

Entrevista a Alberto Borea Odría

Muy poco tiempo después de la aprobación de la ley por el Congreso, el Dr. Alberto Borea accedió a absolver nuestras preguntas. El Dr. Borea cuenta con una amplia trayectoria en la docencia universitaria y es autor de interesantes obras, acerca de las acciones constitucionales.

En la actualidad, milita en las filas del Partido Popular Cristiano (PPC), del que es miembro prominente, e integra la Cámara de Diputados en cuyas Comisiones de Concertación Nacional, Constitución, Integración Latinoamericana y Relaciones Interparlamentarias y Reglamento, tiene una participación destacada.

Thémis: Dr. Borea, ¿cree ud. que la estatización del sistema financiero es inconstitucional?

Dr. Borea: Yo he llegado a la conclusión que por diversos motivos la ley que declara la estatificación del sistema financiero es inconstitucional.

En primer lugar, por lo que es la Constitución, que en el Perú, se basa en dos pilares fundamentales, la democracia en materia política y el pluralismo en materia económica. En consecuencia, ambos implican la posibilidad de competir dentro de lo que la ley establece.

En este caso, con la quiebra del principio del pluralismo económico, a partir del monopolio de una actividad en manos del Estado, se ha afectado a uno de estos pilares.

Se ha dicho que, en virtud de una interpretación contrario sensu del artículo 153o. de la Carta Política, el monopolio público de la banca es posible; dicho artículo señala que la actividad bancaria, financiera y de seguros, no puede ser objeto de monopolio privado y que la ley indica los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas respectivas. Algunos han entendido que el que no pueda haber monopolio privado, no significa que éste no pueda ser público. Sin embargo, ésta es una interpretación equivocada de las normas del Derecho Constitucional, ya que cuando se trata de los poderes del Estado, a diferencia de lo que sucede con la capacidad de las personas, no es que todo lo no prohibido, está autorizado, sino que sólo se acepta lo expresamente permitido.

Jorge Banosi, el gran constitucionalista argentino, afirma que la Constitución es la gran asignadora de

competencias, por lo que todo lo que no se le asigna al poder, no puede ser desarrollado por él. De lo contrario, aquél se estaría extralimitando. Inclusive, para una concepción del pacto social, todo lo que no se otorga al poder, no puede entenderse como cedido por los particulares a éste.

Lo que funciona es el principio a que alude el artículo 112o. del texto constitucional, es decir, que el Estado garantiza el pluralismo económico y que la economía nacional se sustente en la coexistencia democrática de diversas formas de empresa, ya sea ésta, estatal, privada, cooperativa, comunal y autogestionaria.

Además, se ha sostenido, en respaldo de la ley, el artículo 114o. por el que en razón "de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios". Cabe destacar que ésta es una norma de excepción con respecto al principio genérico consagrado por el artículo 112o., y, como todos sabemos, la norma general se presume, no así la excepción, que, por el contrario, ha de demostrarse.

En los debates del Congreso y en las contradicciones del proyecto del Poder Ejecutivo, se confirma que, en la estatización del sistema financiero, no había ningún interés social de por medio.

Thémis: El artículo 152o. de la Constitución enfatiza la función social que en apoyo de la economía nacional, debe cumplir la banca. ¿Considera ud. que el no cumplir con esta función sería causal válida de expropiación?

Dr. Borea: Considero que en una sociedad, toda actividad, no solamente la bancaria, es fundamental.

Hay una cuestión de particular trascendencia, por lo cual la ley deviene en inconstitucional, y es que la función social debe ser definida previamente por el Estado, no adivinada por los particulares.

Se alega, en este caso, que no ha habido un cumplimiento de la función social, pero ¿cómo puede jurídicamente el Estado exigir el cumplimiento de dicha función, si ésta no ha sido señalada por el régimen actual durante sus dos años de gobierno?

Como no lo ha hecho, ésta no sería exigible, en razón de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Inclusive, ni siquiera la banca asociada, durante estos dos primeros años, habría cumplido con ese rol, sino que ha tenido un comportamiento similar al del sector privado, lo que se evidencia a través de los préstamos al grupo Romero, entre otros. De acuerdo a lo informado por el Superintendente de Banca y Seguros ante la Comisión correspondiente de la Cámara de Diputados, el actual gobierno no ha dictado ninguna medida orientada a una descentralización o a una democratización del crédito.

Thémis: ¿Qué entiende ud. por servicio público? ¿Considera que las actividades bancaria, financiera y de seguros se ajustan a este concepto?

Dr. Borea: Una de las razones que ha dado el gobierno, para esta medida, ha sido que el Banco Continental ha rendido más utilidades que el de Crédito. Una actividad, en la que ellos mismos están loando la capacidad de ganancia de una entidad del sector asociado, no puede considerarse como servicio público, ya que esta noción no es compatible con la obtención de beneficios.

Cuando el Estado presta un servicio público, lo debe dar al costo, aun a pérdida.

En el Perú, los constituyentes no concibieron que el sistema financiero se desempeñara como servicio público, lo que no es incompatible con que aquél cumpla una función pública.

Thémis: Dr., ¿piensa que es congruente esta noción de servicio público con el accionariado difundido?

Dr. Borea: Otra de las inconstitucionalidades de esta ley, se encuentra en la violación de su artículo 1o., de manera que, en sí misma, la norma es contradictoria.

El artículo 114o. de la Constitución, antes mencionado, permite que el Estado, por causa de interés social, pueda reservarse una actividad específica, lo que no concuerda con la posibilidad del accionariado difundido, con el que tal reserva no se daría, ya que la propiedad sería compartida con otros accionistas.

Asimismo, se autoriza la posibilidad de bancos, que, como los regionales, tienen una composición mayoritariamente privada.

La constitucionalidad de esta medida, también podría ser cuestionada a la luz del artículo 53o. de nuestra Carta Política, que propicia la creación del Banco de los Trabajadores, debido a que de haberse pensado en un monopolio estatal de la banca, tal precepto no tendría sentido. Situación similar se da con el caso de la banca cooperativa e igualmente, en relación al justiprecio, hay una violación, en tanto que éste debe ser el pago justo. En ese sentido, primero, debe establecerse la justicia del pago y, luego, proceder a la expropiación. Aquí, se recoge la figura del pago a cuenta, como medio para tomar el control de las empresas, con lo que se daría al gobierno una gran discrecionalidad.

En conclusión, estamos ante una ley plagada de inconstitucionalidades.

Thémis: Algunos tratadistas sostienen que es posible, de acuerdo con el artículo 125o. de la Constitución, la expropiación por acto administrativo "conforme a ley" que lo regule, señalando, sin embargo, que en esta situación, deben fundamentarse la necesidad y utilidad públicas o el interés social.

Dr. Borea: Pienso, en primer lugar, como lo digo en mi libro sobre el Amparo y el Habeas Corpus, que el Estado tiene el derecho a calificar el acto.

La Constitución de 1979, establece que la expropiación no se hace por ley, sino de acuerdo a ley y, por tanto, podría consagrarse un procedimiento distinto para lograr dicho fin. Este último, de contarse con la autorización respectiva, se alcanzaría por medio de un acto administrativo, un Decreto Supremo o una disposición del Ejecutivo. No obstante, todas las normas del sistema jurídico, entre las que están las expropiatorias, son revisables por la autoridad judicial, porque es consustancial a nuestro ordenamiento el principio de razonabilidad. Este último ha de ser autorizado por todo el tribunal, por tratarse de un sistema jurídico en el que priman las normas y no las voluntades, la razón y no la arbitrariedad. Al respecto, Argentina y Estados Unidos tienen una copiosa jurisprudencia, que establece que judicialmente se puede y se debe revisar toda disposición emanada del poder político, tanto del Legislativo como del Ejecutivo.

Concuerdo con la tesis de Alberto Ruíz Eldredge, que admite la posibilidad de expropiar mediante un acto administrativo, siempre que éste sea conforme a ley.

Thémis: ¿Podría el Poder Judicial discutir la calificación de utilidad pública?

Dr. Borea: Considero que la calificación de utili-

dad pública es discutible. No lo es, en cambio, la falta de declaración expresa del interés social que motive la expropiación. En el primer caso, podrían presentarse arbitrariedades, si, por ejemplo, se expropiara una casa equivalente a otras de la misma urbanización, por quererle afectar a un propietario concreto.

¿No se trataría, entonces, de quitarle la casa a un propietario para darla a otro sujeto ni de una falta de especificación de lo que será objeto de expropiación, que son los casos de arbitrariedad, en que, según el tratadista argentino Quiroga, procede la revisabilidad judicial?

Dr. Borea: Aquí, se está expropiando para terceros, porque el Estado permite la posibilidad de transferir, posteriormente, un porcentaje accionario a otras personas. Este alcanzaría un 49 o/o, en el caso de las compañías de seguros, y un 70 o/o en la banca regional. En ésto, hay una inconstitucionalidad evidente.

Thémis: ¿La ilegalidad estaría, en este caso, en el accionariado difundido?

Dr. Borea: No. La cuestión no estaría en el accionariado difundido, sino en la expropiación para terceros.

Pudo haberse emitido una ley, como sostiene el Partido Popular Cristiano, que limitara la propiedad a un pequeño porcentaje accionario, con lo que los que lo sobrepasen tendrían que vender. De esta manera, se mantendría el sistema de propiedad privada, junto con las empresas autogestionarias, cooperativas y estatales. Lo grave es que, rompiéndose el pluralismo económico, se está cancelando dicho sistema, para determinadas actividades.

Thémis: Dr. Borea se ha declarado en emergencia al sistema financiero del país, para poder proceder a su posesión provisoria, en base a lo estipulado por el artículo 132o. de la Constitución y a las normas del Decreto Legislativo 313. A su entender, ¿tendría esta medida algún reparo de carácter constitucional o legal?

Dr. Borea: Me parece que el artículo no tiene nada que ver. Normalmente, la situación de emergencia, primero, se presenta y, después, se declara, mientras que en este caso, sucede lo inverso. Sería como si el médico dijera que se va a tener gripe dentro de tres semanas y que ésta va a durar exactamente una.

Lo aprobado es realmente ilógico, ya que la emergencia se produce, cuando este llevándose a cabo el proceso de expropiación. Esta es una situación distinta a la contemplada por el citado artículo de nuestra Carta Política, que se refiere a la existencia de una grave crisis. La única crisis, que actualmente, tiene el Perú, es que nos esté gobernando el APRA. El sistema estaba funcionando bien, lo que se comprueba en el discurso que, con posterioridad al de Larco Cox, pro-

nunció el Presidente García. En esta oportunidad, el señor García Pérez dijo que su modelo es bueno y que solamente ha habido mala aplicación, con lo que, dicho sea de paso, echa la culpa a Alva Castro. Insiste en que su planteamiento es excelente, al punto que los agentes económicos han respondido muy bien y están gastando los dólares en importar insumos para la industria.

Tres semanas después, dice todo lo contrario, por lo que la referencia al artículo 132o. resulta inexplicable. Ahí, se plantea, nuevamente, lo relativo al principio de razonabilidad, porque no basta para que una cosa esté bien con que un gobernante decida hacerla.

De no haber una lógica y un proceso razonable, se incurriría en arbitrariedades. La democracia es el gobierno de los más, pero es también el respeto a los derechos de los menos; sino, bastaría con que hubiera una mayoría para cambiar la Constitución, inmediatamente, y decidir que vamos a estar en una dictadura permanente. Dicha mayoría, cancelaría el sistema constitucional; ello no debe ocurrir, en razón de tratarse, de lo que Kelsen concibe como el sustento lógico jurídico de todo Estado de Derecho. Aquí, se viola esta base, constituida por las premisas lógico jurídicas del Estado.

Thémis: El texto finalmente aprobado, queriendo salvaguardar las atribuciones de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece el nombramiento, por parte de dicho ente, de representantes ante los comités de administración de las empresas financieras. ¿No habría sido mejor mantener a los directorios y que se hiciera tal designación ante ellos?

Dr. Borea: Lo lógico hubiera sido que la Superintendencia nombrara a un funcionario. Aquí, se está tratando de dar visos de legalidad a una cuestión absolutamente inconstitucional.

El ente mencionado, sin necesidad de que exista un proceso expropiatorio, puede designar a un supervisor, respetando a los órganos de decisión de estas sociedades. Excepciones a esta regla estarían dadas, de mediar una declaración de quiebra o si hubiese una intervención abierta, en que de acuerdo a la ley de Superintendencia de Banca, se procedería a poner un interventor. Esto se parece a lo que Lowenstein llama normas semánticas. Hay que imaginar toda una serie de cosas, para seguir los deseos del señor García y no, como en el caso de las normas normativas —valga la redundancia—, en que el gobierno debe sujetarse a la disposición.

En el Perú, las normas van al encuentro de la voluntad presidencial, lo cual es inexplicable en un Estado de Derecho que se respete.

Thémis: ¿Qué opina ud. del artículo por el que se varía el trámite para la acción de amparo?

Dr. Borea: Desde el punto de vista del amparo, se

tradictorias resoluciones que han emitido los jueces respecto de las acciones de amparo interpuestas?. ¿Cree que adolecen de deficiencias procesales? ¿Cuáles?

Dr. Borea: Creo que las resoluciones del juez Raffo y del juez Morán, en las primeras acciones planteadas frente a la intervención transitoria de los Bancos, por parte del Poder Ejecutivo, así como la decisión de la Corte Superior, que declara fundada la suspensión del acto reclamado, son válidas.

En lo que no estoy de acuerdo es con el amparo, que declaró procedente el juez Rodríguez Ayma, porque en ese momento, no podía suponerse cómo iba a darse la ley; él no estaba en disposición de presumir las voluntades del Senado y del Presidente de la República, quien, eventualmente, puede vetar la norma.

Una amenaza, para dar lugar a una acción de garantía, ha de ser concreta y no, como ocurrió en este caso, cuando el hecho era totalmente incierto.

Thémis: ¿Qué impresión le merecen los comunicados de la Fiscalía de la Nación en torno a la intervención de la Banca y su expropiación?

Dr. Borea: El señor Fiscal de la Nación tiene dos profesiones: es ingeniero y también abogado. Parece que, en sus comunicados, se ha dedicado al ejercicio de la primera.

No tienen ninguna lógica jurídica; el primero, fue desastroso y el segundo, sigue el mismo camino.

Thémis: ¿Considera, ud. que la no afectación de las sucursales de Bancos extranjeros resulta discriminatoria?

Dr. Borea: El artículo 112o. establece, con toda claridad, que los extranjeros en materia de propiedad, están en la misma situación que los naturales. A esto se ha llegado, tras una larga evolución en el Derecho del mundo, porque antes aquéllos eran tratados, primero, como enemigos y, luego, con una capitis diminutio asombrosa. Paulatinamente, se les fue dando un tratamiento similar al de los nacionales, hasta llegar a una situación de igualdad.

No obstante, en ningún momento, pueden ser más que los peruanos y eso lo consagra el citado artículo de la Constitución. Aquí, se invoca una norma de excepción, lo que me parece inconstitucional y que contradice eso de gobierno nacionalista, democrático y popular.

Además, no creo que el señor Rockefeller sea menos poderoso que el señor Dionisio Romero o que el grupo Wells Fargo sea más débil de lo él llama, el imperio de los Nicolini o de los Brescia.

Thémis: Para terminar, ¿cuáles serían, para usted, las ventajas y desventajas de esta ley?

Dr. Borea: Hemos analizado, como compete a una revista de Derecho, el aspecto jurídico de la cuestión, mas, desde otros puntos de vista, es absolutamente inconveniente, porque el poder económico queda en manos de un solo agente. Dicho agente, a la vez, es político, lo que implica que no puede haber ningún tipo de fiscalización sobre el monopolio peligroso, que pretende imponer el régimen. Aquél, sea público o privado, es malo, pero cuando se encuentra dirigido por particulares, queda el consuelo de la regulación por parte del Estado y ello no resulta claro cuando él mismo es el propietario.

Se va a dar lugar a una mayor concentración de poder, la cual, teniendo en cuenta la trayectoria del gobierno, no sólo es absorbente, sino inconveniente y excluyente. Durante estos dos años, el país ha constatado que, para obtener un trabajo y ascender en la carrera, se necesita carnet o padrino apristas. No hay razón para pensar que tal situación, en el caso del crédito, no se presentará.

Controlar lo económico y el aparato estatal puede conducirnos al totalitarismo. Así, podrá irse, indirectamente, en contra de la libertad de expresión, por medio del aviso, y de la iniciativa privada, ya que, si quiere perjudicarse a un opositor —buscando que permanezca callado o que, eventualmente, se halle controlado—, sencillamente, se le niegan los préstamos.

Políticamente, ahí está el riesgo, en tanto el factor de coacción, el vector fuerza, ya no —como en el tiempo de San Agustín o Santo Tomás— es solamente físico, sino que incluye la posibilidad de coaccionar, mediante presiones económicas.

La referida concentración sería utilizada, en beneficio de un determinado partido, conforme ocurrió en las elecciones de 1986, donde hubo un fraude escandaloso.

Asimismo, es perjudicial a la nación, si vemos que se destinarán, aproximadamente, cuatrocientos millones de dólares, según unos, y ciento cincuenta millones, en opinión de otros, en pagar a los banqueros el precio de sus empresas. Este monto pudo servir, en Lima, para ampliar el radio de los servicios esenciales y crear nuevos puestos de trabajo, pero no aprovecharlo en provincias, es realmente un crimen.

Con la cantidad mencionada, la carretera longitudinal de la sierra, que va de Cutervo a Cajabamba, beneficiando fundamentalmente al sector dependiente de la cuenca lechera de Cajamarca, podría concluirse, al igual que la que uniría Casma y Monzón y la Chimbote—Sihuas—río Marañón, que hubiesen integrado las vertientes del Pacífico y del Atlántico. También, se terminaría de electrificar el Perú, tanto con pequeñas hidroeléctricas, cuya implementación no requeriría de grandes desembolsos —la de Chima, en el departamento de San Martín, cuesta tres millones

de dólares—, como con la finalización de centrales, entre las que se encuentra, la de San Gabán, en Puno.

Inclusive, se comenzaría el proyecto de Olmos, calculado en un máximo de mil quinientos millones de dólares. El mismo tren eléctrico dejaría de ser una fantasía ...

Por lo expuesto, el balance acaba siendo negativo, en términos del desarrollo nacional y por el sistema recogido, que impide que el ser humano, fin supremo de la sociedad, llegue a colmar algunas de sus aspiraciones.

Estamos recayendo en una opción estatista, imperante desde la época de Velasco, que ha demostrado ser un fracaso. Esto se evidencia, en el escaso desarrollo alcanzado a lo largo de los últimos veinte

años y en que la tentación totalitaria se ha acentuado.

Pienso que, uno de los grandes errores del segundo período de Belaunde, estuvo en no revertir esta tendencia. Desgraciadamente, estamos acelerando ese proceso.

Thémis: Dr. ¿Quisiera agregar algo más?

Dr. Borea: Considero que Thémis es una revista que nos enorgullece a todos los de la Universidad Católica y espero que continúen con el estudio y la investigación en el campo del Derecho, para que, algún día, cuando tengan que cumplir funciones de responsabilidad en la conducción del país, no incurran en los mismos yerros de quienes nunca han estudiado y, por el simple hecho de hablar bien, creen que lo saben todo.

