídica que era preciso erradicar"[2]. Quizás el principal mérito del Decreto Legislativo N° 691 radica precisamente en haber reunido en un único y ordenado cuerpo legal los principios que rigen la publicidad comercial y en haber concentrado su supervisión en una sola autoridad estatal[3].

* A Luz Israel y Ramón Vidurrizaga, por su amistad.

** Agradezco los comentarios proporcionados por Ana María Patrón y Alfonso Rivera.

[1] Ver discurso pronunciado por el Presidente de la República, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, en CADE '95. En: Diario Oficial El Peruano, 7 de noviembre de 1995, Separata Especial.

[2] DELGADO ZEGARRA, Jaime y Crisólogo CÁCERES VALLE. Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial. Lima: Instituto de Derecho del Consumidor, 1993, p. 22.

[3] Si bien existen otras dependencias gubernamentales que, por razón de especialidad, supervisan la actividad publicitaria, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal es la única autoridad que puede aplicar sanciones administrativas en esta materia (Ver artículo 29° del Decreto Legislativo N° 691).

No cabe duda que hoy la "publicidad se manifiesta (...) como una de las actividades más importantes a través de la cual el empresario se pone en contacto con la gran masa de consumidores, a fin de lograr un mayor número de contratos para sus bienes o servicios"[4]. De esta manera, la publicidad se presenta como una herramienta indispensable en un mercado que pretende inspirarse en los principios de la libre competencia.

El presente comentario pretende trazar de manera preliminar los fundamentos que subyacen al principio de veracidad en materia publicitaria. Por otro lado, pretendemos establecer algunos criterios a partir de los cuales resulte posible determinar sobre quién debe recaer la carga de probar la veracidad o no de las afirmaciones diseminadas a través de la publicidad comercial. Para ello, nuestro enfoque se limita a comparar las opciones de imponer dicha carga ya sea en los consumidores o en los anunciantes, excluyendo del análisis, en esta oportunidad, el rol que la administración pública podría desempeñar en esta materia.

La resolución materia de comentario ha sido elegida, más que por su resonancia en los medios de comunicación o por la importancia de las partes involucradas en la misma, por razón a que ésta resulta ser clara y didáctica, a la vez que establece algunos precedentes administrativos de suma relevancia para la actividad publicitaria.

II. ¿QUE SUCEDIO?

El día 8 de agosto de 1995, la empresa COAINSA COMERCIAL S.A. denunció a UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. ante la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, por haber incurrido en actos de engaño tipificados en el artículo 9° del Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, al difundir información incorrecta respecto a la composición química del fertilizante VERDEggio, producto elaborado por esta última empresa.

La denuncia presentada por COAINSA COMERCIAL S.A. se sustentaba en el hecho que en folletos que promocionaban el fertilizante VERDEggio y en los envases (sacos de polipropileno) del mismo se había consignado que éste estaba compuesto principalmente en un 15% de nitrógeno, en un 15% de fósforo, en un 17% de potasio, en un 12% de calcio y en un 2% de magnesio. Los altos porcentajes publicitados por UNION AGROQUIMICA S.A. llamaron la atención de su competidor, despertando sospechas que posteriormente llevaron a la denunciante a verificar la veracidad de los mismos. En este sentido, COAINSA COMERCIAL S.A. acudió a SGS DEL PERU S.A., laboratorio de ensayo acreditado ante el INDECOPI, a fin de realizar los ensayos químicos pertinentes sobre una muestra del referido fertilizante. Los ensayos practicados arrojaron como resultado que el producto VERDEggio estaba compuesto en un 3.11% de nitrógeno, en un 5.4% de fósforo, en un 1.09% de potasio, en un 12.5% de calcio y en un 1.8% de magnesio.

Recibida la denuncia, y atendiendo a la naturaleza de los medios empleados para difundir la composición química controvertida, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante la Comisión) decidió tramitar ésta en la vía procedimental prevista por el Decreto Legislativo N° 691.[5]

Posteriormente, durante la tramitación del proceso, la Comisión requirió de oficio a la empresa denunciada para que acreditase, mediante la presentación de un informe de ensayo practicado por un laboratorio debidamente acreditado ante el INDECOPI[6], la veracidad de la composición química diseminada en los anuncios materia de denuncia, en ejercicio de la potestad conferida a aquélla por el artículo 15° del Decreto Legislativo antes mencionado.

[4] LEMA DEVESA, Carlos. En torno a la Publicidad Engañosa. En: Actas de Derecho Industrial, Tomo IV, 1977, p. 294.

[5] Mediante el Decreto Legislativo N° 788, de fecha 31 de diciembre de 1994, se fusionaron en la actual Comisión la Comisión Nacional de Supervisión de la Publicidad (CONASUP) y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Así, en el plano funcional, la actual Comisión es competente para conocer dos procesos administrativos diferenciados (el contenido en el Decreto Ley N° 26122 y el previsto en el Decreto Legislativo N° 691), siendo su potestad adaptar las denuncias presentadas a la vía procedimental que considere apropiada.

[6] De conformidad con lo dispuesto por el artículo 26° del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paarancelarias del INDECOPI se encuentra facultada para acreditar Laboratorios de Ensayo. Actualmente se encuentran acreditados los siguientes laboratorios: *International Analytical Services* S.A. (INASSA), SGS del Perú S.A., Certificaciones del Perú S.A. (CERPER S.A.) y ARPL Tecnología Industrial S.A.

La empresa UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. presentó un informe que contenía el resultado de un análisis por difractometría de rayos X practicado por el Laboratorio de Espectrometría de la Facultad de Ingeniería Geológica Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería. Este análisis concluyó que la muestra materia de estudio estaba compuesta principalmente en un 14% por urea [CO(NH2)2], en un 15% por superfosfato de calcio simple [$Ca(H_2PO_4)_2$], en un 17% por sulfato neutro de potasio [K_2SO_4], en un 13% por sulfato de calcio (anhidrita) [$CaSO_4$] y en un 1.8% por sulfato de magnesio heptahidratado (epsomita) [$MgSO_47H_2O$].

III. ¿COMO RESOLVIO LA COMISION?

Lima, 19 de octubre de 1995

Resolución N° 073-95-C.P.C.D.

VISTOS: El expediente N° 098-95-C.P.C.D iniciado por COAINSA COMERCIAL S.A. contra UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. por presuntas infracciones a las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor; y,

CONSIDERANDO:

(...)

6. Que, en el extremo de la denuncia referido a la publicidad por medio de envases, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, se entiende publicidad por envase a toda referencia distinta a la información propia de las normas de rotulado, y la información técnica del producto;

7. Que, por otro lado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15° y 16° del Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, es obligación de los proveedores consignar en los envases de los productos ofertados la información referida a los componentes del producto anunciado;

8. Que, en este sentido, siendo que los componentes químicos del producto VERDEggio constituyen una información propia del rotulado de los productos que debe consignarse en éstos, no se configura en cuanto a este extremo de la denuncia un supuesto de infracción publicitaria a través de envases; no resultando, por ende, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal competente para conocer la denuncia en este extremo, debiendo ponerse la misma en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor;

9. Que, el artículo 4° Decreto Legislativo N° 691 establece que los anuncios no deberán contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, en especial sobre las características del producto, el precio y las condiciones de venta;

10. Que, el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 señala que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión, de oficio o de parte;

11. Que, para efectos de interpretar la norma transcrita en el considerando anterior debe atenderse a lo dispuesto en esta materia por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, según el cual está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos, y por el artículo 9° del Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como acto de engaño la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas que realmente ofrecen los productos o prestaciones anunciados;

12. Que, en tanto los proveedores de bienes y servicios, gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, adquieren y utilizan de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre las materias primas y otros factores involucrados en sus procesos productivos, la racionalidad de las normas transcritas en los considerandos anteriores se orienta a proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado, motivo por el cual es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz;

13. Que, tanto el respeto a la libre y leal competencia como el interés colectivo de los consumidores exige que los anunciantes estén en capacidad de acreditar, en cualquier estado de los procesos referidos a publicidad comercial, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones que difunden por medio de sus anuncios, pues éstas sirven de sustento a las decisiones de consumo que adopta el público; ello quiere decir que los anunciantes tienen el deber de contar, antes de lanzar una campaña publicitaria, con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios publicitados;

14. Que, el informe emitido por el laboratorio de la Facultad de Ingeniería Geológica, Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería, presentado por la denunciada, que corre a fojas 60 y ss., no es prueba suficiente para demostrar la veracidad de la composición química atribuida al producto VERDEggio en los folletos materia de denuncia, toda vez que el referido laboratorio no se encuentra acreditado ante el INDECOPI; no obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 197° del Código Procesal Civil, todos los medios probatorios deben ser valorados por el juzgador en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada;

15. Que, en el folleto materia de denuncia se anuncia que "VERDEggio es un fertilizante compuesto (...) que contiene 3 elementos principales (mayores)...": 15% de nitrógeno, 15% de fósforo y 17% de potasio;

16. Que, en el informe de laboratorio presentado como medio probatorio por la denunciada no se indican las referencias de los métodos de ensayo utilizados; por otro lado, el referido análisis concluye cuáles son los valores de los compuestos (sales) de la muestra analizada más no cuáles son los valores de los elementos químicos que la componen;

17. Que, en lo referido al porcentaje de nitrógeno contenido en el producto VERDEggio, el análisis efectuado por el laboratorio de la Facultad de Ingeniería Geológica, Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería, concluye que la muestra analizada contenía un 14% de úrea; en este sentido, si bien la úrea contiene nitrógeno, en el referido análisis no se indica el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; por otro lado, habiéndose determinado que el producto analizado contenía un 14% de úrea, atendiendo a que el nitrógeno es un elemento químico que compone la úrea y que en el referido análisis no se indica el contenido de este elemento bajo alguna otra forma, debe concluirse que el valor del nitrógeno contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 15% publicitado;

18. Que, en lo referido al porcentaje de fósforo contenido en el producto VERDEggio, el análisis mencionado en el considerando anterior no indica el valor de este elemento químico en la muestra estudiada, señalando únicamente que esta última contenía un 15% de superfosfato de calcio simple; en este sentido, si bien el superfosfato de calcio simple está compuesto, entre otros elementos, por fósforo, en el análisis no se determina el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; razón por la cual, debe concluirse, en base a las mismas razones expuestas en el caso del nitrógeno, que el valor del fósforo contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 15% anunciado;

19. Que, en lo referido al porcentaje de potasio contenido en el producto VERDEggio, el informe del resultado de análisis presentado por la denunciada señala que la muestra analizada contenía un 17% de sulfato neutro de potasio; en consecuencia, siendo que el sulfato neutro de potasio está compuesto, entre otros elementos, por potasio el referido análisis no determina el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; razón por la cual, al igual que en los elementos señalados en los considerandos anteriores, el valor del potasio contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 17% publicitado;

20. Que, por las razones expuestas, la empresa denunciada no ha acreditado la veracidad de la información contenida en los folletos publicitarios materia de denuncia referida a la composición química del producto anunciado; razón por la cual, debe concluirse que la denunciada ha infringido lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691;

21. Que, el artículo 15° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI establece que para la aplicación de sanciones por infracciones al Decreto Legislativo N° 691, se tendrá en consideración la naturaleza del medio de comunicación empleado y las posibilidades técnicas que éste ofrece para su difusión; siendo a su vez criterio de la Comisión establecer dichas sanciones en función a la gravedad de la falta cometida por el agente, los beneficios obtenidos a raíz del desarrollo de la práctica ilícita y el comportamiento del mismo a lo largo del proceso;

22. Que, de conformidad con el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 788, se creó la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal para velar por el cumplimiento de las normas de publicidad en defensa del consumidor aprobadas por Decreto Legislativo N° 691 y por el cumplimiento de las normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley N° 26122;

La Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal en su sesión de fecha 19 de octubre de 1995,

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por COAINSA COMERCIAL S.A. contra UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. en el extremo referido a la difusión de información engañosa en los envases del producto VERDEggio, oficiando a la Comisión de Protección al Consumidor para los fines pertinentes; y, **FUNDADA** en el extremo referido a la información difundida por medio de folletos, por infringir lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691.

SEGUNDO: MULTAR a la empresa denunciada UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. con 2 (dos) U.I.T. y ordenar que en sus futuros anuncios consigne los porcentajes correspondientes a los verdaderos valores de los elementos químicos contenidos en sus productos;

TERCERO: Ordenar que la denunciada cumpla con lo ordenado por la presente resolución en un plazo no mayor a 3 días de recibida la notificación de la misma, bajo apercibimiento de imponer una sanción de 4 U.I.T. y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 691. **Dr. Alejandro Falla, Dra. Pilar Dávila, Sr. Alfredo Castillo, Ing. Luis Cabieses.**

IV. COMENTARIO

4.1 Problemas de información asimétrica

En una economía a escala, como regla general, los consumidores individualmente considerados se encuentran en una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios; en otras palabras, que permite que éstas sean razonables.

Diariamente debemos tomar decisiones de consumo, optando entre los distintos bienes y servicios que nos ofrece el mercado, dentro de nuestras posibilidades económicas. "Un consumidor, por ejemplo, debe cotejar las compras que desea efectuar con las posibilidades de gasto que le brinda un presupuesto restringido. Dentro de este cálculo, el consumidor no sólo tomará en cuenta cuáles son los bienes que desea adquirir, sino también cuántos de ellos puede efectivamente comprar; y, más importante aún, cuáles y cuántos bienes distintos al primero deberá de deja de comprar para así adquirir el deseado. De esta forma, los consumidores evalúan las posibilidades de gasto que tiene frente a sí y asignan sus recursos escasos a los fines que, en su opinión, les reporten más utilidades, es decir, a aquéllos que les representen la adquisición de un mayor valor por unidad monetaria."[7]

Sin embargo, sin un adecuado suministro de información, la libertad de elección de los consumidores se vería seriamente limitada. Por un lado, la información permite que los consumidores puedan conocer las alternativas que les ofrece el mercado; por otro, la información permite comprender suficientemente las implicancias de cada una de ellas y, sobre todo, facilita la comparación. Así, un suministro adecuado de información relevante evitará que los consumidores incurran innecesariamente en costos de oportunidad[8] a la vez que les permitirá adoptar las decisiones de consumo que mejor satisfagan sus necesidades.

Asimismo, el conocimiento en sí muchas veces resulta ser materia de elección. En este sentido, un consumidor puede elegir adquirir mayor información si considera que esta elección mejorará su decisión de consumo lo suficiente como para que valga el esfuerzo. Sin embargo, cuando los costos en el acceso a esta información exceden nuestras expectativas de mejoramiento, lo razonable sería decidir no

[7] FELICES SAAVEDRA, Enrique. La Elección Colectiva y el Análisis Económico de los Procesos Políticos. En: THEMIS - Revista de Derecho, 1994, N° 30, p. 298.

[8] Para los efectos del presente comentario, entendemos como costo de oportunidad las pérdidas generadas a un consumidor al no haber tomado la decisión que, según sus intereses, le reporte los mayores beneficios.

adquirir conocimientos adicionales. En el caso que nos ocupa, dicha información básicamente estaría relacionada a verificar la veracidad de las afirmaciones diseminadas por los anunciantes respecto a las características de los bienes y servicios publicitados, sus precios y las condiciones de venta. Como veremos más adelante, comúnmente no existe una manera práctica para que un consumidor verifique la veracidad de las características que los anunciantes atribuyen a sus productos, con anterioridad a la adquisición de los mismos.

Trebilcock resume el problema de la información asimétrica de la siguiente manera: *"Thus, how much information is requiered for the exercise of autonomous choices presents a complex puzzle: it is difficult to conceive of a choice as autonomous without basic information on its implications, but because information is often costly it may be rational to choose to forgo the acquisition of further information where its expected benefits are less than its expected costs."*[9]

4.2 La actividad publicitaria y su regulación

Como hemos esbozado en párrafos anteriores, la información constituye una condición previa para una elección razonable por parte de los consumidores[10]. Con ella, se busca garantizar la transparencia en el mercado -es decir, el conocimiento completo que poseen los participantes en el mercado sobre sus ofertas y demandas-, necesaria para alcanzar mayor eficiencia en las negociaciones.

Por otro lado, cotidianamente apreciamos la proliferación de productos de consumo que ingresan a competir en el mercado, elaborados con estándares tecnológicos cada vez más complejos. De esta manera, la posibilidad de que un consumidor pueda acceder por sus propios medios a conocimientos respecto al modo de fabricación, los componentes, las características u otra información pertinente para su elección de consumo, resulta ser un sueño difícil de soñar. En la práctica, dicha información sólo es manejada adecuadamente por las empresas que ofrecen los mencionados productos. (Ver considerando 12 de la resolución comentada)

Ante esta realidad, la labor creativa del Derecho reside en establecer las vías y modos de comunicación adecuados para transmitir esta información a los consumidores (v. gr. en el rotulado de productos envasados). Entonces, la pregunta que cabe hacerse es si la publicidad constituye o no una vía de comunicación adecuada para estos fines.

Publicidad, como el propio término lo insinúa, significa comunicación pública. Ello, sin embargo, no implica que toda actividad publicitaria tenga por propósito el informar [11]. Cabe en este momento distinguir entre la publicidad con fines de interés público y la publicidad con fines comerciales. La primera es aquella cuyo mensaje publicitario no es contratable ni se circunscribe al ámbito económico. Ejemplos cercanos a nuestra reciente experiencia son los anuncios de radio y televisión difundidos con propósito de la campaña "Comprobante de Pago" de la SUNAT o los difundidos en la campaña de preservación de los delfines.

Por otro lado, la publicidad comercial propiamente dicha tiene por finalidad fomentar el consumo de bienes o la utilización de servicios. "Tomado un producto, por sí generalmente similar a otros de su clase, la publicidad tiene la misión de sacar a la luz aquellos aspectos que lo individualizan, apoyándose en la diferente concurrencia de los valores dados."[12] Así, la publicidad comercial no es más que una forma de "marketing" o una herramienta, quizás la más eficaz, con la que cuentan los proveedores en el mercado para distinguir sus productos o servicios de los de sus competidores, con el propósito de promover su adquisición. La publicidad comercial, entonces, busca satisfacer un interés del productor, comerciante o empresario. Siendo así, compartimos plenamente la idea que la "publicidad es, en este sentido, una manifestación o componente

[9] TREBILCOCK, Michael J. The limit of freedom of contract. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 103

[10] Kim Lane Scheppele (citada por TREBILCOCK, Michael J., ob. cit., p. 102) sostiene: *"Information plays a dual role in rational choice theory. On one hand, it is a precondition of choice. That is, one needs a certain amount of information in order to be able to imagine one's alternatives, to understand enough of their implications to be able to distinguish among them, and to assess wich one would best realize one's aims. All this requieres quite a lot of knowledge and, generally speaking, the more the better. On the other hand, knowledge is itself an object of choice; that is, one can choose whether to acquire more information. Whether one decides to acquire more information depends not only on what one already knows but on one's estimates of the chances that more knowledge will improve the decision enough to be worth one's efforts. Generally speaking, in such a situation the less additional knowledge one needs, the better."*

[11] Ver DESANTES GUANTER, J. M.. El Marco Jurídico de la Publicidad en el Contexto de la Información. En: Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad. Madrid: 1980.

[12] Publicidad. En: Biblioteca Deusta de Dirección y Organización. Tomo III. Bilbao: Ediciones Deusto, 2a ed., p. 73.

de la libertad de empresa, y no cabe pretender reducirla a un instrumento de política de educación e información de los consumidores. Si es tal, la publicidad (comercial) busca la incitación o persuasión, y no la información. Informará en la medida en que los datos sean un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio, mientras que procurará silenciar la información de datos menos favorables."[13] ¿Debe por ello concluirse que la publicidad no constituye una vía de comunicación adecuada para compensar la desventaja en la que se encuentran los consumidores debido a los problemas de información asimétrica antes explicados?

Algunos autores como Pasquau Liaño consideran que, como una manifestación más de la llamada "función social" de la empresa "cabe 'gravar' el derecho a la actividad publicitaria con una 'carga' de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto o servicio anunciado, cuyo incumplimiento pueda determinar la ilicitud de la publicidad"[14]. Por lo contrario, nuestra opinión es que la regulación estatal restringe la libre competencia; y, consideramos que, en todo caso, deben potenciarse otras vías para informar adecuadamente a los consumidores.

Sin embargo, la regulación de la publicidad comercial debe, como veremos a continuación, exigir la veracidad de la información diseminada en los anuncios. Esta es la manera como la regulación de la actividad publicitaria puede contribuir a alcanzar el objetivo de transparencia en el mercado. Lo que se debe regular no es el tipo o cantidad de información que ha de ser difundida en los anuncios sino, por el contrario, la prevención de los excesos en los que pueden incurrir los anunciantes con el propósito de captar clientela. En síntesis, la "publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso -en cierto modo- 'manipuladora', pero en todo caso ha de ser veraz"[15].

4.3 El principio de veracidad en materia publicitaria

El engaño -concebido en términos generales como el acto por el cual un competidor genera una impresión falaz respecto de sus propios productos o servicios- es probablemente la forma más común de competencia desleal. Como ha señalado la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), *"misleading can have quite serious consequences: the consumer, relying on incorrect information, may suffer financial (or more harmful) prejudice. The honest competitor loses clients. The transparency of the market diminishes, with adverse consequences for the economy as a whole and economic welfare."*[16]

Por otro lado, el medio más común a través del cual se ejerce el engaño en las relaciones comerciales es la publicidad. Por ello, en la mayoría de los países, entre los cuales se encuentra el Perú, se ha optado por una legislación especial que prevea específicamente la tutela contra el engaño publicitario[17].

La exigencia del principio de veracidad en materia publicitaria no es más que una manifestación dentro del género de represión del engaño en las relaciones comerciales. (Ver considerando 11 de la resolución comentada) Hoy, con el desarrollo de los medios de comunicación masiva, la difusión publicitaria de afirmaciones falaces conlleva a que, por un lado, se multipliquen los efectos distorsionantes que esta actividad produce en la competencia; y, que potencialmente dicha conducta sea susceptible de afectar el derecho a la libertad de elección de un mayor número de consumidores.

El caso materia de comentario ilustra un claro ejemplo de infracción al principio de veracidad: un productor atribuye a sus productos, por medio de folletos publicitarios, una composición química falsa. Las consecuencias son claras. Por un lado, la única alternativa que tendría un consumidor -esto es, un agricultor en el presente caso- para verificar la veracidad de la composición química atribuida al fertilizante promocionado sería adquirir una muestra y practicarle un ensayo de laboratorio, con los costos que ello implica. El agricultor tendría que seguir este procedimiento con todos los fertilizantes ofrecidos en el mercado a fin de determinar cuál de éstos es el más conveniente para sus intereses.

[13] PASQUAU LIAÑO, Miguel. Control Jurídico de la Actividad Publicitaria. En: Comentarios a la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Madrid: Civitas, 1992, p. 143.

[14] Ob. cit., loc. cit.

[15] Ob. cit., p. 144

[16] OMPI. *Protection Against Unfair Competition. Analysis of the Present World Situation.* Geneva: 1994, p. 37.

[17] Ob. cit., p. 40

El fundamento para exigir la veracidad de las afirmaciones publicitarias yace en el simple hecho que es prácticamente imposible que un consumidor pueda verificar las características que los anunciantes atribuyen a sus productos, antes de adquirir los mismos. Ahora, si dichas características son engañosas, el consumidor probablemente terminará invirtiendo sus escasos recursos en la adquisición de un bien que no satisfacerá plenamente sus necesidades: celebrará una transacción ineficiente. Si, por el contrario, requiriésemos a los consumidores verificar por su cuenta y costo la veracidad de las afirmaciones difundidas en los anuncios de todos y cada uno de los productos que diariamente necesitan adquirir, la celeridad en el tráfico de bienes y servicios se vería drásticamente restringida, desequilibrando las bases mismas de nuestra organización económica. (Ver considerando 12 de la resolución comentada)

El funcionamiento adecuado del mercado exige, por ende, que los competidores concurran de manera leal, que capten mayor número de clientes porque ofrecen un mejor producto o servicio, porque la calidad de éstos es superior, porque sus precios son más cómodos o las condiciones de venta más convenientes y no porque engañan a los consumidores; asimismo, el mercado requiere de transparencia que facilite, simplifique y acelere el intercambio económico.

4.4 La carga de probar y la "substanciación" previa

Corresponde ahora preguntarnos quién debe probar la veracidad de las afirmaciones diseminadas en los anuncios. En la mayoría de los sistemas procesales del mundo la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión. Aplicando este criterio, correspondería al consumidor afectado con la publicidad engañosa demostrar dentro de un proceso, en nuestro caso administrativo, que las afirmaciones diseminadas en un anuncio son falsas y que éstas lo indujeron a error. Sin embargo, los elevados costos de probanza desincentivarían la presentación de denuncias por parte de los consumidores. Ello nos lleva a concluir que la carga de probar no puede ni debe recaer en los consumidores.

Como hemos señalado anteriormente, dada la asimetría de información y de recursos existentes entre los proveedores y los consumidores, económicamente resulta más razonable e impone un costo social menor, requerir a los fabricantes probar las afirmaciones diseminadas en sus anuncios. En este sentido, jurisprudencia de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos de América justifica tal requerimiento en el hecho que los proveedores cuentan con las posibilidades técnicas, los conocimientos, el equipo, el tiempo y los recursos necesarios para tal fin[18].

La OMPI señala que, por ejemplo, la Comunidad Económica Europea ha dictado directivas sobre publicidad engañosa que obligan a los Estados miembros a requerir a los anunciantes proporcionar evidencia respecto a la veracidad de las afirmaciones difundidas en su publicidad cuando tal requerimiento sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular[19]. Algunos países -entre los cuales destacan Bélgica, Dinamarca, Francia y Holanda- han optado por "invertir" la carga de la prueba.

Un caso que resulta de particular interés es el de los Estados Unidos de América. La *Federal Trade Commission* -la autoridad administrativa o agencia federal más importante en los Estados Unidos para temas relacionados a la competencia y a la protección del consumidor- ha desarrollado en las últimas décadas la teoría de la "base razonable". Según esta teoría, si un anunciante asevera algo objetivo al publicitar un producto o servicio (v. gr., la mayoría de los médicos recomiendan, estudios demuestran, etc., para poner algunos ejemplos evidentes) se debe a que aquél cuenta con el sustento necesario (con una base razonable) para creerlo cierto, o por lo contrario no lo habría afirmado. De ahí que los anunciantes tengan la obligación legal de "substanciar" todas las aseveraciones objetivas referidas a sus productos, antes de diseminar éstas en su publicidad[20]; no hacerlo constituye,

[18] PFIZER, INC. *Federal Trade Commission*, 1972. CCH Trade Reg. Rep. 20,056.

[19] OMPI, ob. cit, p. 44.

[20] *"Objective claims for products or services represent explicitly or by implication that the advertiser has a reasonable basis supporting these claims." Federal Trade Commission Policy Statement Regarding Advertising Substantiation, issued July* 27, 1984, mimeo.

dentro de este razonamiento, un acto desleal y engañoso[21].

En lo concerniente a la legislación peruana, el Decreto Legislativo N° 691 ha optado por una posición intermedia. El artículo 15° de la mencionada Ley dispone que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, de oficio o a pedido de parte.

Así, por un lado, la posición adoptada por la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa de los Consumidores se asemeja a la propuesta por las directivas de la Comunidad Económica Europea en tanto será obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios ante el requerimiento de la autoridad competente. Sin embargo, a diferencia de las citadas directivas, del texto del artículo 15° antes referido no se desprende que para el ejercicio de tal requerimiento resulte necesario que éste sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular.

Por otro lado, la opción peruana no constituye propiamente un supuesto de la mal llamada "inversión" de la carga de la prueba. Si fuese así, sería obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios sin mediar requerimiento de la autoridad competente.

Finalmente, el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 señala que las afirmaciones difundidas en los anuncios serán susceptibles de ser probadas por los anunciantes en cualquier momento y sin dilación. Ello implicaría que los anunciantes deberían contar con el material probatorio o "substanciación" necesaria con anterioridad a la diseminación de su publicidad, posición que se asemejaría más a la teoría de la base razonable construida por la *Federal Trade Commission*.

El caso materia de comentario resulta pues de particular interés en tanto constituye el primer precedente administrativo que consagra la obligación de los anunciantes "de contar, antes de lanzar una campaña publicitaria, con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios publicitados". (Ver considerando 13 de la resolución comentada)

4.5 La publicidad por medio de envases

Anteriormente hemos afirmado que la labor del Derecho reside en encontrar mecanismos adecuados para transmitir información relevante a los consumidores para que puedan efectuar sus decisiones de consumo; entre los cuales encontramos el rotulado de productos envasados. A través de las normas de rotulado exigimos a los proveedores (productores, importadores, distribuidores, etc.) difundir determinada información en los envases de sus productos. Así, diariamente adquirimos productos en cuyas envolturas podemos leer qué empresa los importó, cuáles son sus ingredientes y sus valores nutricionales, por citar algunos ejemplos.

Asimismo hemos afirmado que la publicidad (comercial) es un mecanismo de comunicación pública cuya finalidad principal no es la de informar a los consumidores: informará en la medida en que los aseveraciones difundidas puedan ser un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio promocionado.

En este sentido, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, guarda coherencia con los lineamientos antes expresados al señalar que se entiende como publicidad por envase a toda referencia distinta a la información propia de las normas dea rotulado, y la información técnica del producto (v. gr., consignar una frase como "sabor a pura naranja" en el envase de un jugo soluble).

[21] Uno de los primeros precedentes en esta materia fue el fallo emitido por la *Federal Trade Commission* en el caso PFIZER INC. En dicho caso, la referida empresa había difundido por medio de la radio y la televisión que su producto UN-BURN anestesiaba los nervios en piel sensible por insolación. La mencionada resolución fundamentó la necesidad de exigirle a los anunciantes que cuenten con una base razonable que sustente sus afirmaciones de la siguiente manera:

"The consumer is entitled, as a matter of marketplace fairness, to rely upon the manufacturer to have a 'reasonable basis' for making performance claims. A consumer should not be compelled to enter into an economic gamble to determine whether a product will or will not perform as represented. The economic gamble involved in a consumer's reliance upon affirmative product claims is created by the vendor's activities, and cannot be easily avoided by consumers. Taking a different analytical perspective and weighing the minimal cost for affirmative product claims, against economic losses to consumers which can be fairly be ascribed to advertising claims lacking such reasonable basis (losses wich are, in a practical sense unavoidable for the consumer), it is likewise clear that economic fairness requires that this obligation be imposed on vendors."

Así, atendiendo a lo dispuesto por la norma señalada en el párrafo precedente, la resolución comentada concluye que el consignar una composición química engañosa en el envase de un producto, no configura un supuesto susceptible de ser sancionado por las normas que supervisan la publicidad comercial. (Ver considerandos 6, 7 y 8 de la resolución comentada)

V. A MANERA DE CONCLUSION

El presente comentario no pretende más que esbozar los fundamentos que subyacen al principio de veracidad en materia publicitaria y que determinan la racionalidad de imponer a los anunciantes el costo de sustentar las aseveraciones objetivas diseminadas a través de los anuncios que promocionan la adquisición de los bienes y servicios existentes en el mercado.

Así, básicamente, hemos concluido que el principio de veracidad en materia publicitaria se sustenta en razones de asimetría de información y de recursos económicos. Asimismo, ésta asimetría justifica que el costo de probar las afirmaciones objetivas difundidas a través de material publicitario recaiga básicamente sobre los anunciantes y no sobre los consumidores.

Lo expresado en páginas anteriores contituye simplemente un trabajo preliminar en un campo poco explorado en nuestro medio. Esperamos con él contribuir a que en el futuro mayores estudios sean elaborados en esta materia.

ENRIQUE COSTA SAENZ
NOTARIO DE LIMA

Lampa 879 Of. 212 - 214

Telfs. 427.4446 - 427.8798
Fax: 428-1392

EL SECIGRA-DERECHO: ¿QUE PIENSAN LOS ESTUDIANTES?*

Hace tres años, el Presidente Fujimori decidió instaurar en el Perú el Servicio Civil de Graduandos en Derecho (SECIGRA - DERECHO)[1]. La idea no era nueva. De hecho, en nuestro país ha existido desde hace bastante tiempo un servicio similar, que es prestado por los médicos recién graduados, en las zonas rurales. Sin embargo, la propuesta motivó una serie de comentarios a favor y en contra que hasta la fecha se mantienen. Ciertamente, entre los estudiantes de Derecho también pueden observarse diversas perspectivas. Lo criticable es que éstas no se cotejaran en su oportunidad y aún hoy no sean tomadas en cuenta para la reformulación del sistema.

El presente trabajo constituye una aproximación a la opinión de los principales involucrados en el SECIGRA - DERECHO. No responde a ninguna idea preconcebida, positiva o negativa, sobre el servicio. Intenta graficar lo más objetivamente posible el resultado de una investigación que **THĒMIS - Revista de Derecho** realizó en cuatro universidades de Lima durante el semestre pasado. Consideramos que las conclusiones del trabajo son interesantes y merecen ser revisadas por quienes, directa o indirectamente, se encuentran comprometidos con el SECIGRA.

Para la elaboración del trabajo de campo se aplicaron 270 encuestas a estudiantes que cumplieron su SECIGRA durante el presente año[2]. Paralelamente, se consultó la opinión de algunas autoridades encargadas de la organización de este servicio.

ORGANIZACION

El diseño del SECIGRA compromete el trabajo conjunto de diversas instituciones:

* El presente trabajo fue realizado por Marina Lazarte Zabarburú y Fernando Molina Rey de Castro, miembros de **THEMIS - Revista de Derecho**. Se agradece por la colaboración prestada en esta investigación a Gustavo Lazo y Fernandi Piérola.

[1] El Servicio Civil de Graduandos SECIGRA - DERECHO fue creado el 24 de diciembre de 1992. El servicio debe ser prestado en forma obligatoria por los estudiantes de las facultades de Derecho de las universidades del país, como condición para la obtención del título de abogado. La finalidad del SECIGRA - DERECHO, según el artículo 2 del Decreto Ley N° 26113 que lo implementó, es "coadyuvar a una más pronta y eficiente administración de justicia y administración pública, ampliando el ejercicio práctico de la profesión e incentivando la responsabilidad social del graduando".

[2] Se aplicaron encuestas a estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Particular San Martín de Porres.

- Las unidades receptoras. Se trata de dependencias de carácter público en las que se requiere servicios jurídicos. También se comprende en el concepto a los consultorios jurídicos gratuitos, dependientes de las instituciones de promoción y apoyo a la población.

- La Oficina Central de SECIGRA del Ministerio de Justicia. Esta oficina tiene a su cargo la organización y coordinación del SECIGRA. Entre sus funciones se encuentran: (i) asignar a los alumnos a sus respectivas unidades receptoras tomando en cuenta la información de las facultades, y (ii) recibir denuncias sobre irregularidades cometidas por secigristas o por los integrantes de las unidades receptoras.

- Las facultades de Derecho de las universidades del país. En cada facultad se constituye una oficina responsable del SECIGRA, dedicada fundamentalmente a preparar programas de capacitación previa para los estudiantes -conforme a las necesidades de las unidades receptoras- y a establecer un sistema de supervisión permanente del secigrista. La oficina responsable de cada facultad se encuentra a cargo de un coordinador, quien debe designar supervisores (a razón de uno por cada treinta alumnos). Los supervisores están encargados del seguimiento de la labor de cada secigrista. Están obligados también a prestar el apoyo que sus supervisados requieran y a recibir las quejas presentadas por éstos.

Una efectiva organización del SECIGRA requiere de una constante coordinación entre las unidades receptoras, la Oficina Central del Ministerio de Justicia y las universidades, ya que sólo de esta forma se puede intercambiar información acerca de cómo se va realizando el servicio de manera integral. Un adecuado nivel de coordinación permitiría detectar oportunamente las deficiencias del sistema y corregirlas a tiempo.

En la actualidad son considerables las críticas referidas a la falta de coordinación entre las instituciones comprometidas en la ejecución del SECIGRA. A juicio de los alumnos, la descoordinación genera que en repetidas ocasiones las unidades receptoras no sigan las instrucciones y sugerencias de las universidades. De esta suerte, algunas unidades receptoras no se sujetan al esquema general diseñado para el servicio, sino que diseñan mecanismos propios de selección de secigristas, exigen horarios distintos a los establecidos o imponen condiciones ajenas a las establecidas.

Una muestra de la descoordinación existente es el nivel de las quejas presentadas por los secigristas que no han sido resueltas. La escasa atención que se presta a éstas genera ciertamente un malestar entre los secigristas que han tenido algún problema durante la prestación del servicios.

Quejas resueltas	32.7%
Quejas sin resolver	67.3% [3]

El elevado porcentaje de quejas sin resolver brinda también un indicio de las deficiencias del sistema de atención a los secigristas, más aún si se toma en cuenta el reducido número de quejas presentadas. Es fácil prever que la situación se agravaría si aumentara repentinamente el número de quejas interpuestas.

En la mayor parte de los casos, quienes teóricamente deben encargarse del seguimiento y apoyo al alumno -los supervisores- no tienen el contacto necesario con los secigristas a su cargo. Esta situación es claramente perjudicial para el sistema, pues el supervisor es una figura clave de control de las funciones del estudiante y de la unidad receptora donde se desempeña. Consultados al respecto, los secigristas manifestaron lo siguiente:

Existe un contacto permanente	40.5%
Contacto esporádico	36.5
No existe contacto	23.0

Algunas autoridades explican que el contacto es difícil debido a que para las universidades resulta extremadamente complicado mantener económicamente a un supervisor a tiempo completo. Por esta razón, las facultades de Derecho se ven obligadas a recurrir a personas que desarrollan otras activida-

[3] Sin embargo, es necesario precisar que el 75% de los alumnos encuestados no presentaron queja alguna a los supervisores, actitud que contrasta en gran medida con la reflejada en la encuesta, donde las críticas fueron abundantes.

des y que no pueden dedicarse plenamente a la labor de supervisión. De esta forma, la creación del SECIGRA ha significado para las universidades una carga en tiempo y dinero que en circunstancias económicamente apremiantes ha sido difícil de asumir.

Del mismo modo, la descoordinación existente origina que el pago inoportuno del estipendio sea frecuente. Durante el presente año, muchos secigristas han tenido que esperar varios meses para recibir su pago. Quizá por esta razón, los secigristas manifiestan que la organización es excesivamente burocrática, lo que se refleja en el gran número de trámites que deben realizar durante la prestación del servicio. Es de notar, sin embargo, que se ha apreciado un considerable progreso en estos últimos tres años, que se ha reflejado en la simplificación de los procedimientos.

Los problemas mencionados son en su mayoría "de forma" y muchos de ellos se deben, sin duda, al poco tiempo de implementación del SECIGRA. Esperamos que las distorsiones iniciales se vayan superando conforme las instituciones encargadas se vayan consolidando. En este campo, es necesaria una interrelación más efectiva entre la Oficina Central del Ministerio de Justicia, las unidades receptoras y las universidades. Gran parte de los errores iniciales se debieron a la falta de apoyo y de asesoramiento que debió brindar el Estado a las universidades.

FORMACION ACADEMICA

Una de las finalidades esenciales del SECIGRA es ampliar el ejercicio práctico de la profesión realizando actividades jurídicas en las instituciones públicas. En tal sentido, la implementación del servicio resulta provechosa. El SECIGRA permite al graduando tener la oportunidad de aplicar sus conocimientos teóricos a la realidad misma, a la vez que contribuye con su actividad a la difusión y proyección del Derecho.

La investigación realizada coincide parcialmente con la afirmación anterior, ya que más del 70% de los encuestados considera que el SECIGRA contribuye a su formación académica. Existe, sin embargo, un excesivo 28% que piensa que no recibe beneficio alguno por la prestación del servicio.

Al respecto, cabe precisar que el SECIGRA es sobre todo una prestación a beneficio exclusivo del Estado por un valor superior -en este caso la proyección del Derecho-. Sin embargo , no se debe pasar por alto el enriquecimiento académico que también debería obtener el estudiante, que pone su tiempo a disposición del Estado. No debe olvidarse que el tiempo que un secigrista aporta podría ser invertido en actividades que le proporcionen mayores conocimientos y mejores perspectivas de trabajo como profesional. De esta forma, el Estado debe preocuparse por reducir el costo de oportunidad del tiempo que un secigrista brinda al servicio.

Si se enfoca el asunto desde otra perspectiva, debe considerarse que un secigrista trabajará desmotivado (o no trabajará) si piensa que podría emplear de mejor manera el tiempo que dedica al SECIGRA. Al respecto, es significativo mencionar que la mayoría de los encuestados manifestó que realiza preponderantemente una función administrativa que, como tal, no contribuye con su formación académica. Los resultados obtenidos sobre este punto fueron los siguientes:

Función Jurídica	44.3%
Función Administrativa	55.7%

Este resultado refleja una gran deficiencia - sino la mayor - que presenta el SECIGRA en la actualidad. El servicio termina siendo, en muchos casos, una labor burocrática impuesta por el Estado, que por ese medio consigue trabajadores calificados a cambio de una escasa retribución económica. La necesidad estatal de conseguir funcionarios públicos no puede materializarse en desmedro de los estudiantes de Derecho.

Es necesario que el servicio se preste efectivamente en el campo jurídico[4]. Sucede que si se asigna a los secigristas labores de índole burocrática o administrativa y no jurídica, se atentaría contra el fin para el cual el servicio fue creado. Desde otro punto de vista, no resultaría descabellado afirmar que esta práctica aparecería como discriminatoria e injusta para los estudiantes de Derecho. En efecto, no existirá razón para que sólo los estudiantes de Derecho sean llamados a desarrollar labores administrativas en beneficio del Estado, cuando cualquier estudiante de educación superior podría realizarlas, sin requerir para ello de conocimentos jurídicos.

[4] Reglamento del Decreto Ley 26113, artículo 1°.

Una de las causas de este trastocamiento radica en que el secigrista acude a la unidad receptora sin tener una labor predeterminada, a pesar de que los artículos 1, 2 y 17del reglamento del Decreto Ley 26113 disponen que las labores del SECIGRA se deben ajustar a los lineamientos plasmados en un documento elaborado por el responsable de la unidad receptora. Ninguna labor subordinada puede tener parámetros rígidos, pero sí un necesario grado de delimitación. En tal sentido, es fundamental un control más eficiente del Estado y de los supervisores para que las unidades receptoras asignen tareas acordes a la formación jurídica que debe recibir el estudiante.

En todo caso, a pesar de algunas quejas sobre la falta de instituciones idóneas para desempeñar el servicio, existe un mayoritario sector de secigristas que se encuentran conformes con la unidad receptora a la que han sido asignados. Las quejas no se dirigen entonces contra el "catálogo" de unidades receptoras elaborado por la Oficina Central del SECIGRA, sino contra las específicas funciones que se asignan a los secigristas. Al preguntarse a los secigristas si se encontraban satisfechos con la institución a la que fueron asignados, respondieron lo siguiente:

Estoy conforme	72.4%
No estoy conforme	27.6%

El alto porcentaje de satisfacción se explica por el hecho de que los estudiantes pueden seleccionar la unidad receptora en la que desean ser asignados, lo cual resulta evidentemente un acierto del programa. Esto puede significar para el secigrista un oportuno complemento de su especialización académica. Se puede inferir, en consecuencia, que es alto el número de secigristas que son asignados a la unidad receptora que solicitaron[5].

El SECIGRA brinda a los estudiantes la opción de elegir la modalidad en que prestará el servicio: pleno (8 horas diarias), semipleno (4 horas) o especial (2 horas). La flexibilidad concedida por el Estado permite considerar la disponibilidad de tiempo de cada uno de los secigristas. Sin embargo, es desconcertante constatar cómo los secigristas no cumplen efectivamente con las horas de trabajo que les son asignadas dependiendo de la modalidad en que se encuentran prestando el servicio, como se demuestra en el siguiente cuadro:

Horas efectivamente trabajadas	Porcentaje
Las asignadas	53.4
Menos de las asignadas	20.6
Más de las asignadas	26.0

Resulta relevante advertir que más del 46% de los encuestados manifestó que existe una discordancia entre el número de horas asignadas y las efectivamente trabajadas. Esto perjudica al sistema, toda vez que un importante porcentaje de estudiantes suele desperdiciar horas de servicio por falta de asignación de tareas que podrían ser útiles para la institución donde se desempeñan o por falta de un adecuado control. No puede soslayarse tampoco la grave responsabilidad que compete a los propios secigristas en este caso: una gran mayoría no acude puntualmente a cumplir con sus labores, evita en lo posible los "trabajos fuertes" o pugna por retirarse lo más temprano posible. En la orilla opuesta se encuentra otra gran cantidad de secigristas que se ve obligada a sacrificar sus horas de estudio, de práctica pre-profesional o de trabajo, debido a las mayor exigencia de tiempo de su unidad receptora.

El problema de la exigencia de mayor tiempo cobra decisiva importancia para un 35% de secigristas, que practican o realizan algún trabajo adicional al SECIGRA. Las autoridades no pueden pasar por alto el hecho de que los estudiantes de los últimos ciclos suelen preocuparse prioritariamente por encontrar algún empleo que les garantice cierta estabilidad en su futuro profesional. No es de extrañar, por tanto, que el 79% de los estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Univerisidad de Lima consideren al SECIGRA como un obstáculo para colocarse en algún empleo prometedor.

Lo contrario secede, justo es decirlo, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Paricular de San Martín de Porres, donde la mayoría considera que el SECIGRA no constituye obstáculo alguno para encontrar un empleo. Más aún, un 32% de los encuestados en estos centros de estudio considera que el SECIGRA es una buena alternativa para ubicarse posteriormente en su uni-

[5] Sin embargo, no podemos pasar por alto que algunos encuestados se quejaron de la escasez de instituciones atractivas donde desempeñarse, a pesar de que existen 68 opciones.

dad receptora. Adicionalmente, un 45.6% de los alumnos de las universidades antes referidas tiene deseos de seguir trabajando en su unidad receptora una vez que termine su servicio.

La confrontación de las respuestas brindadas por los estudiantes de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú frente a las de los estudiantes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Particular San Martín de Porres nos lleva a concluir que existe, entre los estudiantes del segundo grupo, un mayor interés por trabajar en la Administración Pública. Sobre el particular, preguntamos a los encuestados si tenían interés en continuar trabajando en la unidad receptora a la que fueron asignados. Las respuestas pueden apreciarse en el siguiente cuadro:

CENTRO DE ESTUDIOS	SI	NO
Universidad Católica	10.9	89.1
Universidad de Lima	16.7	83.3
Universidad de San Marcos	45.3	54.7
U. de San Martín de Porres	46	54

INCENTIVOS

El artículo 27 del reglamento afirma que el servicio prestado por el estudiante "no crea vínculo laboral ni genera derechos ni beneficios sociales", lo cual concuerda con la tendencia de la actual administración de exceptuar del Derecho Laboral a las relaciones de subordinación que tengan como finalidad la capacitación para el trabajo[6].

A pesar de la inexistencia de una relación laboral, es derecho del secigrista la percepción de un estipendio mensual, cuyo monto fija el Programa de SECIGRA Anual. El estipendio es uno de los temas que mayores reacciones negativas ha originado entre los encuestados. Anteriormente, nos hemos referido a las quejas sobre la demora en el pago. El malestar mayor, sin embargo, se relaciona con el magro monto que el estipendio representa para el secigrista. Aun cuando la respuesta era previsible, consultamos a los encuestados su opinión sobre la remuneración que reciben:

Estamos bien remunerados	0.4%
Estamos regularmente remunerados	15.3%
Estamos mal remunerados	84.3%

El resultado antes detallado refleja una evidente disconformidad de los encuestados respecto al monto del estipendio. Por ello, resulta explicable que un 89.4% de los encuestados considere que el SECIGRA representa para ellos un perjuicio económico.

Si bien es cierto que el SECIGRA es esencialmente un servicio que el estudiante presta en beneficio de la comunidad -lo que implica que no se puede pretender una elevada subvensión económica para quien lo realiza- no es menos cierto que este servicio no puede convertirse en una actividad gravosa, sobre todo si tenemos en cuenta que muchos de los secigristas son personas de escasos recursos económicos, que deben pagar sus estudios o que incluso cuentan con algún tipo de carga familiar. Hay que recordar que el secigrista realiza una labor importante en beneficio del Estado y, por tanto, es justo que se les compense adecuadamente.

Muchos encuestados, por otro lado, opinaron que faltaban incentivos para el estudiante que presta el servicio, no obstante que el Reglamento prevé premios para los secigristas que realicen sus labores con diligencia, puntualidad y eficiencia. Sobre el particular, hay que recordar que no bastan sanciones para que una institución se implante eficazmente. Para que el Derecho sea un efectivo instrumento de cambio social necesita también de incentivos que tiendan a evitar una resistencia potencial por parte de los obligados[7]. Una política que contemple premios reales y un aumento en el estipendio redundará en beneficio no sólo del secigrista sino también de las propias unidades receptoras que obtendrán, por esta vía, estudiantes más motivados.

Como ya se ha mencionado, el secigrista debe contar con la colaboración de los miembros de su unidad receptora para acrecentar sus conocimientos jurídicos, lo que finalmente repercutirá en la calidad del trabajo que presta al Estado. Resultados de la encuesta muestran, sin embargo, un porcentaje significativo de estudiantes que manifiestan haber re-

[6] El artículo 24 del Decreto Legislativo 728 dispone que los convenios de formación laboral juvenil y prácticas preprofesionales tampoco originan vínculo laboral.

[7] EVAN, William M. El Derecho como instrumento de cambio social. En: *Applied Sociology; oportunities and problems. Gouldner and Miller*, de. New York, Free Press, 1965, pp. 285-293.

cibido un trato hostil de los funcionarios de la institución donde desempeñaron sus actividades. Actitudes como éstas no sólo impiden una labor eficiente del secigrista, sino que atentan contra sus derechos fundamentales. Es de esperar en ese sentido una actitud enérgica de la Oficina Central para evitar que el estudiante sea objeto de futuros malos tratos en su unidad receptora. Preguntados respecto del trato que han recibido por parte de los funcionarios de la unidad receptora durante la prestación del servicio, los encuestados manifestaron lo siguiente:

He notado un trato hostil	26.4%
He recibido un buen trato	73.6%

El reducido estipendio, la falta de incentivos y, en ocasiones, el trato hostil son situaciones que no sólo impiden la labor del secigrista en favor del Estado y de la comunidad, sino que atentan contra sus derechos a una remuneración justa y a un trato digno. Es necesario, en consecuencia, revertir estos tres aspectos para lograr un servicio más eficiente y completo.

LA OBLIGATORIEDAD DEL SECIGRA

El SECIGRA tiene carácter obligatorio y se considera como un año de práctica pre-profesional. Debe hacerse notar, sin embargo, que a diferencia de la práctica profesional, el SECIGRA no es voluntario y en esa medida debe ser prestado de conformidad con las condiciones establecidas legalmente. La opinión de los encuestados sobre el carácter obligatorio del servicio es, como se podría esperar, de franca oposición. Un 22.6% considera adecuado que el SECIGRA sea obligatorio, mientras que un contundente 77.4% se muestra en contra de tal carácter. La opinión de los secigristas puede apreciarse desagregada en el siguiente cuadro:

Debe ser obligatorio	22.6%
Debe eliminarse	13.0%
Debe ser voluntario	64.8%

Muchas razones pueden explicar esta actitud. Algunas de ellas pueden encontrarse en problemas ya examinados anteriormente: el bajo estipendio, el exceso de trabajo administrativo, el mal trato, la rigidez del horario, la mala organización, etc.

Otros encuestados, principalmente los de universidades privadas, manifestaron que la concepción misma del SECIGRA estaba equivocada debido a que, según ellos, el estudiante de Derecho no le debe nada al Estado, y que, por tanto, la obligación de prestar el servicio es, de por sí, injusta. Esta actitud refleja una falta de compromiso con los sectores menos favorecidos y con la reestructuración del Estado en el Perú. Plantea, asimismo, la necesidad de reorientar la idea según la cual el ciudadano aparece **frente** al Estado y no **dentro** del Estado. Evidentemente, en el origen de esta concepción puede hallarse el pésimo desempeño qu el aparato estatal ha tenido consuetudinariamente en nuestro país. Sin embargo, la posibilidad de éxito del SECIGRA depende ciertamente de la capacidad de sus conductores para promocionar sus ventajas y revertir ideas como las antes citadas. A este esfuerzo contribuirá seguramente la profundización de las reformas en nuestra administración pública.

De otro lado, es fácil constatar en los resultados de la encuesta que aquéllos que proponen la necesidad de eliminar el SECIGRA son una minoría. Esto importa que un gran sector de los estudiantes está de acuerdo con la existencia del sistema. Así, los errores existen, pero existe también una voluntad mayoritaria por mejorar el sistema y no por eliminarlo.

En un principio se creyó que el SECIGRA podría contribuir a mitigar la insuficiencia de orientación y asesoría legal de muchos sectores de la sociedad, fomentando una conciencia social en el futuro abogado sobre su profesión[8]. Sin embargo, por lo visto, la orientación que ha seguido el servicio ha sido, más bien, la de constituirse en un medio para el mejor desarrollo de la función pública. No es propósito de este trabajo determinar la racionalidad de esta decisión.

Por otro lado, es cierto que una mejor función pública terminará beneficiando a la sociedad, como en el caso del Poder Judicial. Sin embargo, dada la gran cantidad de alumnos que prestan el servicio sería poco el perjuicio al Estado y grande el beneficio a la comunidad si se le diera al estudiante la opción de

[8] Entre ellos: EZCURRA, Huáscar. SECIGRA: Un nuevo modelo. En: Ius et Veritas. No 5 , 1992

realizar el SECIGRA en instituciones que sin ser estatales brindan asesoría a sectores menos favorecidos o realizan tareas de investigación sobre la realidad nacional[9].

No debemos pasar por alto que hay un significativo porcentaje de alumnos (65%) que aún estando en contra de la obligatoriedad, estarían dispuestos a hacer SECIGRA en caso de que éste fuera voluntario. Sería recomendable que las autoridades tomaran esto en cuenta, para promover la voluntariedad del servicio.

Asimismo, queda pendiente la cuestión sobre la razonabilidad de la imposición de un servicio en favor del Estado, limitado a los estudiantes de determinadas profesiones, cuando -dada la naturaleza social del servicio- debería hacerse extensivo a los alumnos de todas las disciplinas, ya que todos podemos contribuir de una u otra manera, al desarrollo del país.

Somos conscientes de que las ideas que inspiraron la creación del SECIGRA-DERECHO se basan fundamentalmente en la necesidad de un mayor compromiso social de los universitarios con el país. Sin embargo, los buenos propósitos no harán desaparecer los problemas destacados a lo largo del presente trabajo. Estamos convencidos de que el cambio es necesario y de que éste no puede llevarse adelante sin la participación de los principales involucrados: los secigristas.

MARIA MUJICA BARREDA

NOTARIO DE LIMA

Teléfonos : 427-0850 427-1223

Fax : 427-0048

Jr. Lampa 879 Of. 105 - Lima

AmericanAirlines

Todo es especial

TARIFAS PROMOCIONALES VISIT USA (VUSA) MULTIMILLA

A. V. E. REPRESENTACIONES S.A./AGENTE GENERAL CALLAO

AV. SAENZ PEÑA 214 2do. PISO. CALLAO TELEFAX : 465-3550

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL

La Universidad Nacional San Agustín de Arequipa y el Instituto de Derecho y Economía Torre, organizaron el II Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. En el evento, que tuvo una gran trascendencia en el medio jurídico nacional, destacados profesores nacionales y catedráticos extranjeros trataron diversos aspectos del Derecho Privado, incluyendo propuestas de modificación de la legislación vigente.

Entre los ponentes merece destacarse la participación del argentino Ernesto Wayar, el chileno Carlos Peña Gonzales y el colombiano Luis Velazquéz Jaramillo; además de destacados expositores nacionales.

El evento además, contó con la participación de miembros de nuestra Revista, encargados de difundirla entre los expositores y asistentes.

THĒMIS TE ACERCA AL DERECHO

Los días 29 y 31 de agosto, se llevaron a cabo, bajo el nombre de "THĒMIS te acerca al Derecho", charlas informativas sobre el ejercicio profesional en las más difundidas áreas del Derecho. Dicho evento contó con la masiva asistencia de alumnos de Estudios Generales y de los primeros ciclos de nuestra Facultad, deseosos de afianzar su vocación y de conocer mejor la actividad del abogado. En la primera jornada, se disertó sobre el Derecho Civil , el Derecho Penal y el Derecho Mercantil, exposiciones que estuvieron a cargo de los doctores Alfredo Bullard, Carlos Caro y César Luna-Victoria respectivamente. Mientras que en la segunda jornada los doctores Armando Zolezzi, Víctor Ferro y Juan Monroy relataron sus experiencias en el ejercicio profesional del Derecho Tributario, Derecho Laboral y Derecho Procesal Civil respectivamente.

NUEVO JEFE DE DEPARTAMENTO

El 12 de septiembre del presente año, el doctor Javier Neves Mujica, profesor de larga y destacada trayectoria y miembro del Comité Consultivo de nuestra Revista, fue elegido nuevo Jefe de Departamento de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Sirvan estas páginas para hacerle llegar nuestras más sinceras felicitaciones, y desearle el mayor éxito en su gestión en tan importante cargo.

JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO LABORAL

Durante la semana del 11 al 15 de septiembre, la asociación civil Derecho & Sociedad organizó la "Primera Jornada Internacional de Derecho Laboral"; dicho evento se realizó en el auditorio de Petroperú, empresa auspiciadora del mismo, y contó con la participación de destacados laboralistas nacionales y extranjeros que discutieron sobre los temas más saltantes de la crisis que vive actualmente el Derecho Laboral.

FORUM MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA

THĒMIS - Revista de Derecho, dentro de los "Fórums al alcance de tu tiempo", organizó el Fórum "Mercado y Libre Competencia", que se llevó a cabo los días 23, 24 y 25 de octubre, en el Auditorio Juan Pablo II de la Universidad Católica. El evento versó sobre temas que han cobrado gran actualidad, como la protección al consumidor, el control de los monopolios, o la liberalización del mercado; temas que fueron analizados y debatidos por destacados especialistas como los doctores Alberto Rebaza, César Guzmán-Barrón, Dante Mendoza, entre otros.

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO LABORAL

La Universidad de Lima organizó recientemente el "Congreso Internacional de Derecho Laboral", el mismo que se realizó en el campus de dicha universidad. En dicho evento se trataron temas de gran interés, como la flexibilización del Derecho del Trabajo y la reciente reforma de nuestra legislación laboral. Con relación a los ponentes, merece destacarse la presencia del español Alonso Olea, del mexicano Néstor de Buen y del panameño Rolando Murgas.



La sección RESEÑAS DE TESIS es sin duda una de las más características de nuestra publicación. Con ella buscamos, desde hace mucho tiempo, poner al alcance de los interesados, sucintos comentarios acerca de los mejores trabajos de investigación sustentados en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estas reseñas son redactadas por los propios miembros de los jurados que evalúan la sustentación para optar los títulos correspondientes. De un tiempo a esta parte, desde la instauración del nuevo régimen para obtener el título profesional, se ha reducido significativamente el número de graduandos que decide desarrollar y sustentar una tesis. Concientes de la importancia que tiene en el mundo jurídico la labor de investigación, quienes formamos parte de **THĒMIS - Revista de Derecho** *creemos que en tales circunstancias resulta tanto más oportuno y prudente continuar con la labor de difusión de las tesis más destacadas, como una forma - por cierto modesta - de incentivar a los alumnos de Derecho a que obtengan su título a través de la sustentación de una tesis.*

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DAÑOS AMBIENTALES DERIVADA DE ACTIVIDADES NO PROHIBIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Tesis sustentada por la señorita Rocío Medina Bolívar para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante el jurado conformado por los Doctores Elvira Méndez Chang, Fabián Novak y Luis Carlos Rodrigo, con mención sobresaliente.

El nuevo orden internacional lleva a realizar un estudio cuidadoso de la responsabilidad internacional de los Estados por la contaminación transfronteriza de la atmósfera, tema importante en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en las Naciones Unidas. Surge la necesidad de hacer una evaluación de los conceptos, principios e instituciones que se toman en consideración en los supuestos en que hechos lícitos generen responsabilidad internacional.

La hipótesis planteada es que las normas internacionales -en materia de responsabilidad internacional de los Estados- no son adecuadas para prevenir los daños ambientales transfronterizos, al no haber un efectivo cumplimiento *del principio de prevención.* Producida la contaminación transfronteriza de la atmósfera a través de actividades no prohibidas, el Derecho Internacional no resulta efectivo para identificar al sujeto responsable, el nexo causal y la vía para obtener la reparación.

La investigación ha sido estructurada en tres capítulos, en los cuales se incluye una propuesta para la regulación de la contaminación transfronteriza de la atmósfera.

El primer capítulo desarrolla el marco teórico general de la responsabilidad internacional de los Estados. La referencia a las teorías que sustentan el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado permiten esbozar las reglas aplicables a los supuestos de daños causados por hechos lícitos.

El segundo capítulo presenta el problema ambiental denominado contaminación transfronteriza de la atmósfera en toda su complejidad frente al Derecho Internacional. La información científica permite apreciar el delicado equilibrio existente entre los gases y demás componentes de la atmósfera, que se ve continuamente amenazado por actividades del hombre, con efectos a nivel mundial.

El tercer capítulo analiza la atribución de la responsabilidad del Estado por el daño ambiental producido por la contaminación transfronteriza de la atmósfera, debido a hechos no prohibidos por el Derecho Internacional. Al respecto, la recolección de información y análisis permite presentar un sistema coherente basado en fundamentos jurídicos así como en consideraciones de carácter económico. Al establecer la necesidad de la producción de un daño ambiental como requisito *sine qua non* para la atribución de responsabilidad por hechos lícitos -fundada en el riesgo en la actividad generatriz- se intenta mantener un equilibrio entre el beneficio económico (producto de tal actividad) y el daño producido. Sin embargo, existen elementos que tornan en sumamente complejos algunos criterios para determinar la responsabilidad internacional del Estado, tales como el nexo causal entre la actividad contaminante y el daño, o la identificación del autor efectivo de la contaminación; pero el punto más arduo -en especial, para los del Tercer Mundo- es el relativo a la relación entre la responsabilidad del Estado y la del explotador, ente privado.

Finalmente, la propuesta de lineamientos básicos para regular las actividades peligrosas que generan contaminación transfronteriza de la atmósfera es el resultado del análisis realizado a lo largo de los tres capítulos precedentes. Sin lugar a dudas, esta tesis constituye un aporte importante para dar líneas directrices en la negociación y discusión de normas internacionales sobre este tema.

Elvira Méndez Chang

LA CONVERSION Y LA HETEROINTEGRACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Tesis sustentada por el señor Eric Palacios Martínez para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Carlos Cárdenas Quirós, Lizardo Taboada Córdoba y Alfredo Bullard Gonzales, con mención sobresaliente.

El Bachiller Eric Moisés Palacios Martínez presentó la tesis para optar el título de abogado titulada "La Conversión y la Heterointegración de los Negocios Jurídicos", la misma que fue aprobada por unanimidad por los miembros del jurado con el calificativo de sobresaliente.

Se trata de un trabajo de investigación muy bien logrado y de excelente nivel jurídico, no sólo por la magnífica bibliografía utilizada, la claridad de los planteamientos, la lógica de las conclusiones, sino fundamentalmente por cuanto el graduando aborda todos los temas relacionados con la doctrina general de la conversión del negocio jurídico. Dentro de este aspecto, es de resaltar que el graduando estudia a profundidad las diferentes teorías que se han elaborado en la doctrina sobre la conversión del negocio jurídico, haciendo especial énfasis en el tema del tipo negocial y la conversión en las distintas formas de ineficacias negociables.

Desde nuestro punto de vista, este trabajo de tesis constituye un aporte doctrinario para el medio jurídico nacional, no sólo por tocarse a profundidad y con logrado refinamiento intelectual la figura de la conversión negocial, sino también por que el autor hace gala de su conocimiento de todos los conceptos relacionados con la teoría general del negocio jurídico a lo largo del desarrollo del trabajo. En este sentido, aún cuando la figura de la conversión no goza de la simpatía de todos los autores, pudiendo llegar a pensarse en muchos casos que se trata de un aspecto doctrinario totalmente inútil, la sensación que se tiene luego de haber leído esta tesis, es la de que el negocio jurídico es un concepto fundamental de la dogmática jurídica, que tiene como única finalidad la de proporcionar una visión conjunta de los actos de autonomía privada, regulados indistintamente en los diferentes libros del Código Civil y en la Legislación Especial.

Se trata, en consecuencia, de un trabajo de gran calidad, que esperamos sirva de aliento a todos los que seguimos creyendo en la utilidad del concepto de negocio jurídico.

Lizardo Taboada Córdoba

LA INNOVACION TECNOLOGICA COMO CAUSA JUSTA DE TERMINACIÓN DE LA RELACION LABORAL REFERIDA A LAS NECESIDADES DE FUNCIONAMIENTO Y A LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR EN EL MARCO DEL NUEVO SISTEMA PRODUCTIVO.

Tesis sustentada por el señor Walter Zúñiga Villegas para optar el grado de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Javier Neves Mujica, Fernando García Granara y Carlos Blancas Bustamante, con mención sobresaliente.

En el Derecho del Trabajo la exigencia de causa justa para la terminación de la relación laboral ha sido desde hace varias decadas objeto de un importante desarrollo normativo y doctrinario a nivel nacional, y en las experiencias comparadas, pues constituye uno de los ejes centrales en la regulación de la estabilidad laboral y de la protección del empleo contra el despido arbitrario.

La tesis del señor Walter Zúñiga Villlegas analiza la innovación tecnológica, así como los suspuestos de necesidades de funcionamiento y defectos de capacidad del trabajador como causas justas de cese, a propósito de la regulación normativa peruana contenida en el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento al Empleo, a partir de diciembre de 1991.

El enfoque de la tesis es actual, el autor recurre a conceptos de economía, de organización del trabajo y otros propios del derecho laboral clásico para plantear y desarrollar su análisis. El trabajo está dividido en tres capítulos, de los cuales los dos primeros sirven de base para el tercero en que se analiza la innovación tecnológica como causa de cese.

En el primer capítulo, el señor Zúñiga Villegas expone las tesis fordianas y tayloristas de producción y de organización del trabajo, su crisis y la aparicion de lo que el autor identifica como el "nuevo sistema de producción" que se vincula a la crisis del petróleo, sustituye a los dos anteriores y ocasiona una reestructuración empresarial. Esta parte se completa con una referencia especial a la experiencia japonesa como modelo paralelo de producción distinto al europeo o americano.

El enfoque del autor abre nuevos puntos de análisis sobre la vinculación entre la economía y el sistema de producción empresarial y de éste con la organización del trabajo y las facultades del empleador que podrían ampliarse o recortarse *a priori* según exista mayor división del trabajo, de modo tal que a mayor especialización de las tareas, menor margen de facultades de dirección del empleador y de movilidad del trabajador.

Naturalmente, la referencia a los diferentes sistemas de producción, a sus características y su presencia en determinada época en Europa y Norteamérica genera diversas opiniones en relación a la adecuación y aplicación de estos sistemas a la realidad y al mercado laboral del Perú e induce a redifinir los conceptos de empresa, su naturaleza jurídica y su finalidad económica.

En el segundo capítulo se aborda el tema de las neceidades de funcionamiento de la empresa en la terminación de la relación laboral desarrollando su concepto, naturaleza jurídica, requisitos y su regulación en la legislacion peruana. Se estudian aquí los elementos del contrato de trabajo y los supuestos de alterción de la relación del trabajo para revisar los casos regulados en la ley peruana examinando su fundamento en el derecho común como en el mismo derecho laboral y las causas que no permiten la continuación de la relación laboral.

El autor encuentra el origen del planteamiento de las necesidades de funcionamiento en la crisis económica de los años treinta, aunque es recién con las experiencias europeas de desarrollo tecnológico y de reconversión empresarial de los años sesenta y setenta que el tema aparece con autonomía y significación sirviendo de base fáctica para el movimiento de flexibilización del derecho del trabajo.

El tercer capítulo es el central de la tesis y se refiere a la innovación tecnológica como causa justa de terminación de la relación laboral. El autor asume como premisa que la introducción de nueva tecnología constituye una necesidad de la empresa que se enmarca dentro de las facultades de dirección y gestión del empleador. Luego define el concepto de tecnología y sus efectos tanto en el sistema de producción y organización del trabajo cuanto en la posibilidad de modificación de los factores productivos.

Se revisa también el caso de cese por ineptitud como falta de cualificación para el trabajo, conceptos que el autor liga a la innovación tecnológica y a la necesidad de capacitación e información de los trabajadores de la empresa.

Por los temas tratados y el particular enfoque del señor Zuñiga Villegas, la tesis constituye un importante trabajo de investigación que tiene incidencia práctica y permite relevar la notable y ac-

tual relación entre la economía, el derecho laboral y las relaciones industriales. El desarrollo lógico y ordenado de los temas, las posiciones expuestas, la bibliografía utilizada que complementa obras clásicas y modernas de la disciplina laboral, así como textos de economía, del derecho de la empresa y de organización de los recursos humanos, consolidan un trabajo de necesaria consulta académica y práctica, sobre todo a propósito de la reforma legislativa y de la flexibilización que en el campo laboral se ha producido en los últimos años en el Perú y en otros sistemas jurídicos.

Fernando García Granara

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL PERU: PROPUESTA BASADA EN LA TRADICION ROMANISTA

Tesis sustentada por el señor Fernando Dupuy Montori para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante el jurado conformado por los Doctores Marcial Rubio Correa, René Ortiz Caballero y Elvira Méndez Chang, con mención sobresaliente.

Algunas posiciones de la doctrina buscan regular la jurisdicción del Poder Judicial y limitar el acceso de figuras como el notario al desempeño de la llamada jurisdicción voluntaria. Para estudiar la jurisdicción, el punto de partida romano es sustancial. Primero, debido a que la *iurisdictio* (que proviene de *ius* y *dicere*, (decir el derecho) tiene origen en Roma; segundo, un Estado perteneciente al sistema jurídico romanista -como el Perú- no puede ignorar sus raíces, que son útiles para comprender las instituciones vigentes. Entonces, la aproximación histórica y método escogidos, en los cuales se prioriza el estudio directo de las fuentes resultan los más adecuados para una cabal y completa comprensión de la jurisdicción, del imperio, de la ubicación y ejercicio de la jurisdicción voluntaria.

La Tesis, estructurada en cuatro capítulos, plantea como hipótesis principal que, sobre la base de la tradición romanista de la cual es parte el Perú, la función del Notariado se interrelaciona y colabora con la jurisdicción, en especial, con la jurisdicción voluntaria. Por ende, no hay contradicción ni incompatibilidad entre las funciones del Notario y las de los jueces del Poder Judicial. Tanto los jueces como los notarios brindan un servicio, pero desde distintas perspectivas: el Poder Judicial actúa principalmente cuando hay conflicto y el notario en los casos en los que hay acuerdo.

El primer capítulo desarrolla el marco teórico de la jurisdicción, partiendo del Derecho Romano. Tras una cuidadosa selección y análisis de las fuentes de la Compilación Justinianea, se estudian tres conceptos básicos para el ejercicio de la jurisdicción en el mundo romano: im*perium* (poder y la facultad de mandar, capacidad propia de los diversos magistrados, que podía ser delegado), *officium* (atributo y actividad de los *tabelliones*, quienes son considerados los antecesores de los notarios) y *iurisdictio*. Los *officci* adquirieron una gran importancia, siendo cuidadosamente regulados por el *Corpus Iuris Civilis*. En cuanto a la *iurisdictio*, ésta era entendida como atributo del *imperium*, incluyendo varias especies entre las cuales encontramos a la denominada jurisdicción voluntaria. No había incompatibilidad en el desempeño de la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria por la misma autoridad.

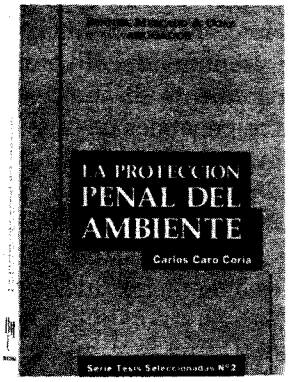
Al planteamiento romano, sigue el análisis del concepto y alcances de la jurisdicción en la legislación ibérica. Pese a la concepción feudal -que modificaba la base y pensamiento político de inspiración romana-, los derechos hispano e indiano no se separaron sustancialmente de las huellas dejadas por el Derecho Romano en esta materia. Sin embargo, la experiencia francesa del Siglo XIX significó un quiebre profundo en el concepto amplio, diverso y flexible de la jurisdicción, llegándose a legislar sobre la jurisdicción voluntaria como contrapuesta y antagónica a la jurisdicción contenciosa.

El tercer capítulo analiza la legislación nacional sobre jurisdicción voluntaria. La sintética revisión de la Constitución Política del Perú de 1993, el novísimo Código Procesal Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley del Notariado vigentes nos permiten encontrar el rastro dejado por la influencia francesa en nuestra legislación en materia de jurisdicción.

Finalmente, se presenta una propuesta de lineamientos básicos y generales para un tratamiento adecuado de la jurisdicción voluntaria en el Perú, con una innegable inspiración romanista. Asimismo, se afirma que la jurisdicción voluntaria debe corresponder principalmente a los notarios, para así descargar las actividades del Poder Judicial.

Este esfuerzo por conjugar un riguroso estudio romanista con un tema de actualidad como la jurisdicción voluntaria ha sido coronado con éxito por Fernando Dupuy, abriendo nuevos retos para un mejor entendimiento del Derecho en el Perú.

Elvira Méndez Chang



CARO CORIA, CARLOS

LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE

Lima: Benites, Mercado & Ugaz, 1995. 533 pp.

Contenido:

- Presentación.
- Prólogo.
- Introducción.
- La descriminalización como opción de política criminal.
- Realidad criminológica y político criminal de la protección penal del ambiente.
- La protección penal del ambiente en el Perú.
- Conclusiones.
- Anexos.
- Documentos.

¿Quién no ha oído alguna vez de las aventuradas acciones de Greenpeace o de eventuales manifestaciones provocadas por algún otro movimiento ambientalista? ¿Quién no ha sentido una ligera incomodidad al enterarse que la capa de ozono se está reduciendo cada vez más? En nuestros días, probablemente nadie sea indiferente a la problemática ambiental. La protección del medio ambiente es una necesidad, pero ¿es el Derecho Penal la mejor manera de satisfacerla?

El autor de la obra bajo comentario se formula estas interrogantes y muchas más. A la luz de la criminología crítica, parte de una posición garantista, asumiendo los planteamientos teóricos el Derecho Penal mínimo como exigencia político-criminal. Según esta posición, deben protegerse sólo los bienes jurídicos de mayor importancia, utilizándose el Derecho Penal como límite al *ius puniendi* estatal en favor de los derechos fundamentales de la persona. La descriminalización es necesaria, puesto que el Derecho Penal debe utilizarse como última instancia, por ser la forma de control social más lesiva para la sociedad. Existen formas menos dañinas de control social, como el Derecho Administrativo o el Derecho Civil, cuya utilización, según el autor, debe ser reforzada.

En el primer capítulo, el autor justifica la descriminalización y sus principios (fragmentariedad, utilidad), tomando como base el Análisis Económico del Derecho y las exigencias políticas del país. Entre otros aspectos, se analiza la relación entre el costo del delito y la eficiencia del sistema penal. Es posible, según Caro, reducir el costo social del delito mediante la descriminalización.

En el segundo capítulo se exponen larga y claramente, las bases del derecho Penal mínimo: el ambiente como bien jurídico autónomo, colectivo y difuso; las exigencias de fragmentariedad, subsidiariedad, y utilidad. El capítulo concluye con el problema principal: ¿Por qué criminalizar? Después de acoger fervientemente la opción por la

criminalización de los delitos contra el medio ambiente (tal como lo hizo el Código vigente), deben elegirse fórmulas de peligro abstracto, puesto que éstas brindan una pre-protección a los bienes jurídicos básicos como la vida humana o la salud.

El tercer capítulo evalúa, desde una perspectiva finalista, los alcances dogmáticos del vigente Código Penal, analizando cada tipo delictivo en concordancia con la nueva Constitución, el Código del Medio Ambiente, y demás normas administrativas. Caro critica duramente al legislador, haciendo notar serios errores de técnica legislativa y sistemática, que entre otras consecuencias, restaron eficacia a los tipos penales en blanco.

La presente publicación es la tesis de grado del autor; es original, ampliamente documentada, y representa un avance en la escasa doctrina nacional. La consideramos de lectura obligatoria para todo operador del Derecho Penal.



CABELLO, CARMEN JULIA

"DIVORCIO Y JURISPRUDENCIA EN EL PERÚ".

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, 497 pags.

Contenido:

- Capítulo I: El Divorcio en la legislación nacional.
- Capítulo II: Examen doctrinario y jurisprudencial de las causales de divorcio en el Perú.
- Capítulo III: Las causales de divorcio y los medios probatorios.
- Capítulo IV: Aspectos procesales de interés.
- Capítulo V: Principales efectos personales y patrimoniales del divorcio.
- Capítulo VI: El divorcio en el Derecho internacional privado.

La autora, ex-alumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú y catedrática en esta casa de estudios, nos presenta en esta reciente publicación un análisis de la ejecutorias sobre divorcio producidas por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos cincuenta años.

Dichas ejecutorias han sido agrupadas por temas, constituyendo cada grupo el contenido de los últimos cinco capítulos del libro. La obra trasciende el mero examen jurisprudencial, el análisis de cada ejecutoria es complementado con doctrina nacional y extranjera, y adicionalmente, con los antecedentes legislativos de la materia. De esta manera, la información referida al Código Civil anterior conserva plena validez, ya que en cada caso se mencionan las posibles consecuencias de las modificaciones producidas.

Para realizar su investigación, la doctora Cabello se vale del método histórico mediante la búsqueda sistemática de documentos y otras fuentes que contienen hechos relacionados con los interrogantes que se plantea el investigador con respecto al pasado. En este caso, la búsqueda estuvo centrada en descubrir los criterios jurisprudenciales a los que se acude para resolver un expediente de divorcio en los múltiples aspectos que esta institución presenta.

En el primer capítulo se hace una breve referencia a los antecedentes legislativos del divorcio, y adicionalmente se analizan los aspectos generales de esta institución en el Código Civil de 1984. Llama particularmente la atención el pensamiento patriarcal que inspiró al legislador de 1852 para establecer las causales del mal llamado divorcio (que en esa época era lo que hoy en día conocemos como separación de cuerpos), dicho aspecto merece algún tipo de comentario por parte de la autora.

En el segundo capítulo se realiza una amplia exposición sobre las causales de divorcio y su interpretación por parte de los jueces.

En el tercer capítulo analiza dichas causales a la luz de los medios probatorios correspondientes. Se explica el alcance de medios probatorios como las fotografías, publicaciones, atestados policiales, cartas, etc. Creemos, sin embargo que merecían mayor comentario la pericias y la inspección judicial, por tratarse de medios probatorios poco comunes en los procesos de divorcio.

Los aspectos procesales relativos al divorcio son expuestos en el cuarto capítulo, algunos de ellos son: el juez competente, la variación de la demanda de divorcio, las facultades del juez, el otorgamiento de poderes, los efectos del allanamiento, el desistimiento y la cosa juzgada, etc.

El quinto capítulo trata sobre los efectos del divorcio tanto para los cónyuges como para los hi-

jos. Dentro de esta temática, la tenencia de los hijos es el aspecto más relevante, pues a partir de la promulgación del nuevo Código del Niño y el Adolescente cobró gran actualidad. Sin embargo, este tema es el menos elaborado del capítulo.

Finalmente, el último capítulo se refiere al Derecho Internacional Privado en el Divorcio.



GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO, ALFREDO

DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL:LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.

Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1995, 836 pp.

Contenido:

- Capítulo I: La obligación real de contribuir y los establecimientos permanentes.
- Capítulo II: Concepto de establecimiento permanente.
Capítulo III: Gravamen de los beneficios del establecimiento permanente.
- Capítulo IV: El establecimiento permanente en la legislación peruana del Impuesto a la Renta.

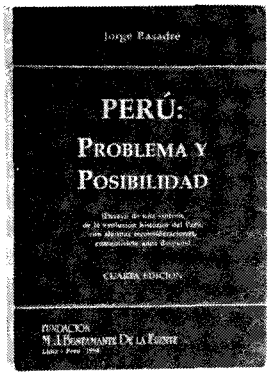
Esta es la primera obra que sobre Derecho Tributario publica el Fondo Editorial de la Universidad Católica. El doctor Gildemeister, Doctor en Derecho y actualmente catedrático de la Universidad del Pacífico, nos ofrece en esta obra, fruto de sus tres años de estudios doctorales en la Universidad de Navarra (España), un profundo análisis del concepto y tratamiento que, desde el punto de vista tributario, se le otorga a las rentas obtenidas por mediación de establecimiento permanente en los modelos internacionales para evitar la doble imposición así como en la legislación tributaria española y peruana.

El autor destaca el importante papel que juega el establecimiento permanente a nivel internacional. Comenzando por los modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición, como el de la O.C.D.E. o el de las Naciones Unidas, se puede apreciar que el establecimiento permanente constituye la excepción al criterio de la residencia, que es el criterio principal por el cual se rige no sólo el Modelo de la O.C.D.E. sino la mayoría de convenios para evitar la doble imposición. En el caso de la O.C.D.E. por ejemplo, el establecimiento permanente constituye el eje donde se mueve y apoya todo el sistema que determina cuál es el Estado con derecho a gravar las rentas empresariales obtenidas por la entidad no residente que opera mediante dicho establecimiento.

En la obra se señala cómo a nivel de convenios para evitar la doble imposición suscritos por España, el establecimiento permanente desempeña un papel fundamental. De acuerdo a los alcances de su definición y a los parámetros del tratamiento de sus beneficios, cada Estado Contratante tratará, en la medida de lo posible, de atraer hacia su soberanía, el gravamen de dichos beneficios. Las delimitaciones del concepto y tratamiento del establecimiento permanente dependerá de las realidades sociales, políticas y económicas, así como de los objetivos e intereses de los Estados al momento de negociar sus convenios.

El autor también indica la existencia de una paulatina pérdida de protagonismo de la legislación interna de los Estados como consecuencia de lo que podría denominarse un fenómeno de internacionalización del Derecho Tributario. Tanto el concepto como el tratamiento que se le otorga al establecimiento permanente en los modelos internacionales, así como en los diversos convenios para evitar la doble imposición, demuestran que la legislación interna de los Estados va perdiendo relevancia. Inclusive se va distanciando del concepto recogido en los convenios. Ello se puede constatar en el caso de España con el concepto y tratamiento que le ha otorgado a los establecimientos permanentes en la Ley del Impuesto sobre Sociedades y especialmente en su Reglamento. De allí que el inversor extranjero, por lo general, estará más atento a lo señalado en los convenios que a la propia normativa interna del Estado en donde desea invertir.

Finalmente, el autor menciona la existencia de una pugna a nivel internacional entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, a nivel de negociación de convenios para evitar la doble imposición, para imponer los criterios más convenientes a sus intereses. En dicha pugna, el concepto y tratamiento del establecimiento permanente que se adopte en los convenios tendrá una importancia considerable.



JORGE BASADRE

PERU: PROBLEMA Y POSIBILIDAD
(Ensayo de una síntesis de la evolución histórica del Perú, con algunas reconsideraciones, cuarentisiete años después)

4ª edición. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente, 1994. 386 pp.

Contenido :

- Prólogo.
- El sentido de la Historia Peruana.
- Panorama de la Formación Histórica del Perú.
- La lucha política durante la primera República.
- Panorama y crítica de las inquietudes doctrinarias iniciales
- La evolución de las clases sociales durante la República.
- Piérola y el predominio del civilismo.
- Ubicación Sociológica de González Prada.
- Leguía y el Leguiísmo.
- El planteamiento de la cuestión social y José Carlos Mariátegui.
- El Centralismo y la subversión de las provincias.
- La mujer en la vida peruana.
- Realidad y Solución.
- Algunas reconsideraciones cuarentisiete años después.

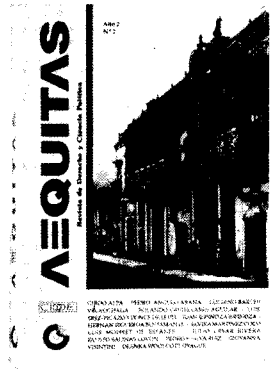
A pesar del tiempo transcurrido desde la primera edición de esta obra, y a varios lustros ya de la muerte de su autor, el análisis socio-histórico de la realidad peruana que tenemos en nuestras manos se mantiene vigente y certero, en especial por las reconsideraciones que, a poco de morir, hiciera Basadre para esclarecer lo dudoso y rectificar lo rectificable.

PERU: PROBLEMA Y POSIBILIDAD aborda las expresiones de nuestro país y de nuestra nacionalidad desde planos diversos que sin embargo confluyen en una síntesis de envidiable lucidez: los episodios de nuestra historia, los paisajes de nuestra geografía, la idiosincrasia y las costumbres de nuestras gentes, y cómo no, los arrebatos de la política del Perú, son vistos desde una óptica que alguna vez fuera vanguardista pero que hoy constituye un verdadero clásico en la interpretación de nuestra realidad, y que debiera ser sin duda obligada lectura en la cátedra universitaria.

Riguroso y didáctico, Basadre logra envolver al lector a través de una prosa amena pero rebosante de contenido, tal como en HISTORIA DE LA REPUBLICA primero y en LA VIDA Y LA HISTORIA más tarde, para hacerle intuir una realidad que asoma a lo largo de toda la obra y que puede considerarse de alguna manera la esencia de esta propuesta: la concepción que tiene Basadre de la Cultura Peruana, entendiendo bajo el vocablo Cultura un concepto amplio y fecundo.

Y ese concepto no podía ser otro: aquél que el maestro siempre proclamó y difundió con entusiasmo y acierto. El Perú mestizo y las expresiones de su cultura siempre pródiga y creadora, pero también la otra cara de la moneda: nuestros conflictos y frustraciones. Este es pues el sustento para entender el Perú como problema pero en especial como posibilidad. Porque la propuesta optimista no puede considerarse descabellada: explica el problema y parte de él para buscar una óptima solución: se configura entonces la posibilidad. Una posibilidad que no por serlo resulta irreal, sino todo lo contrario; lo inverosímil es que ante esta propuesta vertida hace varias décadas hayamos desaprovechado la posibilidad y mantenido el problema.

Por ello, la aparición de esta cuarta edición - con sus oportunas reconsideraciones - parece querer inducirnos a una revisión de nuestras posturas, invitándonos a superar interpretaciones falaces y desfasadas. Un acertado homenaje al pensador preclaro y visionario que fue, que sigue siendo el maestro Jorge Basadre.



AEQUITAS. Revista de Derecho y Ciencia Política. Año 2. No. 2.

Lima, Centro de Investigación y Documentación en Derecho (CIDDE), 1995.

Contenido:

- Estudios
- Legislación comentada
- Jurisprudencia comentada
- Observatorio Jurídico
- Misceláneas
- Literatura y Derecho

Destacados autores confluyen con sendos ensayos acerca de diversos temas de indubitable actualidad e interés, en el reciente número de Aequitas. Desde la maternidad subrogada hasta el contrato de *factoring*, pasando por el cambio de sexo y la mora del acreedor, que son abordados por juristas nacionales y extranjeros de reconocida trayectoria.

Merece destacarse el comentario de jurisprudencia del italiano Guido Alpa acerca del Derecho a la identidad personal en el que un interesante caso deviene en ocasión para tratar un tema cuyas aristas lo hacen inagotable como problema jurídico digno de estudio y discusión.

Sin embargo, no podemos pasar por alto artículos como el de Rolando Castellares acerca de ADRs o el de Olenka Woolcott sobre responsabilidad de los profesionales.

Muchos otros temas y autores se reunen para conformar este segundo número de Aequitas, una revista jurídica con prometedor futuro. Nos interesa especialmente hacer hincapié en lo que consideramos la característica más distintiva e interesante de esta publicación: el lugar preponderante que tiene en ella la jurisprudencia. Es una clara muestra de que un cambio de actitud está operando entre quienes estamos relacionados al quehacer jurídico; a saber, el derecho que diariamente se va creando en el foro empieza a cobrar mayor importancia. Por ello, quienes hacemos THĒMIS - Revista de Derecho saludamos la aparición de este segundo número de Aequitas y auguramos un muchos éxitos a esta publicación.

NOTARIA

manuel forero

ATENCION ININTERRUMPIDA
9:00 am - 6:00 pm
Lunes a Viernes

Jr. Carabaya 1146 - Lima Teléfonos: 428-8330 • 428-7901 • 427-9118 Fax: 432-2290

Algunas personas
ven así de lejos
la posibilidad de
tener una IBM.

●

La verdad, es que IBM® está tan a la mano como en este aviso.

L T. 9105867

IBM®
IBM DEL PERU S.A.

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas 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:

Salomón Lerner, Enrique Bernales, Carlos Cárdenas Quirós, Carlos Caro, Luis Jaime Cisneros, Juan José Cauvi, Enrique Ghersi, Carlos Hamann Pastorino, Jorge Manini Chung, Elvira Méndez Chang, Manuel Noya de la Piedra, Alfredo Quispe Correa, Alberto Rebaza, Jaime Rey de Castro, Luis Carlos Rodrigo, Fernando de Trazegnies, Alfredo Vidal Henderson, Fernando Zavala Toya, Juan Manuel Zegarra Mulanovich.

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

César Abanto, Gabriel Arrisueño, Ana María Asmat, Carlota Cassalino, Ursula Cisneros Grisolle, Eduardo Dargent, Javier de la Vega, Familia Ronceros Neciosup, Familia Vega Sánchez, Enrique Felices, Melissa Guevara, Isabel Gutierrez, Zoila Horna, INCA KOLA, Carlos Jiménez, Adriana Lazo, Gustavo Lazo, Beatriz Llanos, Sara Martínez, Hernán Medina, Johana Mendoza, Jesús Merino, Diego Molina Rey de Castro, Víctor Odiaga, Abelardo Oquendo, Carlos Patrón, Nicolás Polar, Isabel Rey de Castro, Jenny Soria, Carlos Sotomayor, Susana Reisz, Carolina Rendón, Revista Temas de Derecho, Domingo Rivarola, Ana Scapa, Jorge Taboada, Filiberto Tarazona, Angélica Torres, María Yshimura.

Todos los 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 enviar sus trabajos a la casilla postal 110711 - Lima 11 (con una copia en diskette) o a nuestro correo electrónico: themis @.pucp.edu.pe.

THĒMIS - Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

THĒMIS - **Revista de Derecho** agradece el apoyo de las siguientes instituciones :

ESTUDIO ALMEYDA

ESTUDIO ARAMBURU HEUDEBERT, PAYET, REY & ASOCIADOS

ESTUDIO JORGE AVENDAÑO VALDEZ

BARRIOS, FUENTES, URQUIAGA & DAÑINO, ABOGADOS

ESTUDIO JAVIER DE BELAUNDE, ABOGADOS

BENITES, MERCADO & UGAZ, ABOGADOS

ESTUDIO FERNANDO BELLIDO & ASOCIADOS

CAUVI, FERRARO, HAMANN, ABOGADOS

ESTUDIO JUAN JOSE CAUVI & ASOCIADOS

DELFINO, PASCO, ISOLA, AVENDAÑO, ABOGADOS

ESTUDIO DREYFFUS & ASOCIADOS

LAOS, AGUILAR, CELI & VINATEA, ABOGADOS

ESTUDIO OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

ESTUDIO DE PIEROLA

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO, ABOGADOS

RUBIO, LEGUIA, NORMAND & ASOCIADOS

ESTUDIO ROSELLO, ECHEANDIA MANINI & ASOCIADOS

YORI & BUSTAMANTE, ABOGADOS

A104

Impresión:
forma e imagen
Av. Arequipa 4558 - Miraflores Telfs.: 4450649 - 4446465