

GARCÍA DE ENTERRÍA,
JAVIER

**"DELITOS SOCIETARIOS.
UN ENFOQUE MERCANTIL"**

Madrid. CIVITAS, 1996. 119p.

El antiguo Código Penal español consignaba los tradicionales delitos contra la propiedad; estos tipos penales proceden, en su mayoría, del Derecho Romano y, por lo tanto, de una concepción económica rudimentaria, ligada a las relaciones de intercambio entre individuos. Así, estos tipos legales resultan insuficientes, incapaces de dar un tratamiento jurídico adecuado a las modernas técnicas y complejas formas delictivas que pueden observarse al interior de las sociedades modernas: vehículos del desarrollo económico actual. Anota además el autor que "la propia trascendencia social de muchas sociedades, (...) justifica también la atribución de relevancia penal a supuestos especialmente graves de administración desleal y de conductas abusivas que pueden comportar (...) una profunda pérdida de confianza en el funcionamiento íntegro del sistema económico y mercantil...".

Sin embargo, nos dice que sólo se justifica la intervención del Derecho Penal en supuestos de especial trascendencia social que, además, no puedan ser reprimidos mediante otros mecanismos menos gravosos. El Derecho Pe-

nal debe ser la *última ratio*, señala. Estas normas penales, prosigue, deben ser precisas y específicas de modo que no pasen a formar parte del juego de intereses que caracteriza el funcionamiento del natural tráfico económico; de lo contrario se corre el riesgo de crear distorsiones intolerables, graves al interior de la regulación de la vida societaria. Estas normas deben sujetarse a la coherencia del marco regulatorio privado dispuesto para las sociedades mercantiles. En opinión del autor estas consideraciones no han guiado lo dispuesto por el reciente Código español, produciéndose entre uno y otro ordenamiento (Penal y Societario) discrepancias valorativas y problemas de enlace, de coherencia entre unas y otras disposiciones legales; de coherencia y unidad en el "conjunto de normas jurídicas aplicables a las sociedades mercantiles".

Los sujetos comprendidos en el ámbito de esta legislación son los socios en dos casos y los administradores en las restantes cuatro normas: los entes involucrados son cualquier entidad que opera en el mercado y que pueda amparar estas figuras, esté constituida o en vías de constitución. Continúa en la obra la exposición y análisis de las seis figuras delictivas. Las figuras son el "falseamiento de la información social", que tutela el derecho de información de socios y terceros interesados en la vida social, que en la práctica representa la toma de decisiones equivocadas que favorecen al beneficiario del falseamiento y perjudican económicamente al destinatario de este falseamiento (sociedad, algún socio o terceros); la "adopción de acuerdos abusivos por parte del socio mayoritario", figura que, anota el autor, puede producir graves disfunciones en el desarrollo de las relaciones entre so-

cios al convertirse en un instrumento de presión entre grupos sociales; la "adopción de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias"; la "lesión de derechos de los socios" por parte de los administradores; la "obstaculización de funciones supervisoras e inspectoras"; la "administración fraudulenta del patrimonio social" y efectuada en perjuicio de los socios y que beneficia a algún tercero coludido con el administrador que participa de estos actos fraudulentos.

Concluye García de Enterría este análisis de la nueva legislación penal aplicable al Derecho Mercantil consignando su disconformidad con algunos aspectos de la misma, entre los que destaca el que algunas de estas normas contrastan con mecanismos mercantiles y administrativos plenamente consagrados e idóneos para abordar las materias a que estaban asignados. Estos contrastes producen incoherencia y falta de unidad, factor que fuera ya advertido en un principio, en el ordenamiento jurídico de las sociedades; lo que entorpece algunos aspectos de su desarrollo en vez de protegerlo, como debe tener por finalidad el Derecho Penal.

ELVIRA MÉNDEZ CHANG

**ATRIBUCIONES DEL
PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA EN LAS
CONSTITUCIONES DEL
PERÚ DE 1979 Y 1993 EN
RELACIÓN A LA
CELEBRACIÓN DE
TRATADOS EN FORMA
SIMPLIFICADA**

Biblioteca de Derecho del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. (En preparación).

La obra nos presenta, en tres capítulos, un estudio analítico y

comparativo sobre la atribución del Presidente de la República en cuanto a la celebración de los tratados en forma simplificada y el control parlamentario respectivo en el Perú. Esta atribución, regulada por el artículo 104 de la Constitución Política de 1979 y, ahora, por el artículo 57 de la Constitución vigente, generó una serie de tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, observándose en el período que va de 1979 a 1996 un esfuerzo por controlar las atribuciones del Presidente de la República en esta materia.

Partiendo de los conceptos básicos sobre el Derecho de los Tratados, se procede al análisis de los tratados en forma simplificada en la doctrina y práctica internacional. Éstos son los que se ratifican por el Presidente de la República, sin que medie la aprobación previa del Congreso.

En cuanto a la legislación y práctica nacional, la Constitución Política del Perú de 1979 presentó algunas imprecisiones que generaron tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo en este tema. En primer lugar, se presenta el problema terminológico surgido por el empleo de las voces "tratado" y "convenio" en el articulado de nuestra Carta Magna, con implicancias para determinar el proceso de celebración de los tratados. En segundo lugar, el tema de las materias de exclusiva competencia del Presidente de la República resulta impreciso pues, en razón a la materia, se establece genéricamente la facultad del Presidente de celebrarlos sin aprobación del Congreso (artículo 104). En la práctica, hubo algunas discrepancias sobre la interpretación de cuáles eran dichas materias; así mismo, ante la ausencia de normas que aclararan lo relativo a la obligación de dar cuenta al Congreso por parte del Poder Ejecutivo, se llegó a discutir so-

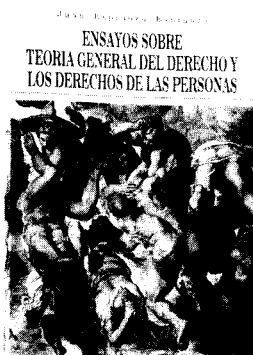
bre sus alcances, limitándose a un mero "informar". Un ejemplo del exceso de esta "discrecionalidad" y la falta de control sobre los tratados simplificados por el Ejecutivo, fue el Protocolo del Convenio Pesquero entre Perú y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la colaboración en un proyecto de desarrollo pesquero (1988), el cual fue aprobado previamente por el Congreso e invadió materia reservada a la ley (materia tributaria, por ejemplo), y no pudo ser objeto de un control político efectivo.

La entrada en vigor de la Ley 25397 (Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente del 31 de enero de 1992) marcó una nueva etapa en las relaciones ejecutivo-legislativo. Se dio la denominación de "convenios internacionales ejecutivos" a los tratados simplificados, se señalaron algunos supuestos de aplicación del control parlamentario en cuanto a la atribución de celebrar tratados simplificados por el Presidente de la República (una "lista positiva" tentativa), la ubicación de estos tratados como Decretos Supremos en nuestro sistema de fuentes del Derecho y la regulación del procedimiento de dar cuenta al Congreso. Sin embargo, en este nuevo marco, las tensiones y problemas se mantuvieron.

La Constitución Política del Perú de 1993 asume, con buen criterio, al "tratado" como término genérico. En cuanto al proceso de celebración de los tratados en forma simplificada, éste no varía substancialmente. En cuanto a las materias de competencia del Presidente de la República, se adopta el sistema de la lista positiva en el artículo 56, lo cual da una mayor claridad sobre qué tratados requieren la aprobación previa del Congreso. En relación al Control Parlamentario, vigen-

te la Ley 25397 en lo que no contradiga la Constitución de 1993 y a la Ley 26647, se aclaran y perfeccionan los mecanismos de articulación y control entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Se mantiene la obligación de dar cuenta al Congreso con un procedimiento y forma precisas, lo cual permite un control parlamentario eficaz. Finalmente, se establece el control de la constitucionalidad de los convenios internacionales ejecutivos a través de la acción de inconstitucionalidad.

En general, este estudio resulta interesante por analizar la legislación nacional aplicable y las implicancias en el Derecho Internacional en materia de tratados simplificados, teniendo en cuenta tanto la variable jurídica como el análisis del control parlamentario.



JUAN ESPINOZA ESPINOZA

ENSAYOS SOBRE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS. ESTUDIOS COMPARATIVOS DE CIRCULACIÓN DE MODELOS JURÍDICOS

Lima: Editorial Huallaga, 1996. 256 p.

Fruto de sus años de investigación en Europa, el doctor Espinoza presenta el libro "Ensayos sobre Teoría General del Derecho de las Personas". Precedidos de un elogioso prólogo del

jurista Francesco Donato Busnelli, estos ensayos, con el prestigio que les confiere haber sido publicados previamente en importantes revistas italianas, combinan el exhaustivo análisis técnico con una apasionada defensa del ser humano y su ontología.

Cabe destacar, desde ya, su riguroso estudio comparativo -que abarca la legislación y jurisprudencia de la Europa Continental, del Derecho anglosajón y del Derecho latinoamericano- así como la exposición y análisis de las más actuales y autorizadas voces de la doctrina italiana.

Bajo este substrato, el autor inicia su trabajo con una abierta crítica al sistema de fuentes considerado en el Código Civil y el Código Procesal Civil, propugnando revalorizar el papel de la jurisprudencia y la costumbre en la creación y transformación del Derecho.

El ensayo dedicado al abuso del derecho nos muestra la evolución de este concepto en la jurisprudencia y en la doctrina, así como la manera en la que éste ha quedado subsumido paulatinamente dentro de los criterios de la eficacia y de la responsabilidad civil. Exposición sumamente gráfica de cómo las instituciones jurídicas responden a contextos determinados; sin embargo, una vez modificados éstos, es necesario también un consecuente redimensionamiento de aquéllas.

En ese sentido, el autor justifica el nacimiento de la figura del abuso del derecho como respuesta a la rigidez del principio de la tipicidad de los derechos imperante en ese entonces. Una vez superado el principio de la tipicidad por una concepción del derecho subjetivo integradora no sólo de atribuciones sino tam-

bién de limitaciones inmanentes a su estructura, entre las que destacan principios como la buena fe y la corrección, la teoría del abuso del derecho como figura autónoma pierde utilidad operativa, convirtiéndose en un "refuerzo retórico o una tentativa de clasificación redundante".

Dentro de la consistente muestra de la jurisprudencia en esta materia destacan dos sentencias emitidas por tribunales peruanos que nos presentan -contra lo que usualmente se pueda pensar- a un juez peruano menos formalista y que también ha ido superando la concepción tradicional del derecho subjetivo por una actitud más sensible a impedir el injusto ejercicio de los derechos.

Con un ánimo más expositivo que crítico se abarca el problema del abuso de la personalidad jurídica, tema que, no obstante su considerable desarrollo en el Derecho comparado, no cuenta en el país con el aporte jurisprudencial y aún no ha sido tratado en forma minuciosa por la doctrina.

El capítulo IV - "El *status* jurídico del concebido" - es una elocuente defensa del derecho a la vida del embrión, acompañada de una búsqueda seria de alternativas para los casos de maternidad -y paternidad- no deseada. El calor humano con que el autor aborda el tema no se desdice en modo alguno con la lucidez de su tratamiento, que se percibe desde el inicio del capítulo, cuando propone como punto de partida dar mayor atención a la determinación sobre cuándo surge la vida humana según los datos que proporcionan la medicina y la biología, y no a los interminables debates de juristas y filósofos.

La madurez como jurista del autor se comprueba en su defensa

abierta en favor del concebido – que contradice la tendencia casi unánime de la doctrina italiana y en su denuncia de “una legislación que es contradictoria y una jurisprudencia que es titubeante” en Italia.

Si bien el acertado punto de partida del artículo le permite arribar a conclusiones preliminares con bastante objetividad, al llegar al problema de la colisión entre la protección a la madre – la denominada esfera de la *privacy* y la de los derechos del concebido, el autor elige la última de las alternativas sobre la base de criterios evidentemente valorativos –entre los que destaca la solidaridad-, lo cual es inevitable al presentarse dicha disyuntiva.

Culmina el autor esforzándose por proponer alternativas serias “que respeten la decisión de la mujer de no asumir la responsabilidad de criar un hijo sin sacrificar el incontrastable derecho a la vida del concebido”, tema que no ha sido abordado de manera adecuada por los juristas, quizás por su menor “trascendencia” en el plano filosófico, pero que es de vital importancia en la vida cotidiana.

En el capítulo V se destaca nítidamente, junto a su invocación en torno a la salvaguarda del cadáver en tanto protección “ultraexistencial del sujeto de derecho”, una polémica propuesta: la tutela por parte del ordenamiento jurídico al cambio de sexo del transexual, en tanto reconocimiento de la preeminencia del sexo psíquico sobre el físico.

El conflicto de intereses entre el “futuro” difunto, sus familiares y el Estado en relación al trasplante es absuelto por el autor a favor del primero, por considerar que la muerte del sujeto no es una suerte de desaparición instantánea en el mundo de las rela-

ciones jurídicas. La defensa del ser humano y su esfera de actuación también es preferida cuando se trata el tema de la esterilización, donde concluye que “el hecho de someterse (o no) a la esterilización- a la que distingue acertadamente de los métodos anticonceptivos- es una decisión existencial que involucra al ser humano, sea individualmente considerado, sea en su condición de cónyuge o conviviente”.

La tutela de la individualidad del ser humano y su realización del proyecto vital de existencia lo lleva, como se anticipó, a propugnar el reconocimiento del derecho del transexual al cambio de sexo. Esta propuesta, que en el Perú contara entre sus primeros propulsores a un jurista de la talla de Fernández Sessarego, es mostrada bajo los distintos argumentos elaborados en la jurisprudencia extranjera –tales como la diferencia género y sexo, la existencia del denominado sexo psíquico y el recurso de la ficción jurídica. Aunque apasionante, el ensayo no llega a producir la misma convicción que el artículo sobre “El *status* jurídico del concebido” debido a la dificultad que siempre se presenta al delinear científicamente un concepto como el denominado “sexo psicológico”; noción de por sí ambigua y que en algunos casos se ha dado por presupuesta al exigirse al Estado la carga de desvirtuar su importancia, tal como se comprueba en el dictamen de la Comisión Europea de los Derechos Humanos en el caso Rees contra el Reino Unido, que forma parte de la nutrida bibliografía del ensayo.

No obstante, el autor sostiene una tendencia cada vez más aceptada, a la que incluso países conservadores como España comienzan a adherirse, y que lleva a pensar en un inevitable giro en el Derecho peruano en los próxi-

mos años: al margen de la consistencia o no de los conceptos esbozados por la jurisprudencia, el Derecho, como el autor constantemente ha recalcado, se nutre de la sociedad y responde a los valores que ella asume, más que a la nitidez de las definiciones científicas o filosóficas.

De particular interés y actualidad es el ensayo sobre la capacidad jurídica, en el que el autor propugna descartar aquella concepción prohibitiva de los derechos de los sujetos débiles, y reemplazarla por una tutela realmente respetuosa de los disminuidos. La propuesta del autor, que se encuentra entre las más novedosas y serias que se han dado en la materia, parte del cuestionamiento de la distinción entre los términos capacidad jurídica y capacidad de obrar y concluye con su adhesión al esbozo de la propuesta de ley de Cendón, en el sentido de acudir al recurso de las cláusulas generales; ya que, según el autor, “las necesidades existenciales de los sujetos no se pueden tipificar en reglas fijas”.

Tras demostrar su postura a favor de una tutela respetuosa de los sujetos débiles, el autor realiza un análisis crítico del tratamiento de la materia por el Código Civil peruano, en el que, deduce, pareciera que la regla general es la incapacidad de los sujetos débiles y la excepción su capacidad.

El tema de la cuantificación del daño subjetivo es el eje de atención del capítulo VI donde, bajo la perspectiva del moderno “Derecho de Daños”, el autor realiza una exposición de los métodos genovés y pisano, concluyendo en su conveniencia como punto de partida a efectos de la determinación del *quantum* del daño subjetivo en nuestro ordenamiento. Se busca superar de esta

manera aquella tradicional determinación judicial de resarcimiento del daño que el autor califica, siguiendo a Alpa, como "una suerte de lotería forense", por una valorización más objetiva y predecible.

La necesidad de fusionar dos instituciones que se regulan de manera distinta –la fundación y el comité- pero que en opinión del autor son substancialmente similares, es el tema central del último ensayo, en el que se percibe el importante influjo de la tesis de las "tipologías abiertas" de la moderna doctrina italiana. Así pues, el autor advierte la evolución histórica de ambas instituciones, y cómo es que esta evolución aún no ha sido percibida por el legislador, manteniéndose en nuestro ordenamiento un tratamiento disímil que contradice la naturaleza actual de la

fundación y el comité: el hecho de administrar el patrimonio de terceros.

Volvemos a constatar a estas alturas cómo las instituciones jurídicas se van adaptando a los tiempos en vez de permanecer inalteradas, ya que según el propio autor "siendo el Derecho un producto cultural, sus institutos deben adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad".

Si bien autónomos en su temática, los ensayos de Juan Espinoza Espinoza se hallan entrelazados por el permanente influjo de una concepción tolerante y a la vez solidaria del Derecho. Principios –la tolerancia y la solidaridad- que muchas veces parecieran contraponerse en el Derecho, pero que el autor a lo largo de sus páginas se esfuerza admirablemente en conciliar. En uno de los

pasajes más vibrantes de su libro, cuando defiende el derecho del transexual al reconocimiento del cambio de sexo, encontramos este párrafo, que pareciera resumir la filosofía del autor: "El Derecho en tanto producto cultural, debe reflejar una sociedad abierta y tolerante a este tipo de cambios y desarrollos y dejar en el armario del anticuario conceptos que impidan la realización del proyecto vital de existencia del ser humano, el cual debe armonizarse con los intereses familiares y sociales; ésta es la vía sobre la cual debemos dirigirnos".

Los "Ensayos sobre Teoría General del Derecho y Derechos de las Personas" se constituyen, de esta manera, en un aporte significativo para un replanteamiento serio y profundo del Código Civil, en circunstancias, que dicho sea de paso, no han podido ser más propicias.