CORPUS IURIS

Boletín de la Asociación Corpus Iuris Año1 N° 2

- El Servicio Público
  Opina:
  Cecilia Blume
- Descerraje
  Dinos hacia donde va el Perú
- Sobre la Renta Básica
  Opina:
  Jorge Santistevan



ASOCIACION CORPUS IURIS
ALUMNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UPC

INFORMACIÓN

Do Ut Des es una publicación periódica de la Asociación Corpus Iuris orientada a la difusión de conocimientos jurídicos. La Asociación autoriza la reproducción parcial o total del contenido de este Boletín solo para fines académicos, siempre que se cite adecuadamente la fuente.

Las opiniones vertidas en esta publicación, incluyendo la del Director de Edición, son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la posición de la Asociación.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2006-0265

EDITORIAL

Estimados lectores;

Desde hace poco más de un lustro hemos venido siendo testigos de los niveles de degradación de nuestro sistema democrático durante el gobierno de Alberto Fujimori. El principio básico de separación de poderes, inherente a todo Estado democrático, fue dejado de lado por un absolutismo desmedido. Desde magistrados –de distinto nivel- hasta los principales medios de comunicación; pasando por congresistas, altos mandos militares, autoridades subnacionales, entre otros; fueron comprados a valor de mercado; es decir, algunos cientos de miles de dólares.

No obstante ello, lo que nunca pudieron darse cuenta –y aún si hubieran reparado en ello- fue el enorme costo social que supuso alquilar o vender, según sea el caso, las instituciones a las cuales representaban: el Poder Judicial, el Congreso de la República, las Fuerzas Armadas, entre otras muchas. Como es historia conocida, se descubrió gran parte del engaño montado la década pasada, procediéndose a declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral, instalándose un concertador gobierno de transición y eligiéndose, finalmente, un Presidente fruto de elecciones sin cuestionamientos. Parece un final feliz para una historia sin fin como la peruana.

¿Qué hemos ganado luego de estos 5 años de democracia toledista? Una alentadora estabilidad económica, un incremento del ingreso mensual para magistrados y profesores, un Tratado de Libre Comercio ejemplarmente negociado de manera ejemplar y un gobierno elegido para una (in) necesaria segunda oportunidad. Lo más curioso de todo es que nos creemos relativamente buenos o que, traduciéndolo en una lógica de país, estamos relativamente bien.

Es excelente, y hasta envidiable en algún contexto, que tengamos una boyante situación económica, que los magistrados y maestros tengan un sueldo adecuado y que nuestra apertura comercial se mantenga in crecendo. Lo incorrecto es, precisamente, pensar que tenemos suficiente. Como bien afirma el Dr. Reggiardo en el artículo que comparte en esta edición, uno de los problemas es "la ausencia de una moral pública" que permita el progreso del Perú como nación. El cambio que se requiere, para que no se repitan actos de corrupción a nivel alguno, es de nuestra concepción moral.

Acostumbrarnos a pasar la luz roja cuando no hay un policía cerca o arreglar las cosas fuera de la regularidad son acciones execrables que pululan a nuestro alrededor y son toleradas socialmente. Lamentablemente, los abogados –de entre todos los profesionales- tienen (o tenemos, según concibamos a la abogacía como una cuestión de actitud más que de títulos) una especial responsabilidad. ¿No es acaso el corrupto Vocal Supremo Eduardo Palacios, un abogado? ¿No es Vladimiro Montesinos un abogado? ¿No son los elucubradores de estrategias a favor de la Pena de Muerte, abogados también?

Estas –y otras- preguntas nos hacen pensar que existe una gran tarea –un deber- por cumplir: cambiar la moral pública de nuestro país y, específicamente, de nuestra profesión. Dejar de pensar que la defensa de nuestro cliente merece hipotecar aún más la institucionalidad del Poder Judicial o que el Congreso es un terreno en el cual se capitalizan intereses políticos sin importar el beneficio real y sostenido al electorado, son maneras de iniciar un cambio.

Para lograr lo anterior no basta con sentarnos en el cómodo sillón que nos han confeccionado a medida, sino que es necesario redefinir el rumbo del Derecho, empleándolo para generar incentivos que nos permitan construir –porque la trascendencia toma su tiempo- una moral pública diferente.

Desde aquí apostamos a que no esté lejano el día en el cual podamos siempre apuntar a la verdad en nuestro ejercicio profesional y tener una decidida vocación democrática, haciendo del nunca más una consigna más que un cliché. Así, tal vez, y solo talvez, podamos tomar las palabras del Dr. Vargas Valdivia y decir "para mi, la judicatura es una actividad que ennoblece". Y vaya que lo es.

ÍNDICE

ARTÍCULOS

Breve comentario acerca de la eliminación de la Renta Básica
Jorge Santistevan de Noriega 10

¿A quién le pago?: Ambigüedad y oscuridad en la Tributación Internacional
Juan Carlos Zegarra Vílchez 14

Adherir o no adherir: ¿Está allí el dilema?
Carlos Zelada Acuña 18

El Juego Moral de los Abogados
Mario Reggiardo Saavedra 22

Alcances del modelo de protección de minorías y consideraciones respecto al derecho de separación del accionista minoritario
Natalia Romero Beingolea 26

ENTREVISTAS

Cecilia Blume Cillóniz
Sobre la importancia de la regulación y el concepto de Servicio Público 32

Luis G. Vargas Valdivia
"Siempre pensé en la renuncia como una opción frente a un gobierno de facto, no ante la lucha democrática." 38

CRONOCOPIANDO EL DERECHO

Raíces Romanistas del Derecho Civil Peruano :
Sobre las justas nupcias romanas
Denisse Rouillon Almeida 44

DESCERRAJE

"Hacia dónde va el Perú"
A propósito del reciente proceso de elecciones generales 46

PUBLICACIÓN RECIENTE

Estrategias para la agenda económico-social de la Comunidad Andina
Franz Kundmüller Caminiti y Salvador Herencia Carrasco 48

DICCIONARIO JURÍDICO

49

LISTA DE ASOCIADOS ACI

CONSEJO DIRECTIVO 2006

Carla Carranza Gonzáles
Angela Gutiérrez Galván
Jacqueline Lissette Quiroz Gonzales
Juan Antonio Mendoza Sánchez
Michael Fernando Morales Gamarra
Luis Gabriel Paredes Morales

ASOCIADOS

Maritza Aguilar Zapata
Jullissa Cecilia Aliaga Sandoval
Diana Cecilia Garate Moreno
Patricia Tipian Mori
Fiorella Zavala Cano
Ricardo Manuel Ampuero
Llerena
Luis Carlos Buob Concha
Luis Eduardo Lazo Navarro

COLABORADORES

Maria Luisa Castillo Bravo
Natalia Curi Ayala
Anita Aurora De La Piedra Yépez
Maria Del Rosario Aguirre García
Medallit Rocío Guillén Castillo
Katia Jessica Matallana Florez
Niurka Margot Palomino Ayala
Jose Ricardo Eduardo Allemant Sayán
Luis José Guzmán Ardiles
Fabio Daniel Matallana Florez
Ralph Phil Montoya Vega
Fernando José Valencia Dibos
Guillermo Favio Rosado Jurado

1

BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA ELIMINACIÓN DE LA RENTA BÁSICA

Jorge Santistevan de Noriega
Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima y en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex Defensor del Pueblo. Socio Principal del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados

.01

El pasado mes de agosto, el Congreso de la República aprobó la autógrafa del Proyecto de Ley Nº 58-2006-CR, a través del cual se pretende eliminar la renta básica en los servicios de telefonía fija que, al amparo de lo dispuesto por los contratos de concesión celebrados con el Estado Peruano, viene cobrando Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TdP).

El argumento principal se sostiene en que la denominada renta básica es un concepto "no contenido en los contratos de concesión (…)", toda vez que no responde a ningún costo de producción del servicio brindado, lo que lo constituye como un cobro ilegal y arbitrario.

El Proyecto de Ley aprobado vulnera principios y garantías constitucionales.

Efectivamente, el artículo 1º de la autógrafa que se pretendió promulgar hace expresa mención a los contratos de concesión celebrados entre el Estado Peruano y TdP. Consecuentemente, sería aplicable únicamente a TdP y no a todos los operadores telefónicos que en el futuro puedan brindar el servicio de telefonía fija por lo que lo convierte en abiertamente discriminatorio y un ejemplo de legislación en razón de las personas. La Constitución consagra en su artículo 103º que las leyes especiales que se expidan deberán hacerse porque así lo exige la naturaleza de las cosas y no por razón de las diferencias de las personas.

Por otro lado, el artículo 62º de la Carta dispone que los términos convenidos en un contrato no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones que no sean aquellas que contengan la voluntad de las partes. El mencionado artículo establece además, que los "Contrato–ley" (como es el caso de los celebrados por TdP con el Estado Peruano) no pueden ser modificados legislativamente.

Sin embargo, el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso de la República pretende eliminar expresamente el derecho del concesionario (textualmente se hace mención a TdP) a cobrar una retribución por la prestación del servicio de conexión, retribución que preexistía al nacimiento de los contratos de concesión, y que además fue pactada en los mencionados contratos. En consecuencia, éste derecho sólo puede modificarse o extinguirse previo acuerdo de ambas partes y no por imposición legislativa.

Los contratos de concesión gozan de un "blindaje" constitucional

El segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución que acabamos de comentar, señala que el Estado –mediante la celebración de los "Contrato-ley"- asume la obligación de no admitir modificaciones a los contratos que celebra siempre y cuando dichas modificaciones no se sustenten en la voluntad de las partes, lo que otorga a estos contratos un "blindaje" jurídico que los protege de las modificaciones legislativas que puedan tener. En este contexto, se ha explicado que las normas bajo las cuales se celebran estos contratos gozan de ultra-actividad precisamente para garantizar el carácter inmodificatorio de los contratos e impedir que sean alterados por leyes del Congreso de la República.

Consecuentemente, una ley como la que se pretende promulgar, que elimine derechos contenidos en tales "Contrato-ley", bajo cualquier denominación, resultaría no solo inconstitucional, sino que además no podría ser aplicable a los contratos de concesión celebrados por TdP con el Estado Peruano. Al respecto es ilustrativo lo que ha dicho sobre la materia el Tribunal Constitucional:

> "(...) el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado (…), mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste."

Cabe agregar a esto que la eliminación del concepto de renta básica mediante el inconstitucional Proyecto de Ley, afectaría gravemente –entre otras garantías- la seguridad jurídica a la inversión garantizada por los "Contrato-ley", situación que no solo afecta de primer impacto a TdP, sino también al Estado Peruano frente a los inversionistas extranjeros, toda vez que lo presenta como un Estado que no respeta sus acuerdos y compromisos contractuales.

La denominada renta básica ya era un concepto utilizado antes de la privatización y ha sido plenamente admitida por el regulador

La renta básica, como monto tarifario, no es un concepto nuevo. Por el contrario, dicho concepto ya era utilizado tanto por la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT S.A.) como por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL PERÚ S.A.) antes de su privatización. Es de verse que en su facturación dichas empresas consideraban este concepto dentro del rubro denominado "servicio básico local". En consecuencia, no se trata de un concepto novedoso que se haya incorporado con la privatización de los servicios de telefonía, sino que tiene una aplicación que viene de mucho antes, situación que desvirtúa lo dispuesto por el artículo 1º del Proyecto de Ley in comento.

Por lo demás, el cobro de la renta básica ha sido admitido y regulado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL, por lo que cualquier alusión a su ilegalidad es evidentemente impertinente. En los contratos de concesión que vinculan al Estado Peruano con TdP se estableció que ésta última tiene derecho a una retribución económica por "la prestación de una conexión (sic) de SERVICIO DE TELEFONIA FIJA LOCAL a ser cobrada mensualmente". Queda claro pues, que este reconocimiento contractual del derecho a cobrar un costo mensual por conexión brinda la base jurídica para admitir el derecho de la empresa proveedora a dicho cobro que se ha denominado "renta básica", que ha sido admitido, reconocido y regulado por OSIPTEL, no importando en términos legales la denominación establecida sino el concepto de lo pactado y su verdadero contenido.

Efectivamente, OSIPTEL mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 007-97-CD/OSPITEL, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por los contratos de concesión, fijó las cláusulas generales de los contratos de los abonados de telefonía fija y adecuó las condiciones de uso de servicio, precisando en el correspondiente glosario la definición de "Renta Básica Mensual".

En ese orden de ideas, de promulgarse la ley en cuestión, será obligación de OSIPTEL exigir a TdP que no cobre la renta básica (expresamente prevista en los contratos de concesión). Vale decir, OSIPTEL permitirá no solo que el Estado incumpla con el compromiso contractual asumido con TdP, sino que además, que TdP no pueda ejercer su derecho, con lo que el ente regulador estaría quebrantando su función supervisora en torno a las obligaciones contractuales válidamente pactadas.

Debemos indicar finalmente, que los defectos del Proyecto de Ley en relación con el régimen tarifario no conducen necesariamente a que una eliminación del rubro renta básica –como lo pretende la autógrafa remitida al Ejecutivo- suponga automáticamente una reducción tarifaria para los usuarios. En efecto, el régimen tarifario concebido en el contrato se basa en el cálculo de servicios en el marco de canastas establecidas que garantizan flexibilidad al operador dentro del tope tarifario previsto en el contrato. Consecuentemente, la eliminación de uno de los componentes de la canasta de servicios (la renta básica) significaría la adecuación de los otros componentes de la canasta para llegar al tope tarifario establecido al que se le aplica el factor de productividad.

tratación pública tradicional entre los años 2010-2019, solo 17 fueron concluidas, y la situación de las restantes varía entre obras paralizadas, resueltas o con retrasos.

2

¿A QUIÉN LE PAGO?: AMBIGUEDAD Y OSCURIDAD EN LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

Juan Carlos Zegarra Vílchez
Abogado. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Abogado Asociado del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

.02

El presente artículo tiene como propósito llamar la atención sobre la existencia de dos problemas interpretativos. Dichas dificultades han surgido como consecuencia de la ambigüedad y oscuridad de las normas contenidas en los principales convenios para evitar la doble tributación que tiene celebrado nuestro país. La ausencia de una posición clara al respecto perjudica el clima de seguridad y estabilidad que requieren las inversiones en el Perú. Por ello, resulta indispensable una solución satisfactoria por parte de nuestras autoridades tributarias y/o de nuestros legisladores, de ser el caso; debiéndose inaplicar cualquier interés o sanción que pudiera haber ocasionado una equivocada interpretación al respecto.

Vigencia de la Decisión 578: Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal dentro de los Países Miembros de la Comunidad Andina

La Comisión de la Comunidad Andina –órgano perteneciente al Sistema Andino de Integración- emitió el 04 de mayo de 2004 la Decisión 578. Dicha Decisión tuvo como propósito actualizar las normas referidas a evitar la doble tributación entre los Países Miembros (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia), contenidas en la Decisión 40.

Para ello, formalmente no se suscribió un acuerdo internacional sino que dicha Comisión reguló este nuevo régimen a través del instrumento normativo que se le había asignado al amparo del artículo 3° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, esto es, a través de una Decisión vinculante para todos los Países Miembros.

El artículo 22° de la citada Decisión 578 establece que la misma entraría en vigencia para los miembros de la Comunidad Andina a partir del primer día del ejercicio fiscal siguiente al de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. En la medida que la Decisión 578 no fue suscrita formalmente como un tratado, no se siguió el procedimiento previsto en el artículo 56° de nuestra Constitución (el cual requiere para su incorporación en el Derecho Peruano la aprobación del Congreso y la posterior ratificación por parte del Presidente de la República). Entonces, habiéndose publicado el 5 de mayo de 2004, se entendió que la citada Decisión, entró en vigencia el 1° de enero de 2005.

No obstante, existen quienes sostienen que Decisión 578 no se encuentra vigente, precisamente, por no haber cumplido con el citado artículo 56° de la Constitución. Luego, se discute la naturaleza jurídica de dicha Decisión (si es un tratado o se trata simplemente de una fuente secundaria); y si el Perú delegó o no a la Comunidad Andina la posibilidad de regular materia tributaria con ocasión de suscribir el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Más allá de que las discusiones académicas puedan resultar interesantes o de que tengamos una conclusión a favor de la vigencia de la Decisión 578, no es posible que un inversionista de la Comunidad Andina no tenga absolutamente definido qué país tiene potestad tributaria para gravar su operación internacional vinculada con Perú y, por tanto, quién es su acreedor tributario, objetivo final de este tipo de regulación internacional.

Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal celebrados con Chile y Canadá: servicios prestados a través de establecimientos permanentes

Imaginemos que una empresa inversionista extranjera (chilena o canadiense) desea prestar un servicio de asistencia técnica (por ejemplo, un servicio de ingeniería altamente especializado) a una empresa en el Perú, para lo cual envía su personal a nuestro país. De inicio, ambas empresas pactan que la duración de dicho servicio será de 7 meses –más de 183 días- y, por lo tanto, al amparo del convenio suscrito por el Perú con su país, la referida prestación de servicios, en sí misma, calificará como Establecimiento Permanente (EP). La pregunta nuevamente es ¿qué país tiene la potestad tributaria para gravar dicho servicio? ¿El fisco peruano o el fisco extranjero?

Ambos convenios establecen como regla general que, en dicho supuesto, Perú podrá gravar –con la tasa aplicable de acuerdo con su legislación- la retribución que perciba el inversionista extranjero, pero sólo en la medida que tal retribución pueda atribuirse al referido EP –como sería en el presente caso. Para determinar la ganancia gravada de dicho EP, los convenios permiten la deducción de los gastos necesarios realizados

para el cumplimiento de los fines del EP, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Perú como en el extranjero.

En otras palabras, de acuerdo con los referidos convenios, este servicio de asistencia técnica estaría gravado en el Perú, permitiéndose al EP la deducción de sus gastos, a diferencia de cualquier otro sujeto no domiciliado, quien debe pagar el impuesto correspondiente sin deducción alguna.

¿Cuál es el problema entonces? El problema es que, de acuerdo con la Ley del Impuesto a la Renta peruana, la prestación de los citados servicios de asistencia técnica no llega a calificar como un EP. En tal sentido, bajo nuestra legislación, la Administración Tributaria Peruana podría llegar a sostener que, al no existir un EP, la empresa extranjera estaría sujeta al régimen general del Impuesto a la Renta aplicable a los sujetos no domiciliados, el cual no permite la deducción de gastos (criterio que de alguna manera ha seguido la Administración Tributaria Chilena). Ello trae como consecuencia un segundo problema: definir el monto de la retención que debe efectuar la empresa peruana.

En efecto, asumiendo que se debe permitir la deducción de gastos a pesar de no calificar como un EP bajo la legislación interna (conclusión a la que llegamos por interpretación), no existe norma expresa en nuestra Ley del Impuesto a la Renta que permita a la empresa peruana retener el monto sobre la diferencia entre la retribución y los gastos respectivos (lo que en estricto sí debiera ocurrir y a cuya conclusión se debe llegar también por interpretación), por lo que la Administración Tributaria podría exigir –erróneamente- la retención sobre el total de la retribución.

Ante tales circunstancias y considerando que la empresa peruana tiene la condición de responsable solidaria respecto del impuesto de la empresa extranjera, lo más probable es que, en la práctica, la primera de las mencionadas retenga el 15% (tasa para asistencia técnica) sobre el total de la retribución sin considerar la deducción de gastos; de lo contrario, ¿cómo acreditaría los gastos ante la SUNAT?, ¿con una declaración jurada del inversionista?, ¿bastarían facturas del exterior vinculadas con el contrato?, ¿SUNAT aceptará tales documentos?, ¿cómo podría el inversionista extranjero exigir a la empresa peruana que le retenga únicamente el monto sobre la diferencia?, entre otros.

Aceptar equivocadamente esta situación implicaría que, en los hechos, no se esté aplicando al inversionista extranjero (chileno o canadiense en nuestro ejemplo) el convenio para evitar la doble tributación que el Perú tiene suscrito con su país; simplemente oponiendo una legislación interna ambigua y oscura.

3

ADHERIR O NO ADHERIR: ¿ ESTÁ ALLÍ EL DILEMA?

Carlos Zelada Acuña
Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Harvard.
Especialista Principal de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, D.C.

.03

La primera vez que escuché acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar –la CONVEMAR- fue durante el segundo semestre del año 1997, cuando era alumno del curso de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima.

Recuerdo bien que la clase comenzó con nuestra profesora, tiza en mano, dibujando una suerte de costa rebanada transversalmente a efectos de explicarnos la extensión y diferencia de cada uno de los espacios marítimos propuestos en el tratado. Conceptos novedosos tales como plataforma continental, zona económica exclusiva y zona internacional de los fondos marinos, pasaron a incorporarse a mi vocabulario desde aquella tarde. El objetivo de tal lección era mostrar que, aunque pasase desapercibido para la mayoría de los peruanos, el asunto de las competencias estatales sobre los espacios marítimos revestía especial trascendencia para la política exterior peruana por el incremento y la diversificación de los usos del medio marino en nuestros días. Ese día se cayó además un mito de mi etapa escolar: de acuerdo a la CONVEMAR, el famoso "mar territorial" no tenía las 200 millas de extensión que nos habían enseñado en las clases de educación cívica en la primaria.

Al reparar un poco más en la extensa bibliografía sobre el tema, tomé cuenta de que el Derecho Internacional del Mar no era en ese momento –ni antes ni ahora- un asunto pacífico para la discusión entre los peruanos. Confieso que me inscribo entre quienes consideran que el Perú se debe adherir a la CONVEMAR. Reconozco, sin embargo, que el tema lleva ya demasiados años bajo una infructuosa discusión. Si algo podemos asegurar para este momento del debate, es precisamente que los púgiles llevan ya demasiados rounds en el cuadrilátero. Y mientras más pasa el tiempo, la percepción de la urgencia en la campaña de promoción de la adhesión parece irse diluyendo.

Las dos últimas décadas han visto pasar varios intentos, algunos más intensos que otros, en favor de la adhesión. Lamentablemente, ninguno tuvo el efecto esperado en la decisiva discusión a nivel parlamentario, ni siquiera el iniciado en los círculos académicos luego de la transición democrática en el año 2001. Hace poco asistimos a un nuevo intento por alentar la adhesión con ocasión del incidente con Chile en torno a la ley de líneas de base. Sin embargo, los vientos de la campaña presidencial pasada no brindaron –qué duda cabe- el mejor escenario para retomar el asunto. Los candidatos en la carrera presidencial prefirieron guardar prudente silencio frente a un tema que resultaba demasiado polémico para la campaña.

Me explico. Hay que reconocer que a los peruanos todavía nos resultan demasiado complicados temas que, como éste, parecieran referirse al aspecto territorial de la soberanía. Los fantasmas de la progresiva reducción territorial nos siguen impidiendo debatir seriamente un esquema que propone espacios donde el ejercicio de las potestades soberanas guarda matices. De hecho, considero que en el Perú el paso del tiempo "adhiere" a la CONVEMAR una cierta carga semántica negativa. Y es que la vieja frase: "no dejaré que se arrebate un milímetro más del territorio peruano", resulta todavía demasiado tentadora. Todo ello, por supuesto, más cercano por definición al pasado romántico que a la modernidad contemporánea.

Creo también que los defensores de esta posición territorialista han perdido bastante terreno a lo largo de estos años. Son ahora cada vez menos los que se atreven a afirmar, al menos con una argumentación técnica, que la adhesión a la CONVEMAR sería un error para el Perú. Además, los últimos años han permitido difundir con mayor facilidad interesantes estudios de investigadores peruanos sobre el régimen de los espacios marítimos en la CONVEMAR producidos a lo largo de este periodo. Y vaya que se ha escrito en torno a este debate. El denominador común en estos trabajos intenta explicar la compatibilidad del régimen expuesto en la CONVEMAR con la famosa fórmula del "dominio marítimo" prevista en el artículo 54 de la Constitución Política vigente, copia de la versión del artículo 97 de su antecesora de 1979. Se concluye así que el término "dominio marítimo" es tan amplio que en éste caben todos los espacios previstos por la CONVEMAR, y que -dicho sea de paso- la expresión "mar territorial" no aparece por lado alguno en la Constitución peruana.

En cierta forma, las idas y venidas sobre el tema en nuestra historia se asemejan mucho al proceso que tuvo la elaboración misma de la CONVEMAR. La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se inició en 1973 y finalizó recién en 1982. La larga duración y la extrema dificultad de las negociaciones obedecieron a lo complejo que resultaba acomodar los intereses económicos y estratégicos de los Estados, no sólo por la com-

posición heterogénea de la III Conferencia sino también por la aparición de grupos y contragrupos con intereses adversos. El texto del tratado fue finalmente adoptado y abierto a la firma en Montego Bay el 10 de diciembre 1982. Sin embargo, la CONVEMAR sólo entró en vigor el 16 de noviembre 1993. Para desconcierto de los Estados que negociaron el texto de la CONVEMAR, el Perú ni firmó ni ratificó el tratado a pesar del protagonismo de su representación diplomática durante la III Conferencia.

Algunas impresiones que deja este debate son que, quizás, uno de los errores de la estrategia académica a favor de la adhesión ha sido el querer abordar su conveniencia desde una posición de suma cero: "yo gano y tú pierdes todas tus fichas". Sin duda, es útil hablar de lo importante de colocar al Perú al concierto de los 149 Estados que son parte en dicho tratado y dejar de una vez la concepción de una soberanía exclusiva y excluyente sobre las 200 millas marinas adyacentes a nuestra costa. Pero tal vez sería más útil explicar la adhesión, no sólo desde la perspectiva de la delimitación y el sinceramiento de los espacios marítimos, sino también como una oportunidad de ir reforzando progresivamente las normas de la legislación peruana referidas a la exploración, explotación, conservación y ordenación de los recursos pesqueros. Además, de facto el Perú sigue la mayor parte de las disposiciones de la CONVEMAR, en especial las relacionadas a la zona económica exclusiva, que es justamente el espacio que nos causa mayor conflicto.

Creo entonces que sería más eficiente plantear la adhesión a la CONVEMAR como un asunto de garantía para nuestros derechos que como una cuestión técnica de pretendida renuncia soberana. ¿Es el referéndum el mejor medio para discutir este tema? No creo que sea del todo conveniente. Ello suena más a otra excusa para seguir dilatando la discusión.

Ojalá los próximos meses nos presenten un clima más fecundo para una discusión que creo necesita ensanchemos en algo nuestras fronteras mentales. Sería además una muestra explícita de madurez frente a los fantasmas de un nacionalismo que ha resultado ser bastante inconducente.

4

EL JUEGO MORAL DE LOS ABOGADOS

Mario Reggiardo Saavedra
Abogado. Master in Law & Economics por la Universidad de Hamburgo.
Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Investigador Legal del Instituto Libertad y Democracia.

.04

La moral no tiene mucho que ver con el sexo antes del matrimonio, el consumo de drogas ilegales o el uso de vestimentas atrevidas. Al menos así es como abordan ese concepto algunas personas desde el punto de vista económico. Por ejemplo, el inglés Ken Binmore publicó en 1998 un trabajo llamado "Teoría de los Juegos y el Contrato Social II – Sólo Jugando". A partir de las ideas desarrolladas por el matemático norteamericano John Nash, aquel cuya vida sirvió en parte para el guión de la premiada película "Una mente brillante", Binmore sostiene que la moral es el acuerdo de coordinación entre los miembros de una comunidad. Es el medio para que un grupo humano que pretende el bienestar, institucionalice los compromisos que le permitan funcionar. Cuando los individuos acuerdan respetar ciertos patrones de conducta, lo hacen por el convencimiento de que ello les permitirá alcanzar un nivel de bienestar que no podría ser alcanzado mediante actos individuales no coordinados.

En las sociedades donde la mayoría respeta la luz roja, los conductores saben que no los atropellarán cuando otro día sean ellos quienes estén cruzando la pista como peatones. Si no arrojan basura a la calle, es porque así contribuyen de modo directo a vivir en una ciudad limpia y agradable, reduciendo el costo que significa tener que limpiar las calles y permitiendo que el dinero de los contribuyentes sea utilizado en otro tipo de bienes públicos como parques o vías de comunicación.

Hace poco, un juez peruano prácticamente liberó al sobrino del más alto funcionario del Estado1, acusado de cometer un delito contra la libertad sexual. Ello ocurrió a pesar de que en la sentencia se reconoció que el acto sexual se realizó sin consentimiento de la víctima, después de que el inculpado la narcotizara. El problema tiene varias aristas que no pretendemos analizar. Por ahora basta recordar que el beneficio individual del juez ha generado un alto costo social. Que obtenga el favor del gobernante o simplemente que por cobarde no aplique la pena debida para evitar una represalia personal, así no haya recibido amenaza alguna, genera en la sociedad la fundada creencia de que si se tiene parentesco con una alta autoridad se puede violar a una persona sin que después se reciba una sanción. Sin duda, la moral de este juez contribuye en términos sociales menos que la del propio violador a quien favorece.

¿Pero es acaso la moral de los miembros del Poder Judicial la principal causa de la crisis de nuestro sistema jurídico? Hasta hace unos años se decía que los jueces peruanos iban a ser menos corruptos cuando recibieran sueldos dignos. Hoy reciben un sueldo por encima del promedio de la región, pero siguen siendo tan corruptos como antes. A mi juicio, el motivo es evidente.

Los jueces provienen de un sector profesional que tiene uno de los grados de inmoralidad más grandes en nuestro país: los abogados. Lamentablemente, gran parte de los abogados son más dañinos para nuestra sociedad que los propios jueces. Hace algunos años, en una entrevista que realizó Themis-Revista de Derecho, el profesor Juan Monroy afirmó que el 90% de los abogados litigantes en nuestro país son delincuentes. Creo que el profesor Monroy se equivocó en su apreciación, porque los delincuentes son más.

Durante una de mis clases, una alumna contó que cuando trabajaba como practicante en un estudio de abogados, su jefe le encargó que lleve un sobre que contenía 4000 soles a la mamá de un juez, a fin de obtener un pronunciamiento favorable en un proceso. Muy pocos alumnos se escandalizaron. Lo que en otro contexto sería una confesión de parte, en la clase fue sólo una aburrida anécdota. Posiblemente la reacción hubiese sido la misma en cualquier otra universidad peruana. Y es que muchos abogados antes que formar a los alumnos a través de las prácticas pre-profesionales, los deforman. Es preocupante que los estudiantes de derecho estén convencidos de que no es posible ganar un proceso sin pagar un soborno y, por tanto, que salgan al mercado pensando hacerlo como condición necesaria para conseguir el éxito profesional. Lo que algunos llaman viveza no es sino el reflejo de una alarmante miseria.

En la mayoría de nuestras facultades de derecho se enseña el funcionamiento del sistema jurídico y se incentiva a sacar provecho de él mediante la combinación adecuada de los mecanismos que lo integran. No se genera conciencia en los alumnos de que, en lo que nos concierne como juristas, nuestra sociedad es

subdesarrollada porque el sistema jurídico es una institución fallida que no puede funcionar en un ambiente de inmoralidad generalizada. No se convence a los estudiantes de que sí es posible hacer operar correctamente el sistema jurídico, ni se les transmite las herramientas para hacer que las normas se cumplan en la realidad y de esa manera el derecho sea un mecanismo eficaz para la ejecución de una política pública destinada al desarrollo social.

Se obnubila a la juventud con prejuicios, dogmas, frases estériles en latín y, lo que es peor, se guarda completo silencio sobre todo el daño que los abogados corruptos le hacen a nuestra sociedad cuando impiden que las reglas se cumplan. Los efectos de la corrupción son nefastos y muy concretos, pero pocos profesores disponen que sus alumnos analicen las innumerables investigaciones que prueban cómo la corrupción en el servicio de justicia incentiva la violencia y la inseguridad; debilita los derechos de propiedad; permite la inversión pública en obras innecesarias; aumenta los costos de transacción; destruye las instituciones democráticas; genera un pesimismo social que lleva a la inacción y el conformismo; reduce la productividad, la tasa de inversión, la entrada de capitales netos y una serie de situaciones que en conjunto reducen el producto bruto interno en un 4% al año. La lista sin duda es más larga.

Para reformar el sistema de justicia primero debemos reformar a los abogados, que es de donde salen los jueces. El problema es la ausencia de una moral pública que sea la base de nuestro progreso como nación, que permita un espacio donde se ejecuten hasta el final las políticas públicas que favorecen a la mayoría mediante un desarrollo sostenido, sin que sean paralizadas por intereses mercantilistas a través de un proceso de amparo donde se pagó al juez para obtener un pronunciamiento favorable en beneficio individual, sin importar el perjuicio que se genera al resto de la ciudadanía. Nos escandalizamos con hechos que forman parte de la esfera estrictamente privada de los individuos, que apenas si afectan la sensibilidad de los que se fijan en la privacidad ajena y que son irrelevantes para el desarrollo social, como lo es la tendencia sexual de un político, su estado civil o su religión. La moral de los peruanos está enfocando la zona incorrecta. Nuestro consenso no está orientado a tolerar al ateo o al agnóstico, pero sí al machismo (que aumenta la pobreza cuando elimina a la mujer como factor de producción) o al abogado que gana un caso sin importar la ilegalidad de sus medios. Por eso es indispensable que las facultades de derecho asuman con responsabilidad un rol social que no se contradice con sus eventuales intereses políticos o empresariales.

Cambiar la moral de nuestra sociedad es una labor que corresponde a todos pero que deben liderar nuestros gobernantes. A un corrupto no se le puede volver honesto por convicción, pero a corto plazo el Estado sí puede disuadirlo de cometer una ilegalidad mediante el aumento de la probabilidad de que sea condenado a una pena privativa de libertad efectiva. Como no podemos tener una sociedad funcionando al miedo para siempre, alcanzar una sociedad donde los individuos cumplan las normas espontáneamente depende de que estos tengan conciencia de que el cumplimiento generalizado de las reglas contribuye a maximizar el bienestar individual. Esa moral para el desarrollo se construye a largo plazo, preparando a las próximas generaciones. Por lo pronto, de los futuros abogados y jueces podemos empezar a encargarnos en las facultades de derecho. Así lograremos que los operadores jurídicos estén convencidos que el beneficio de ser honesto no es sólo la vida eterna después de la muerte, sino también disfrutar en este mundo lo que significa vivir en una sociedad pacífica, segura y próspera.

5

ALCANCES DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE MINORÍAS Y CONSIDERACIONES RESPECTO AL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ACCIONISTA MINORITARIO

Natalia Romero Beingolea
Alumna de Quinto Ciclo la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

.05

En una sociedad de capitales, según los grupos que constituyen dicha sociedad, imperan diversos tipos de interés, los mismos que pueden ser: social, mayoritario o minoritario. En este contexto, compartimos la idea de que la voluntad del legislador y el espíritu de la ley deben alcanzar dos órdenes: uno público y otro privado. Así, por orden público, en casos de creación o modificación de normas societarias se deberá atender la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima orientada a la promoción empresarial, y por orden privado, contemplar la protección del accionista minoritario. En todos los casos, la ley deberá velar por la armonía de intereses y evitar y/o regular situaciones de abuso del derecho.

En el marco de lo antes descrito, el presente trabajo se ha dividido en cuatro partes. En primer lugar, tiene por finalidad desarrollar la problemática del modelo de protección de minorías diferenciado por sus alcances y eficacia en la realidad peruana. En segundo lugar, pretende definir y relacionar el conflicto de intereses y abuso de derecho en materia societaria. En tercer lugar, delimitaremos el ámbito de la defensa de las minorías societarias y, finalmente, expondremos los puntos de vista controvertidos respecto del derecho de separación del accionista minoritario.

CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTUAL MODELO DE PROTECCIÓN DEL ACCIONISTA MINORITARIO DIFERENCIADO POR SUS ALCANCES Y EFICACIA EN LA REALIDAD PERUANA

Crítica a los preceptos de la legislación societaria peruana

La Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades, ha recogido los mismos preceptos de la doctrina comparada, la cual desarrolla un modelo de protección de minorías en el marco de empresas de gran tamaño. No obstante, nuestro mercado interno posee un 90% de pequeñas y medianas empresas –PYME's. En este sentido, no resultaría eficaz la aplicación de dicho modelo porque no se ha tomado en cuenta la naturaleza de las sociedades peruanas a la que se le ha aplicado criterios de otras realidades. Por ello, la legislación de las empresas peruanas no debería albergar consideraciones de una realidad de gran empresa.

¿Un esquema de protección de las minorías para las PYME´s?

En el Perú, en las pequeñas y medianas empresas, por lo general, existe comunidad de intereses. Normalmente, es el accionista mayoritario, o un pequeño grupo de accionistas, quien dirige el negocio. El grupo restante, conformado por accionistas minoritarios, no cuestiona su poder político porque no tiene interés directo en la dirección puesto que, por lo general, su participación se limita a dar la pluralidad que se exige a las sociedades para permitir su constitución. El problema radica en que las PYME´s (empresas que tienen menos de un millón de dólares de capital o patrimonio social), en nuestro medio utilizan un esquema de sociedad anónima basados en la limitación de la responsabilidad. Por tanto, un esquema de protección de minorías cuando la dirección del negocio está concentrada en el accionista mayoritario o un pequeño grupo de accionistas podría dificultar el funcionamiento y crecimiento de la pequeña y mediana empresa.

En un escenario societario generalizado, como ocurre en el Perú, la sociedad anónima, al entenderse como "capital con personería jurídica", se ha desnaturalizado ya que se considera a cualquier PYME, (Pequeña y Mediana Empresa que no posee grandes capitales ni un número considerable de accionistas) como sociedad anónima. Desafortunadamente, el modelo adoptado, que busca proteger a las minorías, sólo toma en cuenta a las grandes empresas. A pesar de que somos conscientes que no existen incentivos para la formalización o ajuste a una forma societaria adecuada (por ejemplo, una PYME podría adoptar el modelo de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada –EIRL- o de Sociedad Comercial de Responsabilidad Limita -SCRL-), no se realizarán observaciones sobre la legislación de las PYME´s, la misma que debería consagrar un modelo societario ágil y simple erradicando exigencias y formalidades inútiles que pueden entorpecer su crecimiento.

CONFLICTO DE INTERESES Y ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA SOCIETARIA

El consentimiento unánime en todas las decisiones en la Junta General de Accionistas constituye un imposible que se ha superado mediante el mal menor: "Sumisión al principio del voto mayoritario". Por ello, la ley atribuye poder de gobierno a la mayoría pero, independientemente de sus intereses o los de otro grupo minoritario, siempre deberá primar el interés social.

En este contexto, la problemática surge del conflicto de intereses mediante la contraposición del principio del poder mayoritario y la protección de las minorías. Por un lado, la mayoría, al tener poder de gobierno, puede adoptar una decisión que no coincida con el interés social. Por otro lado, cuando la ley proporciona mecanismos de defensa al accionista minoritario (por ejemplo, el derecho de separación complementario al derecho de impugnación) puede ser pasible de una perversa interpretación de la norma, la misma que inicialmente buscaba tutelar sus derechos, para terminar entorpeciendo la actividad societaria, con el fin de valorizar económicamente sus participaciones sociales en pro de intereses egoístas y/o extrasocietarios. Así tenemos, por ejemplo, la negativa del minoritario de la aprobación de los estados financieros cuando su aceptación es necesaria para ello o la negativa a las propuestas de la administración para realizar modificaciones contractuales o estatutarias.

Sin embargo, el abuso del poder no sólo se constituye por el simple conflicto de intereses (Societario vs. Extrasocietario) sino también se manifiesta mediante una decisión adoptada en desmedro de algunos socios con el objeto de tener una posición privilegiada respecto de éstos. En el marco de lo antes expuesto, se debe considerar al artículo 139º de La Ley General de Sociedades, LGS, un mecanismo de defensa, no obstante dicho artículo sólo contempla la impugnación ante la lesión del interés social.

Entonces, si el accionista minoritario no quiere separarse ¿Es necesario que la decisión tomada sólo ampare la impugnación cuando el desmedro del minoritario es producto de una lesión sólo al interés social, a la LGS, al estatuto o al pacto social? ¿Qué ocurre en los otros casos, a saber, cuando la decisión tomada por la mayoría afecta directamente al minoritario pero coincide con el interés social y no transgrede el estatuto, el pacto social o la LGS?

LA DEFENSA DE LA MINORÍA SOCIETARIA

La defensa de la minoría, según Garrigues, puede ser en sentido amplio y en sentido estricto. Si una decisión es impugnada por transgredir la ley, estatutos o interés social, dicha impugnación constituye una defensa en "sentido amplio". En cambio, en "sentido estricto" se amparan diversos derechos contenidos en La Ley General de Sociedades (derecho de separación, acción de responsabilidad social, entre otras) los cuales suspenden el criterio mayoritario permitiendo a la minoría resistir y oponerse a la mayoría sin excesos pues la actuación de estos derechos son contemplados en la Ley .

Si bien es cierto que la LGS provee de mecanismos de defensa a los pequeños inversionistas, esta no señala parámetros que permitan establecer quien debe ser considerado "accionista minoritario". La determinación de dichos parámetros es de vital importancia para el Estado pues es éste quien asigna los recursos que hacen posible la protección del pequeño inversionista (por ejemplo, la "Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios" obligaba a la sociedad a brindar información adecuada para que los accionistas minoritarios puedan tener sus dividendos).

No obstante, todo parámetro puede ser siempre discutible y sería un problema ante un caso en particular si dicho parámetro resultase arbitrario. Ello debido a que sin el reconocimiento del accionista minoritario como tal, éste no podrá gozar de protección por parte del Estado. Respecto a lo anterior, Augusto Adrianzén, en atención a lo dispuesto en el artículo 255º de la LGS, considera que exigir el 5% de las acciones suscritas con derecho a voto para solicitar la convocatoria por los accionistas resultaría el parámetro más conveniente en el caso de la sociedad anónima abierta.

POSIBILIDAD DE ABUSO DE LA MINORÍA MEDIANTE EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ACCIONISTA

Los tratadistas españoles Garrigues y Uria proponen la limitación del derecho de separación en los casos de que el acuerdo tomado sea a favor del interés social sin la voluntad de afectar al minoritario. Dicha propuesta recoge su sustento en que el accionista minoritario ejerce su derecho de separación cuando la actividad empresarial se encuentra en dificultades recuperando su capital inafecto del riesgo que asume al momento de constituirse como socio.

Manuel Pablo Olaechea comparte esta posición y señala que:

"Ninguna sociedad estará dispuesta, en el caso de estar en dificultades, a adoptar alguno de los ac-

uerdos que facultan al accionista minoritario para realizar un pingüe negocio con la desgracia social, y ejercer un derecho de separación abusivo e injustificado. (…) la sociedad preferirá marchar a la liquidación o a la quiebra, con perdida total de su patrimonio."

El impacto de lo antes descrito no sólo atañe a los accionistas, pues el acreedor puede resultar afectado al cobrar su acreencia después de la separación e incluso se puede contemplar complicidad de los otros accionistas en contra del accionista que se separa, con el fin de frustrar al acreedor.

En contraposición de la limitación del derecho de separación del accionista minoritario, nuestra legislación reconoce los derechos individuales de los accionistas como mínimos y fundamentales. Por tanto, son estos derechos (cuyo contenido, condiciones de ejercicio y limitaciones están previstas taxativamente en la Ley) los que constituyen un límite a la soberanía de la Junta General de Accionistas. La Ley, atendiendo a causales objetivas (artículo 200º de la LGS), es la que deberá condicionar el derecho de separación y no la sociedad, puesto que si es ésta la que decide estaríamos incorporando elementos subjetivos en la condición de este derecho.

CONCLUSIONES

En síntesis, los alcances del modelo de protección de minorías recogido en la doctrina comparada son inadecuados para la realidad societaria peruana porque responden a circunstancias diferentes a la nuestra. En este sentido, ya que el Perú posee un alto porcentaje de PYME´s, la Ley deberá proveer mecanismos ágiles y simples que no dificulten la práctica empresarial en lo concerniente a la protección de minorías. Asimismo, en el caso de las grandes empresas, a pesar de que la ley atribuye el poder de gobierno a las mayorías societarias, deberá también incorporar mecanismos que permitan y promuevan la armonía de intereses (social, mayoritario y minoritario) evitando y regulando situaciones de abuso del derecho.

En este punto, es pertinente resaltar que el abuso del derecho no sólo se manifiesta por parte de los mayoritarios sino que también las minorías societarias podrían valerse de una interpretación antifuncional de la norma y calzar en el supuesto de abuso. Finalmente, a pesar de que nuestra legislación ampara el derecho de separación del accionista (artículo 200º de LGS), es posible plantear la limitación de dicho derecho en virtud del interés social. No obstante ello, consideramos que si se legislase limitando el derecho de separación del minoritario, además de atentar contra los derechos mínimos e individuales del accionista, se estaría presumiendo que todas las personas al hacer uso de su derecho de separación actúan con un comportamiento oportunista.

6

ENTREVISTA

Dra. María Cecilia Blume Cillóniz

Preparada por:
Maritza Aguilar Zapata y Luis Carlos Buob Concha

.06

Como bien conoce, el artículo 119º de la Constitución Política del Perú establece que "La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo". ¿Significa esto que tanto transporte y salud como trabajo, vivienda y educación son servicios públicos?

Definitivamente no. De hecho, el artículo citado tiene una muy mala redacción, lo cual se ha tratado de solucionar regulando el tema a través de una ley, pero la iniciativa no se concretó. El artículo 119º, bajo comentario, no establece que es un servicio público, lo único que dice es a quién le compete la facultad de regularlos. Entonces, es precisamente la poco afortunada redacción del artículo 119º la que genera confusión, por lo que no se sabe exactamente cuales son los servicios públicos

Tomando en cuenta la confusión anterior, y partiendo de su experiencia en el tema, ¿podría definir que son servicios públicos?

Los servicios públicos son las cosas esenciales que las personas requieren para que puedan desarrollar su vida en comunidad. Si bien el Estado –por naturaleza- tiene el deber de prestarlos, puede decidir hacerlo a través de un tercero. Ahora bien, esta es una definición bastante amplia porque, entonces, me podrías decir ¿el transporte es servicio público? Mi respuesta sería "depende". Entonces, ¿son las combis un servicio público? La respuesta viene del lado de diferenciar entre agentes que prestan un servicio público y aquellos que prestan un servicio al público. Como está configurado nuestro sistema legal, aquellas prestaciones que constituyen servicios públicos deben ser definidas caso por caso. No obstante ello, todos percibimos que determinadas prestaciones son "servicios públicos" tal como sucede con el agua, la electricidad o la telefonía fija.

¿De qué forma deben prestarse estos servicios públicos? ¿Sería mejor que el Estado lo haga directamente o mediante terceros?

La opción dependerá del caso en concreto. En este sentido, algunos son prestados por el Estado directamente como, por ejemplo, el servicio del agua -salvo el río Chillón que es una planta de tratamiento-. Se tienen también los prestados mediante concesión; es decir, a través de terceros. El Estado presta el servicio de agua potable y alcantarillado a través de los Gobiernos Locales -las municipalidades-. A pesar de ello, ahora tienes experiencias concretas de participación privada en la prestación, como en el caso de Tumbes. Con relación a la electricidad, por ejemplo, una parte la presta el Estado y otra está concesionada. De esta forma, tienes algunos que son prestados por el Estado directamente y otros que están concesionados.

Sobre este punto, quisiera aclarar que el hecho que un privado preste el servicio público, no significa que el Estado se desentienda del mismo. Lo cierto es que, como se sabe, la concesión es un contrato administrativo, por el cual el Estado mantiene su ius imperium, lo que permite que –entre otras cosas- pueda revocar la concesión cuando lo requiera, siempre que concurran determinados supuestos. Entonces, la concesión es un contrato distinto, no se da entre dos particulares y no está al amparo del Código Civil. Es un contrato especial.

¿En que consiste la regulación de los servicios públicos? ¿Por qué es necesario que haya una regulación?

Tú regulas un servicio público cuando no hay competencia. En el caso de la electricidad, por ejemplo, se regula porque no es económicamente eficiente que se tengan dos prestadores de electricidad en una misma zona geográfica. Es demasiado caro que exista un doble o triple tendido de redes para que el usuario escoja con que prestador contratar.

En este sentido, cuando tienes un caso en el cual existe un único prestador de servicio, eliges regular. ¿Qué es lo que haces al regular? Fijas una tarifa y dices hasta este monto puede cobrar la empresa. La empresa no puede cobrar lo que quiere, solo puede hacerlo hasta el monto que fijó el regulador ¿Y cómo regulas? Creas una competencia simulada; es decir, una empresa modelo ideal. Luego de eso, haces que la empresa concesionaria compita con la empresa simulada y le fijas una tarifa. Esa es la forma como se regula.

Debo acotar en este punto que existe un solo tipo de regulación, pero con diferentes modelos para su aplicación.

¿Y que modelo se aplica en el Perú?

Depende de cada industria. No hay uno homogéneo para todos. El Estado es el que fija el modelo

mediante ley. De este modo, la ley de concesiones eléctricas fija un modelo, la ley de telefonía determina otro, mientras que la ley de Hidrocarburos -para el tema del transporte y distribución del petróleo en Lima-, también tiene otro modelo. Ahora bien, tú regulas por contrato o por ley. Aunque parezca poco usual, vía contractual se puede regular perfectamente bien.

Entonces, dentro de las funciones de los organismos reguladores básicamente está la de fijación de tarifas.

En efecto, las principales funciones de los organismos reguladores consisten tanto en fijar tarifas y resolver las reclamaciones de los usuarios como ser supervisores y fiscalizadores de todo el contrato de concesión.

En base a esto ¿cree usted que los organismos reguladores están cumpliendo su rol de manera eficiente?

Si, considero que están cumpliendo adecuadamente su rol aunque con algunos problemas, como en todo. Además la regulación es una materia muy nueva en el Perú. El primer regulador –OSIPTEL- fue creado en el año 1993; OSINERG en 1996 y entró en funciones en 1997. Finalmente, SUNASS fue creado en 1994, pero es un regulador sui generis porque regula al Estado. Precisamente SUNASS demuestra que tanto las empresas privadas como las públicas se someten a la misma regulación. No hay preferencias.

Por lo que vemos, la regulación tiene una aplicación bastante reciente en el Perú. ¿Qué implicancias tiene lo anterior?

Al ser una teoría muy nueva, no se ha estudiado mucho. Recién se está enseñando en las universidades y, por lo tanto, tiene -como todo lo nuevo- sus problemas. No es tan fácil como ir a la calle, poner un aviso y contratar reguladores. En realidad, estás formando personal y es todo un trabajo a largo plazo que permite que controles a las empresas monopólicas o a las grandes empresas prestadoras de importantes servicios públicos.

Algunos sostienen que la regulación debe proteger la viabilidad financiera de la empresa para evitar el déficit de ésta, mientras que el regulador debe proteger a los usuarios contra el poder monopolístico y los abusos en precio y calidad. ¿Esta de acuerdo con estas afirmaciones?

No. Yo creo que el regulador no tiene que proteger al usuario. El regulador es la mitad del triangulo. Tienes en un lado el poder público; es decir, el poder político. En el otro, tienes a los consumidores; y, en el último lado, tienes a la empresa. El regulador está en el medio, es una especie de árbitro del partido o un equilibrista, dados los intereses que balancea.

El regulador no tiene que velar por bajar el precio sino porque sea un precio justo y razonable. Que no se coman a los usuarios pero que la empresa pueda seguir trabajando, creciendo y cumpliendo con el no usuario. Un tema muy importante de la regulación es el no usuario. Por ejemplo, en energía eléctrica tienes el 70% o 75% del país electrificado, pero ¿quién se preocupa por el 25% que no tiene nada? Si comienzas a bajar la tarifa demasiado, suceden 3 cosas: (i) no podrá repararse el servicio cada vez que se malogra; (ii) no se va a poder hacer más tendido de redes (inversión en infraestructura); y, (iii) como consecuencia de lo anterior, los potenciales usuarios no podrán tener electricidad. Por lo tanto, el regulador también tiene que ser eficiente, cumpliéndole al usuario y a la empresa, pero sobre todo tiene que cumplirle al Estado.

¿Está tergiversada la noción de servicio público debido a intereses políticos, de las empresas prestadoras y por la sensación de nuestra población de que el Estado debe protegernos de todo?

Creo que la gente sabe bien lo que tiene que hacer y si podemos abstraernos de la política, te darás cuenta que no está tergiversado del todo porque la gente sabe cuál es el rol que le compete dentro del sistema. El regulador juega su papel, la empresa le contesta al regulador y también le contesta al concedente. Acuérdate que cuando tienes una concesión, tienes varias relaciones. El concedente es el Estado a través del Ministerio correspondiente. Aparte de eso, tienes a la sociedad civil que a través de la defensoría del pueblo juega un rol importante de supervisión.

¿Es adecuado nuestro marco regulatorio?

Considero que es bastante bueno. Obviamente tiene que ser perfeccionado conforme vayamos avanzando. Se han venido haciendo esfuerzos con-

cretos para tratar de solucionar los problemas que, a simple vista, parecen carecer de importancia. Por ejemplo los reguladores te dicen, "no me dejes con cuatro directores, nómbrame rápidamente a uno nuevo cuando se le acabe el periodo, porque me dejan cojo".

De otro lado, las nuevas industrias reguladas generan nuevas interrogantes también. ¿Cómo regular el gas? En realidad, estamos aprendiendo. Con el tema de los aeropuertos, por ejemplo, no habíamos tenido un aeropuerto privado hace varios años y ¿ahora cómo regulamos a los privados si el aeropuerto Jorge Chávez siempre fue estatal? Entonces, tienes que aprender. Finalmente, con el Muelle Sur pasa lo mismo. ¿Cómo regulamos al muelle? ¿Qué hacemos? ¿Qué modelos usamos? Todo esto se ha venido trabajando.

En declaraciones pasadas, el presidente de OSINERG, Alfredo Dammert, señaló "con el crecimiento tan grande en la demanda de energía, se va a requerir ampliar la red de transmisión que lleva la electricidad de las nuevas o ampliadas empresas generadoras a las distribuidoras y, en tal caso, para que alguien quiera invertir en transmisión, hay que asegurarle una rentabilidad y estabilidad". ¿Qué es lo que se está haciendo para revertir situación alarmarte?

Primero, no es una situación alarmante. Segundo, la ley de concesiones tiene todo regulado. Lo que Alfredo está diciendo es que a la persona que venga a invertir le tengo que asegurar que no voy cambiar la ley de concesiones. Una inversión en redes es una inversión grande de capitales. Por la propia naturaleza de la inversión (300, 400 o 500 millones de dólares) lo que requiere la empresa inversionista es que no le cambies la ley, que las normas sean a largo plazo. Esta es la razón principal para firmar los convenios de estabilidad jurídica.

¿Qué medidas adicionales se debe exigir a los reguladores para obtener una máxima transparencia?

La transparencia es un punto muy importante. Lo que la transparencia hace es que la gente participe de las decisiones y que, por último, las conozca. Creo que toda decisión del regulador, todas las resoluciones, todos los procedimientos de fijación tarifaría, todas las reclamaciones de los usuarios deberían estar en su página web para que la gente los conozca. Luego, se tiene que hacer audiencias públicas y tratar de que la sociedad civil participe de alguna manera en las distintas decisiones, entendiendo su racionalidad.

Los organismos reguladores se ven constantemente expuestos a los medios, por afectar directamente intereses de los consumidores y usuarios. ¿Considera usted que las labores de dichos organismos se ven fuertemente obstaculizadas por presiones políticas y/o sociales?

Bueno, lo cierto es que el Congreso ejerce cierta presión, especialmente desde la Comisión de Defensa del Consumidor y de Organismos Reguladores. Por ejemplo, al tratar de eliminar la Renta Básica cobrada por Telefónica, concepto que es parte de un contrato, se han metido en funciones del Ejecutivo. El concedente, por obvias razones, no es el Congreso sino el Poder Ejecutivo. No solo eso, sino que también ha pretendido eliminar los cargos de conexión o por potencia. Temas como los descritos no se deben politizar dado que son sumamente técnicos.

En base a lo anterior, ¿qué medidas concretas propondría para mejorar el sistema regulatorio peruano?

Una cosa que deberíamos hacer como país, si queremos que el sistema regulatorio progrese, es tener juzgados especializados en materia regulatoria. Si se tuvieran juzgados especializados, aunque sea uno, y se comenzara a especializar jueces, la sociedad –incluyendo al Poder Judicial- va a entender mejor el rol y la importancia de la regulación de servicios públicos. Hace un tiempo participé de una sesión en el Congreso dónde decían que era una barbaridad que los procedimientos ante los reguladores se judicializaran. Pareciera que los congresistas ignoraran que todo procedimiento administrativo puede impugnarse en sede judicial, mediante un contencioso, para salvaguardar el derecho de defensa. La gente tiene que estar mucho más informada antes de formarse una opinión.

A propósito del foro mundial del agua desarrollado en México, se presentó un informe de la ONU sobre el desarrollo de recursos hídricos. Según éste "son los sistemas de gobiernos y administración los que determinan quiénes obtienen una determinada clase de agua, cuándo y de qué manera; y deciden quién tiene derecho al acceso al agua y servicios conexos". ¿Qué opinión le merece lo anterior?

Totalmente cierto. En el Perú hemos decidido que

tenga agua la menor cantidad de personas posible, que puedes vivir con los tanques de agua y los camiones cisterna. Y esto obedece a que hemos decidido que el Estado tiene que hacerlo todo. Entonces, como el Estado no tiene plata para hacerlo, la mitad de la población no tiene agua las 24 horas. Por consiguiente, pagan el triple de lo que pagamos nosotros en nuestras casas y, además, reciben agua de mala calidad. Finalmente, está demostrado por diferentes estudios realizados que los niños entre los 0 a 5 años criados en lugares con agua de mala calidad tienen menor desarrollo intelectual, lo cual los afecta toda su vida.

Como mencionó anteriormente, la gestión de los servicios de saneamiento y agua potable está a cargo de los gobiernos locales. Sin embargo, estos han demostrado una administración poco eficiente, generando bajos niveles de cobertura y perjudicando a la población. En este contexto, ¿se está haciendo algo para mejorar?

Bueno, primero se está concesionando. Hemos empezado con la concesión de Tumbes que ha sido bastante exitosa y se tiene pensado concesionar la empresa de agua de Huancayo. Existe, además, una iniciativa para ampliar SEDAPAL, dividirla en dos y poder recibir capital privado. Luego, yo creo que la parte ambiental –ligada a temas de saneamiento- es súper importante dado que, realmente, todo lo que ensucies ahora, va a ser un desastre para las siguientes generaciones. En realidad, tiene que considerarse dentro de la tarifa de agua todo lo que corresponde a desagüe y alcantarillado. Se deberían hacer plantas de tratamiento para tratar las aguas servidas y así poder utilizarlas para riego, evitando ensuciar el mar, ríos y lagos.

Acerca del tema relativo al Gas de Camisea, hace algunos meses se produjo un derrame en el sector denominado Manatarushiato. Con este derrame sería la quinta vez en año y medio que ocurren estás roturas. Sobre esto, ¿considera que se debe fiscalizar más el cumplimiento de las normas sobre el trasporte de gas?

Primero que nada, este es un negocio que no conocemos, es nuevo para todos. Segundo, tenemos el tema de que los 750 kilómetros de ducto van desde la selva hasta la costa, considerando lo accidentada que es nuestra geografía. Luego, tenemos que el problema ambiental restringe bastante, por lo tanto tienes unas reglas mucho más estrictas para la construcción de ductos. Tenemos que esta nueva actividad ha tenido, efectivamente, cinco incidentes, de los cuales todos han sido realizados desde Lima. Eso te dice que, probablemente, tengamos un problema de suelo o de geografía. Pero también te dice, sinceramente, que no sabemos mucho lo que ha pasado. Creo que lo más serio es traer una auditoria internacional. Ahora bien, es cierto que "mal de muchos, consuelo de tontos", pero es un hecho que los ductos se rompen. El oleoducto en Ecuador se ha roto 62 veces, en Estado Unidos, en el año 2004, hubo casi 60 roturas, y así muchas más alrededor del planeta. Eso no quiere decir que está bien que acá solo se haya roto cinco veces, pero lo que si tenemos que hacer es que se rompa lo menos posible. Se tienen que realizar estudios calificados para poder prevenir futuras roturas y para cuidar el ambiente; pero, sobre todo, a las personas.

Además de ello, se debe hacer una revisión integral de las normas de transporte de hidrocarburos por ducto dado que se tienen normas concebidas para hidrocarburos "tradicionales", que no contemplaban tratamiento para el gas.

Asimismo, hay que tener bien en claro que el ducto de gas no se ha roto; el que se ha roto es el que transporta líquidos. Esto nos enseña que, definitivamente, tenemos que ser muy cuidadosos y cuando estos negocios no los conocemos tenemos que contratar a los mejores expertos. Por ello, este ducto ha sido auditado, durante su construcción, por cuatro de entidades sumamente especializadas y técnicas: el BID, el Ministerio de Energías y Minas, la propia empresa concesionaria y otra OSINERG.

A manera de conclusión, ¿qué opinión le merece el futuro de los organismos reguladores?

Como señalé al inicio, estoy convencida de que la regulación es una materia nueva, con la cual tenemos que aprender a convivir. Es nuestro deber estudiar, mejorar y aprender de gobiernos y personas que lo ha hecho mejor que nosotros. Tenemos que mirar de otros países. Esa, precisamente, es nuestra gran ventaja: no tenemos que inventar la pólvora. Los otros países han pasado por esto antes y su experiencia será valiosísima para orientar nuestro sistema y adecuar la regulación a nuestra realidad. Finalmente, estoy segura que poco a poco, y sin politizar el asunto, vamos a ir mejorando, siempre y cuando lo manejemos técnicamente.

7

ENTREVISTA

Dr. Luis Vargas Valdivia

Preparada por:
Luis Gabriel Paredes Morales, Luis Carlos Buob Concha y Maritza Aguilar Zapata

.07

"SIEMPRE PENSÉ EN LA RENUNCIA COMO UNA OPCIÓN FRENTE A UN GOBIERNO DE FACTO, NO ANTE LA LUCHA DEMOCRÁTICA"

La primera clase, al escribir su nombre en la pizarra (Luis G. Vargas Valdivia) nos dijo que la "G" era, precisamente, por su segundo nombre –Gilberto. Por lo inusual de su nombre, ¿tuvo que afrontar alguna clase de dificultad durante su etapa escolar?

Soy Luis Gilberto como mi papá. Como es obvio en los niños, en el colegio me molestaban por mi nombre. Además, desde chico me di cuenta que era feo y tuve que contrapesar ese conocimiento de mi condición con una serie de actitudes porque de lo contrario ¡me iba quedar soltero el resto de mi vida!. El ser corto de vista fue otro inconveniente ya que desde pequeño me detectaron miopía. Para poder interactuar con los otros niños tuve que, inclusive, acostumbrarme a jugar fútbol con lentes. No obstante, este tipo de situaciones te obligan a buscar fórmulas para superarlas.

¿Cómo era el sistema de enseñanza universitaria cuándo usted era alumno?

En mi época universitaria estaba el Gobierno militar de Velasco. Él inició una frustrada reforma universitaria porque los militares no veían bien a las universidades. Llegamos al absurdo de que en lugar de Facultades, se cambiaron a Direcciones Académicas y los Estudios Generales fueron remplazados por el llamado Programa de Intercoordinación.

Eran años muy difíciles. Cuando ingresé a la Universidad Villareal se discutía mucho temas de política. A eso se suma el golpe de estado en Argentina en la década del 70. A consecuencia de este suceso, un grupo importante de peronistas vino expatriado al Perú. Entre ellos una serie de profesores de la universidad de Buenos Aires, quienes empezaron a dictar clases en la Universidad. Respecto al alumnado, no éramos muchos, había dos secciones de 70 alumnos cada una.

¿Siempre quiso estudiar Derecho?

Yo llegué al Derecho de casualidad porque postule a la Universidad con la idea de estudiar Ingeniería Industrial, que era la profesión de moda. Postulé en contra de los resultados de los Test Vocacionales que arrojaban "letras, letras, letras" y yo de terco me fui en contra de todo. Estaba en la época de rebelde (risas). Por suerte, en el "Programa de Intercoordinación" descubrí que me gustaban las letras y no las ciencias. Le doy gracias a Dios de haber encontrado el derecho. Me encanta el Derecho, y sobretodo, el Derecho Penal.

Entonces, al gustarle tanto el Derecho, fue usted un buen alumno...

A diferencia de lo que me pasaba en el colegio –donde fui un alumno regular dado que sentía que todos los años se repetía lo mismo y no se ahondaba en conceptos- en la universidad si fui un buen alumno. Sentí que encontré lo que buscaba y era agradable para mí. Además, allí conocí a mi esposa.

¿Qué cursos fueron sus favoritos y cuales los que menos disfrutó?

Bueno, como es bastante obvio, mis favoritos fueron Derecho Penal, Parte Especial y General; Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional. De otro lado, entre los menos agradables están Derecho Cooperativo y Derecho de Propiedad Social, sobre todo porque el sistema de moda no me convencía.

Si le pidiéramos una nómina de sus mejores profesores ¿qué nos diría?

Tuve muy buenos profesores. Si tuviera que elegir a los mejores mencionaría a juristas de la talla de Luis Alberto Sánchez y Andrés Townsend. En sus clases nunca te inclinaban a su ideología, te dejaban libertad para que pienses.

Sin embargo, el profesor que más me gustó fue el Doctor Caro. Me gustó por su método de enseñanza: te incentivaba a la lectura y a la investigación. Era muy abierto a las preguntas en cualquier momento, en cualquier lugar. Sus clases duraban mucho más que las dos horas del horario. Nunca se molestaba ni se incomodaba, tampoco se iba sin terminar de contestar todas las preguntas. Era un Profesor en todo el sentido de la palabra.

Toda historia tiene un comienzo. Para llegar a ser un reconocido jurista tuvo que haber empezado, como todos nosotros, desde algún lugar. ¿Cuál fue su primera experiencia como practicante de Derecho?

Mi primera práctica fue en el Poder Judicial al cual llegué, también, de casualidad. Cuando cursaba el segundo año de Derecho un amigo me propuso practicar allí. Fue así como llegué a la Sexta Sala Superior Penal de Lima. Entré a practicar en el año 1975 y me quedé en el Poder Judicial hasta el año 1992. Estuve como practicante dos años; luego me nombraron "empleado"; después me ascendieron a Relator de la Corte, Juez Penal; y, finalmente, Vocal

Superior Provisional.

Nunca voy a olvidar cuando llegué de Vocal Superior, y me tocó juzgar en el mismo Tribunal donde había practicado. Sentado en la mesa de juzgamiento, miraba la Mesa de Relatoría y me miraba a mi mismo, sentado allí no muchos años atrás. En ese momento recordé que cuando entré a practicar miraba a los vocales como algo lejano, y en un lapso de tiempo no muy largo había cumplido uno de mis sueños.

¿Entonces usted estaba en el Poder Judicial cuando Fujimori dio el "autogolpe"?

En esta última etapa, cuando fui nombrado Vocal Superior Provisional, sucedió el Golpe de Fujimori. En este contexto, decidí renunciar al Poder Judicial. ¿Cómo podía cumplir mi juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución teniendo un Gobierno que la había violado? Era imposible.

Mucha gente piensa que el Derecho Penal es solamente para hombres ¿Cuál es su opinión al respecto?

Que no es así. Mi esposa es un claro ejemplo de ello. El Derecho Penal no es para hombres ni para mujeres, es para seres humanos. El penalista debe tener muy claro sus sentimientos humanos. Incluso, me atrevería a afirmar que los mejores magistrados son mujeres.

El terrorismo fue un flagelo que azotó nuestro país durante algún tiempo. En su caso, como joven magistrado, ¿Cuán difícil fue afrontar el problema del terrorismo desde la judicatura?

Yo fui Vocal de la Sala de Terrorismo. En mi época éramos magistrados con rostro. La sala que integré juzgó a varios terroristas, entre ellos a Víctor Polay Campos. Fue una experiencia que me marcó: fuerte e interesante.

A fines del año 1991 vivía obsesionado con escenas de la guerra de Vietnam, sentía que algo de eso iba a suceder. Sentí miedo, pero no pensé en renunciar. Siempre pensé en la renuncia como una opción frente a un gobierno de facto, no ante la lucha democrática. Para mi la judicatura es una actividad que ennoblece.

Quiero resaltar aquí un aspecto importante. Muchos dicen que en determinados cargos la experiencia es una mejor alternativa a la juventud. Yo creo que no es así. Uno de joven se embarca en retos que después con los años no haría y esto es fundamental para conseguir un cambio.

¿Qué opinión le merece el Poder Judicial? ¿Considera que ha contribuido usted –con un granito de arena- con su mejora?

En el Poder Judicial forme parte de diversas instituciones. La que más recuerdo es "Justicia y Cambio", liderada por Carlos Ernesto Justi. Éramos un grupo reducido de jueces que optamos por buscar un cambio, desde adentro, en el Poder Judicial. Estaba conformado por César Augusto Mansilla, César San Martín Castro y una serie de muy buenos amigos. Creo que contribuí de alguna manera pero siento que no hice todo lo que hubiera querido.

Luego de su alejamiento del Poder Judicial, en el año 1992 ¿se tomó unas vacaciones?

¡No podía tomar vacaciones porque estaba casado! Lo que hice fue incorporarme a este Estudio (Benites, Forno & Ugaz, Abogados). Recibí la invitación del Doctor Ugaz y empecé una nueva etapa de mi vida.

El salir a la actividad profesional fue un cambio radical. Yo ya había conseguido mis metas en el Poder Judicial en un tiempo razonablemente corto. Esta nueva etapa implicó ponerme nuevas metas y poco a poco he ido alcanzando cada una de ellas.

La Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) fue creada en el 2003 ¿Le parece que es una iniciativa acertada?

Tuvieron una serie de propuestas muy interesantes, lamentablemente quedan en eso, en propuestas. Muy pocas se han materializado. Por ejemplo, ha entrado en vigencia el Código Procesal Penal pero el Ministerio Público no se ha reestructurado para la vigencia del nuevo modelo. Y lo que va suceder es que la administración de justicia no va mejorar. En Chile han invertido más de mil millones de dólares para la vigencia del Código Procesal Penal y se han tomado siete años en capacitar a los jueces y fiscales. Acá, como siempre, queremos solucionar los problemas con leyes y no mediante un cambio de mentalidad.

Eso implica un trabajo largo plazo.

El mercado laboral, especialmente el jurídico, es bastante competitivo. En su opinión ¿cuál es el perfil de un buen abogado?

La profesión te exige niveles de competitividad muy alto. Ustedes están en desventaja con los estudiantes de mi época. Cuando me colegie de abogado, se colegiaban diez alumnos –máximo- cada tres meses. Ahora, hay una explosión. El estudiante y el abogado está obligados actualizarse constantemente. El Derecho es una ciencia viva que avanza aceleradamente, al ritmo de los cambios sociales y tecnológicos, lo cual justifica la aparición de nuevas especializaciones. Si no estas en capacidad de brindar esos servicios, pierdes presencia en el mercado.

La importancia de la ética resulta bastante disminuida en la actualidad. ¿Cuál es el rol de la ética durante aquellos casos controversiales ante la opinión pública?

La ética tiene un rol fundamental. Uno se va encontrar con una serie de supuestos. En el ejercicio profesional van encontrarse con afirmaciones como "La justicia es del juez y el problema del abogado es defender a su cliente". Eso es cierto, pero hay una serie de parámetros. El abogado no debe confundir al magistrado, no se debe torcer la realidad. Es fundamental que tu cliente te diga la verdad y, en base a eso, decidir si vas a defenderlo o no. Pero siempre apuntando a la verdad.

Cambiando un poco tema, ¿como es un día común fuera del trabajo para el Doctor Vargas Valdivia? ¿Qué pasatiempos suele realizar?

¿Un día común en mi vida? ¡Aburrido, sino pegúntenle a mi esposa! La Procuraduría, lamentablemente, me quitó una de las pocas actividades que hacía: el deporte. Ya no hago deporte porque la procuraduría, además, me dejó una serie de problemas de hipertensión.
Nos imaginamos que ha venido siendo complicado estar casado, tener hijos, ser un personaje público, entre otras cosas. ¿Ha sido difícil organizar su tiempo entre el trabajo y la familia?
Efectivamente. Tengo 22 años de casado y tres hijos. Nunca van encontrar fotos de ellos porque me preocupé por mantenerlos al margen de todo. Ha sido difícil porque un magistrado tiene que dedicarle mucho tiempo a su actividad no solo las siete horas de despacho. En la actividad profesional, ha sido igual. Hemos visto casos muy grandes e importantes que involucraba mucho en términos de tiempo.
Yo reconozco siempre que el apoyo de mi esposa y el cariño de mis hijos han sido fundamentales para mí, para no quebrarme.

La lectura es una actividad bastante conocida en los abogados, ¿cuáles son los autores a los que más recurre el Dr. Vargas Valdivia?

Empecé a leer clásicos de literatura juvenil. He leído todos los libros de Emilio Salgari y Julio Verne. Me enamore de la literatura con esos libros. Actualmente, mis autores favoritos son todos los peruanos. De los autores internacionales me gusta mucho Pérez-Reverte porque tiene la virtud de envolverte rápido.

¿Cómo definiría el éxito?

El éxito tiene que ser visto desde varios puntos de vista y está estrechamente vinculado a tus metas. Para mi existe el éxito parcial, que son los buenos resultados que obtienes en determinados momentos. Uno se pone metas a corto plazo y en la medida que consigas esas metas, eres exitoso. El secreto es no fijarte metas muy grandes, sino ir poco a poco.

¿Entonces, se consideraría exitoso parcial?

Claro. No he conseguido todas mis metas pero en la vida profesional uno siempre gana, también pierde. Lo que sucede es que las derrotas te duelen más que los éxitos y esto debe ser dado que de las primeras es de las que aprendes más.

Si tuviera la oportunidad de regresar en el tiempo ¿Le gustaría hacer algo de forma diferente?

¡Varias cosas! Me acuerdo que cuando me nombraron Juez Penal tuve la disyuntiva de irme a estudiar criminología a Bélgica o mantenerme como Juez. Elegí la magistratura. Si pudiera retroceder, probaría irme a Bélgica, aunque sé que esto cambiaría radicadamente mi vida. A veces me pregunto ¿qué hubiera pasado? ¿Dónde estaría ahora? Por eso siempre digo a mis alumnos que cuando terminen la universidad, se vayan a estudiar al exterior lo más pronto posible. De alguna manera quiero que logren un sueño que no pude conseguir.

“SIEMPRE PENSÉ EN LA RENUNCIA COMO UNA OPCIÓN FRENTE A UN GOBIERNO DE FACTO, NO ANTE LA LUCHA DEMOCRÁTICA”

¿Cómo se describiría en pocas palabras?

Soñador. Nunca he dejado de soñar. Desde muy chiquito, yo era de los que me sentaba en una esquina a soñar. También me encanta ayudar, siempre estoy dispuesto a hacerlo. Y, por último, aburrido. No suelo ir a fiestas ¡no me gusta mucho bailar!

A continuación, le vamos a nombrar algunas instituciones y personas. Le pediría que, por favor, en cortas frases nos diga que opinión tiene sobre ellos.

Universidad Federico Villareal.- Mi alma Mater. La recuerdo con mucho cariño.

La Constitución de 1993.- Hecha a los intereses de la organización delictiva Fijimontesinista.

Ollanta Humala.- Incertidumbre.

Alejandro Toledo.- Una Decepción

Perú.- Un sueño, un amor, muchas veces no correspondido.

Hugo Chávez.- La antitesis de la esencia de la democracia

Tribunal Constitucional.- Fundamental en el desarrollo de la vida del país. Sobre todo porque ha llenado vacíos dejados por el Poder Judicial.

Iván Meini.- Un profesional de primera. Creo que esta llamado a ser uno de los mejores juristas del país.

Para terminar, ¿valió la pena sacrificar su juventud e iniciarse tan pronto en la profesión?
A veces me pregunto eso, y me respondo casi enseguida: “Si”, porque la juventud pasa rápido, pero la vejez ¡demora!

CRONOCOPIANDO EL DERECHO

Desde sus inicios, el derecho -como instrumento ordenador de la sociedad- ha venido siendo moldeado por los aspectos sociales, culturales y económicos que caracterizan a una determinada comunidad. Este es, precisamente, el motivo por el que nace esta sección, Cronocopiando el Derecho, en la cual intentamos brindar al lector, por medio de crónicas, un paseo histórico por las raíces de lo que hoy son las normas que gobiernan nuestra vida en sociedad. Recordemos que, por muy alto que sea un árbol, sus hojas siempre caen hacia la raíz; es decir, por más profuso que sea el desarrollo jurídico, muchas veces este regresa a sus orígenes para encontrar su fundamento

Raíces Romanistas del Derecho Civil Peruano

Sobre las justas nupcias romanas

Denisse Rouillon Almeida
Bachiller en Derecho por la Pontifica Universidad Católica del Perú.
Adjunta de docencia en el curso Bases Romanísticas del Derecho Civil en la misma Universidad.

En las aulas de Derecho los estudiantes escuchan a menudo referencias al Derecho Romano. Pareciera que, hoy en día, el Derecho Romano Justinianeo pudiese ser invocado para resolver controversias.

No obstante, si bien se asume a menudo que las figuras o instituciones jurídicas romanas son semejantes a las que se conocen en la actualidad, en realidad, dicha afirmación merece algunas reflexiones. Las concepciones jurídicas romanas tenían una funcionalidad que respondía a su mentalidad, que no es la nuestra; por lo tanto, nuestro sistema jurídico es muy diferente al romano. Se podría afirmar que el Derecho Civil Peruano, y en general, el Derecho Civil Latinoamericano, tienen bases romanistas. Sin embargo, las instituciones jurídicas actuales tienen un sentido diferente a las del Corpus Iuris Civilis o Corpus Iuris Justiniani, la gran codificación jurídica del siglo VI d.c.

Pensemos por ejemplo en algunas de las formalidades requeridas por el artículo 248º del Código Civil Peruano para la celebración del matrimonio. De conformidad con el primer párrafo de dicho artículo, quienes pretendan contraer matrimonio civil lo tendrán que declarar oralmente o por escrito ante el alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

En cambio, en el Corpus Iuris Justiniani, la unión de un par de púberes romanos (mujeres, 12 años; hombres, 14 años) libres y ciudadanos que declaraban su intención de ser marido y mujer (affectio maritalis) era un acto privado, un hecho que no contaba con la participación de un poder público. En dichas uniones, que generalmente se llamaban justas nupcias y tenían connotación religiosa, no se requería presentarse ante el equivalente de un alcalde. En efecto, la iustae o legitimae nuptiae –a diferencia del matrimonio moderno– era un acontecimiento privado, como entre nosotros los esponsales.

Asimismo, el matrimonio no debía registrarse en un documento. Un instrumento dotal era el único medio para probar su existencia entre personas de alto rango (illustres), aunque ya para esta época, afirmada la concepción cristiana del matrimonio como sacramentum magnum, tienda a considerarse como prueba de la existencia de la affectio maritalis el hecho de que las partes hayan recibido la bendición del sacerdote.

En suma, las justas nupcias romanas no estaban sujetas a las formalidades de celebración ante una autoridad, como sí las precisan los matrimonios modernos. Sin embargo, aunque el matrimonio exista en ambas legislaciones, hay que tener claro que el Derecho Peruano actual no es una reproducción del Derecho Romano Justinianeo. Si bien su influencia es innegable, lo importante radica en identificar dónde está la constante y dónde está el cambio, porque tanto la concepción como la función social que giran en torno a la existencia y regulación del matrimonio en el Derecho Romano y la legislación civil peruana son diferentes. El matrimonio actual tiene bases romanistas porque se identifica la huella del Derecho Romano Justinianeo en esta institución.

DESCERRAJE

Esta Sección nace con el propósito de buscar una participación activa, en las labores de la Asociación, por parte de todos los alumnos de la UPC. Creemos que es fundamental dar una voz a los futuros profesionales quienes más tarde liderarán nuestro país. Cada edición de Do Ut Des contará con un tema nuevo sobre el cual los alumnos podrán realizar sus comentarios. Se denominó "Descerraje" pues la intención es, de alguna manera, abrir mentes y rescatar ideas que de otro modo hubieran quedado sin difusión

"Hacia dónde va el Perú"

A propósito del reciente proceso de elecciones generales

El contexto sociopolítico de nuestro país denota la desesperación de una nación acostumbrada a ceder su libertad a gobernantes que solo buscan un beneficio personal. Por ello, la población busca desesperadamente una salida rápida en políticos improvisados que basan sus campañas en promesas vacías, pero que logran convencerlos. Pienso que es necesario que el pueblo tome conciencia con respecto al futuro del país, lo cual solo se logrará con planes sólidos a largo plazo y no con desesperación o improvisación.

César A. Molina

No hay candidato bueno para mí, al menos no los que encabezan las encuestas. Para que cambien los candidatos, debe cambiar el pueblo. Hace falta más cultura y amor por nuestro país que tanto respeto merece. Todos se merecen el mismo trato, sin importar la condición o sector social al que pertenezcan. No permitamos que nos gobiernen a ciegas. Estudiemos y estemos al tanto de todas las decisiones que toman nuestros representantes en el gobierno. ¡Vivamos la democracia!

Débora Martin

La reflexión esta mal planteada. No debe ser: "Hacia dónde va el Perú". Si no: "Hacia donde estamos llevando al Perú". El Perú no va, al Perú lo llevan. Asumamos nuestra responsabilidad.

Rúbrica ininteligible del autor

Me parece que el 90% de los candidatos a la presidencia no poseen las características adecuadas para tener a cargo todo un país, eso es parte del gobierno por permitírselos.

Anónimo

La solución para la política peruana no es desaparecer a todos. Si bien es cierto que debe existir un relevo constante del parlamento, no debe ser con personas improvisadas y sin ningún tipo de experiencia política, sin un sentido de legislación. Estoy de acuerdo con llevar gente nueva al gobierno pero preparada adecuadamente para liderar un país, no se trata de cualquier cosa, es el futuro del Perú.

Joey Ramone

Creo que el Perú esta yendo hacia donde va la mayoría de los países latinoamericanos. Los pueblos están hartos de no salir de las falsas promesas, de la corrupción y de las brechas sociales, llegando al punto de apoyar las ideas extremistas de un grupo de personas que solo demostrarán su verdadera cara cuando lleguen al poder, desvirtuando la noble idea de Haya de la Torre de unificar a Latinoamérica. Lo único que esto logrará es hacer retroceder más a los países que ya están en una evolución lenta.

Elmer Salas

El Perú necesita de un nacionalista pero no del corte extremista de Humala. Necesita un peruano con auténtica vocación de servicio por el país. Ser nacionalista no significa odiar todo lo extranjero, ser un verdadero nacionalista es querer lo que sea mejor para su país. Hasta que esto no suceda, el Perú no irá a ningún lado, se quedará donde ya está.

B.B.B.

PUBLICACIÓN RECIENTE

En la presente Sección se expone una breve síntesis del contenido de una publicación editada recientemente por una prestigiosa institución. Debido a la revisión y análisis meditado de la obra presentada a continuación, se recomienda ampliamente su lectura.

Estrategias para la agenda económico-social de la Comunidad Andina

Autores: Franz Kundmüller Caminiti y Salvador Herencia Carrasco
Editorial: Comisión Andina de Juristas
Edición: Agosto de 2006

Recientemente, la Comunidad Andina de Naciones -CAN ha tenido que afrontar diversas dificultades institucionales derivadas de las relaciones entre sus Estados miembros. Esta problemática, aunada a la negociación inorgánica de acuerdos de integración comercial con diversos países y bloques regionales, ha llevado a cuestionamientos en torno a la pertinencia del proceso andino de integración.

En este marco, la presente publicación aporta un análisis acerca de la conveniencia de que la CAN apueste por el desarrollo de sectores en los cuales puedan aprovecharse las ventajas comparativas y competitivas de sus países miembros, con la finalidad de consolidar una oferta que resulte atractiva frente a otros bloques regionales.

De esta manera, los autores realizan un análisis de los principales lineamientos necesarios para elaborar una nueva agenda económica y social, buscando redefinir el rumbo del proceso de integración andino en el marco de una economía globalizada.

DICCIONARIO JURÍDICO

La presente Sección tiene por objeto recopilar las definiciones de ciertas palabras que son usadas comúnmente por abogados, y por nosotros mismos, ya sea en clases o en las prácticas pre-profesionales.

Además, esperamos que constituya un apoyo para todos aquellos alumnos de ciclos iniciales que entran en contacto con determinadas frases cuyo entendimiento es algo confuso debido, en muchos casos, a su raíz latina.

Casación: (a) La palabra casación proviene de la locución latina "cassare" que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso de un proceso. La aplicación procesal de la casación implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto, el acto impugnado. (b) Recurso que procede contra las sentencias con autoridad de cosa juzgada que hayan sido dictadas en infracción de la ley procesal. Este recurso tiene por objeto la justa aplicación de la ley y la unidad de la jurisprudencia. (c) Facultad atribuida por la ley al más alto organismo judicial de un país, para conocer de los recursos impugnatorios contra las sentencias de los tribunales inferiores, revocándolas o confirmándolas.

Economía Procesal: Principio procesal por el cual se busca obtener el pronunciamiento judicial utilizando el menor esfuerzo de las partes e inclusive del Estado, reflejado en un menor gasto pecuniario.

Embargo: Medida Cautelar consistente en la sujeción de uno o más bienes del presunto deudor a un régimen de inmovilización jurídica. El objeto del embargo es prevenir la disminución de la garantía que dichos bienes representan, con la finalidad que el acreedor pueda ver satisfecho su crédito una vez que éste sea reconocido por sentencia firme.

Emplazamiento: Requerimiento hecho por mandato de la autoridad jurisdiccional a la parte demandada, para que ésta comparezca dentro del plazo señalado y participe idóneamente como sujeto procesal.

Excepción de cosa juzgada: Excepción presentada ante el órgano jurisdiccional, mediante la cual se sustenta que en otro proceso, entre las mismas partes y en virtud del mismo interés para obrar, se ha obtenido una sentencia firme sobre el mismo objeto de la pretensión.

Exhorto: Comunicación dirigida por un juez a otro de igual o superior jerarquía o a uno extranjero, solicitándole su colaboración para cumplir una diligencia del proceso.

Juicio Sumario: (a) Proceso de duración corta. (b) En materia civil, se da cuando sólo se requiere el cumplimiento de la prestación objeto de una obligación, por no requerirse prueba de su existencia. (c) En materia penal, el juez instructor conoce de la causa y no somete el caso ante el Tribunal, sino que tiene la potestad de sentenciar directamente.

Medida Cautelar: Institución procesal a través de la cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta determinados o todos los efectos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba. Para dictar una medida cautelar, la parte interesada deberá demostrar la existencia de una apariencia de derecho ("fumus bonis juris") y el peligro que puede significar la demora producida por el tiempo transcurrido hasta la expedición del fallo definitivo o la actuación de una prueba ("periculum in mora").

Rebeldía: Condición procesal que pueden asumir las partes, en atención a su incomparecencia al proceso o a situaciones que configuren un "abandono" de éste. Mientras que la rebeldía por incomparecencia sólo pueden recaer en el demandado, la rebeldía por "abandono" del proceso puede recaer en cualquiera de las dos partes.

Corpus Iuris

Edición II

2006

