

DERECHO

# DERECHO

n.34

Abril, 1980

Programa Académico de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú  
n.34

Abril, 1980



# CONTENIDO

## De los Editores

La legislación como fuente de Derecho en el Perú, **Marcial Rubio Correa** ..... 3

La transferencia de filosofías jurídicas: La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX, **Fernando de Trazegnies Granda** . 37

Los males de la Educación legal, **Zigurds L. Zile**. .... 67

La teoría del riesgo **Susana Zuzman Tinman** ..... 77

## Notas y Comentarios

La persona en el Derecho Constitucional Latinoamericano, **Domingo García Belaúnde** ..... 115

## Documentos

Texto del Anteproyecto sobre Derecho de Obligaciones presentado a la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, elaborado por el Dr. **Felipe Osterling Parodi**. .... 121

## Los autores

**DERECHO** Es una publicación del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Apartado 1761, Lima, No. 34

**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATOLICA  
DEL PERU**

**DERECHO**

**NUMERO 34  
LIMA, 1980**

## *DE LOS EDITORES*

El Consejo Editorial de la Revista DERECHO que tuvo a su cargo la preparación del presente número, estuvo conformado paritariamente por los profesores Alfredo Ostoja López-Alfaro, Marcial Rubio Correa, Delia Revoredo de Debakey y por los alumnos María Esperanza García Félix, Anibal Quiroga León y Jaime Pinto Tabini.

Según las disposiciones del Programa Académico de Derecho, los alumnos miembros del Consejo Editorial fueron elegidos para tal función en reconocimiento de su alto rendimiento académico.

# LA LEGISLACION COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PERU

Marcial Rubio Correa

No hemos encontrado hasta hoy un texto adecuado para la enseñanza de las fuentes formales de Derecho en el Perú. Si bien es cierto que la teoría del Derecho (y la Teoría del Estado) han desarrollado conceptos fundamentales, y en cierta medida universales, para estudiar y aplicar las fuentes, a cuyo fin sirven numerosos textos nacionales y extranjeros, esta parte del Derecho asume particularidades y matices en cada orden jurídico nacional.

Producir un texto que sirva para exponer la estructura de nuestro sistema legislativo, sus conceptos, principios e interrelaciones, es el objeto de este artículo. La idea ha nacido luego de enseñar el curso de Introducción al Derecho a doce promociones del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de haber ido abandonando progresivamente diversos materiales de lectura. Por lo tanto, este trabajo está diseñado para ser utilizado con finalidad esencialmente pedagógica.

## *1. PUNTOS TEORICOS DE PARTIDA*

Tres grupos de elementos teóricos son indispensables antes de entrar a un análisis propio de nuestra estructura legislativa. El primero se refiere a lo que son las fuentes formales y, dentro de ellas, la legislación. El segundo está constituido por las peculiaridades que asumen las fuentes del Derecho en las diferentes familias del Derecho Comparado, haciendo especial incidencia en los rasgos que asume nuestro sistema jurídico. El tercero es un conjunto de conocimientos introductorios sobre las funciones del Estado, la teoría de la separación de poderes, y sus consecuencias a nivel de las fuentes del Derecho.

### *1.1. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO*

En su expresión más simplificada, fuente formal de Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado.

Dadas las peculiaridades de nuestra inestabilidad política, así como las irregularidades que el ejercicio del poder manifiesta entre nosotros, existe una

extendida concepción según la cual la voluntad de un gobernante adquiere, por virtud de ser tal, obligatoriedad jurídica. Es así como muchas veces, y especialmente durante la existencia de gobiernos de facto, para las personas es irrelevante que tal o cual mandato sea conocido mediante un Decreto-Ley, una Resolución Ministerial, o el Comunicado Público que emite la Presidencia de la República o algún ministerio.

Esta manera de confundir lo que son normas jurídicas con declaraciones de voluntad del gobernante, tiene explicaciones sociológicas, políticas e históricas que nos relevamos de comentar en este artículo. Lo evidente, sin embargo, es que para muchos basta que algo esté ordenado por un funcionario del Estado o un Gobernante, para que automáticamente sea obligatorio, es decir, pueda ser impuesto coactivamente por el Estado.

Desde el punto de vista político, ello puede ser así fenoménicamente, es decir, que suele ocurrir que la fuerza coactiva del Estado (las autoridades policiales, etc.), cumplan actos de coacción, sean ordenados por normas jurídicas, comunicados, declaraciones de prensa o aún por directivas administrativas internas, desconocidas por el pueblo en general.

Es así que, aplicando criterios extra-jurídicos, las personas deciden ajustar sus conductas a dichos mandatos, en la medida que si no lo hacen, la coacción del Estado las obligará a rectificar sus acciones, o simplemente las sancionará por no acatar las disposiciones.

Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, esto es sustancialmente distinto y tiene que ver con la distinción que hacen varios autores (especialmente Bodenheimer y Duverger) entre poder y Derecho, o entre sus equivalentes de poderío material y uso legítimo del poder.

Dentro de la Sociedad, un gobernante puede imponer conductas a las otras personas que componen el pueblo, bien porque tiene la fuerza para hacerlo, bien porque utiliza los canales jurídicos establecidos, y crea así normas de Derecho que guíen las conductas. Puede darse el caso, y no es infrecuente, que el gobernante entremezcle ambas situaciones y use indistintamente la fuerza por la fuerza misma, o la fuerza canalizada jurídicamente a través de la utilización legal de la coacción del Estado<sup>1</sup>

---

1 Debemos dejar sentado que cuando hablamos de "utilización legal de la coacción del Estado", lo hacemos en términos técnico-jurídicos positivistas y no políticos o valorativos. Un gobernante hace esta utilización legal cuando ejerce la coacción respaldado por normas jurídicas válidas dentro de nuestro sistema de Derecho, y hace utilización ilegal cuando excede las atribuciones de coacción o represión a que tiene derecho en virtud de las normas jurídicas. No obstante, esta distinción encierra otra de naturaleza distinta, y que puede resumirse diciendo que las normas jurídicas no son siempre justas, adecuadas o beneficiosas para el pueblo. Es así que, si un gobernante ejerce la coacción respaldado por las normas jurídicas, pero el resultado de esta acción es perjudicial al pueblo, está utilizando legalmente dicha coacción

Cuando el gobernante ejerce la coacción simplemente porque tiene la fuerza para hacerlo, estamos frente al uso elemental del poder, es decir, del simple poderío material. En el segundo caso, cuando la ejerce respaldado por normas legales, estamos frente a un ejercicio de poder tutelado jurídicamente y limitado por las normas jurídicas pre-existentes, que se orientan a crear condiciones mínimas de ejercicio regular del inmenso poder que da el Estado a quien detenta el gobierno <sup>2</sup>

Para que ocurriera esto segundo es, justamente, que resulta de la primera importancia definir la forma cómo han de producirse las normas jurídicas en un Estado. Si estas normas pudiesen ser expresadas de cualquier manera, entonces careceríamos de la posibilidad de distinguir la simple expresión de voluntad del gobernante y el mandato jurídico.

---

desde un punto de vista técnico, pero desde luego esta acción será reprobable valorativamente. A la inversa, un gobernante que toma una acción beneficiosa para el pueblo, pero que excede el marco de sus atribuciones jurídicas, estará haciendo "uso ilegal" de la coacción del Estado, a pesar que valorativamente su conducta sea positiva. Con esto queremos decir que el sentido que damos a la palabra legalidad no es valorativo sino técnico. En otras palabras, que lo legal y lo justo pueden no coincidir y de hecho, en muchos aspectos, contienen concepciones políticas, económicas, sociales, etc., que pertenecen al grupo político que controla al poder del Estado y que, a partir de allí, se imponen al resto del pueblo. Es así, que resulten respaldando intereses que, finalmente, no sean los intereses comunes sino los de minorías. No obstante, desde el punto de vista técnico, serán siempre normas "legítimas" jurídicamente, es decir, serán legales.

- 2 Para cualquiera es obvio que estas afirmaciones necesitan ser matizadas, porque puede suceder, por ejemplo, que las normas jurídicas autoricen a un gobernante a ejercer ilimitadamente su voluntad, en cuyo caso estaríamos frente a un gobernante que, jurídica y legalmente, carece de más limitación que su poderío material para imponer la coacción. De esto puede leerse en la buena teoría sobre el Estado de diversas épocas. Bossuet, por ejemplo, sostenía que frente a la violencia del gobernante, el pueblo debía resignarse y elevar oraciones por su conversión, pero con ser un clásico de la literatura política, fue un de los máximos tratadistas del absolutismo. En épocas más recientes, el totalitarismo defendió posiciones parecidas, especialmente en las sociedades donde imperó el fascismo. Sin embargo, en los últimos dos siglos se ha desarrollado la concepción del Estado de Derecho, es decir, una idea de Estado en la cual los gobernantes y el pueblo tienen normas mínimas de ejercicio del poder, que limitan la arbitrariedad y el uso indiscriminado de la coacción. Normalmente, estas normas mínimas son las normas constitucionales, que establecen los derechos del pueblo frente al Estado, y las atribuciones y limitaciones de los poderes del Estado para el ejercicio de sus funciones. En este sentido es que, dentro de este trabajo, tomamos la idea de "utilización legal" de la coacción. Dos cosas son sin embargo evidentes: la primera que esta aclaración no desvirtúa la diferencia que pueda existir entre "legalidad" y "justicia" planteada en nota anterior; y, la segunda, que un gobierno absolutista o totalitario, no encaja en el esquema que planteamos. Es cierto que ambas distinciones están sujetas a especificaciones y matices en cada caso concreto que presenta la realidad, pero en este trabajo estamos desarrollando conceptos generales y no analizando ocurrencias históricas específicas.

Hechas estas distinciones, podemos ahora distinguir que no toda expresión de voluntad de quienes ocupan los poderes del Estado se convierte en mandato jurídicamente obligatorio, sino sólo aquella que sigue un procedimiento especial al que llamamos *fente formal de Derecho*.

Tradicionalmente, las fuentes formales reconocidas por la teoría del Derecho son cinco: la costumbre jurídica; la jurisprudencia; la doctrina; la expresión de voluntad de las personas en lo que no vaya contra el régimen jurídico; y la legislación. De ellas, trataremos solamente a esta última, en la medida que es objeto del presente trabajo.

### *1.1.1. La Legislación.*

Dentro de nuestro Derecho, el vocablo *legislación* tiene por lo menos dos acepciones fundamentales. En un sentido puede definírsela como el conjunto de normas jurídicas de carácter general que han sido producidas por el Estado mediante constituciones, leyes, decretos y resoluciones no judiciales. En este sentido es que por ejemplo, decimos que “dentro de la *legislación* peruana, el matrimonio civil es la forma de constituir la familia con efectos jurídicos frente al Estado”.

En otro sentido, el de fuente formal de Derecho, puede definírsela como el conjunto de procedimientos, formalidades escritas y principios jerárquicos mediante los cuales se crean normas jurídicas válidas de carácter general, cuyo contenido es expresión de voluntad de los Poderes del Estado. Es en este sentido en que utilizaremos el vocablo en adelante.

Como todas las fuentes formales, la Legislación es un procedimiento de creación de normas jurídicas pero, sin embargo, tiene particularidades propias que la distinguen de las otras fuentes formales y que es preciso explicar brevemente dentro de la definición dada.

En primer lugar, la legislación crea normas jurídicas mediante formalidades escritas, lo que la diferencia de la costumbre y, en muchos casos, de la expresión de voluntad (porque por ejemplo, muchos contratos pueden ser verbales de acuerdo a Derecho).

En segundo lugar, la legislación adopta diversas formalidades y procedimientos, no todos los cuales tienen el mismo valor. Los procedimientos legislativos producen normas de diverso rango, estando jerarquizadas mediante un conjunto de principios: la Constitución, por ejemplo, prima sobre cualquier otra norma legislativa; la ley prima sobre las resoluciones, y así sucesivamente. No ocurre necesariamente igual con las otras fuentes del Derecho por su propia naturaleza.

En tercer lugar, es rasgo característico de la Legislación el producir normas jurídicas de carácter general, a diferencia de otras fuentes como por ejemplo la

jurisprudencia y la expresión de voluntad, que suelen producir normas jurídicas restringidas a uno o pocos sujetos.

Finalmente, el contenido de la Legislación es producido por expresión de voluntad de los Poderes del Estado, lo que la diferencia de la costumbre, la doctrina y la expresión de voluntad de las personas naturales y jurídicas<sup>3</sup>.

En nuestro sistema jurídico, la Legislación está compuesta por diversos sub-tipos de fuentes: la Constitución, las Leyes, los Decretos Supremos, las Resoluciones (Supremas, Ministeriales, Directorales, etc.) y por algunas normas atípicas que mencionaremos posteriormente.

## 1.2. LA LEGISLACION Y LOS SISTEMAS JURIDICOS COMPARADOS

Modernamente, la legislación ha sido reconocida como la fuente formal más importante del Derecho. Ello se debe a que el Estado tal como lo conocemos ahora, ha desarrollado su hegemonía y ha perfilado claramente sus rasgos jurídicos. Gracias a las teorías de división de los poderes, y al desarrollo del concepto de “Estado de Derecho”, los órganos del Estado han sido los que indiscutiblemente fijan todo lo relativo a la creación de las normas jurídicas y, de entre ellos, principalmente el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo (Congreso y Presidencia de la República en el Perú). Son justamente estos poderes del Estado los que tienen la atribución de crear legislación tal como la hemos definido en las páginas precedentes.

---

3 En este sentido, es necesario hacer una precisión: si bien es cierto que ninguna norma jurídica puede ser tal sin que sea reconocida por el Estado de alguna forma, también lo es que el contenido de la norma jurídica no es siempre fijado por un organismo del Estado. Un ejemplo alcarará la situación. Si nosotros leemos el art. II del Título Preliminar del Código Civil (“La Ley no ampara el abuso del Derecho”). encontraremos que la norma jurídica que contiene, ha sido producida mediante una fuente formal de Derecho (la ley, en la medida que el Código Civil rige en virtud de una Ley que lo aprueba), pero a la vez el contenido propio de la norma, ha sido aprobado por un organismo del Estado: el Congreso ha conocido el contenido de esa norma jurídica y ha decidido aprobarlo. Distinto es el caso, por ejemplo, de la expresión de voluntad de una persona natural. Así, si dos personas contratan realizar una compra-venta de un libro por el valor de X soles oro, ese comprador y ese vendedor han creado una norma jurídicamente obligatoria para ambos que consiste en que el dueño del libro debe entregarlo al comprador, a cambio de que este le pague el precio acordado. En este caso, la fuente formal es el contrato, que se convierte en obligatorio en la medida que “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. . .” (art. 1328 del Código Civil), norma que ha sido a su vez conocida y aprobada por el Congreso al dar el Código Civil. Sin embargo, el contenido específico de la norma jurídica producida en este caso (que tal vendedor entrega tal libro al cambio de que el comprador le pague X soles), no ha sido conocido (ni podría haberlo sido), por los poderes del Estado. En resumen, el Estado debe dar siempre su reconocimiento a las fuentes del Derecho en la medida que no puede haber norma jurídica como tal al margen del Estado, pero el contenido de la norma jurídica no tiene que ser siempre fijado por uno de los Poderes del Estado, tal como hemos visto en estos ejemplos.

Sin embargo, no siempre fue la legislación la fuente principal del Derecho y no en todos los sistemas jurídicos que reconoce el derecho comparado tiene el hegemónico lugar que nosotros le damos en nuestro sistema.

Resumiendo, podemos distinguir tres grandes familias en lo que se conoce como el Derecho Comparado: la familia del Derecho Anglo-Sajón; el conjunto de Derechos fundamentados en creencias religiosas de los que resalta el Derecho Islámico; y la familia de Derecho llamada Romano-civilista.

La familia Anglo-sajona, que comparten Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica y los estados de la Comunidad Británica entre otros, da una importancia inusual en nuestro sistema jurídico a la jurisprudencia como fuente del Derecho, al punto que muchos importantes campos de la vida social están, aún hoy, regidos por normas que provienen de dicha fuente formal.

La familia de los derechos fundamentados en creencias religiosas, dan fuerza de normas jurídicas a los textos que tienen carácter de palabra divina revelada. Tal es el caso del Korán en muchos estados árabes, que constituye la ley básica que rige la vida social.

La familia Romano-civilista, a diferencia de ellas, estructura su Derecho en base a normas jurídicas de carácter general aprobadas mediante la fuente formal llamada Legislación. Por diversas razones de tipo histórico, nuestro sistema jurídico actual pertenece a la familia Romano-civilista y de allí que conceptuemos vulgarmente nuestro Derecho como basado en “las leyes”. Por pertenecer a esta familia del derecho comparado, nuestro sistema tiene dos características que es preciso resaltar: la primera consiste en que la Legislación es la fuente formal más importante tanto en número de normas jurídicas existentes, como en la superior jerarquía que ellas ocupan frente a otras fuentes del Derecho en todos los campos de la normatividad jurídica. La segunda, consiste en que las otras fuentes del Derecho tienen cierta importancia, pero están subordinadas a la Legislación, marcándose así una clara distinción frente a las otras familias de Derecho, incluida la Anglo-sajona, que nos es especialmente cercana por razones culturales.

### *1.3. LOS PODERES Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO*

Nuestra formación cultural y educativa, en lo referente al Estado, hace especial énfasis en lo que se llama la “teoría de división de los poderes” por multitud de variados factores que no es del caso tratar aquí. Rasgo esencial de esta formación, es desfigurar la conceptualización de este campo de la problemática estatal, debido a una excesiva simplificación de los conceptos, teniendo esta deficiencia serias consecuencias directas en la posibilidad de comprender cabalmente lo que constituye la Legislación como fuente de

Derecho, en la medida que, mecánicamente, se tiende a asimilarla como función exclusiva y única del Poder Legislativo (Congreso en nuestro caso).

Naturalmente, el desarrollo de la teoría sobre los poderes y las funciones del Estado es un asunto complejo y arduo, que pertenece a la teoría del Estado y al Derecho Constitucional, no siendo nuestro objetivo dar una visión completa de ella en este artículo (cosa que por lo demás sería imposible). Más bien, nos interesa hacer algunas distinciones que luego redunden en beneficio de un mejor entendimiento de cómo funciona la Legislación en el Perú y porqué asume sus diversas características.

Según se ha dicho en la teoría predominante sobre el Estado en nuestros tiempos, los poderes u órganos del Estado son tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Paralelamente a ellos, existen tres funciones o potestades que ellos llevan a cabo: la legislativa (aprobar la legislación); Ejecutiva (dirigir la marcha política y administrativa del país); y jurisdiccional (resolver conflictos a nombre del Estado, es decir, procesar y resolver o sentenciar los juicios).

Simplistamente, a cada órgano o poder del Estado correspondería la función o postestad homónima, produciéndose el siguiente cuadro esquemático:

Órgano Legislativo: Función legislativa: aprueba la legislación

Órgano Ejecutivo: Función Ejecutiva: dirige política y administrativamente el país

Órgano Judicial: Función Jurisdiccional: administra justicia a nombre del Estado.

Tal como está elaborado, el cuadro anterior es equivocado por dos razones: la primera, porque falta un elemento esencial (el llamado Poder Constituyente), y la segunda porque los diversos órganos del Estado cumplen a la vez dos o más de las funciones estatales. Tratemos de reordenar las ideas, haciendo primero algunas precisiones sobre las palabras y conceptos a utilizar.

A fin de evitar superposiciones utilizaremos la siguiente nomenclatura:

—Llamaremos *órganos del Estado* a las instituciones principales del ejercicio de las funciones estatales. En el caso peruano, el órgano legislativo sería el Congreso; el órgano ejecutivo sería la Presidencia de la República; y el órgano Judicial serían los Tribunales. Los órganos, para nosotros, son los que se llaman “Poderes del Estado” en el lenguaje común.

—Llamaremos *funciones estatales* a las actividades que debe realizar fundamentalmente el Estado, y que se encargan como atribuciones a sus diferentes órganos. En este sentido, hablaremos de la función normativa general<sup>4</sup>

4 Normalmente a esta función se da el nombre de legislativa, pero nosotros preferimos distinguir una de otra, llamado función normativa general a aquella en virtud de la cual se produce la legislación, y función legislativa a aquella por la que se produce normas con rango de Ley. Como resulta obvio, la función legislativa sería parte de la función normativa general.

(aprobar la legislación); de la función ejecutiva (gobemar y administrar el país); y la función jurisdiccional (administrar justicia en los conflictos).

—Llamaremos *poder constituyente* al inalienable poder que tiene el pueblo de modelar su Estado, su propia sociedad política, en un acto de fundación que no tiene más límite que su propia voluntad, ejercida directamente (por ejemplo a través de un referendun), o indirectamente a través de representantes (por ejemplo los cien representantes elegidos por el pueblo ante la Asamblea Constituyente que existió en el Perú entre julio de 1978 y julio de 1979)<sup>5</sup>

Así precisados los conceptos, el cuadro que hiciéramos anteriormente recibe variaciones sustanciales por las siguientes razones:

1. El Poder Constituyente resulta el poder fundamental dentro del Estado, en la medida que instituye las normas creadoras de todo el sistema jurídico, y modeladoras del propio Estado. Estas normas están en la Constitución (que corresponde dar al poder constituyente de manera exclusiva), y que estatuye, entre otros elementos: los derechos de los ciudadanos, las atribuciones y límites del ejercicio de funciones por cada uno de los órganos del Estado.

El Poder Constituyente ha llevado a una conocida (y discutida) distinción, sobre las posiciones que señalan la existencia de “un poder constituyente” y de “poderes constituidos”. La distinción de ambos ha sido seriamente cuestionada en la teoría constitucional por diversas razones que no corresponde analizar en este trabajo, pero es interesante a nuestros efectos, porque permite ver la diferencia entre un poder libre de parámetros, y las “funciones del Estado”, que sí están sometidas a limitaciones constitucionales. El antecedente mejor elaborado que conocemos está en Sieyes, que dice al respecto: “Si queremos una idea justa de la serie de las leyes

---

5 La “representación” de la voluntad del pueblo es uno de los temas más álgidos de la democracia que existe en nuestros días. Originalmente, autores como Juan Jacobo Rousseau concibieron que la “voluntad general” no podía ser transferida a representantes, sino que tenía que ser ejercitada directamente por los ciudadanos. Sin embargo, la Revolución Francesa se vio en la necesidad de implementar formas de participación restringida del pueblo en el poder, y así se desarrolló en la Asamblea Constituyente de 1789 el principio de la representación nacional, es decir, el principio de que los representantes elegidos ejercen la voluntad nacional por sí mismos. Sieyes, autor de “¿Qué es el Tercer Estado?”, fue el genio político que dio forma operativa más clara y prístina a este concepto. Con el tiempo, sin embargo, la “democracia representativa” ha recibido numerosas críticas, por su tendencia al elitismo, a la cooptación y a la postergación de las aspiraciones populares. DUVERGER (Op. cit.) sostiene que es una forma de democracia menos cabal que otras. Nosotros hemos colaborado en la profundización, de este análisis en un trabajo de divulgación (PEASE, Henry. . . , Rubio Correa, Marcial; . . . Madalengoitia, Laura. . . *Mitos de la Democracia*.— Lima, DESCO, 1978). Hasta qué punto en una democracia representativa el poder-constituyente en propiamente del pueblo o de élites políticas, es un asunto sumamente discutible que puede analizarse más a fondo en las obras que hemos citado.)

*positivas* . . vemos en primer término las leyes *constitucionales*, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo *legislativo*; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos *activos*. Estas leyes son llamadas *fundamentales* no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son *fundamentales*. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están *fundadas* por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa *especial*<sup>6</sup>.

El Poder Constituyente puede ser ejercitado de diversas formas. En la elaboración de nuestras últimas dos Constituciones, se eligió a un organismo asambleístico, encargado de aprobarla: el Congreso Constituyente del período 1931-1933 y la Asamblea Constituyente del período 1978-1979.

Adicionalmente, en nuestro país es el Congreso Constitucional el que ejerce el poder Constituyente para modificar los artículos de la Constitución, con una serie de requisitos especiales en materia de votos y aprobación, que estudiaremos posteriormente.

Otra variación sustancial del cuadro original consiste en que los órganos del Estado asumen distintas funciones, que no son necesariamente sus homónimas.

2.1 El órgano Legislativo, por ejemplo, tiene como función principal la legislativa, pero en adición tiene otras administrativas (todo lo relativo a su personal interno, por ejemplo) y aún funciones jurisdiccionales en materia constitucional o de juicio político a los gobernantes.

2.2 El órgano Ejecutivo, en adición a la Función ejecutiva, tiene también funciones normativas generales (según el inciso 8º del art. 154 de la Constitución de 1933 reglamenta las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y con los mismos límites dicta decretos y resoluciones); y funciones jurisdiccionales, que ejercita a través de diversos organismos administrativos de administración de justicia (por ejemplo el Ministerio de Trabajo, el Tribunal Fiscal, etc.).

---

6 SIEYES. "¿Qué es el Tercer Estado?" Madrid, Aguñar S.A. de ediciones, 1973, Cap. V, pp. 76-77.

2.3 Igual ocurre con el Poder Judicial, que en adición a las funciones jurisdiccionales que realiza, tiene otras de carácter administrativo (manejo de sus propios empleados públicos), o de carácter normativo general (por ejemplo dictar normas de carácter general como el Reglamento de las Inscripciones), verdaderas normas de carácter general y aplicables a importantes aspectos de la vida social y económica del país.

Por lo tanto, podemos concluir esta parte de introducción teórica diciendo que las normas legislativas no dependen tanto del órgano del Estado que las aprueba, sino fundamentalmente de la función del Estado en virtud de la cual se dan normas escritas, de carácter general, y siguiendo los procedimientos señalados para cada caso.

En otras palabras, la estructura de la legislación no depende de los funcionarios o gobernantes que la aprueban, sino de las atribuciones normativas generales que tienen los diversos órganos estatales. En este sentido, la legislación no es una función privativa del órgano legislativo, sino que alcanza también a los órganos ejecutivo y judicial.

## 2. LA ESTRUCTURA LEGISLATIVA EN EL PERU

El sistema legislativo en el Perú<sup>7</sup> tiene una estructuración compleja, semejante a la de muchos otros “derechos nacionales”<sup>8</sup>. Esta forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas con principios de supra-ordinación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico.

En cuanto a niveles, nuestra legislación tiene los siguientes<sup>9</sup>:

—La Constitución del Estado y las leyes constitucionales que, con procedimientos especiales de aprobación, la interpretan, modifican o derogan.

—Las leyes y los decretos con rango de ley.

—Los decretos y resoluciones que, a su vez, asumen diversas formas:

---

7 Con finalidades distintas a las nuestras, otro autor se ha referido anteriormente a este problema en un trabajo ad hoc: FURNISH, Dale B. . . *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*; en DERECHO, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; número 30; 1972; pp. 61 y ss.

8 Se reconoce generalmente que el tratadista que ha desarrollado más este tema es KELSEN, Hans. . . *Teoría Pura del Derecho*.— Buenos Aires EUDEBA, 1965.— Cap. IX. Es cierto, sin embargo, que su conceptualización está claramente marcada por el positivismo jurídico, del que es uno de los más preclaros expositores y defensores.

9 Posteriormente veremos que, cuando entren en aplicación las normas sobre regionalización de la Constitución de 1979, se añadirá un cuarto nivel y algunos matices adicionales a este esquema.

Decreto Supremo; Resolución Suprema; Resolución Ministerial; Resolución Directoral; y, varias otras resoluciones que, dentro de la estructura legislativa, tienen un lugar similar a las anteriores.

Estos tres niveles están jerarquizados entre sí de manera tal que la Constitución prima sobre cualquier otro tipo de normas legislativas y las leyes priman sobre los decretos y resoluciones. Aún dentro de estos últimos, tenemos un sistema de jerarquización que estudiaremos en párrafos posteriores.

Los principios de supra-ordinación de esta estructura son el de constitucionalidad; de legalidad; de competencia, y de jerarquía del órgano que aprueba la norma. Por razones de claridad expositiva, los trataremos dentro de cada nivel correspondiente.

## 2.1. LA CONSTITUCION

La primera norma positiva dentro de nuestro sistema legislativo es la Constitución del Estado. Debe enténdersela como la norma más importante en, por lo menos, tres sentidos:

—El primero, porque la Constitución contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo (ni por ningún otro pronunciamiento jurídico dentro del Estado). Esto tiene que ver con el principio de constitucionalidad del orden jurídico.

—El segundo, porque dentro de sus normas, la Constitución establece la forma cómo se organiza el Estado, cuáles son sus órganos principales, cómo están conformados; y cuáles son sus funciones.

—El tercero, porque en el texto constitucional está contenido el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del Estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.

Desde el punto de vista de su contenido, la Constitución (en su concepto genérico), ha sufrido importantes variaciones. En un principio, se consideraba que debía tener dos tipos de elementos: por un lado la descripción de los órganos del Estado y sus funciones y, por otro, las normas básicas de ejercicio del poder, es decir, los derechos del pueblo que los gobernantes no pueden violar (en nuestra Constitución de 1933 llamados impropriamente *garantías*, y correctamente llamados *derechos* constitucionales en la de 1979).<sup>10</sup>

---

10 Ver, principalmente, SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?*. Este clásico folleto, aparecido justo en el momento de estallido de la Revolución Francesa de 1789, plantea esta estructura constitucional desde el punto de vista de su contenido. Es de resaltar que, a su autor, le cupo rol fundamental en la Asamblea Constituyente que dió su primera constitución a Francia luego de la Revolución.

Con el transcurso del tiempo, esta concepción liberal e inicial de la Constitución, se fue enriqueciendo con otros contenidos, propios también del nuevo rol que fue asumiendo el Estado dentro del contexto social. Es así que, en la actualidad, toda Constitución tiene muchas otras normas en lo relativo a prestaciones sociales del Estado, régimen económico, financiero y fiscal, organización política y gremial del pueblo, etc.

Ello se debe a que la evolución de la sociedad ha ido exigiendo que las principales conquistas de los pueblos se inscriban jurídicamente al más alto nivel de la estructura jerárquica del orden jurídico, en la medida que, al menos formalmente, ello significará que ninguna otra norma del sistema podrá abrogarlos y que, más bien, figurando en la Constitución tendrán un mayor grado de obligatoriedad porque deben ser obedecidas no sólo por el pueblo, sino también por quienes ejercen el poder dentro del Estado<sup>11</sup>.

El principio supra-ordinador que emana de la Constitución, es el principio de *constitucionalidad* de todo el sistema jurídico y, por supuesto, del sistema legislativo<sup>12</sup>. Simplificadamente, este principio señala que las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquiera otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella.

El principio de constitucionalidad se cumple de diversas maneras en los distintos sistemas jurídicos existentes en los Estados. En términos generales, podemos distinguir dos formas principales: la de la “no aplicación”, o la de

---

11 No es cierto, sin embargo, que los gobernantes apliquen el íntegro de la Constitución. En nuestra carta de 1933, por ejemplo, se establecía la obligatoriedad de legislar diversos aspectos (como por ejemplo el contrato colectivo de trabajo o las atribuciones del Poder ejecutivo durante la suspensión de garantías). Estas, y muchas otras leyes, no se dieron nunca. Tal es el caso también de la acción popular contra las disposiciones gubernativas de carácter general que infrinjan la Constitución y las leyes (art. 133). Este artículo exigía una norma que fijase el procedimiento judicial para canalizar la acción. Dicho procedimiento recién se fijó en la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada en 1963. En los 30 años de intermedio, se dió varias veces el caso de que el Poder Judicial se negara a resolver acciones así interpuestas, alegando que “no había aún procedimiento establecido” (Ver entre otras, la Resolución Suprema del primero de Octubre de 1958 y su respectivo dictámen Fiscal; y la del 28 de Octubre de 1960 y su dictámen fiscal; ambas en GARCIA BELAUNDE, Domingo; . . . *El Hábeas Corpus Interpretado*.— Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971; páginas 85 y 195 respectivamente). Esto demuestra que, mediante argumentos equívocos como éste de no tener aún el procedimiento señalado por la ley, los Tribunales no aplicaron normas constitucionales en plena vigencia y, como ocurre en ambos casos, con regímenes constitucionalmente elegidos.

12 En adelante, hablaremos de sistema legislativo cuando nos referimos al conjunto de normas legislativas y de sistema jurídico cuando, en adición a dichas normas, consideramos todos los otros elementos que conforman nuestro Derecho: resoluciones judiciales, normas provenientes de otras fuentes, criterios de aplicación e interpretación de Derecho, etc. Como resultará obvio, todo el sistema jurídico tiene, a su vez, criterios de jerarquización pero en este trabajo nosotros desarrollamos específicamente lo relacionado al sistema legislativo.

declaración de invalidez de la norma inconstitucional.

Según la primera forma, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra norma legislativa, se preferirá la primera sin declarar inválida (o nula)<sup>13</sup> a la segunda.

Según la otra forma, la norma legislativa que resulte con vicio de inconstitucionalidad, podrá ser declarada inválida (normalmente por el Poder Judicial o por una Corte Constitucional.)

Hasta la Constitución de 1979, en el Perú existía el sistema de la no aplicación para las leyes y el de la declaración de nulidad para las disposiciones de carácter general dadas por el Poder Ejecutivo y los Gobiernos locales. En caso de estos dos últimos, además estaba el principio de no aplicación para el despojo de derechos a personas individuales.

La no aplicación de las leyes está contenida en el art. XXII del Título Preliminar del Código Civil que dice: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera". Esta norma ha sido recogida en el art. 236 de la Constitución de 1979.

La declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de carácter general dadas por el Poder Ejecutivo está en el art. 133 de la Constitución de 1933 que dice: "Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones o decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes..."<sup>14</sup>.

La Constitución de 1979 repite esta última norma (art. 295) pero, adicionalmente, contiene en su art. 298 y siguientes el sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, cumpliéndose determinados requisitos.

El sistema de no aplicación de normas del Poder Ejecutivo o gobiernos locales para el caso de despojo de derechos está contenido en el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los

---

13 Existe una amplia discusión sobre si una norma legislativa inconstitucional deviene en nula, anulable o simplemente inválida dentro del Derecho. Kelsen, por ejemplo, piensa que sólo puede ser anulable (KELSEN, Hans... *op. cit.* pp. 156 yss).

Para el caso peruano, específicamente, se dió una discusión entre dos representantes a la Asamblea Constituyente última. Uno de ellos sostenía que las leyes inconstitucionales eran inválidas y el otro que eran posibles de considerar como nulas. En abono de esta última posición va el artículo de la Constitución de 1933 que dice que los actos de gobierno del Presidente requieren de la firma de un Ministro, aclarando a continuación que "sin este requisito son nulos". Como veremos posteriormente, muchos de estos actos de gobierno pueden ser "legislativos", con lo que analógicamente podríamos considerar la eventual nulidad de las leyes inconstitucionales, si bien no antes de la Constitución de 1979, sí a partir de ella.

14 Es verdad que en el Perú ha habido resoluciones judiciales declarando que el art. 133° recoge el sistema de no aplicación, pero ello no es una interpretación adecuada. Sobre el tema ver ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T... *Debate en torno a la Acción Popular*; en DERECHO, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 32, 1974, p. 73

actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes". Esta acción, denominada "de Amparo" en la teoría, ha sido recogida también en el art. 295 de la Constitución de 1979.

Finalmente, la Constitución de 1979, sanciona el principio de no aplicación de los decretos y resoluciones inconstitucionales, en la parte final de su art. 236.

El hecho de que la Constitución tenga este rango supremo dentro del sistema legislativo (y del jurídico), se debe a que se le reconoce el carácter de norma fundante de todo dicho sistema y, en verdad, del propio Estado. Dentro de la concepción democrática moderna, este poder de "fundar" el Estado mediante la Constitución es llamado *Poder Constituyente* y su titular es el pueblo<sup>15</sup>.

Según la teoría democrática, este poder no puede pertenecer a otro que el pueblo, en la medida que es él quien tiene derecho a fijar su propia organización estatal, sin interferencia de ningún otro poder dominante a nivel de la sociedad política. Se ha discutido extensamente si el Poder Constituyente es omnímodo, es decir, si está libre de límites o si tiene algunos. Autores como Rousseau<sup>16</sup> y Sieyès<sup>17</sup> consideraron que no los tenía pero, ya en 1816, Constant<sup>18</sup> creía que sí en lo referente a la intangibilidad de los principios de libertad. La discusión ha continuado y abarca varios otros campos como la seguridad nacional, la subsistencia o no de los principios democráticos, etc. Sin embargo, en el Perú se le ha considerado siempre como un poder sin restricciones.

El pueblo ejerce este poder de diversas maneras, canalizadas según los instrumentos operativos que ha desarrollado la democracia en nuestros países. En líneas generales, se reconoce las siguientes formas:

—Una comisión gubernamental redacta un proyecto de Constitución que es aprobado o no por el pueblo mediante un plebiscito (caso de la última Constitución de Francia).

—El pueblo elige una Asamblea para que, conformada por sus representantes, apruebe la Constitución (caso del Perú en 1978).

—Sistema de Asamblea Constituyente con referendum ratificatorio (caso de la última Constitución de España).

En el Perú, el sistema de ejercicio de poder constituyente ha tenido en los

---

15 Importante al respecto es SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. . . *El Poder Constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

16 ROUSSEAU, Juan Jacobo. . . *El Contrato Social*.— Madrid, Taurus Ediciones S.A. 1966; Libro II, cap. IV. (Allí aclara, sin embargo, que la *voluntad general* es absoluta frente al individuo en su calidad de súbdito).

17 SIEYES, *Op. Cit.* Cap. V, pp. 78 y ss.

18 CONSTANT, Benjamín. . . *Principios de Política*, Madrid, Editorial Aguilar, 1970, Cap. I.

últimos años dos formas legisladas para realizarse:

—Para dar una nueva Constitución, se ha recurrido a la convocatoria a elecciones de un Congreso Constituyente (1931) o de una Asamblea Constituyente (1978) a fin de que sus miembros, con el mandato especial de elaborar una nueva Constitución, la aprueben.

—Para modificar la Constitución existente (modificación que en teoría puede ser parcial o total), nuestras Cartas han consignado como detentador del Poder Constituyente al Congreso, el que aprobará leyes modificatorias de la Constitución con la mayoría de votos legales de las cámaras en dos legislaturas ordinarias (art. 236 de la Constitución de 1933; y art. 306 de la Constitución de 1979).

De esta manera, la Constitución es de por sí la norma legislativa de mayor importancia dentro de nuestro sistema legislativo; tiene mecanismo formal de aprobación que requiere de poderes especiales<sup>19</sup> en manos de los representantes para dar una Constitución completa, o de un procedimiento parlamentario especial para modificar la Constitución existente. En virtud del principio de Constitucionalidad, sus normas priman sobre cualquiera otra del sistema legislativo y jurídico en general.

## 2.2 LA LEY (O LAS NORMAS CON RANGO DE LEY)

El segundo nivel jerárquico de nuestro sistema legislativo es la Ley, entendida ella como la norma aprobada por el Congreso, en ejercicio de sus atribuciones legislativas, y mediante el procedimiento señalado en la Constitución. Este párrafo, sin embargo, requiere de varios matices aclaratorios.

En primer lugar, es necesario señalar que hay diferencias entre una Ley, y una norma legislativa con *rango de ley*. En principio, toda Ley tiene rango de Ley, eso es una tautología. Sin embargo, en nuestro sistema legislativo, hay también otras normas legislativas que poseen este rango: los Decretos-Leyes y

---

19 Sobre los poderes especiales de los representantes que dan la Constitución, hay una explicación clásica en el libro citado de Sieyès. Para el Perú, sin embargo, es necesario hacer una importante precisión en este sentido: en principio, la Constitución de 1933 debió ser modificada total o parcialmente por un Congreso elegido constitucionalmente. Esta era la prescripción formal vigente en la Constitución de 1933 y así debió hacerse de acuerdo al derecho positivo. Sin embargo, las elecciones convocadas en 1977 fueron masivamente aceptadas no sólo por los partidos políticos sino por el pueblo mismo, que concurrió a las ánforas mayoritariamente a votar en Junio de 1978. Teóricamente, esto significa que el pueblo decidió ejercer su poder constituyente de manera distinta que lo que prescribía la propia constitución, a la que no se ató en dicho ejercicio. De acuerdo a lo que hemos venido diciendo, esta opción es legítima y la participación popular en los comicios de 1978, legitima la Constitución emanada de dicha Asamblea, a pesar de que, en rigor, ella resulte "inconstitucional" frente a la Carta de 1933.

ciertos decretos supremos aprobados por el Poder Ejecutivo. Es por tanto necesario diferenciar estos tres tipos de normas.

En segundo lugar, y complementariamente, cabe recordar o lo que dijimos al finalizar la primera parte de este trabajo: que la naturaleza de las normas legislativas no dependía tanto del órgano que las aprobaba, sino de la función estatal con la que actuaba. Expliquémonos:

La Ley, procede de la función legislativa que, empleada en sentido estricto, significa la atribución de aprobar normas legislativas con rango de Ley. (Sentido en que la usaremos a partir de aquí. En sentido lato, la función legislativa abarcaría la atribución de dar normas legislativas de los tres niveles que hemos mencionado anteriormente, pero que no es, estrictamente, su significado dentro de la teoría, por lo que a esta última función la hemos denominado como *normativa general*).

En principio, la función legislativa corresponde al Congreso dentro de la Constitución de 1933 (art. 123, inciso 1) y también dentro de la Constitución de 1979 (art. 186, inciso 1). No obstante no todas las decisiones que toma el Congreso son automáticamente leyes, en la medida que dicho órgano está también facultado a tomar acuerdos de distinto tipo que constituyen, posteriormente, decisiones obligatorias pero no bajo la forma de Ley sino, por ejemplo, de acuerdos que constan en sus actas. De tal manera que, en primer lugar, no todo acuerdo del Congreso es una Ley: caso típico sería la censura de un Ministro, que deviene obligatoria porque el Ministro debe dimitir según la Constitución, pero dicha censura no es tomada como acuerdo por Ley.

De los múltiples acuerdos que toma el Congreso, sólo son Leyes aquellos que siguen el procedimiento y las formalidades establecidas en la Constitución para tal respecto y que, en la de 1933, están contenidas entre sus artículos 124 al 131, y en la de 1979 entre sus artículos 190 y 196.

Por otro lado, existen también normas legislativas con rango de Ley que no son dadas por el Congreso. Uno de estos tipos es lo que se llama "legislación delegada", que es dada por el Poder Ejecutivo, y el otro tipo es uno constitucionalmente espúreo, pero de innegable existencia: las normas con rango de Ley dadas por los gobiernos de facto a través de Decretos-Leyes. Veamos uno por uno estos dos tipos:

La *legislación delegada* consiste en que el Congreso puede autorizar al Poder Ejecutivo, a dictar normas con rango de Ley, bien en casos especiales, bien por un período determinado. La Constitución de 1933 no preveía específicamente este mecanismo, pero se utilizó en reiteradas oportunidades: Ley 9047 del 12 de Enero de 1940; Ley 14953 del 9 de Marzo de 1964; Ley 16701 del 31 de Octubre de 1967 y, sobre todo, la Ley 17044 del 20 de junio de

1968<sup>20</sup>.

De los cuatro casos, es especialmente interesante el de la Ley 17044 porque dió autorización para legislar en términos mucho más amplios que las tres anteriores y, en virtud de ella, se dieron numerosos decretos supremos con fuerza de Ley, tales como el D. S. 287-68-HC de Agosto de 1968, que reestructuró todo el sistema del impuesto a la renta y que, con varias modificaciones, sigue aún vigente en esta importante parte del Derecho Tributario nacional. En aquella época, el Colegio de Abogados produjo una opinión criticando esta delegación tan general de facultades legislativas, aduciendo que la Constitución no la permitía; pero dicha opinión, compartida por miembros de la oposición parlamentaria de ese entonces, no fue tomada en cuenta y se estableció, de esa manera, el precedente de la delegación amplia y general en base a la Constitución de 1933.

La Constitución de 1979, por otro lado, contempla específicamente la legislación delegada en su art. 188. Cabe destacar que este sistema es indispensable en los Estados modernos, debido a la dificultad que tiene el órgano legislativo para aprobar con rapidez y oportunidad, normas jurídicas que requiere la volátil situación económica y política que se vive actualmente, no sólo en el Perú, sino en muchos otros Estados.

El otro tipo de normas legislativas con rango de Ley que no son aprobadas por el Congreso, están constituidas por los Decretos—Leyes de los gobiernos de facto.

A pesar de la inconstitucionalidad formal de estos gobiernos, su incorporación en los hechos a la producción de normas jurídicas es innegable en nuestro sistema y, de hecho, dentro de nuestro derecho positivo existen numerosas normas con rango de Ley aprobadas por ellos en diversas épocas de nuestra vida republicana, por no mencionar los cinco mil Decretos-Leyes aprobados en los últimos once años.

La inserción de los gobiernos de facto dentro del orden jurídico ha sido, y será, largamente discutida. Por su naturaleza de problema esencialmente político, es imposible que los juristas y los representantes elegidos por el pueblo en las elecciones, adopten una posición desapasionada frente a ellos.

Sin embargo, y dejando cualquier otra consideración de lado, a nivel de las fuentes del derecho, los gobiernos de facto han recibido un tratamiento teórico proveniente, en lo fundamental, de que su periódica aparición y su influencia en el conjunto del orden jurídico, hace necesaria su consideración por más espúeos que sean dentro de la conceptualización estrictamente jurídica.

---

20 FURNISH, Dale B. . . *op. cit.*, p. 64, nota 12.

En este sentido, la doctrina ha desarrollado tres teorías sobre la validez de las normas jurídicas con rango de Ley que estos gobiernos aprueban. Es evidente que las tres teorías se refieren a las normas de los gobiernos de facto, una vez que ellos han sido sustituidos por gobiernos elegidos, en la medida que, mientras permanecen en el ejercicio del poder, sus normas resultan acatadas. En síntesis estas teorías son:

—La de la *caducidad*, según la cual, una vez restaurado el orden constitucional las normas dadas por los gobiernos de facto cesan de tener validez.

—La de la *revisión*, según la cual, estas normas deben ser revisadas por el Congreso del gobierno restaurado el cual, dentro de un plazo, declarará cuáles Decretos-Leyes reciben convalidación y cuáles cesan de tener validez.

—La de la *continuidad*, según la cual las normas dadas por los gobiernos de facto continúa teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y que serán, por lo tanto, modificadas o derogadas por el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, manteniendo entre tanto su validez.

De ellas, la de la revisión es criticada en numerosos textos por su escaso valor práctico (ya que en la práctica equivale a una derogación), y sobre todo porque en casos como los últimos once años de producción legislativa peruana por gobierno de facto, sería materialmente imposible que el próximo Congreso Constitucional revise una por una cada norma contenida en los miles de Decretos-Leyes existentes.

Mas bien, FURNISH<sup>21</sup> trae importantes testimonios de que nuestra Corte Suprema en resoluciones expresas ha declarado que “los decretos-leyes, promulgados por gobiernos de facto que asumen funciones legislativas, tienen plena vigencia, aunque no sean ratificados por el Congreso, hasta ser derogado, modificado, o reemplazado por una u otra disposición similar...”, lo que constituye una aplicación jurisprudencial de la teoría de la continuidad.

En base a estos elementos de juicio históricos, podemos concluir diciendo que, si bien no ha sido unívocamente acatada, la teoría de la continuidad tiene preeminencia dentro de nuestro sistema para los Decretos-Leyes dados por los gobiernos de facto<sup>22</sup>.

Por todo lo dicho, a nivel de las normas con rango de Ley, en el Perú

---

21 FURNISH, Dale. . . *op. cit.*, p. 64, nota 11

22 Un excelente trabajo aplicado a nuestra realidad sobre los gobiernos de facto es: BELAUNDE L. de R., Javier. . . *Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales*; en *DERECHO*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 32, 1974; pp. 93 y ss.

tenemos las siguientes: la Ley aprobada por el Congreso Constitucional; los Decretos Supremos aprobados por el Poder Ejecutivo en virtud de la legislación delegada; y, los Decretos-Leyes aprobados por los gobiernos de facto en tanto no sean derogados o modificados.

Indistintamente, todas y cada una de estas normas con rango de ley, se rigen entre sí por los siguientes principios:

—Salvo que su texto establezca un plazo de validez, estas normas continúan teniendo vigencia permanente hasta que otra norma de su mismo nivel las modifique o derogue; Eventualmente, una modificación constitucional podría hacerlas caer en situación de inconstitucionalidad, pero en tal caso funcionarían los mecanismos que anteriormente hemos mencionado al respecto.

—La disposición anterior es derogada por la posterior. Es decir, que si dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última de ellas.

—La Disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido, primará ésta sobre aquélla en su campo específico.

—Según la Constitución de 1933, art. 132º, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su promulgación y publicación en el diario oficial, salvo que en ella misma se fije norma distinta (que en una sana interpretación jurídica, no puede ser fecha anterior a dicha promulgación y publicación, en la medida que según el Art. 25º de la misma Carta ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo).

En este sentido, es importante aclarar que la Constitución de 1979, en su artículo 195º, señala que “La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley. . .”

Esta modificación en relación al régimen contenido en la Constitución de 1933 ha sido defendida argumentándose que, dentro del territorio nacional, los sistemas de distribución del diario oficial (y de la prensa en general), son seriamente deficientes con excepción de una minoría de lugares y que, en consecuencia, hay que dar un plazo mayor que el de 24 horas para el inicio de la validez formal de todo mandato jurídico. No obstante, el lapso existente entre la publicación y la vigencia obligatoria de la norma, puede permitir su evasión, en la medida que durante este tiempo se puede modificar las condiciones fácticas o jurídicas que las normas consideran como supuesto de su aplicación. Tal sería el caso, por ejemplo,

de normas referidas a control de cambio de moneda extranjera, manejo de operaciones bancarias y muchos otros casos similares.

De estos principios, el primero es consustancial o todos los mandatos jurídicos y también lo es el segundo. Ambos se encuentran contenidos en nuestro derecho positivo dentro del artículo I del título preliminar del Código Civil que señala: “Ninguna ley se deroga sino por otra ley”.

No obstante, el tercer principio no está legislado en nuestro sistema jurídico positivo, deviniendo de la aplicación de la costumbre a los casos concretos, y de su incorporación a la Doctrina prevaleciente como un principio general del derecho.

Desde el punto de vista de la jerarquía, dos principios rigen a estas normas:

—El de constitucionalidad, ya explicado, las somete subordinadamente a la Constitución.

—El de legalidad las supra-ordina a las normas de nivel inferior (reglamentos, decretos, resoluciones y sentencias judiciales). La legalidad de las tres primeras está específicamente considerada en el art. 133º de la Constitución de 1933 y en los artículos 236º y 295º de la Constitución de 1979. Ya hemos comentado el funcionamiento de este mecanismo. También está contenido en el art. 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La legalidad de las sentencias judiciales está contenido en el art. XXI del Título Preliminar del Código Civil que dice: “Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes”.

### 2.3. *Los tratados* —

Los tratados internacionales han recibido un tratamiento más detallado en la Constitución de 1979, en relación a las normas de la de 1933, adquiriendo por norma positiva una importancia y jerarquización importante dentro de nuestro sistema jurídicas.

Para adquirir validez y obligatoriedad jurídica, los tratados deben ser aprobados por el Congreso y luego ratificados por el Presidente de la República, según los artículos 102º, 186 inciso 3º y 211º inciso 14º.

En función de su contenido, los tratados que suscriba el Perú pueden tener dos tipos de contenidos, que inciden en su forma de aprobación por el Congreso:

—Si afectan materia normada por la Constitución del Perú, deberán ser aprobados mediante el procedimiento que rige la reforma de la Constitución. Este mandato está contenido en el art. 103º de la Constitución de 1979 (y el de reforma de dicha Carta en el art. 306º como vimos oportunamente).

—Si no afecta materia normada por la Constitución, entonces deberá

recibir una ratificación que, tradicionalmente, ha operado bajo la forma de Resolución Legislativa, acuerdo al que se considera con rango de Ley dentro de nuestro sistema legislativo y que cumple las mismas formalidades que ésta en materia de su aprobación.

—Si la materia de un tratado es relativa a los derechos humanos, según el artículo 105º de nuestra Constitución de 1979 tiene jerarquía constitucional y no puede ser modificado sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

De acuerdo a estas formalidades, los tratados reciben por mandato mismo de la Constitución, una ubicación específica dentro de nuestro sistema legislativo: serán normas de rango constitucional en el primero y tercer caso, y normas con rango de Ley en el segundo.

No obstante, la Constitución establece dos principios adicionales de jerarquización respecto a sus normas:

—“En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”, según la norma contenida en art. 101º de la Constitución.

—“Los tratados de integración con estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes”, estipula el artículo 106º del mismo cuerpo legal.

De esta forma, los tratados internacionales adquirirán a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 uno de los lugares siguientes en la jerarquía de nuestro sistema legislativo:

—Rango Constitucional si tratan de asuntos normados por la Constitución o de asuntos referentes a los derechos humanos.

—Rango de Ley en los demás casos, pero prevaleciendo ellos sobre las leyes comunes en caso de conflicto, y prevaleciendo los tratados de integración latinoamericana sobre los otros multilaterales firmados entre las mismas partes.

Con estas normas no se hace sino incorporar en la Constitución, sendos principios reconocidos en el Derecho Internacional, y que no habían sido incorporados con anterioridad en nuestra legislación positiva.

## 2.4. LOS REGLAMENTOS, DECRETOS Y RESOLUCIONES.

Esta es la parte más ardua, compleja e inorgánica de nuestro sistema legislativo y son muy pocos los trabajos existentes sobre ella<sup>23</sup>, tal vez porque es

23 Dos trabajos recientes sobre el tema, en adición al de Dale Furnish ya citado son: BUSTAMANTE, Alberto. . . *El Gobierno y la Administración en la Constitución*. En *Apuntes*, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, número 9; año V; 1979. También nuestro trabajo *La Actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico* en *Apuntes* N° 8.

sumamente difícil tratarla comprensivamente.

Nosotros haremos el intento, desde la perspectiva de este artículo, pero sabiendo que inevitablemente quedarán interrogantes y muchos aspectos normativos por resolver. En gran medida, esto se debe a la propia naturaleza de estas normas legislativas.

El órgano encargado de dictarlas es el Ejecutivo en sus diversas instancias, y lo hace sin parámetros formales pre-establecidos, con el agravante adicional de que, bajo las mismas formalidades escritas, dicta normas que responden a funciones y prerrogativas sumamente distintas entre sí.

Por esta razón dividiremos la descripción de estas normas en dos partes: la primera referente a sus formalidades y, la segunda, referente a las distintas funciones en base a las cuales se expiden.

Desde el punto de vista formal, esta parte de la legislación se divide en lo siguiente: Decreto Supremo, Resolución Suprema, Resolución Ministerial, Resolución Directoral, Resolución sub-directoral, etc. según el funcionario de la Administración Pública que la adopte.

El *Decreto Supremo* es, en lo formal, la norma de mayor jerarquía que dicta el órgano Ejecutivo, llevando la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros (incidentalmente, puede llevar la firma de todo el Consejo de Ministros).

El Decreto Supremo, en base a estas formalidades, es una norma dada y aprobada por la más alta instancia del órgano Ejecutivo, que es el Presidente de la República (por eso lleva su firma). Ocurre, sin embargo, que se presentaba también la firma de al menos un ministro de Estado, lo cual se debe a que, según el artículo 166º de la Constitución de 1933 (norma repetida en el art. 213º de la Constitución de 1979), el Presidente no puede nunca autorizar un acto de gobierno sin la firma de un ministro bajo pena de nulidad. De esta forma, el Decreto Supremo es una norma de rango presidencial que, para fines de la responsabilidad política lleva añadida la firma ministerial.

En nuestro sistema, también, el Decreto Supremo puede ser la forma mediante la cual se aprueba las normas que la Constitución o las leyes encargan al "Poder Ejecutivo", es decir, al Presidente y al Consejo de Ministros conjuntamente, en la medida que el art. 164 de la Constitución de 1933 establece que "El Consejo de Ministros tiene voto deliberativo y voto consultivo en los casos que señala la ley". Es así como, por ejemplo, la propia Constitución señala en su artículo 108º que "El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede convocar al Congreso a Legislatura Extraordinaria. En el decreto de convocatoria se fijarán las fechas de instalación y de clausura". En este caso, el voto del Consejo es deliberativo, es decir, debe aprobar la convocatoria al Congreso para que esta pueda producirse. En los casos de "voto consultivo" el Consejo deberá dar su opinión, pero ella no debe ser necesariamente seguida por el Presidente en el momento de expedir la norma.

En base a lo señalado, podemos concluir que el Decreto Supremo es la

forma de crear normas jurídicas en las que se expresa la voluntad normativa de:

—El Presidente de la República y el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

—El Presidente de la República y el voto consultivo del Consejo de Ministros.

—El Presidente de la República (más el Ministro que firma a efectos de la responsabilidad política correspondiente).

La *Resolución Suprema* es una norma dada por uno o más ministros de Estado con la visación aprobatoria del Presidente de la República. Formalmente, aparece por ello con la *firma del ministro* (o ministros) y la *rúbrica del Presidente*. Ello quiere decir que el Presidente, formalmente, aprueba la norma dada pero que no la está creando él sino el o los ministros respectivos y, normalmente, sin la intervención del Consejo de Ministros. En este sentido, la Resolución Suprema es una norma de menor rango jerárquico que el Decreto Supremo, si tomamos en cuenta las voluntades (y la naturaleza de la participación de cada una) al elaborarla.

La *Resolución Ministerial* es una norma aprobada por uno (y eventualmente más de uno) de los ministros de Estado. Formalmente, lleva sólo la firma del ministro, con lo que tiene un rango inferior a la Resolución Suprema y al Decreto Supremo por la jerarquía de las voluntades que contribuyen a aprobarla.

Por debajo de la Resolución Ministerial están las Resoluciones Directorales, sub-directorales, zonales, etc. que son aprobadas por los funcionarios correspondientes de las reparticiones de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones. Hace algunos años (antes de 1970), este tipo de resoluciones eran escasas desde el punto de vista de la legislación que produce normas generales, lo que se debía al escaso desarrollo de la función normativa del Estado en los diversos campos de la vida nacional. Con el desarrollo de esta función, ha crecido su número y su importancia, hasta hacerlas parte necesaria de considerar en el trabajo con las normas jurídicas existentes en nuestro sistema.

La jerarquización de estas últimas normas desde el punto de vista formal, corresponde a la importancia administrativa del funcionario que las aprueba, y que está en relación con los cargos existentes dentro de la Administración Pública: director superior; director general; etcétera.

Este es el esquema formal general de los decretos y resoluciones que existen actualmente en nuestro sistema legislativo. Sus características distintivas no están normadas en nuestro sistema jurídico sino de manera muy remota. Rastros de esta normatividad pueden encontrarse en la Constitución de 1933, que en el inciso 8º del art. 154º señala como atribución del Presidente de la República “reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas y, con esta

misma restricción, dictar decretos y resoluciones” y en tres leyes de ministros dadas el 4 de diciembre de 1856; el 13 de mayo de 1861 y el 16 de febrero de 1863, todas vigentes a pesar de caminar hacia el siglo y medio de existencia.

En otro trabajo hemos analizado con detalles estas normas<sup>24</sup> y sería engorroso repetirlo en éste. Basta señalar, de acuerdo con Dale Furnish que “Es indudable que entre estas Leyes de Ministros y el sistema actual de decretos supremos, resoluciones supremas y resoluciones ministeriales no existe sino un remoto vínculo. . .”<sup>25</sup> debiéndose las formalidades concretas que ahora tienen, básicamente a la costumbre jurídica creada por su uso contínuo a través del tiempo: “La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esa estructura”<sup>26</sup>.

En adición a lo dicho hasta aquí, que demuestra suficientemente el carácter escrito de estas normas, es necesario señalar que para su validez son hechas públicas mediante su publicación en el diario oficial.

Descritas de esta manera, es importante pasar a continuación a ver su contenido, pues es allí donde se produce la principal inorganicidad de esta parte de nuestra legislación.

Desde antiguo, autores nacionales han prefijado el tipo de contenido de los decretos y resoluciones. Así, Toribio Alayza y Paz Soldán señalaba en 1927: “Se refiere, pues, el decreto, siempre a reglamentar cuestiones generales, la generalidad es su esencia; tiende a reglamentar una ley, a indicar los modos como debe cumplirse, la manera como ha de hacerse efectiva en la vida práctica. . . *El decreto*, pues, es siempre general y, por lo regular, se da reglamentando alguna ley, esto es, llenando los detalles de funcionamiento de ésta”.<sup>27</sup>

Respecto a la resolución, el propio autor decía: “Esta tiene por objeto resolver un caso concreto y particular. No tiene la generalidad del *decreto*. Así un nombramiento, lo mismo que una concesión para una industria a un individuo o una empresa, la aceptación de un contrato, etc. se hacen por medio de una resolución. Se refiere siempre la resolución a casos concretos, a un asunto determinado que se presenta y no tiene la generalidad del *decreto* que obliga a todos”<sup>28</sup>

No obstante, ésta y otras muchas opiniones en el mismo sentido, han quedado como simples planteamientos doctrinales pues, en la práctica, decretos y resoluciones se ocupan indistintamente, en sus respectivos niveles, de asuntos

---

24 RUBIO, Marcial. . . *La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico*. Ver especialmente las páginas 82 a 87.

25 *Ibidem* . - p. 87

26 FURNISH, Dale. . . *op. cit.* p. 75

27 ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio. . . *Derecho Administrativo General y del Perú.* - Lima, Sanmarti y Cía. 1927; p. 15

28 *Loc. cit.*

generales y particulares. Es así como, por ejemplo, podemos encontrar un Decreto Supremo que expropia menos de una hectárea para fines de Reforma Agraria al lado de otro que establece normas generales para la actividad industrial como es el caso del Reglamento de la Ley General de Industria (Decreto Supremo 001-71-IC/DS). Al mismo tiempo, tenemos resoluciones que indistintamente resuelven asuntos individuales como por ejemplo un pliego de reclamos en el sector trabajo, al tiempo que otras fijan, en este mismo sector, importantes normas de alcance general para patronos y trabajadores.

Esta situación se debe, entre otras razones, a la multitud de funciones que desarrolla el órgano Ejecutivo, ninguna de las cuales tiene una formalidad expresa y diferenciada para convertirse en mandato obligatorio. Alberto Bustamante<sup>29</sup>, ha desarrollado con suma claridad este complejo panorama y, del trabajo que citamos, hemos resumido las ideas que a continuación se plantea.

Las funciones propiamente administrativas que desarrolla el órgano Ejecutivo son:

—La tarea de su propia organización: crear dependencias en los ministerios, abrir y cerrar oficinas, nombrar funcionarios, establecer sus funciones específicas, etc. Algunos rasgos genéricos de ellos están fijados en las leyes orgánicas de las reparticiones y sectores de la Administración, pero los asuntos concretos y detallados se fijan por normas del propio órgano Ejecutivo en sus distintos niveles (Presidencia de la República, cada ministro de sector, etc.)

—La tarea de regimentar los procedimientos con que actúan frente a aquellas personas (individuales o jurídicas y eventualmente otras reparticiones públicas). Estos procedimientos no son dados por leyes, ni podrían serlo por sus particularidades, debiendo aprobarse por el propio órgano Ejecutivo en sus diversas instancias. Tal es el caso, por ejemplo, del procedimiento de resolución de conflictos en el ámbito laboral por la Autoridad del Trabajo.

—La tarea de resolver sobre las peticiones, derechos, obligaciones, etc. que le corresponde tratar por competencia. Estos son casos de naturaleza individual que debe resolver la Administración Pública. Tal es el caso por ejemplo, de definir cuantos años de servicios se debe reconocer a un trabajador del Estado para efectos de su jubilación; o la autorización que debe dar el Ministro de Industria, Turismo, Comercio e Integración, a

---

29 BUSTAMANTE, Alberto, op. cit. pp. 45-48

empresas para que se instalen en determinado lugar del territorio nacional.  
—La tarea de resolver conflictos que a veces toca al órgano Ejecutivo dentro del ordenamiento jurídico nacional, como el caso, por ejemplo, de reposición de un trabajador despedido por su empleador bajo el régimen de estabilidad laboral.

—La tarea de imponer sanciones en ejercicio de sus funciones coactivas. Tal por ejemplo, la atribución que tienen las reparticiones públicas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de sancionar a los vehículos de transporte público cuando violan disposiciones referentes a cumplimiento de rutas o de las normas de seguridad en lo referente a transporte de pasajeros o de carga.

—La tarea de contratación de obras públicas, concesiones y similares. Así, el órgano Ejecutivo, tiene que aprobar los contratos referentes a estas actividades como, por ejemplo, los de explotación petrolera y minera; o los de construcción de edificios, vías de comunicación, etc. que se pagan con fondos del Estado.

En adición a estas funciones propiamente administrativas, se reconoce al órgano ejecutivo algunas otras atribuciones que son conocidas como *actos de gobierno* y que son decisiones de validez general que tienen un régimen jurídico especial. Así, caen dentro de este régimen muchas de las atribuciones dadas a la Presidencia de la República por el artículo 154º de la Constitución de 1933 e, inclusive, otras como la de suspender las garantías en todo o en parte dentro del territorio nacional, contenida en el artículo 70º de la Constitución de 1933 (y ampliada considerablemente dentro del régimen de excepción que contiene la Constitución de 1979)

Finalmente, está la atribución del Ejecutivo para reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas (art. 154º inciso 8º de la Constitución de 1933 y art. 211º, inciso 11º de la Constitución de 1979). Se ha discutido extensamente sobre esta atribución en la doctrina pero es evidente que el *reglamento* tiene una importancia trascendental dentro del ordenamiento jurídico y que, desde el punto de vista del contenido, es un rasgo fundamental de la creación de normas por el Poder Ejecutivo que se ejerce, invariablemente, mediante decretos supremos.

Pues bien, todas estas funciones del órgano Ejecutivo son canalizadas normativamente a través de los decretos y resoluciones que hemos decrito en los párrafos anteriores desde el punto de vista de sus formalidades<sup>30</sup>. Esto plantea la necesidad de hacer algunas precisiones.

30 No debemos olvidar el caso de legislación delegada que, cuando ha ocurrido, se ha canalizado mediante Decretos Supremos. Como ya hemos visto, estos decretos adquieren sin embargo, rango de Ley.

En primer lugar, de estas funciones se desprenden, en algunos casos, normas de carácter general y, en otros, normas de carácter particular

Normas de carácter general serán las provenientes de los actos de gobierno que afectan a la generalidad (o una parte importante) de la población. Tal el caso de la suspensión de garantías. También se crea normas de carácter general para la organización de la administración pública (porque de ello dependerán sus funciones y la manera cómo se relacionen con ella las personas individuales o jurídicas), para la tarea de reglamentar los procedimientos y, desde luego, en cumplimiento de la función de reglamentar las leyes. En virtud de ello, los decretos y resoluciones de los diversos niveles que contengan este tipo de mandatos deben ser considerados parte de la legislación dentro del sistema jurídico peruano, porque responden a la función normativa del órgano Ejecutivo del Estado. En adelante los llamaremos *disposiciones normativas*

Por el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieran a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derechos y obligaciones de las personas; los que se refieran a resolución administrativa de conflictos y a los asuntos de contratación, son normas administrativas que no ingresan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual (normalmente además, en cumplimiento de las normas legislativas generales, sean la Constitución, las leyes o normas con rango de ley, o los propios decretos y resoluciones de carácter general). Estos decretos y resoluciones pertenecen a la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado y los llamaremos *disposiciones resolutivas*

En resumen, concluimos diciendo que no todos los decretos supremos, resoluciones supremas, ministeriales, directorales, etc, son parte de la legislación peruana. Sólo gozan de tal condición, los que constituyen disposiciones normativas. Frente a esto son evidentes dos cosas: la primera que a veces será algo difícil distinguir unos de otros y, la segunda, que es necesaria una reformulación de este tipo de normas desde el punto de vista formal, a fin de que los decretos y resoluciones actualmente conocidos, no sirvan indistintamente como disposiciones normativas y resolutivas. Líneas generales de esta necesaria racionalización han sido aportadas en diversos trabajos. Además de los ya citados en esta parte pertenecientes a Alberto Bustamante y a nosotros, existen algunos esfuerzos oficiales que nunca se concretaron, como un Proyecto de Ley de Bases de la Administración Pública elaborado por la ONRAP y publicado en el mes de setiembre de 1967. Desafortunadamente, casi nada se ha hecho en concreto frente a esta problemática y, en los trabajos de la última Asamblea Constituyente, se desperdició una buena oportunidad para sentar bases generales de reforma y racionalización del sistema, en la medida que la Constitución aprobada no consigna ninguna norma al respecto, repitiendo los mismos defectos de la de

1933.

Conociendo ya cuáles son las formalidades, contenidos y características de los decretos y resoluciones dentro de nuestra legislación, pasaremos a reseñar los principios de supra-ordinación por los que se rigen.

Todos ellos están subordinados a la Constitución y las normas con rango de ley por los principios de consitucionalidad y de legalidad. En este sentido, aun los Decretos Supremos con rango de Ley (dados en ejercicio de la atribución de legislación delegada), priman cualitativamente por encima de los Decretos Supremos dados sin esta atribución (que son los que venimos tratando en este acápite). Todo ello resulta claro de los aspectos teóricos que venimos desarrollando y, particularmente, de las siguientes normas de derecho positivo:

- El inciso 8º del art. 154 de la Constitución de 1933 que autoriza a la Presidencia de la República a dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes (y, naturalmente, la Constitución).
- Del artículo 133º de la Constitución ya analizado.
- Del artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también comentado previamente.
- De los artículos 236º y 295º de la Constitución de 1979.

Entre sí, los decretos y resoluciones se supra-ordinan en virtud de los principios de competencia y jerarquía del órgano que dicta la norma, en ese orden de aplicación.

El principio de *competencia* señala que el decreto o resolución válido para normar un aspecto determinado de la realidad, es el que emana de la autoridad o funcionario que ha recibido la atribución de resolverlo. Así, si una Ley establece que el Ministro de Pesquería es el funcionario que debe señalar los períodos de veda para la captura de determinadas especies marinas, la norma válida para establecer dicha veda será la resolución ministerial correspondiente y no una resolución directoral, subdirectoral, ni aún una resolución suprema o un decreto supremo.

Resulta evidente que, al mismo tiempo, no podría darse por el Ministro una Resolución Ministerial señalando tal período como de veda y por el Presidente de la República y el mismo ministro (o eventualmente el Consejo de Ministros), un Decreto Supremo señalando un período distinto porque los criterios del Presidente y del Ministro serían distintos y, en tal caso, o éste se somete o será obligado a dimitir. Sin embargo, sí puede ocurrir que con alguna diferencia de fechas, se produzcan dos mandatos distintos sobre la misma materia, uno con participación del Presidente y otro sin ella, porque la gran cantidad de decretos y resoluciones existentes permiten pensar razonablemente que, en el momento de tomar una decisión política o administrativa determinada, no sea posible rastrear todas las normas anteriores que están en vigencia.

Por lo tanto, y en esa eventualidad, prima la norma del funcionario competente y no aquélla en la que participa un funcionario de más alto rango<sup>31</sup>.

Como podrá apreciarse, el principio supra-ordinador de competencia, no es sino una derivación del principio de legalidad (o dado el caso de constitucionalidad), en la medida que es por obediencia a la norma con rango de Ley, o a la Constitución, que debe respetarse las competencias por ellas asignadas. Es por esto que el principio de competencia es más importante que el de la jerarquía del órgano que dicta la norma en materia de decretos y resoluciones.

Según el principio de *jerarquía del órgano que dicta la norma*, y a falta de una asignación específica de competencia tal como hemos visto, primará desde el punto de vista jurídico, la norma producida por el funcionario u órgano superior sobre la norma producida por el funcionario u órgano inferior. En este sentido, la jerarquía de los decretos y resoluciones será la siguiente según orden de importancia: Decreto Supremo; Resolución Suprema; Resolución Ministerial; Resolución Directoral Superior; Resolución Directoral General; Resolución Sub-directoral; etcétera.

Fuera de estos principios, otros criterios semejantes a los que señalamos oportunamente para las normas con rango de Ley, rigen en este aspecto de nuestra legislación:

- Salvo que la disposición señale lo contrario, su validez es permanente.
- Una disposición sólo puede ser derogada o modificada por otra de su mismo rango.
- Aunque nada dice nuestra normatividad positiva sobre el momento en que las normas contenidas en los decretos y resoluciones entran en vigencia, debe aplicarse analógicamente el principio de que ello ocurre desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, en la medida que la publicidad de una norma jurídica es requisito naturalmente indispensable para su obligatoriedad y acatamiento.
- La disposición posterior del mismo rango, prima sobre la disposición anterior.
- La disposición especial del mismo rango prima sobre la general, y cualquiera de ellas sobre la disposición particular.

En este último punto, sin embargo, es necesario hacer una precisión;

---

31 Un caso ilustrativo ocurrió hace algún tiempo: el Presidente de la República hizo conocer su voluntad de reponer a 77 despedidos a raíz del paro del 19 de julio de 1977, que se hallaban en huelga de hambre en vísperas de Semana Santa. Sin embargo, como tal expresión de voluntad no producía efectos jurídicos (por varias de las razones señaladas en este artículo), dos días más tarde se dió una Resolución Ministerial del Ministerio de Trabajo ordenando la reposición. No fue Resolución ni Decreto Supremo porque no correspondía al Presidente competencia sobre este asunto. (Por lo demás, este mandato de reposición no fue cumplido).

cuando hablamos de disposición *general* y *especial* no aludimos a la distinción hecha anteriormente entre disposiciones normativas y resolutivas

Disposiciones resolutivas son aquellas que resuelven sobre peticiones, derechos, obligaciones, sanciones, contratación y similares; normas que, como hemos visto, no se integran a lo que hemos denominado el sistema legislativo por emanar de la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado

Disposiciones especiales son aquellas disposiciones normativas que, aplicándose a actividades o grupos específicos, tienen carácter de normas generales y, por tanto, ingresan dentro de la legislación, por ser parte de la función normativa del órgano Ejecutivo del Estado.

Expuestos los principios de supra-ordinación, podemos entonces hacer un cuadro descriptivo de las diferentes clases que asumen los decretos y resoluciones:

1. Disposiciones normativas generales. Ejemplo: normas sobre sueldos y salarios para los trabajadores.
2. Disposiciones normativas especiales. Ejemplo: normas sobre sueldos y salarios de los trabajadores de construcción civil.
3. Disposiciones resolutivas. Ejemplo: resolución de un conflicto entre trabajador y empleador, sea de construcción civil, o de cualquier otra rama de la actividad económica.

De estos tres ejemplos, resulta claro que, para el caso de construcción civil, que sus disposiciones normativas especiales primarán sobre las disposiciones normativas generales referidas a toda actividad económica. Igualmente, es claro que las disposiciones resolutivas deberán estar siempre sometidas a sus similares (formal pero no jerárquicamente) disposiciones normativas.

Esto explica, por ejemplo, por qué un Decreto Supremo que ordena la afectación de una parcela para fines de Reforma Agraria, tiene que estar sometido al Decreto Supremo que establece el procedimiento de afectación que señala el reglamento de la Ley de Reforma Agraria. Este último es una disposición normativa, en tanto que aquél (siendo formalmente idéntico a éste) es una disposición resolutiva. Desde este mismo punto de vista, podría darse incluso el caso de que una Resolución Suprema que deba resolver un asunto de carácter particular en virtud de los procedimientos pre-establecidos<sup>32</sup>, se someta en algunos aspectos de su decisión a normas que, siendo generales, estuvieren contenidas en una Resolución Ministerial.

---

32 Nos referimos especialmente al reglamento de normas generales de procedimientos administrativos, aprobado por decreto supremo 006-67-SC.

## 2.5 Delegación de atribuciones normativas generales a las Regiones. —

Entre sus artículos 259º y 268º, la Constitución de 1979 establece un sistema de regionalización del país a ser implementado a futuro, con sus respectivos órganos de Gobierno: Asamblea Regional, Consejo Regional y Presidencia del Consejo (artículos 264º, 265º y 268º).

El inciso 3º del artículo 265º señala que corresponde a la Asamblea Regional: “Ejercer las competencias legislativas y administrativas que expresamente le delegan los Poderes Legislativo y Ejecutivo”, con lo que en la nueva Carta se establece una posibilidad adicional de legislación delegada, bien de rango de Ley (delegación del Congreso), bien de rango de decreto o resolución (caso del órgano Ejecutivo).

En lo referente a la delegación de funciones legislativas por el Congreso, existen determinadas limitaciones en este punto específico, contenidas en el artículo 266º de la Constitución de 1979: “La delegación de competencia que acuerda el Poder Legislativo a la región, supone siempre subordinación a la legislación nacional. No pueden ser objeto de delegación las materias que alteran el carácter unitario de la República o el ordenamiento jurídico del Estado o que pueden ser opuestas al interés nacional, o al de otras regiones”.

Al margen de la última parte del artículo, destinada a defender el carácter unitario del Estado, queda claramente establecido que las normas con rango de Ley que den las Asambleas Regionales tendrán tal jerarquía dentro del territorio de la propia región, pero estarán subordinadas a la legislación nacional con rango de Ley que se apruebe según vimos oportunamente. En este caso, entonces, las normas aprobadas por las Asambleas Regionales tendrán una ubicación intermedia, por debajo de las normas nacionales con rango de Ley, y por encima de los Decretos y Resoluciones aprobados por el Poder Ejecutivo.

No queda igualmente claro si las normas que dicte la Asamblea Regional por delegación de atribuciones del órgano Ejecutivo, primarán dentro del territorio de la región sobre los decretos y resoluciones aprobados por éste con validez nacional. No obstante, este impase se salvaría mediante una norma procesal contenida en el artículo 267º de la Constitución, que establece que “Las normas aprobadas por la Asamblea Regional se elevan al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación dentro de los quince días siguientes de aprobadas. El Poder Ejecutivo puede vetarlas.” Este mecanismo impediría que puedan mandarse cumplir normas regionales que se opongan al orden nacional.

No obstante, y en caso de que apareciera un conflicto entre decretos o resoluciones nacionales y sus similares regionales, entendemos que por aplicación del principio de la analogía, primarían las nacionales.

Finalmente, el inciso 6º del artículo 268º otorga la atribución de

reglamentar las normas emanadas de la Asamblea Regional al Presidente y al Consejo Regional. Por su carácter reglamentario, estas normas estarían sometidas al principio de que no pueden transgredir ni desnaturalizar a aquellas normas de la Asamblea a las que se refieren, y que tampoco pueden transgredir las normas nacionales, tengan rango de Ley, o de decretos y resoluciones.

## 2.6 OTRAS RESOLUCIONES

En adición a las resoluciones que hemos visto en el acápite anterior, hay otras varias que existen actualmente en nuestro sistema legislativo y que no son originadas a nivel del Presidente de la República, los Ministros o los otros funcionarios directamente dependientes de ellos.

Es el caso, por ejemplo, del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por la Corte Suprema en acuerdo del 16 de mayo de 1968 y del Reglamento de las Inscripciones, aprobado por la misma Corte el 17 de diciembre de 1936 en sendas sesiones de Sala Plena. Tal forma de aprobar estos reglamentos de las normas sobre Registros Públicos del Código Civil, corresponden en competencia a la Corte Suprema en virtud del artículo 1039º del mismo código.

También existen otros casos similares. El Jurado Nacional de Elecciones dicta normas de su competencia; también lo hacen autoridades de Aduana, el ITINTEC y el Banco Central de Reserva (resoluciones cambiarias de mucha importancia durante los últimos dos años).

Como en el caso de la Corte Suprema antedicho, en todos éstos las resoluciones provienen de competencias específicas otorgadas por diversas normas constitucionales y/o con rango de Ley. Por lo tanto, su ubicación dentro de la estructura del sistema legislativo se rige por el principio de la competencia, de la misma manera que como ocurre con las disposiciones normativas comentadas en el acápite anterior.<sup>33</sup>

## 3. CUADRO A MANERA DE CONCLUSION

En afán de sintetizar lo dicho hasta aquí, consideramos que el sistema legislativo peruano, en orden jerárquico, puede sintetizarse de la siguiente manera:

---

33 Por esta razón discrepamos de Furnish cuando dice: "Es probable que ellos estén en el mismo nivel que las Resoluciones Directorales, aunque en algunos casos pueden tener rango de Resoluciones Ministeriales. Sea cual fuese el caso, son partes raras en la jerarquía..." (FURNISH, Dale... *op. cit.* p. 77). Creemos que su interpretación proviene de tratar de equiparar diversas normas por razón de la jerarquía del órgano que las aprueba cuando, en realidad, este principio es subordinado del de competencia. Es probable, sin embargo, que cuando Furnish elaboró su trabajo, estos elementos de juicio no pudiesen usarse de la manera en que lo hacemos nosotros, varios años después

NIVEL JERARQUICO	TIPO DE NORMA	PRINCIPIOS DE SUPRAORDINACION	PRINCIPIOS INTERNOS
Primero	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Constitución y Leyes Constitucionales.</li> <li>—Tratados referentes a materia constitucional o a derechos humanos.</li> </ul>	Constitucionalidad	
Segundo	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tratados de integración Latinoamericana.</li> <li>2. Otros tratados.</li> <li>3. —Leyes. —Legislación delegada (decretos supremos). —Decretos Leyes.</li> <li>4. Legislación delegada a las Asambleas Regionales (en su territorio) (*).</li> </ol>	Legalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Vigencia permanente salvo disposición expresa.</li> <li>—Posterior prima sobre anterior.</li> <li>—Especial prima sobre general.</li> <li>—Vigencia desde el día siguiente a publicación (salvo disposición en contrario).</li> </ul>
Tercero	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. —Decreto Supremo. —Resolución Suprema. —Resolución Ministerial. —Resolución Directoral (etcétera). —Resoluciones Especiales.</li> <li>2. Normatividad General delegada a las Asambleas Regionales por el Organó Ejecutivo del Estado (en territorio) (*).</li> </ol>	<p>1º Competencia</p> <p>2º jerarquía del órgano que dicta la norma</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Vigencia permanente salvo disposición expresa.</li> <li>—Posterior del mismo rango prima sobre anterior.</li> <li>—Especial del mismo rango prima sobre general.</li> <li>—Modificación o derogación por norma del mismo rango.</li> <li>—Vigencia desde el día siguiente a publicación (salvo disposición en contrario).</li> </ul>
Cuatro	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Reglamentación dada por la Presidencia y el Consejo Regional (en su territorio) (*).</li> </ul>		

(\*) Cuando se implemente la regionalización en el país.

Fuera del sistema legislativo están los decretos y resoluciones que constituyen disposiciones resolutivas y que, por ser producidas en ejercicio de la potestad Ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado, están sometidas a todas las normas legislativas del sistema jurídico, incluidas las del tercer y cuarto nivel.



LA TRANSFERENCIA DE FILOSOFÍAS JURÍDICAS:  
LA IDEA DE DERECHO EN EL PERÚ  
REPUBLICANO DEL S. XIX. (\*)

Fernando de Trazegnies G.

*I. PROPOSITOS DEL TRABAJO.*

El presente trabajo preliminar pretende explorar los caminos por los cuales es posible aproximarse a un tema que constituye el núcleo de preocupaciones aparentemente diversas pero que pueden ser organizadas desde una perspectiva común: la transferencia de sistemas jurídicos, es decir, el trasplante de una concepción del Derecho (e incluso, muchas veces, de un cuerpo particular de leyes) a una realidad social diferente de aquella que le dió origen. Por “sistema” queremos entender no solamente un orden positivo determinado sino más ampliamente el conjunto de elementos diversos —entre los que puede encontrarse el orden positivo, pero también las convicciones, las prácticas sociales, etc. —que se relacionan con lo jurídico y que de alguna manera contribuyen a la formación de un cierto concepto del Derecho, de la percepción de su funcionamiento en una sociedad determinada y del rol que se piensa que debe tener en tal sociedad en términos de realización de ciertos fines o valores.

En otras palabras, la interrogación central se refiere a las condiciones en que se produce la importación de un sistema jurídico y a las transformaciones a que da lugar tal importación. En principio, todo proceso de transferencia de sistemas jurídicos presenta dos protagonistas manifiestos y un sinnúmero de protagonistas latentes. Los protagonistas manifiestos son el sistema jurídico que se importa y el sistema jurídico —o cuando menos el orden social normativo, si no se quiere extender excesivamente la categoría de lo jurídico— que recibe el sistema importado. Los protagonistas latentes desde el punto de mira del Derecho —pero no menos activos— son los grupos sociales, los intereses económicos, los valores culturales, las dinámicas políticas, etc., que intervienen

---

\* Este trabajo constituye en cierta forma un resumen y en cierta forma también una prolongación del libro del mismo autor titulado “La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX” (Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1980). Ha sido presentado bajo el título “La transferencia de sistemas jurídicos: afecciones del Derecho importado” a la Conferencia sobre transferencia de conocimientos jurídicos organizada por la UNESCO en Caracas en Junio de 1979.

en el proceso de transferencia. Sin embargo, tanto los protagonistas manifiestos como los latentes forman parte de una misma *praxis* social, es decir, tienen un desarrollo interrelacionado y, por tanto, aun cuando en algunas ocasiones revelen una cierta independencia unos de otros, tarde o temprano se integran activa y pasivamente dentro del movimiento social general.

Ahora bien, estos protagonistas hacen su aparición en la escena social con un cierto nombre y con un cierto rol que les ha sido asignado por su medio de origen, ya sea éste el “exportador” o el “importador”. Pero dentro del drama social, los personajes no se limitan a repetir mecánicamente el libreto sino que, por el contrario, presentan serias desviaciones respecto de aquello que hubiera sido considerado su “naturaleza” propia.

Aun mas; en los casos de transferencia de sistema jurídicos nos encontramos frente a un conflicto de personajes y roles que no deja indemnes a ninguno de ellos: todos los protagonistas, manifiestos y latentes, se reestructuran ante la llegada del intruso y tanto el Derecho “importado” como el Derecho receptor resultan afectados.

Es ésta la problemática que este ensayo quiere desbrozar. El propósito es aún bastante modesto: se trata simplemente de arrancar un poco de maleza a fin de observar si es posible llegar al centro del bosque. Por eso, me limitaré a intentar establecer las grandes líneas en base a las cuales una investigación de este tipo puede ser emprendida.

No me ha parecido conveniente abordar el tema desde un punto de vista meramente hipotético, tomando como partida una determinada teoría social y deduciendo desde ella las posibles consecuencias con relación a la transferencia de sistemas jurídicos. He creído más estimulante y más enriquecedor discutir el tema a partir de un caso concreto para intentar, desde lo particular, arribar a ciertas generalizaciones tentativas. No cabe duda que la inducción no se encuentra nunca libre de teoría; por el contrario, la teoría delimita el campo de la experiencia y lo presenta a la consciencia: no hay hechos puros. Pero la filosofía y la ciencia son siempre formas de elucidación de la experiencia, su objeto es también la experiencia misma. En consecuencia, a fin de evitar perder de vista el objeto a través de una discusión descarnada entre teorías, he preferido plantearme el problema desde un ejemplo real a título de disciplina de realidad.

Obviamente, el ejemplo más manejable es el que se tiene más cerca y sobre el cual se dispone de mayor información. En ese sentido, quiero proponer el caso peruano como base para el estudio del tema indicado. El Perú ofrece una rica experiencia porque ha sido escenario de transferencias de sistemas jurídicos hasta en dos ocasiones. La primera de ellas se produce con la Conquista española en el S. XVI; la segunda, con la importación del Derecho liberal, “moderno”, en el S. XIX. Estos dos momentos son fundamentalmente diferentes. En primer lugar,

debe tenerse en cuenta que los contextos internacionales son muy distintos en uno y otro caso: el mundo del S. XVI, bajo el predominio político de España, condiciona de manera diferente las particularidades nacionales que el mundo del S. XIX bajo la influencia económica de Inglaterra. En segundo lugar, la importación del Derecho español se produce cuando en el Perú existe un Derecho —utilizando extensivamente el término— que corresponde a una cultura absolutamente diferente de la occidental, que responde a valores y a formas de organización social radicalmente ajenas. En cambio, la importación del Derecho “moderno” encuentra en el medio receptor una base importante de Derecho ya europeo que, en sus líneas generales, responde a la misma tradición que la del Derecho importado. En tercer lugar, aun cuando el Derecho español es ya Derecho europeo, resulta significativo que el sistema “importado” en el S. XVI sea todavía pre-liberal, con un importante fondo comunitario. Mientras tanto, el Derecho que importa el Siglo XIX es de carácter liberal y conlleva una marcada carga individualista. Finalmente, debe también tenerse en cuenta que el Derecho español del S. XVI se impone por la fuerza como resultado de una conquista y establece el centro de gravedad jurídico en un país extranjero. En cambio, el Derecho liberal del S. XIX es voluntariamente importado por un país independiente y persigue, cuando menos desde una cierta perspectiva, consolidar tal independencia política y lograr el desarrollo nacional por la vía capitalista.

Todo proceso de transferencia de sistemas jurídicos puede ser estudiado en función de los cambios que produce en el sistema receptor; pero también resulta importante analizar la forma como la transferencia afecta al propio Derecho “importado”. Este trabajo comprende por el momento únicamente esta segunda consecuencia del proceso, debiendo realizarse el estudio de la primera de las consecuencias nombradas en un próximo trabajo, a fin de completar el cuadro de acciones e interacciones derivadas de la transferencia jurídica. Las razones para comenzar en primer lugar con la segunda de tales consecuencias son básicamente dos: de un lado, el Derecho “importado” se va a convertir en el Derecho oficial y queda a su cargo la regulación de los aspectos sociales más dinámicos, mientras que el Derecho receptor es rezagado hacia el control social de situaciones locales; en segundo lugar, ese carácter semi-clandestino del Derecho receptor que adquiere después de la importación del nuevo sistema jurídico, hace que sea muy difícil la obtención y el manejo de fuentes de información sobre el mismo.

Razones similares me llevan a descartar inicialmente el estudio incluso del Derecho “importado” en el caso de la primera de las dos transferencias a que me he referido, la que se produce con la Conquista española. No cabe duda que un estudio de tal naturaleza sería de enorme utilidad para el fin más general que nos hemos propuesto investigar. Pero la complejidad de la tarea obliga a proponerlo para una etapa más avanzada de la investigación.

Una muestra interesante de las posibilidades de un análisis de los cambios del Derecho español al ser aplicado en la realidad del Perú colonial, la ofrece el caso del uso de los rastrojos. En el antiguo Derecho foral español existía el derecho de cualquier persona a ingresar con su ganado en los campos de un propietario, con el objeto de aprovechar los rastrojos que quedaban luego de retirada la cosecha. Este derecho correspondía a una concepción comunitaria de los bienes según la cual nadie podía pretender exclusividad sobre aquello que le era inservible; por consiguiente, si alguien podía alimentar su ganado con los rastrojos, la comunidad recuperaba los derechos comunes sobre estos bienes inútiles para el propietario de la tierra. Por otra parte, el derecho a los rastrojos era la traducción de este principio comunitario dentro de una realidad social que lo hacía viable. Fundamentalmente su aplicación en España se producía en donde los "ricos homes" eran los agricultores, de manera que el derecho a los rastrojos beneficiaba a los campesinos pobres que disponían de algunos animales pero carecían de tierra suficiente para alimentarlos. En cambio, cuando esta misma regla legal se aplica en las tierras recientemente conquistadas del Perú, la situación social era radicalmente diferente. El ganado estaba casi exclusivamente en manos de los españoles, dado que se trataba de un bien ajeno a la economía indígena; mientras tanto, las tierras eran de propiedad de indios, respecto de los cuales la Corona insistía en proteger sus derechos. Es así como el derecho a los rastrojos resulta entonces invocado por los españoles conquistadores, para la alimentación de sus propios ganados en las tierras de indios. Evidentemente, el mayor poder social que acompaña esta vez al usuario del derecho lleva a que éste sea ejercido en forma prepotente y sin respetar el retiro de las cosechas; de esta manera, el viejo derecho de base comunitaria, concebido para servir a los campesinos humildes, se convierte en un instrumento de **explotación** en manos de los poderosos. De otro lado, cuando los indios abandonan sus tierras en razón de la inseguridad de sus cosechas y del hostigamiento español, para buscar la tranquilidad en las alturas donde las tierras son más pobres pero menos codiciadas, otro viejo derecho foral, igualmente de raíces comunitarias, es utilizado para culminar el proceso **explotatorio**; a tierras baldías y las tierras vacantes no deben permanecer ociosas y, consecuentemente, pueden ser utilizadas por los demás miembros del grupo social; de donde se sigue que el ganadero español tiene a partir de ese momento el derecho de introducir su ganado en tales tierras durante todo el año.

La riqueza de esta problemática es evidente. Los notorios cambios en los resultados sociales de leyes que permanecen formalmente inalteradas con la transferencia, tienen mucho que enseñarnos sobre lo que sucede cuando se trasplanta un orden jurídico a un medio en el que los valores culturales se han

modificado y donde no imperan las mismas condiciones sociológicas que hacían relativamente viable la implementación jurídica de los antiguos valores. Sin embargo, por las razones antes expuestas, nos limitaremos inicialmente al estudio de la forma cómo el Derecho liberal, que se importa durante el S. XIX, resulta afectado por el nuevo contexto social dentro del cual se le hace funcionar.

## II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO "MODERNO" EN EL PERÚ REPUBLICANO DEL S. XIX.

### 1. Dificultades metodológicas.

Una vez precisado el tema, las dificultades metodológicas aparecieron desde el inicio. El propósito del estudio era determinar los cambios en la idea liberal o "moderna" (en sentido anglo-sajón) del Derecho que se derivan de su inserción dentro de una totalidad social diferente de aquella que le dió origen. Pero ello obligaba a establecer dos objetivos complejos: (a) determinar las características de una primera totalización de "lo jurídico" en el Perú del S. XIX, que nos permitiera comprender su sentido general; pero (b) tal totalización no podía ser obtenida independientemente sino como parte de una totalización mayor que incluyera los elementos más significativos de la *praxis* social. La adopción de esta perspectiva los enfrentaba con elementos heterogéneos de difícil manejo. De un lado nos encontrábamos con filosofías del Derecho, teorías jurídicas, disposiciones legales, ejecutorias, prácticas-normativas, etc. De otro lado, todo aquello no adquiría su sentido final sino al entrelazarse con estructuras económicas, con formas políticas, con dramas sociales.

¿Como encontrar un hilo conductor, un método a través de este mosaico de elementos, que nos permita recoger una idea general del Derecho y dar cuenta de las vicisitudes de su implantación en un medio diferente?

El marco estrecho del Derecho positivo y de sus métodos no era suficiente para tratar este tipo de interrogación. El Derecho es fundamentalmente un procedimiento de organización social, es una forma mediante la cual la sociedad impone a sus miembros cierto tipo de conductas sociales: respetar ciertos valores, impedir ciertos actos que se consideran nocivos, etc. Por consiguiente, la problemática del Derecho nace como una necesidad social y, luego del procesamiento que le otorga la técnica jurídica, se resuelve como una acción, una prohibición o un permiso social. Dentro de este orden de ideas, pretender captar lo que es el Derecho analizando solamente lo que son las normas legales es mantenerse todavía en un nivel de abstracción: equivale a intentar comprender lo que es un complejo edificio y las diferentes funciones de los espacios que alberga estudiando simplemente la forma como están hechos sus ladrillos. Es evidente que sin ladrillos no hay edificio; como sin normas legales (ya sea

expresadas como mandatos generales o como precedentes) no hay orden jurídico moderno. Pero el edificio o el Derecho del S. XIX son más que los simples ladrillos o que las simples normas.

Desechado el análisis únicamente positivo del Derecho para lograr el objetivo propuesto, la tentación era grande de entregarse en los brazos de la Sociología. En efecto, esta disciplina contribuye a aclarar el cuadro del Derecho al cuestionarse sobre el origen social y las consecuencias será siempre de las normas legales. Sin embargo, aún cuando la perspectiva sociologizante será siempre indispensable para comprender el fenómeno jurídico, la Sociología del Derecho parece también insuficiente para explicitar por sí sola la integridad del fenómeno jurídico. No cabe duda que, paralelamente a las normas positivas y sus concordancias lógicas y paralelamente también a los efectos sociales de ellas, hay todo un esfuerzo de conceptualización teórica del Derecho entendido como un todo que escapa a las ciencias jurídicas positivas y a la Sociología del Derecho como hasta ahora se la conoce. No basta interrogarse sobre cuál es la norma positiva válida y sobre cuáles son sus efectos sociales; también es preciso interrogarse que significa en su conjunto ese fenómeno que llamamos Derecho, cuales son los criterios que hacen moralmente válido ese Derecho en una determinada sociedad. Estos conceptos teóricos generales fueron dejados de lado o tratados muy tangencialmente por la Sociología del Derecho, ya sea porque han sido considerados como meras ideologías que no merecen mayor atención porque se limitan a encubrir o enmascarar los verdaderos problemas sociales, ya sea porque se trata de conceptos meta-empíricos que no surgen como resultado de la investigación propiamente sociológica o de campo sino que proceden de elucubraciones teóricas ajenas al llamado método científico.

Dentro de esta línea de preocupaciones, la Filosofía del Derecho tenía algo que aportar en este análisis: no sería posible comprender lo que realmente estaba pasando con el Derecho en una sociedad determinada si de alguna manera no se conjuga la perspectiva positiva y la sociológica con la filosófica. Pero la Filosofía del Derecho tampoco parecía ser la disciplina capaz de totalizar las tres perspectivas con unidad de método. La Filosofía del Derecho suele presentar los diferentes sistemas teóricos como originándose los unos a los otros en el vacío; los autores de tales sistemas, el medio social en el que vivieron y sobre el que reflexionaron, no aparece habitualmente sino como detalles anecdóticos sin mayor relación con la filosofía misma.

Es así como la clásica Filosofía del Derecho ha creado un mundo propio poblado de proposiciones "filosóficas" que se sustentan o se impugnan a sí mismas. Sin embargo, personalmente considero que la Filosofía del Derecho consiste en un esfuerzo por elucidar una *experiencia* jurídica persigue construir una explicación coherente de una *realidad* jurídica. En ese sentido, la Filosofía

del Derecho tiene necesariamente que estar referida a un Derecho realmente existente y no a otra filosofía. La mención a otras filosofías jurídicas tiene un sentido fundamentalmente comparativo, permite ayudar a comprender mejor la experiencia actual; pero el objeto de reflexión de la Filosofía del Derecho es el Derecho y no la Filosofía. Por eso, la historia de las filosofías del Derecho no pueden ser un mero recuento de proposiciones filosóficas sino la presentación de la forma como hombres reales y concretos, viviendo en sociedades perfectamente determinadas, han intentado conceptualizar la experiencia jurídica que vivían.

Pero si la Filosofía del Derecho debe elucidarnos el Derecho real, entonces de alguna manera debe incorporar también los aspectos positivos y sociales que son esenciales al fenómeno jurídico y además presentarse ella a sí misma como parte de esa actividad social. Por ese camino, es posible que la interrogación sobre la "Idea de Derecho" en una sociedad determinada nos entregue ese hilo conductor que solicitábamos a fin de reunir en una sola perspectiva los resultados de la Filosofía del Derecho, de las ciencias jurídicas positivas y de la Sociología del Derecho. En esta forma habremos llegado a una suerte de Teoría Social expansionada que supere las limitaciones empíricas de la Sociología del Derecho o a una Filosofía del Derecho sociologizada que relacione los conceptos teóricos con la realidad social del Derecho a fin de obtener una "Idea de Derecho" que explicité las bases teóricas efectivas de lo jurídico dentro de una sociedad determinada y su inserción dentro de la totalidad social concreta.

## 2. *El proceso de modernización tradicionalista.*

La "Idea de Derecho" pretende entonces ser dibujada integrando la opinión que tuvieron los filósofos del Derecho sobre el Derecho de la época con el tipo de Derecho que efectivamente hicieron los juristas al utilizar la norma positiva y con los motivos y efectos sociales de las normas y prácticas jurídicas. A su vez todos los elementos referidos requieren ser ubicados dentro de las grandes tendencias de la *praxis* social. Para ello se ha buscado un modelo explicativo global de la *praxis* social durante el período estudiado cuya verosimilitud permita que se le use como hipótesis de trabajo, como guía clasificatoria de hechos y opiniones. Tal modelo, dentro de los lineamientos antes indicados, no se puede limitar a explicar los modos de producción de bienes y servicios, sino también la producción de sentidos y valores. Este modelo dinámico ha sido denominado el "proceso de modernización tradicionalista".

Ante todo, es importante explicar lo que para estos efectos se entiende como "modernización". En pocas palabras puede decirse que se define como modernización a la suma de las transformaciones sociales asociadas con la intensificación del crecimiento económico y más particularmente con la

industrialización. Sin embargo, la industrialización ha sido entendida a su vez de una manera lata, como la aplicación de la ciencia y del espíritu científico a la explotación de los recursos naturales en general; por consiguiente, industrialización es así sinónimo de tecnificación racional de la producción en general, de modo que es posible hablar de una modernización o industrialización de la agricultura o de las industrias extractivas.

Esta concepción de la modernización, arbitraria como todas las concepciones pero útil para la descripción histórica, se presenta suficientemente diferenciada como para considerar este proceso como un hecho moderno. No todo cambio social que se haya dado en la Historia bajo la forma de un *aggiornamento* a nuevas estructuras sociales, es una modernización; solamente lo es el cambio con las características antes señaladas que se produce en los tres últimos siglos y más acentuadamente en los siglos XIX y XX. Pero, de otro lado, la modernización resulta así un concepto suficientemente abarcante como para comprender sus variedades capitalista, socialista, "tradicionalista", y quizá varias otras formas híbridas, intermedias o fronterizas. De esta manera, tal concepto de modernización sirve para distinguir la sociedad en vías de hacerse moderna, de la sociedad tradicional; pero el sentido de esta modernidad cubre todavía las diferentes formas de este proceso sin distinciones ideológicas.

Frente a la sociedad tradicional, la sociedad en proceso de modernización se distingue porque aporta la convicción de que es preciso controlar activamente la producción de bienes y servicios y someterla a patrones racionales. En otras palabras, frente a un mundo eminentemente repetitivo en donde la tradición pesa más que la razón, la modernización pretende sacudir los viejos hábitos y tomar consciencia de que es posible impulsar la sociedad hacia ciertos fines sociales más o menos libremente elegidos. Es por eso que la idea de modernización se asocia en el S. XIX a la idea de progreso, que se encontraba ausente en la sociedad tradicional. Este control de la producción y su orientación hacia ciertos fines conlleva cambios económicos importantes: la producción se tecnifica y se racionaliza, la organización de trabajo se hace colectiva asumiendo la forma de empresa, se incrementa la productividad, el volumen de la producción responde a un cálculo o previsión ya sea bajo la forma de la planificación privada que realiza todo actor económico de una sociedad de mercado, ya sea bajo la forma de planificación estatal dentro de los sistemas que han incorporado elementos socialistas; finalmente, los progresos de la técnica conducen al uso generalizado de máquinas, lo que a su vez acentúa todos los rasgos antes descritos.

La modernización no es un proceso unívoco; admite algunas variantes. El tipo de modernización que se cumple en el Perú del S. XIX es un pariente cercano del que Roberto Mangabeira Unger ha denominado la "modernización

tradicionalista". Dado que estos términos parecen antitéticos, considero importante aclarar lo que se entiende por ellos, ya que la visión o modelo de dinámica social que proporcionan es clave para entender el concepto y el rol del Derecho dentro de tal contexto histórico. La modernización tradicionalista es una verdadera modernización; lo que significa que introduce elementos nuevos dentro de la sociedad tradicional y la transforma. Pero, al mismo tiempo, esta sociedad no se desprende de ciertos elementos antiguos o "tradicionales" que permanecen como aspectos nucleares, en torno a los cuales se organiza la modernización. En todo proceso de modernización es evidente que subsisten muchos elementos del pasado. Pero en la modernización tradicionalista los elementos que subsisten no se mantienen en la periferia del proceso como rezagos de un pasado que desaparece gradualmente sino que se constituyen en los elementos centrales del proceso. Dado que la modernización tradicionalista coloca la modernidad en ciertos elementos liberal-capitalistas, quisiera brevemente contrastar ese proceso de modernización con el capitalista a fin de entenderlo mejor.

*La modernización capitalista* pretende básicamente liberar fuerzas productivas nuevas cuyo crecimiento se encuentra ahogado por el peso de la tradición y por los mecanismos de control social de las clases sociales que sostienen la tradición. El principio clave de esta modernización que constituye el centro de su racionalidad y que establece las bases para permitir un enjuiciamiento de la tradición y su eventual repudio si fuera necesario, ese elemento extraordinariamente subversivo que corroe el mundo tradicional, es el interés individual. A partir de su entronización como valor fundamental, cada sujeto se sentirá capaz de decidir su bien por sí mismo y de aceptar las formas sociales o las formas productivas tradicionales sólo si las estima compatibles con su propio interés. El bien común no será en adelante sino un subproducto del bien individual y se logra automáticamente si la sociedad facilita que todo individuo pueda realizar sus propios objetivos. De ahí que la forma política natural de una sociedad basada en el interés individual sea la democracia electoral, ya que a través de las elecciones se compulsan los intereses individuales. Por las mismas razones, la forma económica natural será la sociedad de mercado, ya que el mercado pretende ser un sistema de composición de los intereses individuales. Ahora bien, este nuevo principio social está representado por una clase social igualmente nueva que irrumpe en la Historia y que pretende asumir el liderato. Esta clase es la burguesa, es decir, los habitantes de los burgos o ciudades medievales, los artesanos y comerciantes libres, que logran poco a poco desanudarse de los lazos feudales que aún sujetan las actividades agrarias. Esa nueva clase social se propone y logra derrocar a la vieja aristocracia, reemplazándola como clase dominante.

Dentro de la modernización capitalista, el cambio de la aristocracia por la

burguesía como clase dominante no es una mera sustitución de personas: hay una modificación sustancial de modos de producción, un cambio de ideas y valores sociales. Una nueva mentalidad social presidida por el respeto al interés individual va a desarrollar un clima político más democrático y una organización económica que permita ejercitar de manera más segura el cálculo racional. Esto significa que para que aumente la predictibilidad individual se hace necesario eliminar o atenuar todas las viejas trabas legales, religiosas, morales y culturales en general, que obstaculizan la conducta utilitaria. Además, se hace necesario universalizar las formas sociales —desde las medidas de tamaño o capacidad hasta las leyes— de manera que el interés individual se desenvuelva dentro de un campo relativamente homogéneo que facilite la previsión. Políticamente, la modernización capitalista supone un fortalecimiento del Estado a fin de proveer las condiciones generales necesarias para la sociedad de mercado. De ahí que esa sociedad feudal localista, parroquial, desaparezca absorbida por los Estados nacionales que unifican los territorios. Este nuevo Estado nacional tiende a orientarse hacia la forma republicana que se concilia bastante bien con los planteamientos liberales; son embargo, en algunos casos como el de Inglaterra, el nuevo Estado liberal mantuvo sin dificultad la forma monárquica.

Quizá más importante que la diferencia entre república y monarquía ha sido la decidida vocación del nuevo Estado nacional, cualquiera que sea su forma política, para apoyar las nuevas fuerzas sociales capitalistas, aliándose con la clase burguesa y haciendo perder su poder a la aristocracia tradicional.

Pues bien, en razón de lo expuesto, es claro que la modernización capitalista representa una ruptura muy importante respecto del orden social anterior: sustituye una clase por otra y además subvierte las bases mismas de la estratificación social que ya no serán la pureza de sangre o el privilegio feudal sino la mayor o menor habilidad para manipular el mercado.

Frente a este panorama de la modernización capitalista, me es más fácil explicar lo que entiendo por *modernización tradicionalista*. Básicamente, la modernización tradicionalista pretende recibir elementos capitalistas, pero sin modificar la estratificación social. En otras palabras, en vez de que se constituya una clase burguesa con una conciencia social propia y que ésta asuma el liderato de la modernización, es la propia clase dominante tradicional la que se encarga de modernizar. Mientras que la modernización capitalista es promovida por una clase social insurgente, la modernización tradicionalista es promovida desde arriba por la clase social dominante. Por eso, a diferencia de la modernización capitalista que trae siempre un clima en mayor o menor grado popular, la modernización tradicionalista conserva un clima aristocratizante, generándose contradicciones complicadas entre esta percepción aristocrática de la sociedad y los ideales liberales que se importan en razón de la modernización.

La modernización tradicionalista se desarrolla, entonces, como una estrategia de adaptación que lleva a cabo una clase tradicional para absorber las mayores dosis de modernidad liberal —capitalista compatibles con su dominancia aristocrática.

Evidentemente, la modernización tradicionalista no es exclusiva del Perú y no presenta características idénticas en todos los países. Un claro ejemplo de modernización tradicionalista es el Japón de los Meiji. Sin embargo, lo que distingue la modernización japonesa de la peruana consiste, entre otros rasgos, en que ésta última presenta una discontinuidad en la clase dominante modernizadora. En el Japón fueron las antiguas familias aristocráticas quienes directamente asumieron lo “moderno”; al punto que los nombres de las grandes compañías japonesas actuales corresponden a los nombres de la vieja aristocracia. En cambio, en el Perú la aristocracia española colonial perdió posiciones y prácticamente desapareció para ser sustituida por una nueva aristocracia; pero, a pesar de estos cambios, lo que no se modificó fue el rol de la aristocracia como tal dentro de la sociedad.

La gran aristocracia peruana se vino a menos y casi desapareció en los primeros años de la República; otras personas provenientes de una pequeña aristocracia burocrática y provinciana y de una cierta burguesía incipiente, tomaron sus puestos. Primero fueron funcionarios coloniales, comerciantes y arrieros; más tarde especuladores del guano; luego fueron quienes habían comprado tierras a la vieja aristocracia en las épocas difíciles de la Guerra de la Independencia y que se encontraron económicamente promovidos hacia 1860 por la posibilidad de exportar algodón y azúcar en razón de la crisis de abastecimiento producida por la Guerra de Secesión norteamericana. En los últimos años del S. XIX se sumarán algunos extranjeros que compran tierras y se dedican a la agricultura comercial dentro de esquemas más modernos o a la banca y al comercio. Pero esta agricultura comercial no está destinada a un mercado interno que no existe sino a la exportación; este comercio es también de importación-exportación; y esta banca está fundamentalmente orientada a financiar la agricultura de exportación y el comercio con el exterior. En esta forma la actividad de la burguesía extranjera tampoco rompe los moldes tradicionales a través de un desarrollo propiamente capitalista, sino que se integra fácilmente dentro de las pautas de la modernización tradicionalista.

Al término del Siglo, son muy pocas las familias de la gran aristocracia colonial que conservan su poder económico y social. En realidad, la vieja aristocracia es aplastada en su mayor parte por varias capas de burguesía. Pero lo interesante del caso es que esta burguesía no aporta sino muy marginalmente valores burgueses; en lo sustancial, se asimila a los valores aristocráticos y desarrolla un estilo de vida y un modo de producción lo más cercano posible a la

aristocracia tradicional. Es así como no se produce un cambio significativamente capitalista que habría representado una ruptura grave del esquema social. No hay una sustitución de lo antiguo por lo nuevo, de los principios aristocráticos por los burgueses sino una ingestión de lo nuevo por lo antiguo: las nuevas generaciones burguesas que asumen el rol dominante resultan ingeridas y metabolizadas por la concepción aristocrática de la sociedad. Es por ello que estos burgueses que reemplazan a la aristocracia no se perciben a sí mismos como una clase nueva con valores propios sino una suerte de continuación remozada de la aristocracia tradicional; al punto que intentarán encontrar lazos de familia con la antigua aristocracia —aún cuando sean remotos— para reafirmar esta continuidad.

La clase dirigente modernizadora importa una buena dosis de filosofía liberal, elementos de la tecnología capitalista, algunos valores culturales burgueses, los bienes de consumo producidos por los países capitalistas, el Derecho moderno desarrollado en ellos. Pero estos elementos, en lugar de ser difundidos socialmente como sucede en la modernización capitalista, en la práctica son reservados para la clase dirigente. En consecuencia, estos elementos modernos contribuyen a acentuar la distancia entre la *élite* y una población autóctona arcaica. Lejos de tener un efecto universalizante de las formas sociales, la importación de lo “moderno” refuerza el particularismo de la clase dominante y estos elementos modernos juegan así un rol enteramente diferente del que les fue asignado en su origen. En lugar de que se promueva una sociedad con pretensiones igualitarias sustentada por una amplia clase media, se crea una división social aún más profunda al distanciar las clases sociales hacia los extremos en razón de su mayor o menor contacto con lo moderno importado.

Me parece importante destacar lo difícil de esta situación, porque el Derecho será uno de los medios que permitirá manejar las contradicciones. De un lado, la clase dominante importa ideas y formas sociales liberales que considera necesarias para colocarse al mismo nivel de los países más desarrollados en la vía capitalista. Pero, de otro lado, si estas ideas escapan al control de la clase dominante, si por ejemplo la idea de igualdad democrática realmente se generaliza en todos los estratos de la población, entonces será difícil que tales clases dirigentes conserven su poder tradicional. De aquí que estas clases estén interesadas en una penetración capitalista, pero muy dosificada tanto cualitativamente como cuantitativamente. Cualitativamente, porque no admitirán las ideas liberales sin un examen y una selección previa, combinándolas con las ideas filosóficas y jurídicas tradicionales dentro de un eclecticismo no exento de contradicciones. Cuantitativamente, porque la difusión de las nuevas ideas debe restringirse a solamente aquellos que pueden aceptarlas sin llevarlas hasta un radicalismo subversivo; es decir, al sector dirigente y su clientela.

En el plano económico, la modernización tradicionalista peruana no conlleva la introducción generalizada de la tecnología ni el desarrollo de la industria manufacturera. No hay en ella una verdadera revolución industrial, similar a la ocurrida en el S. XIX europeo. La industria manufacturera no logra asumir el primer rol en la dinámica de la modernización; de manera que este tipo de modernización aun privilegia a la agricultura, agregándole los negocios especulativos como el guano, la banca y el comercio de exportación e importación. En realidad, la modernización tradicionalista se desarrolla dentro del contexto de una economía de exportación. Esto permite obviar el problema de crear un mercado interno de consumo como sucede en la modernización capitalista, lo que hubiera requerido la formación de una amplia clase media que hubiera aportado valores diferentes y opuestos a los aristocráticos. Este hecho contribuye además a acentuar la separación de la *élite* y el resto de la población; al punto que, en un sentido limitado, podría decirse que existen dos economías paralelas: una que vende productos al exterior y que compra del exterior la mayor parte de lo que necesita; otra que vive todavía dentro del circuito cerrado de la autosubsistencia tradicional. Es interesante notar también que uno de los aspectos más importantes de este tipo de economía —el negocio del guano— no se desarrolló desde abajo, como el fruto de la iniciativa privada y la competencia capitalista, sino desde arriba, como concesiones otorgadas por el Estado en alguna forma similares a los privilegios y prebendas medievales ya que la inversión y el riesgo propios de la empresa capitalista son prácticamente inexistentes: así, en cierto sentido las consignaciones con su asignación de derechos exclusivos constituyen los feudos y las canonjías del S. XIX.

\* \* \*

El énfasis que he otorgado dentro de este planteamiento al rol de la clase dominante permite ver que no adhiero a la “teoría de la dependencia”, al menos bajo la versión “pop” que circuló profusamente en Latinoamérica hace algunos años. Según ella, la relación entre países capitalistas y países subdesarrollados es vista con una acción en un solo sentido: su acento, su dinámica, se encuentra en forma prácticamente exclusiva en los países capitalistas. Estos manejan a los países pre-capitalistas —o subdesarrollados— como marionetas y les *imponen* desde fuera, sea por la vía violenta o por medios insidiosos, su propia economía liberal, sus valores culturales occidentales, su Derecho “moderno”. Las clases dominantes de los países subdesarrollados no cuentan para nada o a lo sumo son consideradas como meros vehículos de la penetración capitalista sin tener nada propio que decir: se limitan a bailar al son de la música que les toca el capitalismo internacional y a convertirse en diáfanos agentes de éste.

Esta perspectiva evoca demasiado la visión de los “vencedores” —aunque se sientan con mala conciencia— antes que la visión de los “vencidos”: es la relación “país desarrollado/país subdesarrollado” vista con la mentalidad de país desarrollado. En el fondo, refleja todavía —aunque esta vez inconscientemente y por caminos desusados— ese complejo de superioridad del mundo occidental que casa bien con ese complejo de inferioridad de los países subdesarrollados, insólitamente expresado esta vez en términos de izquierda. Es posible que esta teoría de la imposición absoluta de los países capitalistas en provecho exclusivo de ellos mismos, sea válida en el África colonial, en donde no existen clases dominantes locales o donde, si existen, tienen una cultura totalmente alienada porque no es sino un préstamo reciente del país capitalista. Por otra parte, en África la dependencia económica —en términos capitalistas— vino asociada a la dominación política; lo que evidentemente hizo que el europotopismo fuera más brutal: ahí toda la dirección política, económica y social correspondía a extranjeros.

En América Latina las cosas parecen diferentes. No debe olvidarse que el Perú ha vivido nada menos que tres siglos de influencia española y de mestizaje, lo que da origen a una clase dominante local bastante poderosa, todavía de carácter pre-capitalista; es esta clase dominante ya peruana —los criollos— la que promueve la Independencia. Y a estos 300 años de formación se agregan 150 años de consolidación de una cultura propiamente peruana, desde la Independencia hasta la fecha, en los que dicha clase dominante local se afirma y se moderniza. Es así como el Perú es un país joven, pero no al punto de carecer de una identidad propia y de estructuras locales que tamizan la penetración del capitalismo internacional. La clase dominante peruana tiene su propio proyecto político-económico y sus propios valores culturales, a los cuales no renuncia ni aún ante los valores, intereses y formas de vida capitalistas: a lo sumo pretende conjugar ambos.

Atraída por el supuesto progreso del mundo capitalista del S. XIX, la clase dominante local abre las puertas de su *castelletto* a las ideas y a la economía liberal. El *castelletto* tradicional no es tomado por asalto por el capitalismo; su propio castellano local decide hacer entrar a esos visitantes que se anuncian con las novedosas trompetas de la modernidad. Es así como la modernización no es el resultado de la imposición foránea sino de la seducción; lo que supone siempre un cierto acuerdo de voluntades entre el seductor y la seducida. Hay un nivel de complicidad entre el capitalismo internacional y la clase dominante tradicional que los acerca; y esta clase dominante local terminará aceptando parte de los planteamientos capitalistas en beneficio recíproco. Pero se trata siempre de un compromiso, sujeto a múltiples limitaciones y condiciones: no existe la transparencia que postula la versión “pop” de la teoría de la dependencia. Esta

clase dominante permitirá el acceso del capitalismo internacional al patio de honor del *castelletto*, ahí donde se hacen los grandes negocios. En cambio, no aceptará sino difícilmente la intromisión de los valores liberales en las habitaciones privadas, en el campo de la organización de la familia. Y decididamente rechazará cualquier intento de los valores capitalistas (igualdad, libertad, etc.) de aproximarse a las zonas del *castelletto* donde vive la servidumbre: las relaciones laborales internas deben continuar bajo patrones tradicionales.

Dicho de otra manera, la perspectiva latinoamericana de la dependencia lleva a sustituir la idea de una aplicación mecánica y translúcida del capitalismo internacional por la idea de una poderosa clase tradicional local que abre o cierra según sus intereses las posibilidades de contacto del capitalismo.

### 3. *El Derecho dentro de un proceso de modernización "tradicionalista".*

¿Cómo es concebido el Derecho dentro de este contexto? En el S. XIX peruano existen básicamente dos grandes concepciones del Derecho, aún cuando se producen múltiples variantes en el interior de ellas. De un lado, encontramos una concepción jusnaturalista que preside casi todo el Siglo; de otro lado, al fin del Siglo y a comienzos del S. XX se afirma una concepción positivista cuyos orígenes pueden rastrearse hasta ciertos autores de la década del 50.

*El jusnaturalismo* al cual nos referimos no es evidentemente el medieval, sino más bien una filosofía fuertemente teñida por el racionalismo y por el individualismo. Este jusnaturalismo asume diversos elementos "modernos" al postular la libertad individual como el principio fundamental del Derecho Natural, del cual se deducen racionalmente todos los demás principios: sobre todo, el respeto a la propiedad y a la palabra dada (contratos); de manera que es posible reconocer racionalmente un sistema de derechos naturales subjetivos cuya compatibilización construye y organiza la sociedad. Pero, almismo tiempo y con diversos niveles de éxito en el esfuerzo de conciliación, este jusnaturalismo "tradicionalista" preserva numerosos elementos tradicionales al postular que la libertad debe ser orientada por el Bien y no al contrario. Es decir, presupone la existencia de un Bien objetivo que no es determinado por la libertad sino que constituye el criterio de ejercicio lícito de los derechos naturales subjetivos. Además, este jusnaturalismo "tradicionalista" sostiene que, paralelamente a la razón y a la libertad individual, hay que considerar las formaciones sociales y los valores que la historia —la Tradición— ha generado.

En realidad, los elementos "modernos" despiertan anhelos que pueden resultar subversivos en una sociedad profundamente dividida social, económica y culturalmente. Los derechos subjetivos naturales son planteados por el liberalis-

mo como inherentes al individuo por ser tal y, en consecuencia, la propiedad y el poder político deberían ser compartidos por todos los individuos, sin distinción, que forman una comunidad. La razón avala estos planteamientos que incluso pueden llevar a condenar la estratificación tradicional, los resultados de la Historia. De ahí que, para contrarrestar el efecto disolvente de las ideas propiamente liberales, la modernización tradicionalista recurre a ciertos valores tradicionales que, moderando el alcance de la libertad, de la igualdad y de la razón, aseguran la legitimidad moral y económica de un mayor poder social para esa clase dirigente que está dispuesta a llevar adelante la modernización siempre que ésta no la afecte directamente.

Este jusnaturalismo ecléctico es bebido primero en autores alemanes como Heinecio y Ahrens que, si bien tuvieron sólo una importancia moderada en Europa en razón de su eclecticismo, alcanzaron un gran renombre en el Perú y en América Latina en general precisamente por ese mismo eclecticismo que, dentro de esta realidad social, cumplía un rol fundamental. Más tarde, autores peruanos utilizaron las ideas europeas para elaborar sus propias síntesis. Todos ellos, ya sea que se proclamaran políticamente liberales o conservadores, tomaron distancia frente al pensamiento de los más decididos teóricos de la nueva sociedad individualista: Hobbes, Locke, Rousseau, Bentham, Adam Smith, fueron criticados por todos los autores peruanos. No cabe duda que los pensadores peruanos del Derecho se diferencian notablemente entre sí; particularmente es posible distinguir entre conservadores como Bartolomé Herrera y liberales como José Silva Santisteban o como Luis Felipe Villarán. Sin embargo, los elementos filosóficos que componen estas variedades de síntesis jusnaturalistas no son distintos; son solamente las dosis de liberalismo y de pensamiento tradicional que cambian de unos a otros.

Esta nueva Filosofía del Derecho republicana introduce ideas liberales pero, al mismo tiempo, las encapsula dentro de valores tradicionales a fin de evitar una democratización demasiado acentuada que no hubiera correspondido a la estructura social y económica. Ahora bien, con vista a esta función de dique ideológico, el jusnaturalismo, por tratarse de una doctrina ético-jurídica que se impone sobre la misma ley positiva, tiene la ventaja sobre el positivismo de controlar no solamente una interpretación judicial o administrativa demasiado libre sino que también controla al propio legislador: éste debe legislar dentro de los límites y para la realización de los fines impuestos por el Derecho Natural, ésto es, puede propugnar la modernización pero se encuentra limitado por el respeto a la propiedad tradicional y a la estratificación establecida por la Historia. Por ese motivo, este jusnaturalismo resulta muy útil cuando la clase dominante tradicional no ejerce directamente el poder político sino que lo delega o permite que éste se ejerza por caudillos, abogados u otros representantes

de una cierta clase media incipiente o de las capas menores —provincianas— de la oligarquía. Estos gobernantes están así moralmente enmarcados por tales verdades jusnaturalistas, superiores a todo poder político y que no admiten un vuelco demasiado brusco de la sociedad en nombre de ideales nuevos tales como la libertad individual y la igualdad natural.

*El positivismo* en boga durante el S. XIX en el Perú es más bien del tipo denominado “positivismo filosófico” antes que “positivismo jurídico” es decir, pretende aportar una nueva actitud “científica” para el estudio de la sociedad en general y no limitarse simplemente a una afirmación formalista del Derecho. Las primeras manifestaciones de tal positivismo intentan replantear el Derecho Natural sustituyendo sus elementos racionalistas y metafísicos por verdades que, aunque tengan siempre carácter universal, puedan ser demostradas empíricamente y sean objeto de “ciencia” en vez de filosofía. La Filosofía del Derecho que resulta de ello coloca especial acento en la observación de los hechos sociales comunes a la humanidad para ensayar una generalización que constituya el fundamento de todo Derecho. De esta manera se piensa que, si es posible encontrar una noción “científica” de naturaleza humana que ampare la propiedad establecida y las bases de la división social, estos elementos tradicionales serán mucho mejor defendidos así que mediante el jusnaturalismo racionalista.

En el fondo, el positivismo peruano se revela prontamente como un “jusnaturalismo positivista”, con todas las dificultades de conciliación que ello implica. Un *Code Napoléon* al que se le ha debilitado su vigor liberal, hace las veces de Código de Derecho Natural. Sin embargo, cuando esta actitud “científica” es adoptada por los juristas, existe la tendencia restrictiva, propia de la deformación profesional que lleva a considerar como el “hecho social” ante la cual se coloca el Derecho solamente a la ley positiva. Y entonces, casi insensiblemente, el jusnaturalismo positivista se desplaza hacia un positivismo jurídico formalista que libera al Derecho de toda fundamentación ética y lo reduce a la expresión de la voluntad del gobernante, racionalmente articulada en sistemas de normas.

Resulta significativo que el positivismo sea más ampliamente acogido y adopte visos más formalistas precisamente hacia fines del siglo, cuando la clase dominante decide ocupar directamente el poder político y constituye lo que Basadre ha llamado la “República Aristocrática”. Podría pensarse que, llegado ese momento, la clase dominante no requiere más una limitación ética de la acción legislativa por cuanto ahora está más directamente bajo su control y, por consiguiente, puede esperarse que de manera espontánea se adapte a los valores e intereses de esa clase dominante. Paralelamente y por las mismas razones, una fundamentación teórica supra-legal ya no es conveniente porque limita la acción

de gobierno de la clase dominante, debilita los mandatos de esta clase convertidos en leyes e incluso puede hasta a ponerlo en peligro si se llegara a invocar contra ellos la existencia de derechos subjetivos naturales. En estas circunstancias, habiéndose asegurado políticamente una relativa identificación entre los intereses de la clase dominante y el ordenamiento jurídico, es más interesante exigir una sumisión absoluta a la ley por el sólo hecho de ser ley.

#### 4. *Más allá del jusnaturalismo y del positivismo.*

Más allá del jusnaturalismo y del positivismo, es posible encontrar una concepción general del Derecho determinada por el rol que le corresponde dentro de este proceso de modernización “tradicionalista”. Como he señalado, jusnaturalismo y positivismo son dos estrategias diferentes dentro de circunstancias políticas que han variado; pero los fines de ambas estrategias son similares y ello da lugar a una idea de Derecho que refleja los trazos comunes de las distintas filosofías jurídicas que han acompañado a la modernización “tradicionalista”.

En su expresión más simple y al mismo tiempo más compleja, podríamos decir que esta idea de Derecho constituye un intento de manejar jurídicamente una verdadera esquizofrenia social: se trata de conciliar la tradición con la novedad, los privilegios establecidos con los principios capitalistas, las ideas de libertad e igualdad con la existencia de una sociedad con grandes diferencias sociales en la que los pocos son más libres que los muchos. La conciliación es necesariamente difícil y, en muchos casos, resulta precaria y superficial: la característica general de este tipo de filosofías jurídicas es un eclecticismo altamente insatisfactorio. Los conceptos claves del pensamiento liberal son entendidos de manera distinta dentro de este contexto de la modernización “tradicionalista”, atenuándoles su carga de subversión frente al antiguo régimen social tradicional: la libertad es fácilmente concebida como libertinaje cuando amenaza escapar al control tradicional; la igualdad adquiere un contenido meramente formal y la propia teoría se encarga de alejarla de la realidad social; la propiedad es garantizada no en tanto que mercancía negociable y piedra angular de la sociedad de mercado sino como fundamento inamovible de las diferencias sociales y alejada de toda idea de intercambio.

La diferencia sustancial entre la filosofía jurídico-política del liberalismo y aquellas filosofías que sustentan la modernización “tradicionalista”, radica en una concepción diferente del valor. Para el liberalismo, cada persona determina lo que más le conviene, lo que tiene “valor” para ella; no hay valores objetivos que se impongan por sí mismos al individuo; salvo la existencia misma de esa sociedad liberal. El valor se identifica así con el interés individual que, a su vez, es la expresión social del deseo racionalmente tratado; este tratamiento del deseo

por la razón no tiene por objeto determinar el contenido de dicho deseo sino simplemente compatibilizarlo con los deseos de los demás individuos a fin de permitir la vida en sociedad. De ahí que los mecanismos políticos y económicos naturales de una sociedad concebida en esta forma son las elecciones y el mercado. En cambio, para el pensamiento pre-liberal, existen valores objetivos que obligan a todo individuo más allá de sus deseos o intereses y constituyen criterios para distinguir entre los deseos que deben ser acogidos por el individuo y los que deben ser rechazados: estos valores no están determinados por la voluntad individual ni popular sino que son descubiertos por la razón —o mostrados por la Revelación— y se imponen incluso sobre la voluntad popular constituyendo las orientaciones morales que debe guiar dicha voluntad. Las filosofías jurídicas de la modernización “tradicionalista” conservan la noción de valor objetivo, culturalmente determinado, previo e independiente de la decisión popular, con el objeto de fundamentar la existencia de una “aristocracia natural” cuyas bases culturales y económicas quedan preservadas de todo eventual cuestionamiento por las mayorías políticamente activadas o por el mercado.

El Derecho dentro de este contexto ideológico a diferencia del Derecho propiamente liberal, no tiene como objeto principal promover y garantizar la iniciativa privada sin más restricciones que las derivadas de la compatibilización de los diferentes e igualmente válidos intereses individuales: no es prioritariamente un marco y un elemento facilitador de las transacciones privadas regidas exclusivamente por el interés de las partes, bajo el amparo de un Estado compatibilizador. El Derecho de la modernización “tradicionalista” es básicamente un medio de organizar políticamente la sociedad con el objeto de: (a) garantizar la conservación de los valores tradicionales a través de los vaivenes de la modernización; (b) establecer un campo formalmente neutro de acomodo de los diferentes y contradictorios grupos de intereses en el interior de la clase dominante; y (c) asociar a estos intereses dominantes —pero discrepantes entre sí— en la realización de proyectos cuyo volumen supera la capacidad aislada de las personas y grupos de esa clase dominante y que además no presentan la rentabilidad necesaria para producir la asociación espontánea entre tales grupos (infraestructura educacional, vial, servicio de salud, etc.). El Derecho se encarga de diseñar un Estado antes que un mercado. De ahí la mayor preocupación durante la primera mitad del S. XIX por la redacción de Constituciones antes que por la redacción de los Códigos básicos.

La situación del Derecho resulta así muy complicada porque tiene por misión equilibrar fuerzas francamente contradictorias. De un lado, el Derecho debe asegurar el respeto por ciertos valores y formas sociales tradicionales. De otro lado, la importación de elementos liberales o “modernos” exige que el Derecho se modernice, es decir, que asuma las características y cumpla los

requisitos que supone una sociedad que de alguna manera cree en la libertad y en la igualdad y subordina todo valor a la libre realización y al libre intercambio de intereses individuales. Para decirlo en los términos de Max Weber, el Derecho de la modernización "tradicionalista" debe conservar un núcleo central de racionalidad sustantiva a pesar de que se organiza y se expresa en términos de una racionalidad lógico-formal. Esta tensión interna de exigencias que soporta el Derecho debilita y distorsiona tanto los valores sustantivos que vehicula el Derecho como también la solidez lógica del formalismo a través del cual pretenden expresarse; de manera que a lo largo del Siglo vemos al Derecho avanzar con paso vacilante y perder muchas veces el rumbo ya sea del lado de un instrumentalismo casi impúdico o del lado de un formalismo patológico. Frecuentemente la clase dominante tropieza con la tentación de aplicar directa y brutalmente sus fines, sin preocuparse del rigor de los tecnicismos jurídicos y de la coherencia formal. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación que mantiene pseudolegalmente la esclavitud después de que ésta había sido abolida o de la que consolida las ventas ilegales de tierras del Estado o la aplicación de leyes en el campo destinadas directamente a reforzar la sumisión y dependencia de los trabajadores agrícolas y feudatarios a los terratenientes. Sin embargo, este instrumentalismo erosiona el Derecho y puede en algunos casos ser utilizado contra la clase dominante por un caudillo audaz o por autoridades locales que pudieran excepcionalmente identificarse más con las necesidades de las clases populares. En estos últimos casos la clase dominante opone un formalismo hipertrofiado a ese instrumentalismo que amenaza escaparse de su control; y el formalismo se convierte fácilmente en el hábito mental de una profesión, con resonancias sociales insospechadas. Por otra parte, no debe olvidarse que la clase dominante ha decidido asumir una ideología en mayor o menor grado liberal que presenta exigencias teóricas que en alguna forma tienen que ser respetadas. Además, he señalado anteriormente que el Derecho en este tipo de sociedad proporciona un lenguaje de aparente neutralidad política y una metodología para resolver conflictos en el interior de la misma clase dominante. Esta función exige a su vez que el orden jurídico no presente un carácter instrumental tan obvio que sea fácilmente desenmascarable, ya que la deseada neutralidad se encontraría afectada y el conflicto se plantearía simplemente en términos políticos.

Todo ello hace que, aún cuando la tentación de aplicar directamente una racionalidad sustantiva sea grande, el Derecho de la modernización "tradicionalista" se orienta a una estructura lógico-formal. El interés inmediato del grupo en el poder tiene que someterse relativamente a la necesidad de coherencia teórica y a las exigencias lógicas de unas reglas de juego formalizadas. En esta forma, entre todas las contradicciones que genera este tipo de modernización, encontramos

una más que se manifiesta en el plano propiamente jurídico entre la pretensión de utilizar el Derecho para realizar los fines del grupo en el poder y los postulados de generalidad y neutralidad que plantea el Derecho “importado”.

Finalmente, un elemento característico del Derecho de la modernización tradicionalista consiste en que, mientras el Derecho liberal se propone someter íntegramente el país a su imperio para homogeneizar las conductas jurídicas y centralizar las fuentes de normatividad y de aplicación de las normas, el Derecho que venimos estudiando crea “islas de poder informal” en donde el Derecho estatal se desvanece ya sea por su ausencia de capacidad de respuesta frente a los problemas efectivos que plantea la realidad o por su falta de penetración nacional que no le permite controlar todas las esferas de la vida social o por la habilitación directa que otorga en favor de “Estados” dentro del Estado. Es así como la hacienda, la mina, el hogar, se convierten en territorios jurídicos cuasi independientes en lo que se refiere a la regulación de sus relaciones internas, con su propia normatividad informal, sus propias autoridades (en las que no existe obviamente la división de poderes que es característica de la organización político-jurídica liberal) y con sus propios sistemas de coerción.

### *III. LAS CONDICIONES DE TRANSFERENCIA*

El Derecho liberal que el Perú importa en el S. XIX no queda indemne después de su implantación dentro del nuevo contexto; por el contrario, contrae las enfermedades de su nuevo ambiente, queda inmunizado respecto de alguna de ellas pero se encuentra a su vez afectado en forma permanente por otras. Hemos visto que la teoría del Derecho liberal no queda pura; se contamina con las realidades del contexto en el que se introduce y asume formas especiales.

El Derecho liberal resultaba demasiado subversivo dentro de un medio en el que se procura conservar un núcleo tradicional: generaba expectativas, postulaba igualdades, que podían comprometer el orden existente. Por ese motivo, los juristas peruanos del S. XIX se aproximan al Derecho liberal en forma cauta, tímida, con la misma fascinación y las mismas precauciones con que podrían acercarse a un león: es digno de verse de cerca, pero hay que tener cuidado porque muerde. Por consiguiente, todo el esfuerzo teórico estará orientado a limarle los dientes al león a fin de acercarse a él sin peligro.

#### *1. La transformación del Derecho importado*

Esta tarea de domesticación del Derecho liberal se cumple cuando menos por dos vías.

Una primera adaptación se produce en forma casi automática, es decir, sin

necesidad de un esfuerzo teórico consciente de los juristas peruanos de su  
sistema tradicionalista. En realidad, los sistemas ideológicos de los  
que "obstruían" dicha tarea en una cierta medida son esquemas abstractos que  
no asimismo, en el ámbito del contexto social donde se actualizan. Las  
palabras, los conceptos teóricos, solo tienen un sentido concreto cuando son  
referidas a situaciones sociales particulares. Es así como la igualdad o la libertad  
o la propiedad eran entendidas de manera bastante diferente en la Francia del S.  
XVIII bajo la sombra de la guillotina que en los Estados Unidos descritos por  
Tocqueville o en el Perú donde las diferencias sociales eran abismales y donde los  
caudillos militares zamaqueaban periódicamente las más firmes instituciones  
liberales.

Las ideas liberales y democráticas y los *topoi* jurídicos que tales ideas  
arrastran eran recibidos en el Perú en una sociedad profundamente escindida y  
jerarquizada, en la que los pobres y los ricos eran una realidad inamovible, en  
donde existían diferencias desgarradoras de cultura y de educación "modernas"  
que distinguen una minoría "culto" de una masa de analfabetos. En estas  
condiciones, resulta difícil pensar que los oídos peruanos entendían la misma  
cosa que los forjadores del liberalismo cuando se hablaba de igualdad.  
Parfraseando la conocida frase de Orwell, podríamos decir que en el Perú todos  
los hombres eran iguales, en concordancia con la doctrina liberal; pero unos eran  
más iguales que otros. Es decir, la igualdad no se la entiende asociada a una  
noción de generalidad sino particularizada por niveles: hay esferas de igualdad.  
De manera que, sin necesidad de mayor construcción teórica, el hacendado  
republicano que proclamaba la igualdad como uno de los principios de la  
organización del Perú independiente, en ningún caso se sentía igual al peón  
analfabeto o al indio de las alturas que no hablaba siquiera el castellano; y, sin  
embargo, no vivía tampoco esta situación como una contradicción. No existía la  
comunidad de fortuna, de educación e incluso de simple actitud frente a la vida  
que están en la base de la noción social de igualdad. Ese hacendado se sentía  
igual a los otros hacendados y en esa medida creía en la igualdad política; y a su  
vez admitía que en el interior de otras esferas sociales — la de los campesinos, por  
ejemplo — los individuos eran iguales entre sí. Pero en ningún momento ese  
hacendado se cuestionaba la consecuencia teórica de una igualdad por esferas ni  
suponía que la doctrina liberal de la igualdad llevara hasta la destrucción de ese  
sistema de niveles para alcanzar una igualdad generalizada: la realidad de las  
enormes diferencias sociales era demasiado vivida como para permitirle  
sospechar la existencia de otras posibilidades de interpretación de la noción de  
igualdad que la hicieran más general. La doctrina liberal cae dentro de una  
realidad aristocrática que la modela, la tinte de un colorido distinto al que podría  
tener en otros países de realidad social más homogénea.

Una similitud con producciones es posible con relación a una serie de ideas y nociones muy importantes de la doctrina liberal de los libertarios roquistas como su valor fundamental, pero en el contexto de la desigualdad somos libres pero desiguales. La propiedad debe ser privada, pero por razones de facilitar el mercado, la defensa liberal de la propiedad es automáticamente entendida como una defensa de la propiedad tradicional que se mantiene al margen del linaje y de la clase social, esto no es así, incluso, política a través de la tenencia de la tierra que se hereda por generaciones. En todos estos casos, el proceso de limitar los libertarios al liberalismo ha requerido un esfuerzo teórico demasiado complicado; sucede, simplemente, que las mismas palabras se aplican a realidades jurídicas y sociales diferentes; de manera que la doctrina liberal termina siendo una doctrina tradicional. Obviamente, esta "otim" El

Una segunda atenuación del pensamiento liberal se produce a través de un esfuerzo teórico que pretende conciliar una posición teórica liberal con una posición teórica aristocrática. Es así como se desarrollan filosofías que intentan un compromiso entre los valores modernos y los valores tradicionales.

Cada autor trata de formular de una manera nueva o con dosis distintas el mismo tipo de solución: el eclecticismo. Pero esto no es fácil. Los valores liberales y los valores tradicionales —la sociedad de mercado y la sociedad aristocrática— se enfrentan en muchos aspectos, haciendo difícil todo esfuerzo de conciliación.

De ahí que las filosofías del Derecho de la modernización "tradicionalista" no sean muy consistentes. La salida al dilema ha sido por regla general un eclecticismo superficial en el que los elementos tradicionales y liberales están precariamente combinados. En última instancia, se trata de ocultar jurídicamente o lógicamente que existe una esquizofrenia social irresoluble. Las filosofías del Derecho peruano del S. XIX no son precisamente un modelo de coherencia. Más de rigor, muchas veces la ampulosa verbal ha pretendido cubrir las deficiencias de razonamiento.

Este esfuerzo teórico conciliatorio da lugar a una filosofía del Derecho distinta, que recibe la influencia liberal pero que la procesa dentro de un esquema de valores tradicionales. La necesidad de manejar teóricamente la esquizofrenia cultural hasta hacerla pasar, como una muestra de salud social obligará a aceptar todo aquello del liberalismo que sea compatible con una sociedad socialmente jerarquizada; pero, al mismo tiempo, es preciso rechazar todo lo que pueda provocar un sentimiento de generalidad que lleve a cualquier persona a intentar romper la camisa de fuerza de lo establecido. Todas las ideas liberales son asimilables en la medida que puedan ser dissociadas de una idea de generalidad e interpretadas dentro de esferas o niveles de jerarquía. Dentro de esta línea, los modernizadores del Perú del S. XIX condenan muy severamente a

los principales autores liberales acusándolos de egoísmo. Asimismo, hay un esfuerzo grande por redefinir conceptos como el de Bien, Razón, etc.

## 2. Mitos teóricos y prácticas jurídicas.

La "idea" de Derecho puede ser estudiada cuando menos desde dos perspectivas: de un lado, podemos aproximarnos a ella desde lo que llamaremos el "mito del Derecho"; de otro lado, podemos intentar sintetizar el sentido del Derecho que surge del análisis de las prácticas jurídicas efectivas. Ambos niveles resultan afectados con la importación de un pensamiento y de un sistema jurídico.

El "mito" está constituido por la conceptualización teórica del Derecho por los juristas (en sentido amplio) tal como ellos perciben su propia actividad. El mito usualmente mezcla una pretendida descripción de ser con una postulación de deber ser, al punto que ambos planos resultan muchas veces confundidos. El mito corresponde a aquello que Lenoble y Ost, utilizando la terminología de Bachelard, han denominado la "filosofía espontánea de los juristas". El término "espontánea" expresa bien el hecho de que los juristas recurren sin mayor cuestionamiento a este tipo de racionalizaciones cuando requieren describir o justificar su actividad. Sin embargo, cuando nos referimos a la transferencia de pensamientos y sistemas jurídicos, ese término puede llevar a una cierta desorientación: puede entenderse referido a la producción del pensamiento jurídico antes que a su utilización; y ello no es exacto. Los mitos o filosofías espontáneas de los juristas peruanos del S. XIX no constituyen en manera alguna una producción espontánea del medio histórico; en ningún caso puede decirse que son conceptualizaciones que surgen espontáneamente como elaboraciones teóricas propias de la formación social peruana. Por el contrario, estos mitos o filosofías espontáneas son precisamente las concepciones importadas.

De acuerdo a lo expuesto en las páginas precedentes, el jurista peruano del XIX acoge sucesivamente dos sistemas de mitos: primero, el jusnaturalismo; más tarde, el positivismo. Cada uno de esos sistemas de mitos aporta su propio equipaje conceptual cargado de *topoi* que se presentan como evidentes para quienes se adhieren al mito. El jusnaturalismo postula la primacía de la justicia, la dignidad de la persona humana, la identidad entre propiedad y libertad, el valor de la equidad. El positivismo, particularmente cuando tiende a formalizarse, sostiene la primacía absoluta de la ley, la distinción entre Derecho y justicia, la necesidad de la seguridad jurídica, la autonomía de la voluntad como soporte fundamental del sistema contractual, etc. Es interesante advertir que algunos de los conceptos positivistas tienen su origen en el mito jusnaturalista

—particularmente en su versión individualista— aún cuando no reconocen esta vinculación ideológica debido a que son utilizados por el positivismo con el sentido de apoyar o reforzar el Derecho positivo vigente y no como criterios de evaluación externa de ese orden positivo. En algunos casos, encontramos un doble sistema mítico de manera que el jurista se adhiere a un cierto mito cuando teoriza, utiliza los *topoi* de otro mito cuando manipula el orden positivo y, por último, todo ello resulta distinto del sentido efectivo de su práctica al que nos referiremos en seguida. Un ejemplo de este doble soporte mítico —que evidentemente no es exclusivo del caso peruano— se encuentra en el tipo de jurista que se declara jusnaturalista “por principio” y teoriza abundantemente dentro de esta línea. Sin embargo, cuando debe operar con un contrato de compra venta rechaza toda referencia al justo precio y lo interpreta exclusivamente en términos de la autonomía de la voluntad; o cuando se encuentra que las circunstancias o premisas de realidad en base a las cuales se formó la voluntad de las partes han variado, no acepta ningún argumento en base a la equidad y enarbola la necesidad por sobre toda otra consideración de la seguridad jurídica.

Ahora bien, hemos creído encontrar más allá del jusnaturalismo y del positivismo, una concepción general del Derecho que persiste a través de las diferentes racionalizaciones. Esto significa que frente a la percepción mítica del Derecho existe otro nivel de percepción que no se encuentra formulado teóricamente, pero que subyace a esas filosofías espontáneas o mitos. Esta concepción de fondo no es explícita, pero de alguna forma es comprendida por los actores jurídicos. En otras palabras, frente a los mitos del jusnaturalismo y del positivismo a los que se adhiere el jurista peruano —o mejor aún, debajo de ellos— nos encontramos con otra “idea” del Derecho que aparece del sentido de la práctica jurídica efectiva y que tiene por finalidad el asegurar las bases de la modernización tradicionalista. Esto significaría que la conceptualización del Derecho presenta una estructura profunda —muchas veces inconsciente, pero no por ello menos activa— y unas estructuras de superficie que son construidas por la estructura profunda de acuerdo a la evolución histórica del medio socio-cultural; y esta construcción no se realiza en forma virginal, sino utilizando materiales importados que se metabolizan en función de las exigencias de esa estructura profunda.

La existencia de esta estructura profunda permite explicar el hecho de que las violaciones gravísimas y frecuentes de los principios de las estructuras de superficie, ya sea el jusnaturalismo o el positivismo, sean perfectamente asimiladas sin repercusiones sociales catastróficas. El jusnaturalismo liberal proclama una libertad que es de hecho ilusoria para la mayor parte de los peruanos; pretende proteger la propiedad como algo esencial a la dignidad humana, cuando esta propiedad tan esencial no alcanza a las mayorías

nacionales. El positivismo afirma el respeto absoluto de la ley y, sin embargo, los individuos y el Estado la infringen continuamente como parte "natural" de la práctica social: los hitos que separan las tierras de hacienda de las tierras de comunidad son desplazados en la noche hacia el interior de la propiedad de indígenas y luego el hacendado defiende con la ayuda de todo el aparato formal del Derecho esas conquistas nocturnas; los gobiernos derogan y sustituyen Constituciones al compás de los golpes de Estado. Sin embargo, a pesar de que las estructuras de superficie se encuentran seriamente afectadas con estos hechos, todo ello puede enmarcarse dentro de la protección de las condiciones de la modernización "tradicionalista": la estructura profunda estabiliza este temporal teórico y es posible continuar proclamándose jusnaturalista o positivista luego de una tibia protesta, a pesar de que se tiene la seguridad de que este tipo de hechos continuará en el futuro.

Sin embargo, las relaciones entre los sistemas míticos y la concepción profunda del Derecho no son simples. Estamos muy lejos de una relación causal, mecánica, en la que los mitos no son sino ideologías de ocultamiento de los intereses económicos. No hay duda que los intereses económicos están presentes tanto en la producción de la "estructura profunda" como en la de los mitos. Sin embargo, resulta difícil explicar íntegramente estas cristalizaciones teóricas a través de un análisis puramente económico; aparentemente existen también "intereses" de otro orden, tales como valores culturales, aspiraciones sociales, que contribuyen a formarlas. Es evidente que la adopción de los ideales liberales y del Derecho "moderno" estuvo fundada en buena parte en el interés de integrarse por este medio al capitalismo internacional. Pero cabe imaginar tal integración desde la perspectiva de países productores de materias primas que se rigen por una economía de exportación, sin la necesidad de adoptar el liberalismo como mito interno. Por ello debemos suponer que existen otras causas adicionales que han llevado a tal importación cultural. Es probable que el liberalismo fuera percibido como un soporte más adecuado para defender la aspiración a la independencia política; y, a pesar de todo lo que puede decirse sobre la influencia del capitalismo internacional en los movimientos independentistas, parecería que existe también en su raíz un anhelo no económico que es percibido como necesidad apremiante. El criollo de comienzos del S. XIX vive la dominación española como una ofensa; protesta contra ella con la misma vehemencia y por razones tan lejanas a lo económico como puede protestar contra un padre excesivamente rígido aquel adolescente que ya se siente capaz de pensar y de decidir por sí mismo. En la base de las ideas independentistas encontramos un auténtico anhelo de libertad política, que es fruto de una toma de conciencia de haber adquirido un estado de madurez nacional: el Perú ha dejado de ser un niño que debe ser gobernado por la Madre Patria y quiere

asumir directamente sus responsabilidades.

Por otra parte, entre la estructura profunda y las estructuras de superficie existe una acción en ambos sentidos. Es cierto que la concepción profunda del Derecho controla los desarrollos jusnaturalista o positivista, los atenúa o incluso suspende su vigencia teórica cuando considera necesario. La práctica jurídica de acuerdo a los principios de la concepción profunda no coincide necesariamente con la práctica de acuerdo a alguno de los mitos de racionalización. Es así como los jusnaturalistas liberales defienden la idea de la propiedad absoluta y, sin embargo, se encuentran obligados a restringirla en lo que se refiere a los arrendamientos rústicos para favorecer la modernización; y, al mismo tiempo, uno de los juristas más partidarios del liberalismo señala la necesidad de controlar los precios para evitar que la nueva clase media empresarial pudiera, por la vía del mercado, llevar a la clase aristocrática rentista a perder su poder económico. Igualmente, los positivistas se convierten en asesores de gobiernos golpistas y regresan al jusnaturalismo cada vez que el gobernante de turno atenta contra la propiedad o el poder social de la clase dominante.

Sin embargo, paralelamente a esos casos en los que la dinámica de la modernización "tradicionalista" resquebraja sus propias racionalizaciones, existen otros casos en los que la racionalización obliga a un replanteamiento de la concepción profunda. Este es el caso, por ejemplo, de la esclavitud que era un sistema de explotación perfectamente compatible e incluso necesario dentro de las condiciones de la modernización tradicionalista. Pero, a pesar de ello, el jusnaturalismo liberal —es decir, el mito— no permitía la subsistencia de la esclavitud debido a que su defensa hubiera afectado demasiado gravemente su coherencia teórica. Es así como después de muchas vacilaciones y subterfugios para mantener la esclavitud aún después de su abolición legal, ésta queda definitivamente abolida. Sin embargo, se procede de inmediato a la importación de chinos *coolies* en condiciones prácticamente de esclavitud pero bajo la forma legal de contratos a largo plazo que son vendidos entre los propietarios de tierras dando lugar a un verdadero mercado de chinos. En consecuencia, una exigencia cultural obliga a replantear las formas de satisfacción de un interés económico —la mano de obra gratuita— aún cuando la nueva forma es más costosa e ineficiente desde el punto de vista de la clase dominante que detenta el interés. Las pulsiones económicas no encuentran, en este caso, dificultad a nivel de la estructura profunda; pero las estructuras de superficie ofrecen resistencias a la satisfacción directa del interés económico porque son colocadas en el límite de su elasticidad teórica.

### 3.La “*idea de Derecho*” como *obstáculo epistemológico*

La situación expuesta en este trabajo nos lleva a la necesidad de analizar los sistemas jurídicos y el impacto que produce su transferencia, a dos niveles. En el primero, que hemos denominado estructuras de superficie o filosofías espontáneas de los juristas, encontramos que la importación del Derecho moderno dentro de las condiciones sociales del Perú produce teorías muy débiles, contradictorias, teñidas de un eclecticismo carente de rigor. Un sociólogo peruano del S. XIX decía que “el liberalismo de esos gobiernos no ha sido ni es más que una transacción temporal entre los principios de la Revolución Francesa maleados por Napoleón y las viejas tradiciones monárquicas que se reaccionaron con su caída”. Y un agudo observador político de la época —don Manuel González Prada— sostenía que los “doctrinarios” peruanos eran capaces de poner la música de “Salve, salve, cantaba María” a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Sin embargo, debajo de estas racionalizaciones encontramos un segundo nivel más profundo —los grandes marcos de la modernización “tradicionalista”— que explica las marejadas de la superficie y les otorga una coherencia de significación social bajo cuya luz las contradicciones de la superficie resultan poco relevantes.

Ahora bien, en ambos niveles la “*idea de Derecho*” se erige como obstáculo epistemológico para conocer la verdadera función del Derecho y sus posibilidades dentro de las circunstancias materiales en que tiene lugar.

El jusnaturalismo y posteriormente el positivismo —las estructuras de superficie— se presentan en forma tan demandante que exigen una adhesión incondicionada e intensa: de ahí las aparentes contradicciones. La agitación de la superficie, el rizado del mar por el viento de las corrientes jusfilosóficas, la espuma de las olas ideológicas, impide comprender la unidad tranquila de las aguas profundas de la modernización tradicionalista que subyacen a toda esa actividad teorizante. Por eso los jusnaturalistas y los positivistas, los liberales y los conservadores, discuten acremente y viven sus concepciones teóricas bajo la forma de oposiciones tajantes, de polémicas vivamente coloreadas. En realidad, la intensidad del compromiso intelectual, las olas jusfilosóficas y lo pintoresco del debate actúan como opacidades que no permiten percibir que se trata de manifestaciones diferentes de un mismo proceso social: la polémica enturbia la percepción de la unidad de perspectiva que sustenta según las circunstancias una u otra corriente y que establece los límites del movimiento de superficie.

Sin embargo, ese marco de la modernización tradicionalista es en cierta forma intuído. Pero no es objeto de un conocimiento científico sino que su percepción es una mezcla confusa, no explicitada, con muchos elementos

latentes, de medias comprobaciones, evaluaciones y proyecciones: frente a ciertas realidades medianamente comprendidas, se asumen ciertos valores y se proyectan los anhelos y los temores de una clase social que tradicionalmente ha ejercido el liderato. En consecuencia, la "intuición" de la idea de Derecho dentro del proceso de modernización "tradicionalista", al igual que las "teorías" de superficie, adquiere también el carácter de obstáculo epistemológico a un nivel todavía más profundo: la realidad es comprendida selectivamente de modo de acentuar, por ejemplo, la percepción de la distancia cultural entre los grupos sociales; las diferencias culturales son enjuiciadas valorativamente desde una óptica "moderna", sin comprender las posibilidades y valores de las culturas nativas en aquellos aspectos que no fueron transformados por el mestizaje; el pensamiento liberal es recogido a través del tamiz intelectual "tradicionalista" sin que los propios elementos "modernizadores" sean capaces de entenderlo y aceptarlo en toda su potencialidad.

#### *4. La Filosofía del Derecho: una nueva mirada*

Frente a la investigación positivista que encuentra placer en sí misma y se aleja de la realidad social bajo el pretexto de una estéril pureza del Derecho y frente a las aspiraciones igualmente masturbatorias de una Filosofía metafísica del Derecho que se despegaba de tierra en su ascenso hacia conceptos jurídicos universales y que pretende convertir en irrelevante la Historia eliminando el peso de sus determinaciones en el esfuerzo de conceptualización teórica de lo jurídico, la Sociología del Derecho parecía ofrecer el único camino genital de comprensión de la realidad. Sin embargo, en el presente trabajo he pretendido demostrar que, a partir de una perspectiva sociologizante, hemos tropezado nuevamente con la necesidad de rescatar una reflexión teórica que, si bien se integra dialécticamente con el campo de lo empírico, tiene una estructuración propia y desarrolla una relativa consistencia interna que obliga a que su estudio se realice en forma específica. Hemos reencontrado así la Filosofía del Derecho, aun cuando esta vez la vemos plenamente consciente de haber perdido su virginidad metafísica y convencida de su necesidad de explicarse en razón de su fecundación histórica.

Esta nueva Filosofía del Derecho es ante todo una teoría crítica: se niega a aceptarse espontáneamente a sí misma y se niega a aceptar o a rechazar toda explicación teórica en abstracto: una de sus dimensiones fundamentales será la de formular y entender los conceptos confrontando la reflexión con la acción. Es así como descubre diversos niveles de conceptualización teórica que van desde las racionalizaciones más externas hasta las estructuras más profundas e irracionales del inconsciente jurídico: todas ellas se articulan de manera compleja

en el seno de las formaciones sociales, interaccionando en formas insospechadas, generando consecuencias insólitas. La nueva filosofía del Derecho pretende, como primera tarea, desmontar este complicado mecanismo de teorización a fin de distinguir lo consciente de lo inconsciente, lo manifiesto de lo latente, lo que la idea de Derecho revela y lo que oculta, disolviendo opacidades con el ácido histórico y colocando la labor teórica dentro de una *praxis* social concreta.

## LOS MALES DE LA EDUCACION LEGAL

Zigurds L. Zile  
Profesor de Derecho  
*Universidad de Wisconsin*

La enseñanza del derecho varía de un país a otro. Sin embargo, varios —todos, si no la mayoría— de los diferentes sistemas de enseñanza formal del derecho a nivel universitario parecen estar ligados por un embarazoso vínculo común. Se sospecha que no están realizando bien aquello que presumiblemente deberían estar haciendo.

Esto no implica que otras disciplinas estén completamente libres de sospecha. Un trabajo leído por mí recientemente en una publicación interna de mi universidad comenzaba diciendo precisamente que “uno de nuestros problemas como educadores es que no sabemos exactamente qué estamos haciendo”. Mi impresión es, no obstante, que la enseñanza del derecho está más seria y crónicamente afligida que, por ejemplo, la enseñanza profesional en medicina, ingeniería o periodismo.

Aunque he tomado mis inferencias de varios países, es inevitable que mi experiencia de veinticinco años con la educación legal en los Estados Unidos deba teñir todo lo que tengo que decir. Mi grado de exposición a la educación legal británica, alemana, soviética, peruana y finlandesa ha sido limitado en comparación. Mucho me ha llegado de oídas. Sin embargo, este limitado conocimiento me ha proporcionado útiles analogías acerca de los intereses básicos de la educación legal y ha reforzado mi opinión general, sobre el tema.

En la enseñanza formal del derecho pueden identificarse tres preocupaciones básicas: una preocupación por sus objetivos finales fundamentales, una preocupación por la calidad del estudiantado y, finalmente, una preocupación por el proceso pedagógico mediador. Es decir que, habiendo reclamado para sí una identidad propia, la educación legal debe tener una idea clara de hacia dónde va, un punto de partida adecuado y, desde luego, algún medio razonable de avanzar de un lugar al otro.

La cuestión relativa a los objetivos de la enseñanza del derecho es la preocupación dominante. Es la más polémica y, por tanto, la más difícil de resolver. Al mismo tiempo, la resolución de las demás preocupaciones depende de la determinación de los objetivos. Sólo cuando una institución docente tiene una idea cabal de lo que está tratando de lograr, puede ésta actuar definitivamente con respecto tanto a las admisiones como a los métodos.

Muchos profesores de derecho pueden encontrar la cuestión relativa a las

metas de la educación legal como enteramente redundante. ¡Pero, por supuesto que su objetivo es enseñar derecho! O, para decirlo de otro modo, su objetivo es producir abogados, así como el objetivo de las escuelas de medicina e ingeniería es actuar como abastecedoras de médicos e ingenieros, respectivamente. Pero la analogía no debe ser llevada demasiado lejos. El cuerpo humano y las leyes de la naturaleza con los cuales trabajan los médicos constituyen objetos de estudio relativamente estables, al igual que la materia y las leyes que concentran la atención de los ingenieros. Lo que ambos estudian está bastante bien definido, es comparativamente concreto y tiene, además, considerable longevidad. No ocurre así con los abogados.

Existen, posiblemente, más definiciones del derecho que de cualquier otra disciplina establecida desde hace largo tiempo. Esto, porque las batallas intelectuales sobre definiciones son comunes. Pero, al mismo tiempo, la ausencia de una definición del derecho suficientemente aceptada es vista como una inconsecuencia en el arduo mundo en el que las personas instruidas en derecho desempeñan sus múltiples y diversas funciones legales. Pero la incapacidad para definir o, incluso, describir satisfactoriamente el derecho señala y magnifica el problema entre manos —la incertidumbre acerca de los objetivos educacionales. Un abogado podría fácilmente hacer un recuento de lo que hace, ya sea leyendo su agenda de citas o la descripción de sus obligaciones. Pero, el mismo abogado se vería en apuros para explicar la sustancia más profunda de estas actividades, su fondo esencial. Empero, es precisamente el fondo común de la multifacética actividad profesional lo que constituye (o, más bien, debería constituir), al menos en gran parte, la esencia de la educación profesional formal que ofrecen las universidades.

En el lenguaje diario, oímos repetidamente la pregunta: “¿Cuál es la ley sobre X?” Pero una persona que acude a un abogado no está interesada en abstracciones. Esa persona está interesada, más bien, en si debe o no seguir cierto curso de acción y, de ser así, cuál es la mejor manera de proceder al respecto. La acción podría referirse al reordenamiento de sus propios asuntos personales o institucionales, la reestructuración de relaciones con otras personas u organizaciones, la oposición o el acatamiento frente a una demanda interpuesta por otro, o el desistimiento de una demanda contra alguien, o algo similar. Quien recurre al abogado, esto es, el cliente del abogado, puede ser ya sea una persona natural, un grupo de personas, una persona jurídica privada o una entidad pública, incluyendo el estado. El abogado responde mediante consejo *ex parte*, redactando comunicaciones y documentos, negociando en favor del cliente, o defendiendo la posición de éste ante cuerpos legislativos, administrativos o judiciales.

Todo problema sometido a un abogado involucra un conflicto humano. El

conflicto puede haber estallado o haberse incoado. La atmósfera en que se desenvuelve el abogado es, por ende, una de enfrentamiento. Las partes en este tipo de conflicto humano no admiten compartir un propósito común. Los médicos pueden disentir en sus diagnósticos o en los procedimientos a usar para salvar la vida de una criatura, pero están seguros de convenir en que la vida en cuestión debe ser salvada. En el mundo de los abogados, por contraste, es apropiado considerar conveniente el dividir a la criatura en dos.

Los abogados son, pues, fundamentalmente participantes en el manejo de conflictos en que sus clientes pueden estar o están ya comprometidos. Habiendo sido llamado para proteger o promover los intereses de su cliente, el abogado tiene la responsabilidad de determinar hasta qué límites puede y debe perseguir estos intereses. Esta responsabilidad, naturalmente, incluye la identificación de las normas y los principios regulatorios pertinentes, pero también comprende una evaluación del grado de incertidumbre existente en cada instancia y la posibilidad de conflicto con otros intereses como efecto colateral. Asimismo, el abogado debe tener suficiente percepción como para advertir los diversos factores de costo asociados con cada alternativa de acción y el sentido necesario para valorarlos. Pero, incluso, más fundamentalmente, el abogado debe tener la habilidad para ayudar al cliente a ver sus intereses en primer lugar. En otras palabras, el abogado debe ser algo más que un instrumento mecánico al que, habiéndosele dicho "Esto es lo que yo quiero", responde diciendo "Esta es la forma de lograrlo". Este concepto instrumentalista de la abogacía parte del supuesto de que un cliente tiene un conjunto claro de preferencias. Un colega mío en la Universidad de Wisconsin abordó el problema en un reciente trabajo, escribiendo: "En efecto, todo lo que deseamos lograr lo deseamos, esencialmente, por la conexión que suponemos que ello guarda con un sentimiento que anhelamos. Por lo tanto, deseamos no aquello que decimos desear, sino los sentimientos que suponemos que aquello nos producirá. La lista de deseos que un cliente trae a la oficina de un abogado no es una enumeración de estados deseados, sino sólo de aquello que el cliente supone que puede producirlos. Su juicio sobre asuntos de ese tipo tiende a ser especialmente malo en los momentos cruciales en los que acude a un abogado. Decimos que queremos justicia cuando deseamos amor. Decimos que hemos sido tratados ilegalmente cuando estamos heridos. Insistimos en nuestros derechos cuando hemos sido humillados o menospreciados. Queremos dinero cuando nos sentimos impotentes. Propendemos a actuar más seguros de nosotros mismos cuando deseamos con suma desesperación una respuesta simple, humana. Si esto es cierto, el abogado que se presenta como un espejo acrílico no proporciona una satisfacción sino una decepción". En lo que respecta a este tipo de consideraciones, existen, sin duda, diferencias cualitativas entre las preferencias de las personas naturales y las

jurídicas. Debido a la forma en la que se adoptan las decisiones en una organización, la respuesta de un abogado al servicio de tal organización se aproximará, con mayor frecuencia, al modelo instrumentalista. Pero asún en ese caso, las indagaciones sobre el proceso que condujo a una preferencia institucional en particular pueden revelar una discrepancia entre lo expuesto y lo deseado. Por ejemplo, una ley abiertamente dirigida a eliminar un determinado mal social podría hacer más difícil para sus autores el alcanzar su objetivo más amplio de establecer una “buena sociedad”.

Para poder cumplir su labor de resolver conflictos lo más beneficiosamente posible, el abogado debe poseer muchos recursos: el talento para penetrar dentro de la maraña de apariencias y llegar al fondo del problema; de ordenar los puntos de partida establecidos autoritariamente para analizar el problema y reconocer su grado de flexibilidad y las tendencias en su desarrollo y aplicación; de ver las ramificaciones del problema y tener la imaginación para emplear análisis alternativos; de investigar y reunir datos y depurarlos en función de su pertinencia; de comunicarse verbalmente y por escrito con miras a obtener información, impartir consejo, relajar tensiones entre adversarios, y persuadir con respecto a puntos contenciosos. Algunos de estos rasgos pueden constituir aptitudes, pero la mayoría de ellos se basa probablemente en conocimientos y habilidades adquiridos.

Si ésta es la esencia común de la multifacética actividad profesional del abogado, entonces los profesores de derecho tienen la responsabilidad de contribuir al desarrollo de profesionales que reflejen dicha esencia. Sin embargo, los aportes de los educadores tienden a limitarse a las áreas del conocimiento y de las habilidades a partir de la asunción de la validez de la distinción entre aptitud de un lado y conocimiento y habilidad del otro. El asunto relativo a la aptitud puede, sin embargo, ser planteado al momento de la admisión a la universidad —la puerta de acceso a la profesión legal. Esto se ha hecho particularmente en los Estados Unidos, pero con resultados cuestionables. Las aptitudes examinadas son aquellas para las cuales ha sido elaborado y aceptado por evaluadores profesionales y por un número suficiente de sus clientes un método de evaluación dado. La presunción en que descansan estas pruebas, por consiguiente, su confiabilidad, son puestas en duda cada vez más. Adicionalmente, las aptitudes para relacionarse con la gente, para intuir lo que verdaderamente importa, para inspirar confianza y ánimo de conciliación y otras similares no encuentran aún una metodología de evaluación. Aplicar concluyentemente dicho filtro imperfecto y deformado a personas claramente ubicadas en una fase temprana de su elección profesional sería irresponsable, además de poco democrático. En algunas personas, al menos, ciertas aptitudes asoman a la superficie y son afinadas correctamente sólo con el correr del tiempo y a través

de una variedad de experiencias de vida. Digo esto no obstante que reconozco plenamente el hecho de que la sabiduría no está necesariamente vedada a la juventud, ni la estupidez erradicada de la edad más madura.

En la mayoría de las sociedades la edad es un requisito para ocupar puestos públicos seleccionados, para desempeñar ciertas funciones o para disfrutar de ciertas oportunidades como manejar una motocicleta o comprar cerveza. Esto no ha sido, hasta donde sé, puesto en práctica respecto de la educación legal; es decir que la admisión a la enseñanza formal del derecho no ha sido condicionada a la edad o a cierta experiencia mínima de vida, fuera de la secuencia de educación formal previa. Una regla contraria sería difícil de formular, requeriría excepciones y sería una fuente de enormes dolores de cabeza administrativos. La Unión Soviética experimentó con "fusionar la escuela con la vida" durante los años de Kruschchev. Todos los presuntos postulantes universitarios y no sólo los aspirantes a convertirse en abogados, debían hacer una interrupción de dos años en sus estudios para dedicarse a labores ordinarias. Subsecuentemente, algunos aspectos del programa, considerado en su totalidad, fueron dejados de lado, pero el Derecho Soviético aún exige en la mayoría de los casos, la interrupción de dos años. El planteamiento de requisitos sobre educación formal previa para fines de admisión a una escuela o facultad de derecho tiene la función de "envejecer" a los ingresantes. En los Estados Unidos, por ejemplo, un graduado de secundaria que progresa normalmente tiene dieciocho años de edad y trece años de programa formal atrás suyo. En muchos otros países, una persona en esta situación estaría apta para iniciar el programa universitario de derecho. No así en los Estados Unidos, donde se requieren otros cuatro años de educación universitaria no legal. Esto significa que, después de los tres años adicionales de educación formal profesional, el egresado de derecho en los Estados Unidos que ha estudiado ininterrumpidamente desde la edad de cinco años tiene ahora veinticinco años de edad. A esta altura, el graduado tiene la edad suficiente constitucionalmente para servir en el Congreso de los Estados Unidos, pero frecuentemente está casi extenuado. Los valores que la edad cronológica puede brindar son, en este caso, logrados a costa de la motivación personal y emoción intelectual, precisamente durante la última etapa del estudio profesional.

Pero los largos años de instrucción pre-legal requeridos tienen otro efecto no intencional, y más benigno. Muchos universitarios capaces, habiendo agotado tanto su energía como sus recursos financieros, toman un respiro de algunos años. Muchas mujeres casadas, después de graduarse de la universidad, se retiran para formar una familia. La elección no es realmente voluntaria en todos los casos, pero frecuentemente opera satisfactoriamente. Un buen número de estas personas reingresan a la corriente educacional como estudiantes de derecho con madurez y experiencias que realzan su motivación, agudizan sus percepciones y

profundizan su comprensión. Por ejemplo, la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin promueve deliberadamente dicho reingreso a través de sus políticas de admisión. Uno de los factores no académicos en las decisiones sobre admisiones es la variedad de experiencias o antecedentes: “Si un candidato puede proporcionar antecedentes de experiencia de trabajo, experiencia de la vida, actividad universitaria, actividad política, etc., que aporten una perspectiva adicional y distinta al cuerpo estudiantil de la facultad de derecho, esto influirá a su favor”.

Los estudiantes de derecho pueden también madurar antes de iniciar la práctica del derecho sumando años de aprendizaje post-universitario obligatorio a su instrucción académica, en lugar de años de estudio previos al derecho. Esto ha sido ensayado en Alemania. Hasta los años sesenta, se exigían hasta tres años y medio de dicha maduración post-universitaria. Aunque este plazo ha sido reducido generalmente, su efecto permanece intacto. Naturalmente, se ha procurado justificar esta medida por otras razones —como una fase de entrenamiento en habilidades específicas, prácticas, que una comunidad académica está mal equipada para impartir. Una mirada más cuidadosa a lo que realmente estaba sucediendo, sin embargo, reveló una falta característica de supervisión pedagógicamente significativa de los aprendices, ya que ésta era sólo una función adjunta de aquellos a quienes los aprendices habían sido asignados. Como resultado, los practicantes alemanes estaban, en términos generales, simplemente haciéndose más viejos en lugar de más expertos.

Resulta casi innecesario decir que la función manifiesta de la instrucción pre-legal es impartir una buena parte de los conocimientos y habilidades transmisibles. No es demasiado pedir, nos dice la razón, que quienes asisten a un curso de educación profesional no arriben completamente ignorantes y torpes. Los diferentes sistemas de enseñanza formal del derecho, no obstante su variedad, exigen por tanto bastante más que un mínimo esencial de conocimientos y habilidad en este punto. Facilidad para la expresión oral y escrita es esperada rutinariamente. También lo es un monto moderado de exposición sistemática a las instituciones básicas de la sociedad y su desarrollo. Algunos sistemas también dan énfasis considerable a los estudios humanistas, que tienen el efecto de sensibilizar a las personas a las implicancias de la condición, decisión y comportamiento humanos. También sensibilizan a las personas a los valores humanos y sus funciones sociales, que son afectados por el manejo de conflictos. Lo que se exige exactamente debe depender de muchas variables en el sistema educacional, incluyendo el nivel de su desarrollo y estructura general.

¿Qué corresponde entonces propiamente al ámbito de la educación legal? Dijimos anteriormente que una de las responsabilidades del abogado era la identificación de reglas y principios autoritativos pertinentes. Para usar términos

cotidianos menos vagos, el abogado debe ser capaz de referirse a la ley aplicable a los problemas que confronta. No hay duda que ésto debe ser enseñado por una escuela de derecho. Pero, como también hemos intentado demostrar, el problema que interesa debe ser definido y analizado antes que la cuestión de la pertinencia de reglas y principios autoritativos pueda ser resuelta. La percepción de los hechos, el reconocimiento de valores e intereses afectados, y un análisis punto por punto del problema no son meramente habilidades mecánicas. Deben ser cultivadas adecuadamente. Es cierto que no precisan ser parte del programa universitario de estudios, pero a menos que otra institución asuma la tarea de desarrollarlos le toca por defecto a la universidad. También a nivel universitario es que los aprendices profesionales deben conocer, considerar y aprender a vivir con la ambigüedad, incertidumbre y flexibilidad de aquello que denominamos el derecho. ¿En qué otro lugar, salvo la universidad, se animará a estas personas a hurgar las raíces de reglas y principios aparentemente sin vida en la historia y la conciencia, y a desarrollar una percepción de sus implicaciones para nuevas situaciones y los intereses y estructuras éticas más amplias de la sociedad?

Las reglas y principios abstraídos de la complejidad y el desorden de la vida pueden ser, desde el punto de vista docente, un material ordenado para trabajar. Este tipo de material puede ser expuesto ordenadamente, transmitido por medio de la charla magisterial, de clase en clase, y pedir que sea regurgitado en momentos predeterminados. Su conocimiento por los alumnos puede ser definido objetivamente como correcto o equivocado. En el mejor de los casos, esta combinación de sustancia y método proporciona un ejercicio de razonamiento abstracto. En el peor, degenera en la lectura o repetición de textos estatutarios a auditorios pasivos. Los extractos de escritos doctrinarios (a veces por autores de otros siglos y países con condiciones enteramente distintas) pueden suplementar los textos. La realidad es la que pierde, en todo caso. La enseñanza única o principal de la liturgia de los templos de derecho merece todavía otra crítica. En una era de rápido cambio social, las reglas del juego válidas hoy son con gran frecuencia descartadas o drásticamente modificadas mañana. A menos que la enseñanza del texto incluya algo sobre la intratabilidad de los problemas que enfocan las reglas cambiantes, o sobre las maneras alternativas de lidiar con problemas persistentes, o acerca de los modos posibles de abolir completamente los problemas, la vida útil de dicho material tenderá a ser breve. La regla existente puede ser un punto de partida válido para el análisis o un accesorio necesario del mismo; no debe ser el único, ni siquiera el principal producto final del esfuerzo pedagógico.

El análisis de problemas como expediente pedagógico representa la fusión disciplinada de los recursos intelectuales del grupo. Para obtener mejores

resultados, tanto los estudiantes como el maestro deben someterse a una preparación previa común, examinando cuidadosamente los materiales seleccionados para el curso antes de la sesión. Cuando uno o ambos lados fallan, la empresa común fracasa. Los alumnos intelectualmente ávidos y motivados son desalentados por un profesor arrogante, desorganizado, desinteresado o ambiguo. El profesor a su vez es desalentado por una falta de respuesta positiva. En ocasiones ello se debe obviamente a indiferencia y descuido por parte de los estudiantes, pero a veces el profesor reacciona en exceso. Muchos profesores no pueden apreciar la brecha existente entre los alumnos como grupo y ellos mismos en lo que respecta a la capacidad inmediata para llegar al fondo de un problema, o relacionar cualquiera de sus aspectos con el orden mayor de las cosas. Algunos maestros olvidan que su mayor exposición les permite todavía cierta ventaja sobre los alumnos. Algunos profesores parecen también no percatarse del hecho que ellos tienen el control de la amplitud, dirección y marcha del proceso. Cuando sus preguntas cargadas en busca de rápidas soluciones integrativas permanecen en el aire sin respuesta, son dados a culpar a los alumnos por las consecuencias de un error pedagógico. Muchos profesores de derecho parecen desmañados y defensivos en clase, e incómodos con los alumnos fuera de clase. La distancia interpersonal reduce la motivación de los alumnos y daña adicionalmente la imagen de la experiencia de la escuela de derecho como algo provechoso.

El método activo de enseñanza es quizás el más difundido en los Estados Unidos. Aunque algunos de sus beneficios son notables, también está cargado de peligro. Esto se aplica particularmente a su variante más tradicional, conocida ordinariamente —aunque con cierta imprecisión— como “diálogo socrático”. Su propósito declarado es hacer que los estudiantes “piensen como abogados”. Cuando el “diálogo” es usado sin adecuada restricción, conduce a un modo de pensar que involucra ser sospechoso y desconfiado. Se enseña a reevaluar declaraciones, a sacar inferencias de silencios, a buscar vacíos e imprecisiones. Se enseña a hacer de todo, salvo a aceptar una declaración tal como se presenta. Reaccionando a ésto en su experiencia personal, un alumno de derecho de Harvard escribió: “Ni siquiera la escuela de derecho puede abolir la falta de claridad fundamental de muchas situaciones humanas, pero en las escuelas de derecho se hace muy poco esfuerzo para apreciar hasta qué grado la decisión humana es arbitraria. Se nos enseña mas bien que siempre hay una razón, siempre una explicación, siempre un argumento.” Hace recordar la observación del difunto cineasta Jean Renoir: “Sobre esta tierra”, dijo, “hay una cosa que es terrible, y ella es que cada cual tiene sus propias buenas razones”.

Efectivamente, en su búsqueda del modelo de abogado que describimos al principio, la enseñanza formal del derecho tiene la obligación de abordar la

arbitrariedad de la decisión humana y otros factores que constituyen el telón de fondo contra el cual deben examinarse las acciones del investigador tenaz y del defensor apasionado. Lo hace, pero quizás insuficientemente y demasiado tarde. Aquellos a quienes el primer año de derecho ha hecho más escépticos, cuando no cínicos, y tienen por tanto mayor necesidad de otras perspectivas, por lo usual se han retirado parcialmente de la escuela de derecho para entonces. Esto es, se han reorientado en otro trabajo, o se han tornado pasivos e irreceptivos para la etapa avanzada de la educación. Más aún, esta actitud de escepticismo perpetuamente cuestionante también hace a los restantes alumnos activos relativamente impermeables a los enfoques más humanistas de algunos de los cursos subsiguientes.

A cargo de un profesor competente, cierta instrucción en clase basada en algunas suposiciones sustantivas y el método activo en un sentido amplio puede sin embargo, sopesándolo, producir más bien que daño. Además, es una forma barata de instrucción. Una capacidad general para analizar problemas y permitir lidiar con conflictos en forma teórica y abstracta no es la única habilidad que requiere un abogado, sostienen los críticos. En asuntos prácticos, esta capacidad general debe traducirse a habilidades más definidas y aplicarse a situaciones concretas en un contexto cambiante. Dichas habilidades, prosigue el argumento, pueden y deben enseñarse hasta cierto punto en cursos simulando contextos comunes en que operan los abogados: entrevistas con clientes, negociaciones, juicios, defensas de apelaciones, y similares. Más aún, la técnica de simulación debe suplementarse con aprendizajes o asignaciones prácticas. Lamentablemente, la alternativa propuesta no es tan simple de ejecutar. El aprendizaje práctico, en contraste con la enseñanza por simulación, involucra trabajo con clientes reales. El caso práctico no se cierra necesariamente el último día del semestre. Consecuentemente, en un conflicto las consideraciones pedagógicas deben dar paso a los intereses del cliente. Las clases de simulación e incluso la educación práctica son muy costosas. Y sobre todo, si van a formar parte de la enseñanza formal del derecho, surge la cuestión del rol de la universidad. ¿Debe esta fase ser encargada a entidades no universitarias, como ha sido el caso en Alemania e Inglaterra generalmente? ¿O debe la universidad procurar abarcarlo todo, no obstante problemas de asignación de recursos internos y riesgos de divisiones intra-académicas? Las escuelas de derecho en los Estados Unidos han tratado ambiciosamente de apañar todo bajo el mismo techo. Pero falta todavía evaluar su grado de éxito. En una Conferencia Británico-Canadiense-Americana sobre Enseñanza del Derecho en 1960, Robert Megarry del Consejo Británico de Educación Legal-Colegios de Abogados, propuso plantear la siguiente pregunta, para responder cierto o falso, a los delegados a la Conferencia: En Inglaterra, la enseñanza del derecho está organizada para enseñar el derecho separadamente

como una disciplina académica, una ciencia profesional, y técnicas profesionales. La escuela de derecho norteamericana intenta enseñar los tres juntos y tropieza entre los tres.” John Cribett, decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Illinois, es más generoso. Él cree que la singularidad de la educación legal universitaria se deriva precisamente del hecho de que “mira en dos direcciones: al interior, hacia la universidad, con su interés en la vida intelectual y su preocupación por la transmisión y el desarrollo del saber mediante la investigación y la enseñanza; y al exterior, hacia la ley en acción, en oposición a la ley en libros.” Existen, observa él inteligentemente, tensiones que surgen inherentemente de lo anterior.

Como en cualquier empresa humana, también en la educación legal el logro va tristemente a la zaga de la aspiración. Diferencias de opinión, en su mayoría fundadas en convicción honesta, tornan borrosos los objetivos. La tradición e intereses creados influyen grandemente en las selecciones de contenidos curriculares y metodologías de enseñanza. La debilidad humana hace trizas algunas de las técnicas docentes más ajustadas. Las presiones políticas distorsionan la innovación y la reforma. Forzar componentes complementarios aunque algo dispares de la educación en un solo sistema permite menos amplitud a la investigación académica. La investigación legal ha sido una responsabilidad establecida y aceptada de las facultades universitarias de derecho en varios países. Cuando el derecho es concebido como multifacético, la investigación legal tiende a hacerse multidisciplinaria. La novedad, la creciente complejidad y el costo de la investigación legal moderna tiene, como ha sido observado, propensión a sembrar una división entre los colegas académicos o inclinados a la investigación de un lado, y los orientados hacia la práctica del otro. Por último, cualquier acuerdo que finalmente constituya una reforma significativa de la enseñanza del derecho, fracasa con demasiada frecuencia por falta de recursos.

Los males de la educación legal son muchos. Sin embargo, es asunto a discutir si el hecho de que no exista cura perfecta para los mismos justifica el desaliento. Los más optimistas creen que no estamos en presencia de un caso perdido, y están dispuestos a conformarse con medicina diluida y tratamiento parcial. El riesgo que ofrece el desentendimiento total del problema, sin embargo, es demasiado grande y el costo futuro es imponderable. Todos los involucrados deberían tomar nota de la advertencia de una lápida en Inglaterra que, según dicen, lleva esta simple inscripción: LES DIJE QUE ESTABA ENFERMO.

# LA TEORIA DEL RIESGO\*

Susana Zusman Tinman

## 1. UBICACION DEL PROBLEMA

Debemos iniciar esta parte del trabajo ubicando la teoría del riesgo. Ella se encuentra íntimamente ligada a un problema fundamental: la inejecución de las obligaciones.

Como es sabido, y tal como afirma Giorgi<sup>1</sup>, “la obligación... puede quedar incumplida, pudiendo depender el incumplimiento de dos distintos órdenes de causas: causas dependientes de un hecho del deudor y causas no dependientes de este hecho. Ahora bien, si el incumplimiento tiene por causa un hecho del deudor, produce consecuencias para el deudor mismo... Si al contrario, reconoce como causa un evento extraño al deudor, las consecuencias indicadas no se realizan y la obligación queda extinguida como si jamás hubiera nacido...”

Podemos pues apreciar que en un caso —culpa del deudor— éste sufrirá las consecuencias de su acto o negligencia. Si se trata de un evento extraño, el deudor no responderá jamás en aplicación del principio de que “a lo imposible nadie está obligado”.

¿Qué quiere decir Giorgi cuando se refiere a “un evento extraño al deudor”? Creemos que es preciso definir tres conceptos abarcados por lo que Giorgi llama “evento extraño al deudor”. Estos conceptos son: (a) el caso fortuito, (b) la fuerza mayor y, por último, (c) la ausencia de culpa.

Debe advertirse que el análisis de tales conceptos no será hecho en forma exhaustiva, sino con un exclusivo propósito definitorio, para así ubicar mejor la teoría del riesgo dentro de su contexto correspondiente.

El caso fortuito y la fuerza mayor son equiparados por la doctrina moderna. Las legislaciones actuales usan ambos conceptos en forma indistinta. Sin embargo, la distinción puede ser hecha en teoría:

(a) Caso fortuito. Se refiere únicamente a los accidentes naturales. Así, por ejemplo, una inundación, un terremoto, etc. Es lo que el derecho anglosajón denominó “hechos de Dios”.

(b) Fuerza mayor. Comprende los hechos de un tercero y los procedentes

---

1 GIORGI, Jorge, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Traducida de la Séptima edición italiana y anotado con arreglo a la legislación española y americana por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid; Imprenta de la Revista de Legislación, 1909., Tomo II, p. 29.

\* “Extracto de la tesis de Bachiller de la Autora”.

de la autoridad. El derecho anglosajón los denomina genéricamente como “hechos del Príncipe”.

Como ya se dijo, esta distinción interesa únicamente con fines teóricos, pues para la doctrina moderna es irrelevante la causa del evento, es decir, si el daño fue provocado por hechos naturales o por hechos humanos. El caso fortuito y la fuerza mayor, pues, pueden ser perfectamente equiparados.

Parecería ser que nuestro Código Civil hace suya esta amalgamación de conceptos, pues, como anota Osterling <sup>2</sup>, “en el título relativo a la inejecución de las obligaciones (artículos 1319 y 1326) el Código emplea ambas expresiones como sinónimas, utilizándolas conjuntamente, lo mismo que en los artículos 995 y 1180. Con más frecuencia, el Código sólo se refiere al caso fortuito (artículos 840, 1256, 1283, 1533, 1590, 1596, 1618, segundo párrafo, y 1660) y, excepcionalmente, sólo a la fuerza mayor (artículos 1618, primer párrafo y 1625).

En el artículo 1518 —continúa diciendo Osterling— el Código Civil parece distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, pero la interpretación sistemática, conduce a descartar este criterio, que, por lo demás, carecería de relevancia jurídica”.

Giorgi <sup>3</sup> engloba ambos conceptos bajo la denominación general de “caso” concepto que define como “un acontecimiento independiente del hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación”.

(c) Ausencia de culpa: Este concepto, utilizado frecuentemente por nuestro Código Civil, llama a confusión, pues no queda claro si la ausencia de culpa es equivalente al caso fortuito o fuerza mayor o si aquellos conceptos son susceptibles de distinguirse.

La doctrina no es unánime en este sentido. Planiol y Ripert <sup>4</sup> los consideran equivalentes. Al comentar el artículo 1173 del Código Civil francés, consideran que “existe caso fortuito en cuanto no exista culpa del arrendatario, por tanto, le bastará a éste, para demostrar que el incendio no se debe a culpa suya, probar, o bien que el fuego se ha originado en circunstancias de tal naturaleza que bastan a descartar para él toda imputabilidad, o bien, si la causa del incendio es desconocida, probar que en ningún caso dejó de poner en la

---

2 OSTERLING, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936. La Indemnización de Daños y Perjuicios; Tesis de Doctor; Lima, Perú; 1967, p. 27.

3 GIORGI, Jorge; op. cit.; Tomo II; p. 36.

4 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge; en Osterling, Felipe; Inejecución de las Obligaciones contractuales. . . tesis; p. 41.

conservación de la cosa arrendada el cuidado de un poseedor cuidadoso y diligente”.

Los Mazeaud <sup>5</sup>, en cambio, son de opinión contraria, pues al comentar el mismo dispositivo del Código Civil francés consideran que “al arrendatario no le es suficiente comprobar la ausencia de culpa, debe demostrar que los deterioros son debidos al hecho del arrendador, a la vetustez o a la fuerza mayor”.

Respecto de nuestro Código Civil Osterling <sup>6</sup> considera que “los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor son susceptibles de distinguirse. Insistimos desde luego, que en el caso fortuito o fuerza mayor sería un concepto particular dentro del concepto general de la ausencia de culpa. Es la ausencia de culpa, y no el caso fortuito o fuerza mayor, la regla general que exime de responsabilidad al deudor”. Así lo ordena el artículo 1318 del Código Civil al prescribir que “la obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”. En la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, o sea la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias de tiempo y de lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inexecución de la obligación”. Lo que interesa, a fines del presente trabajo es, simplemente, dejar establecido que aún cuando la ausencia de culpa no sea equivalente al hecho fortuito o fuerza mayor, dentro de nuestro Código Civil es suficiente para eximir al deudor de cumplir con su prestación. No es, pues, necesario que el deudor pruebe el hecho positivo, irresistible e imprevisible, sino tan sólo que pruebe su cuidado y diligencia.

Tenemos, pues, que el deudor que incumple con su obligación, ya sea debido a un caso fortuito, fuerza mayor, o simplemente, cuando no sea culpable de la inexecución, queda automáticamente liberado.

Este principio se encuentra consagrado, como ya se ha adelantado, por el artículo 1318 de nuestro Código Civil que dispone que: “La obligación se extingue cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

Tal es el principio general que sobre inexecución de las obligaciones consagran no sólo nuestro Código Civil sino todas las legislaciones. El deudor responde únicamente cuando incumple con su obligación con culpa. En el caso inverso, nunca será responsable por el cumplimiento y, mucho menos, por daños y perjuicios.

---

5 MAZEAUD, Henri, León y Jean en Osterling, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales. . . Tesis, p. 44.

6 OSTERLING, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales. . . Tesis, p. 50.

Ahora bien, la teoría del riesgo, tal como ya adelantamos, se encuentra íntimamente ligada a esta causa de extinción de las obligaciones, es decir, a la extinción por caso fortuito, fuerza mayor o inexistencia de culpa, pero de ninguna manera son lo mismo. Debemos por tanto seguir clarificando el panorama dentro del cual funciona la teoría del riesgo.

Ya hemos visto que aquella funciona en casos de extinción de las obligaciones debida a caso fortuito, fuerza mayor e inexistencia de culpa.

Se presenta, además, dentro del contexto contractual y, particularmente, en los contratos sinalagmáticos.

No consideramos necesario definir lo que entendemos por contrato, aunque sí es pertinente definir lo que entendemos por contrato sinalagmático en oposición a contrato unilateral.

H.L. y J. Mazeaud <sup>7</sup> definen a los contratos unilaterales como “aquellos en que cada una de las partes es solamente acreedora o deudora; ninguna de ellas es la vez acreedora y deudora, no existen obligaciones recíprocas entre las partes. Así, el contrato de préstamo, que no crea obligación sino con cargo al prestatario, obligado a devolver la casa”.

Añaden los mismos tradistas <sup>8</sup> que “interesa no confundir el contrato unilateral y el acto unilateral. El acto unilateral se opone al contrato (acto bilateral o plurilateral), la voluntad de una sola persona produce un efecto jurídico, mientras que el contrato necesita un concierto de voluntades. El contrato unilateral es un contrato: supone el acuerdo de dos o más voluntades. . .”.

El contrato sinalagmático o bilateral es también definido por H.L. y J. Mazeaud. Expresan los mencionados tratadistas <sup>9</sup> que “en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, las obligaciones creadas son recíprocas, cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor; sus obligaciones tienen por causa las del otro contratante suyo, cada cual se compromete con el otro porque el otro se obliga con él. Más que recíprocas, estas obligaciones son interdependientes: la existencia de unas está subordinada a la de las otras. . .”.

Tenemos así que respecto de la teoría del riesgo cuando se trata de un contrato unilateral, es decir, aquel en el que existe obligación únicamente a cargo de una sola de las partes, la solución es clara: el deudor no responde por caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa, de manera que su obligación —la única del contrato— se extingue, quedando absolutamente liberado. Esta solución no es otra que la consagrada por la regla general de que “a lo imposible

---

7 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit.; Parte II, No. 1; p. 109.

8 MAZEAUD, H.L. y J.; op. cit.; Parte II, No. 1; p. 109.

9 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit., Parte II, No. 1, p. 110.

nadie está obligado”, la que, aplicada a un contrato unilateral, conduce necesariamente a la disolución de la única obligación a cargo del deudor. Esta cuestión no ofrece problema en absoluto. Nadie pone en duda que si la obligación llega a ser imposible sin culpa del deudor, aquél no está obligado a cumplirla.

Es por eso que Josserand<sup>10</sup> explica que “si la obligación hubiese procedido de un contrato unilateral, las cosas quedarían así, y la situación sería muy sencilla, pero se complica cuando la obligación se desprende de una obligación sinalagmática, en la cual cada una de las partes desempeñaba por consiguiente, el doble papel de acreedor y de deudor: se plantea entonces la cuestión de saber qué ocurre con la obligación que le servía de contrapartida a la obligación extinguida por imposibilidad de ejecución. ¿Sobrevivirá o desaparecerá ella también en virtud de una ley de simetría contractual?”.

Queda de esta manera planteado el problema del riesgo: en un contrato sinalagmático, extinguida una de las obligaciones a cargo de una de las partes, ¿qué ocurre con la obligación aún posible, que tiene como contrapartida a la obligación extinguida?

¿Seguirá vigente, por ser aún posible? ¿O desaparecerá en virtud de la correlatividad de las obligaciones nacidas en un contrato sinalagmático?

La cuestión de los riesgos, entonces, no es que no se plantee en un contrato unilateral. Lo que sucede es que en esos casos existe una única y posible solución que es la extinción de la obligación.

El problema se torna complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral. La obligación del deudor, ya sabemos, queda extinguida, preocupándonos, tan solo, el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia.

La teoría del riesgo está destinada, precisamente, a solucionar este problema, es decir, a decidir si la obligación del acreedor (a su vez deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse también.

Seguiremos restringiendo el alcance de la teoría del riesgo, aunque ya no por ser su panorama necesariamente más restringido, sino a efectos de nuestro trabajo.

Queremos decir con esto que la teoría del riesgo pretende solucionar el problema aludido dentro de cualquier contexto contractual, siempre y cuando se trate de un contrato sinalagmático. El contrato puede generar obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquiera de los tres casos dicha teoría funciona perfectamente, pues su interés estará en solucionar el destino de la obligación

---

10 JOSSERAND, Louis; op. cit.; Tomo II, Vol, p. 254.

correlativa, aún cuando la obligación extinguida sea una de dar, de hacer o de no hacer.

El interés de nuestro trabajo está dirigido principalmente a los contratos generadores de obligaciones de dar o, hablando con más propiedad, a aquellos en los que la obligación que se extingue sea siempre y necesariamente una obligación de dar. Es en este sentido que podemos ya referirnos con toda propiedad a “la pérdida de la cosa debida”, expresión utilizada frecuentemente. La obligación correlativa puede ser una de dar, de hacer o de no hacer. Eso ya no interesa. Lo importante es que la obligación extinguida sea una de dar. Puede presentarse, utilizando la terminología romana, en los siguientes dos contextos:

- (a) Doy para que des.
- (b) Doy para que hagas (o no hagas).

Debe, sin embargo, decirse que el contexto general y propio de la teoría del riesgo abarca a todas las categorías de obligaciones a las que hemos aludido y no debe dejarse de pensar que las obligaciones de dar difieren sustancialmente de lo que la teoría del riesgo informa respecto a las demás categorías de obligaciones. En otras palabras, la teoría del riesgo se ocupa de todas ellas, aunque nuestra atención estará dirigida casi exclusivamente a las obligaciones de dar. Además está decir que en estos casos la imposibilidad debe ser subsecuente al nacimiento de la obligación. Si ella es anterior o concomitante con su nacimiento, estamos ante un problema totalmente diferente: el de la obligación sin objeto, cuya nulidad es evidente.

Para decidir entonces que estamos ante un problema de riesgos, deberá presentarse un supuesto conformado por los siguientes elementos:

- (a) Que se trate de un contrato sinalagmático.
- (b) Que exista imposibilidad de cumplir con una de las prestaciones.
- (c) Que la prestación correlativa sea aún posible de cumplirse.
- (d) Que el incumplimiento se deba a caso fortuito, fuerza mayor o que no exista culpa en el deudor de la obligación.
- (e) A efectos de nuestro interés, que la obligación extinguida sea una obligación de dar una cosa cierta es decir, que se trate de pérdida de la cosa. Las cosas fungibles tienen sus normas particulares.
- (f) Que la imposibilidad sea subsecuente al nacimiento de la obligación.

Presentes estos elementos, estamos ante un problema que reclama solución mediante la teoría del riesgo.

Ya podemos apreciar cómo es que la teoría del riesgo, si bien tiene vinculación con el aspecto más general de la inejecución de las obligaciones, de ninguna manera se identifica con ella. El problema es mucho más restringido y pretende buscar una solución que partiendo de la inejecución de obligaciones es

diferente. Así, Tartufari <sup>11</sup> explica que “la cuestión del riesgo y peligro en materia de compra-venta, se reduce en sustancia a buscar sobre cuál de los dos contratantes debe recaer el daño derivado de la pérdida o deterioro de la cosa vendida. Y esto mismo sugiere dos observaciones: la primera es que tal cuestión, aún cuando se vincula a aquella más general del caso fortuito como causa de extinción de las obligaciones, no debe sin embargo confundirse con ella, ya que, verdaderamente, tanto en la hipótesis de que el riesgo esté a cargo del comprador, como aquella en que está a cargo del vendedor, nadie duda de que la pérdida de la cosa libere a este último de hacer su entrega. Y, sin embargo, mientras en un caso subsiste en él el derecho al pago del precio, en el otro, por el contrario, queda extinguido, lo que importa, que aquí debe tenerse en consideración, no solamente la obligación del vendedor sino también la del comprador, según que esta última sobreviva o no a la extinción de aquella. . .”.

Como una cuestión puramente aclaratoria debemos decir que muchos autores colocan el problema del riesgo en un contexto contractual muy restringido, cual es el de la compraventa y la permuta. Nosotros debemos decir que si bien es cierto que ambos contratos son los únicos contratos nominados en los que el problema se presenta (por ser los únicos contratos sinalagmáticos cuyo objeto es una obligación de dar para transferir derechos reales), debemos admitir la vigencia del aludido problema en el contexto de los contratos innominados a los que hemos hecho referencia, es decir, el contrato que incluye la obligación “doy para que hagas”, que, como es obvio, no es el caso de la compraventa ni de la permuta.

Sin embargo, es claro que los contextos contractuales en los que el problema se presentará más frecuentemente serán la compraventa y la permuta.

Ya clarificado el contexto dentro del cual el problema del riesgo se presenta, es decir, el del contrato bilateral y habiendo determinado que la pregunta fundamental consiste en averiguar lo que ocurrirá con la obligación del acreedor-deudor, es decir, si ella es mantenida o queda a su vez disuelta por efecto de la disolución de la obligación correlativa, debemos analizar las soluciones que el Derecho ha brindado al problema en cuestión. Tales soluciones no han sido uniformes. Ellas, sin embargo, han oscilado entre tres claramente determinadas.

(a) Res perit creditori, es decir, la que propugna la manutención de la obligación correlativa. Este aforismo fue denominado en Roma “res perit emptori”, o lo que es lo mismo, “la cosa se pierde para el comprador”, pues lo

---

11 TARTUFARI, Luis. *De la Venta y el Reporto*; en *Derecho Comercial* Bolaffio; Rocco y Vivante, Ediar, Soc. An., Editores, Buenos Aires, 1948, Sexta Edición enteramente reformada, Tomo IV, Vol. I, p. 393.

referían expresamente a la compraventa.

(b) *Rés perit debitor*, que sostiene la disolución de la obligación correlativa si la obligación del deudor ha sido extinguida. Esto, referido a obligaciones de dar, significará que la cosa se pierde para el deudor, lo que equivale a decir que aquél no tendrá derecho a la contraprestación.

(c) *Res perit domino*, que une la carga del riesgo a la propiedad. La cosa, en este caso, se perderá para quien sea propietario de ella, dependiendo la asunción del riesgo de la condición de propietario.

Debemos adelantar que es entre estas tres soluciones que ha oscilado el Derecho a lo largo de su evolución, otras no han podido ser imaginadas. Además, consideramos necesario también anticipar que ninguna de ellas consiste en un principio general del Derecho, cuya inclusión en un sistema legal sea necesario.

Ha contribuido a ello, sin duda, la creencia de que el *res perit domino* es un principio y que la propiedad y el riesgo se encuentran unidos de manera irreductible, dependiendo un concepto del otro.

Es para clarificar esta cuestión y para observar el desenvolvimiento que tales aforismos han sufrido en los grandes sistemas legales, particularmente en los sistemas matrices, es decir, el romano, el francés y el alemán, que haremos una breve reseña histórica de la aplicación de las soluciones mencionadas, tratando de colocar a cada una dentro del sistema legal en que fueron propuestas, lo que nos permitirá desprendernos del mito de que alguna de tales soluciones constituye un principio inamovible. En este sentido, nuestro esfuerzo se encontrará centrado en derribar el mito relativo al *res perit domino*.

Nos proponemos analizar y casi diríamos describir, el funcionamiento de cada uno de estos principios en el Derecho Romano, Francés y Alemán, para luego analizar los Códigos brasileño y argentino, fuentes primordiales de nuestro Código Civil de 1936, para desembocar luego en un análisis de la teoría del riesgo dentro de nuestro ordenamiento civil.

## 2. *EL RES PERIT DOMINO*

### 2.1 *Su introducción por la Escuela de Derecho Natural*

Trataremos de dar una explicación, que a nuestro juicio es la más coherente, respecto de la introducción del *res perit domino* por los juristas de la Escuela de Derecho Natural.

Ya hemos explicado cómo es que los canonistas introducen la noción de causa de la obligación en el contexto contractual.

La preocupación central de los juristas mencionados, como ya se ha dicho, consistió en introducir la equidad dentro del ámbito obligacional, recurriendo a

la causa motivo, luego descartada por Domat, así como a la causa de la obligación.

La noción de causa de la obligación fue utilizada por los ius naturalistas, inspirándose en los canonistas, para establecer la interdependencia de las obligaciones nacidas en el ámbito de un contrato sinalagmático.

Dado, entonces, que la obligación de cada una de las partes contratantes tenía por causa la de la otra, desaparecida una de las obligaciones por imposibilidad de cumplimiento, la obligación correlativa dejaba automáticamente de tener una causa abstracta, precisamente por la extinción de la obligación que le servía de contrapartida.

La solución romana —es decir, la de mantener la permanencia de la obligación correlativa— dentro de este contexto ya no tenía razón de ser. Desaparecida una de las obligaciones, su extinción debía arrastrar a la obligación que tenía por causa la obligación extinguida.

Es así como dichos juristas invierten la solución romana, colocando los riesgos a cargo del vendedor (o, en términos generales, del deudor). De esta forma liberan al comprador (o acreedor) de cumplir por su parte con su propia obligación. Ella —la obligación del acreedor— no tenía ya razón de subsistir.

Si la obligación imposible de extinguía —y, por lo tanto, lo mismo sucedía con la obligación correlativa— todo quedaba como si nada hubiera acontecido y es en ese momento cuando dichos juristas recurren al concepto de propiedad y se preguntan: ¿no es normal acaso que la pérdida de la cosa la asuma el propietario?

Sin lugar a dudas, en circunstancias normales en las cuales no existe una obligación pendiente de cumplimiento, la destrucción de la cosa conducirá necesariamente a la extinción del derecho real que sobre ella existe. En otras palabras, destruída la cosa, el derecho real ya no tiene razón de existir y se extingue con la cosa misma.

Respecto a esta situación, es decir, a aquella en la que no existe obligación pendiente, es indudable que la solución sólo puede ser una: la de la extinción del derecho real.

Sin embargo, debemos reconocer que para llegar al concepto de propiedad han debido ocurrir dos circunstancias:

(a) Que una de las obligaciones se haya vuelto imposible sin culpa del deudor.

(b) Que la obligación correlativa se haya extinguido.

Una vez que todo ello ha sucedido, ¿qué quedaría? La situación de un propietario (que nunca perdió su propiedad por ser el sistema materialista) sin obligación pendiente, ni a su cargo, ni a su favor.

Es así como nos explicamos que se haya recurrido al concepto de

propiedad. Si bien es cierto que se llegó a tal concepto, lo importante a efectos del riesgo es que se desvinculó al acreedor de cumplir con su propia prestación y lo único que quedaba era la noción de propiedad.

Más que en busca de un concepto imprescindible, se llega a la propiedad, posiblemente, como a una forma de ejemplificar que ya no quedaba relación obligacional pendiente; quedaba una relación entre un sujeto y la cosa: derecho real. Ante esta situación se aplicaba el principio del *res perit domino*. Podemos incluso decir que tan válido como hablar del *res perit domino* en ese contexto es hablar del *res perit debitor*, pues si el fin perseguido consistió en desvincular al acreedor, el principio equivalente al *res perit domino* es el del *res perit debitor*. No hay nada en esencia que los distinga.

Ahora bien, sabemos que la Escuela de Derecho Natural tuvo una enorme influencia tanto en Domat como en Pothier (quien como veremos luego no es totalmente adepto a tal Escuela), ambos inspiradores del Código Civil francés, así como en los legisladores franceses.

Otra cuestión importante que deriva de lo anteriormente dicho será la de aclarar que el *res perit domino* fue una solución que se concibió directamente derivada de la naturaleza jurídica del contrato sinalagmático.

Muchos tratadistas encuentran un principio de justicia o equidad en el hecho de haber recurrido a la propiedad, considerando, por ello, que, concebido en abstracto, el *res perit domino* es un principio de Derecho.

Nada más falso que aquello. La equidad fue introducida en el Derecho mediante el concepto de causa o, lo que es lo mismo: de la interdependencia de las obligaciones. Se consideraba más justo desvincular al acreedor de su propia obligación si el deudor no podía cumplir con la suya.

Pero podemos decir que inclusive la mira en la introducción de la equidad no estuvo propiamente en la cuestión del riesgo. Más bien, se introdujo para desvincular al acreedor cuando el deudor no cumplía con su prestación, sin hacerse referencia expresa al caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, fundamentalmente para permitir la penetración de la excepción "*non adimpleti contractus*" y la condición resolutoria es que se recurre a la interdependencia de las obligaciones. La cuestión del riesgo se vio beneficiada, si se quiere de manera indirecta, por la doctrina de la interdependencia de las obligaciones.

La explicación es muy sencilla. Si nosotros nos preguntamos ¿es justo que el comprador se vea obligado a pagar el precio cuando nada recibe?, la respuesta será que como es evidente.

Pero, si también nos preguntamos si es justo que el vendedor no reciba el pago del precio cuando la cosa se perdió sin culpa suya, habiendo concertado válidamente una obligación, deberemos de responder que, en este caso, tampoco

la situación es justa.

La cuestión que queremos clarificar es que cuando se trata de la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o, simplemente, de inexistencia de culpa, la cuestión de la equidad no funciona necesariamente. En ninguno de los dos casos antes planteados podemos hablar de justicia o injusticia. Si se trata del incumplimiento culposo o doloso de una obligación nacida de un contrato sinalagnático, podemos decir con toda propiedad que es justo que el acreedor, a su vez obligado, se niegue a cumplir con su propia prestación. En este contexto sí juega la equidad.

Como manifestábamos antes, pues, la problemática del riesgo se vio influenciada por la noción de causa, pero no puede hablarse propiamente de que la equidad se haya introducido en la cuestión de los riesgos.

El único aspecto equitativo dentro del problema del riesgo es el de posibilitar al deudor de incumplir con su prestación sin daños, cuestión que, como ya se afirmó, forma parte de la teoría del riesgo pero no es lo mismo que ella.

Podemos afirmar que la noción de equidad no se encuentra presente en la teoría del riesgo, de lo que puede colegirse que el recurrir al concepto de propiedad no encierre éste en sí mismo tampoco una noción de equidad. El *res perit domino* no es entonces un principio de Derecho del que no pueda prescindirse, sino un recurso utilizado dentro de un contexto particular —el de la desvinculación de obligaciones—, indicativo de que de no existir ya relación contractual, lo que queda es un derecho de propiedad que se extingue con la extinción de la cosa.

Entender, por tanto, que el concepto de propiedad o, en otras palabras, el decir que la cosa se pierde para su dueño, sea una cuestión más justa que el decir que la cosa se pierde para el acreedor o para el deudor, no tiene sentido alguno. Esto nos demuestra la inconsistencia del *res perit domino*.

En buena cuenta, existen dos soluciones contrapuestas: o bien mantener vinculado al acreedor a cumplir con su prestación, o bien desvincularlo por completo. Respecto a la calidad de propietario, como se trata de la transferencia de un derecho real, será dueño en un caso el acreedor y en otro el deudor, según el sistema por el que se opte. Será, por tanto, suficiente referir la problemática del riesgo al acreedor o al deudor, sin que la propiedad juegue para nada por tratarse de relaciones puramente obligacionales, y por que su inclusión no encierra principio alguno de justicia, tal como se ha pretendido.

El *res perit domino*, pues, en nuestro concepto no tiene vigencia real. En un caso será el acreedor el propietario y en otro lo será el deudor. Si se trata de desvincular o de mantener la obligación correlativa, el concepto de propiedad no

juega para nada en este contexto.

### 3. LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Después de haber explicado la evolución de la teoría del riesgo, su correcta ubicación y la naturaleza del res perit domino, nos queda por analizar acuciosamente el problema del riesgo dentro de nuestro Código sustantivo. La mayor parte de la doctrina nacional ha sostenido que tal principio se encuentra contenido en el artículo 1175 de nuestro Código Civil, el que establece que si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación.

El mencionado dispositivo se encuentra ubicado en el Título I Sección Segunda, referida a las Obligaciones de Dar.

Unido al problema del riesgo se encuentra el artículo 1318 del mismo cuerpo legal, que dispone que “la obligación se extingue cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

El artículo 1318 se encuentra ubicado en el Título IX de la misma sección, referido a la Inejecución de las Obligaciones.

Dentro del mismo título debemos hacer referencia a dos artículos importantes, también vinculados a la problemática del riesgo. Ellos son el artículo 1326 que dispone que el obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad, y, el artículo 1327. “El deudor que se libere de su responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubieran quedado relativos a ella”.

Debemos, en primer lugar, referirnos a la génesis del artículo 1175 y otros relacionados con la cuestión de los riesgos.

#### 3.1 *El Segundo Anteproyecto y el Proyecto de Código Civil*

En el Segundo Anteproyecto se encuentran los siguientes artículos:

Artículo 118: Si la cosa mueble cierta se perdiera sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes.

Se cita como antecedente del mismo al artículo 865 del Código Civil brasileiro.

Respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer, se encuentran consignados los siguientes artículos.

Artículo 129: “Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación

queda extinguida para ambas partes y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido”.

Artículo 134: Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida.

En el Proyecto de Código Civil, encontramos el siguiente artículo:

Artículo 1165: Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación.

Puede apreciarse que entre el artículo 118 del Segundo Anteproyecto y el artículo 1165 del Proyecto de Código Civil existe una diferencia, es decir, que el artículo 1165 excluye la frase “para ambas partes”.

Como ya fue explicado a propósito del problema de transferencia de propiedad, desde el Segundo Anteproyecto hasta el Proyecto transcurren varios años y el Proyecto aparece sin que se de explicación de ciertos cambios, supresiones o adiciones efectuadas.

Tal como puede apreciarse, este es, precisamente, uno de los casos en los que esto sucedió; es decir, que se suprime una expresión importantísima sin darse razón de tal supresión. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil, elaborada por Manuel Augusto Olaechea, tampoco explica el motivo de tal supresión.

Esta cuestión es de una importancia capital, pues, tal como explicaremos a propósito del artículo 1175 del Código Civil, la supresión de dicha frase cambia por completo el sentido del artículo 1165 del Proyecto, equivalente al artículo 1175 del Código definitivo.

No es posible determinar la razón de tal supresión, es decir, si se la consideró redundante o si simplemente se quiso variar el sentido del artículo, cuestión que no debe ser descartada como posibilidad.

Todo ello nos demuestra nuevamente la poca consistencia del método histórico de interpretación. Se ha transformado por completo un artículo, sin darse explicación de lo hecho e, incluso, entre los mismos elementos componentes del método histórico; es decir, entre el Segundo Anteproyecto y del Proyecto definitivo existe variación.

Adelantamos, pues, que recurrir en este caso al método Histórico es tan peligroso como estéril, aún cuando posteriormente nos valdremos de una opinión de Manuel Augusto Olaechea que aparece en las Actas de la Comisión Reformadora que resulta sumamente interesante.

Lo importante en este caso es simplemente describir la evolución del dispositivo en estudio y analizarlo tal como lo encontramos dentro del Código Civil vigente. No obstante, antes de entrar a analizar el artículo 1175, es conveniente detenemos un poco en la teoría general del riesgo. Ya hemos

advertido que nuestro interés primordial será puesto en el caso de pérdida de la cosa mueble, es decir, que atenderemos fundamentalmente al problema de la inejecución de la obligación cuyo objeto es un cuerpo cierto, es decir, la obligación de dar.

Sin embargo, es importante averiguar si respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer nuestro Código regula el problema del riesgo.

El artículo 1184, ubicado bajo el Título II de Obligaciones de Hacer, dispone que “si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido”.

El artículo 1188 dispone a su vez que “si la obligación fuese de no hacer y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El artículo citado se encuentra ubicado en el Título II referido a Obligaciones de No Hacer.

Respecto a los contratos unilaterales, nuestro Código Civil regula la cuestión en el título de cada contrato en particular.

Así, el artículo 1577 dispone que el que recibe algo en mutuo es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega, y le corresponde la mejora, deterioro o destrucción que sobrevenga después.

El artículo 1589 dispone, a su vez que “corresponde al comodante, el aumento y menoscabo o pérdida de la cosa prestada, a no haber culpa de parte del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio.

El artículo 1610 establece que “es de cuenta del depositante, el deterioro o pérdida de la cosa sin culpa del depositario”.

Respecto al contrato de compraventa, el Código Civil no regula la cuestión de los riesgos.

Debemos averiguar también si nuestro legislador ha recogido el contrato sinalagmático con la naturaleza que le hemos atribuido, es decir, como aquél en el cual las obligaciones son recíprocas e interdependientes.

Esto es sumamente importante por derivar la teoría del riesgo de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático, tal como ya se explicó. Tenemos, en primer lugar, el artículo 1255 que establece que “en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplir la que le concierne”. Este artículo contiene el principio de que “la mora purga la mora”, típica derivación de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

De otro lado, el referido artículo 1341 dispone que hay condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral, y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne.

El artículo 1342, recogiendo la excepción non adimpleti contractus,

dispone que en los contratos bilaterales, no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciese cumplirlo. Ambos dispositivos constituyen, igualmente, una derivación de la naturaleza recíproca del contrato sinalagmático.

El artículo 1343 establece, a su vez, que “si después de concluído el contrato bilateral, sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación, en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantía bastante”.

Igualmente, este dispositivo consagra la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

Citados estos dispositivos a manera de ejemplo, puede decirse, con toda certeza, que nuestro Código Civil entiende la interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático.

Tenemos, entonces, que nuestro Código Civil regula bajo el rubro de Obligaciones de Dar, la pérdida de la cosa; bajo el rubro de Obligaciones de Hacer, la imposibilidad de ejecución sin culpa, lo mismo que bajo el título de las Obligaciones de No Hacer.

Respecto a cada contrato en particular existe un artículo destinado a regular la cuestión del riesgo, artículos a nuestro juicio innecesarios, pues el artículo 1318 podría cubrirlos perfectamente, salvo el caso del mutuo, el que por tener por objeto cosas fungibles merece una regulación especial.

Ahora bien, lo que interesa es analizar la forma como ha sido tratado el problema del riesgo por nuestra legislación sustantiva. Este punto, consideramos necesario tratarlo después de analizar el artículo 1175 del Código Civil. Lo que nos interesa destacar en este punto es que la cuestión del riesgo no parece haber sido ajena al legislador, lo mismo que la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

### *3.2 Análisis del artículo 1175 del Código Civil*

Debemos empezar el análisis del mencionado dispositivo diciendo que nuestro Código Civil no establece expresamente lo que debe entenderse por pérdida de la cosa debida.

El Código francés, en cambio, sí lo hace.

El Código argentino hace lo propio en el artículo 891, el cual dispone que “la cosa que debía darse sólo se entenderá perdida en caso que se haya destruído completamente, o que se haya puesto fuera del comercio, o que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia”.

Nuestro Código Civil deja de lado tal cuestión, la misma que, a nuestro

modo de ver, es importantísima, pues no puede saberse lo que para el Código Civil es la pérdida de la cosa. ¿Incluirá las tres posibilidades del Código argentino, o debemos simplemente entender el término en su expresión literal más estricta, expresión que como máximo incluiría pérdida y destrucción?

Y es aquí que debemos detenernos para hacer un comentario general de nuestro Código Civil. Dicho cuerpo de leyes, por el prurito de que un Código es más técnico cuanto menos define, deja de dilucidar cuestiones de suma importancia, tales como la definición a la que aludimos. Si bien es cierto que en los artículos 1326 y 1327 se alude a pérdida o destrucción, no podemos determinar si la puesta fuera del comercio (una expropiación, por ejemplo) podría constituir un caso de pérdida o estaría comprendida en la sustitución de la obligación, en cuyo caso el deudor deberá ceder sus derechos y acciones al acreedor, sin poderse desvincular ni él ni el acreedor de sus respectivas obligaciones.

El Código Civil peruano resulta, en ocasiones, demasiado técnico, pues deja de definir aspectos en los que debe el legislador tomar partido necesariamente. No se trata en este caso de que propugnemos una vuelta al sistema del Código de 1852 o al mismo Código Civil francés, pero consideramos que existen casos en los que es imperioso un pronunciamiento, ya sea en uno u otro sentido.

Un Código que define, tiene muchas más posibilidades de perdurar que uno que no lo hace. Podemos apreciarlo en el Código Civil francés, el que constituyó modelo de muchas legislaciones extranjeras y esto por su gran claridad. El Código Civil alemán, cuyo tecnicismo es igualmente muy grande, en muchas ocasiones se ve precisado a definir e, incluso, a regular instituciones con muchísimo detalle.

Esto no significa que el juez —quien en definitiva aplicará la norma— se deba encontrar obligado y restringido por tales definiciones. Ellas podrían constituir simples pautas aclaratorias, lo que contribuiría a dar mayor riqueza y perdurabilidad a un cuerpo sustantivo.

Es por ello que la técnica legislativa de nuestro Código Civil deja mucho que desear en innumerables aspectos. Un Código que no contiene Exposición de Motivos y cuyos trabajos preparatorios son poco claros y explicativos y cuyas definiciones son prácticamente inexistentes, tendrá todas las características de escasa claridad, por lo que las controversias sobre su contenido serán muy grandes.

Volviendo al inicio de este segmento, si quisiéramos entender entonces la definición de pérdida de la cosa, deberíamos recurrir a los artículos 1326 y 1327 por interpretación extensiva, para que nos den la solución. Una interpretación literal conduciría en este caso a una contradicción con el sistema lo que resultaría en un sinsentido. El por ello que utilizamos, en este caso, la interpretación

extensiva, es decir, que recurriendo a los artículos 1326 y 1327, ampliamos el concepto estricto de pérdida de la cosa, por el sinsentido que resultaría de que en un caso comprenda dos conceptos y en el otro tan solo unos\*.

Esto no contradice en nada la necesidad de que en este caso concreto nuestro Código debiera definir, dándole así más claridad a la institución que estudiamos.

Una vez dejado este problema en claro, debemos analizar ya el artículo 1175 de nuestro Código sustantivo.

Ha quedado ya claro que cuando una de las obligaciones se convierte en imposible —lo que en obligaciones de dar significa la pérdida de la cosa—, ella se extingue en virtud de lo dispuesto por el artículo 1318 de nuestro Código Civil.

Pues bien, dentro del contexto de un contrato sinalagmático, ¿qué ocurrirá con la obligación correlativa?

León Barandiarán <sup>12</sup> afirma que “el riesgo y el peligro tratándose de bien mueble, lo soporta el deudor (artículo 1175), así como a él corresponden los aumentos y mejoras, por los cuales podrá exigir un alza en el precio. Es que hasta el momento de la tradición, el deudor continúa como propietario y res perit domino (sic). . .”.

Continúa el mismo autor <sup>13</sup> afirmando que “los artículos 1175, 1176 y 1177 son consecuencia del régimen de que antes de la tradición el acreedor de la cosa no es aún propietario, sino que se conserva como tal el deudor de modo que éste y no aquél debe soportar la pérdida o deterioro que sufra la cosa por caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, que se confirma la regla del res perit domino. Es por eso que el artículo 1175 dispone que en caso de pérdida, la obligación queda disuelta para ambas partes, o sea que si el deudor no puede dar la cosa, porque ha perecido, tampoco puede exigir el pago del precio convenido por ella, o en su caso, debe serle repetible el precio que recibió pues la obligación hubiera carecido de causa”.

El comentario de León Barandiarán encierra tres cuestiones importantes que debemos analizar.

(a) Que al deudor corresponden los aumentos de la cosa antes de efectuar la tradición.

(b) Que el artículo 1175 contiene la teoría del riesgo

(c) Que el principio que recoge es el del res perit domino.

Respecto al punto (a), puede apreciarse que ni el artículo 1175 ni ninguno

---

\* N. del A. Ya ha sido explicado ampliamente en el Capítulo I el alcance del método extensivo de interpretación.

12 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil peruano; Tomo II, p. 24.

13 LEON BARANDIARAN, José, op. cit., p. 32.

otro contemplan el caso de aumento o mejora de la cosa.

¿Existe alguna razón para vincular el aumento de la cosa al caso de pérdida de ella?

Ya hemos manifestado que en la cuestión de la pérdida de la cosa, lo mismo que en cuanto al aumento de ella, no existe principio alguno que pueda derivarse naturalmente del Código. El legislador puede optar por colocar la pérdida, así como el aumento, en manos de uno u otro contratante.

Derivar la solución de que los aumentos, en este caso, corresponden al deudor, consiste en hacer decir a la ley lo que ella no dice y establecer una vinculación entre la pérdida de la cosa y su aumento que no es necesariamente cierta. No olvidemos cómo la Escuela de Derecho Natural demostró que no existía proporción entre el aumento y la pérdida de la cosa, de modo que la vinculación no debe necesariamente ser hecha.

La cuestión del aumento, podemos encontrarla, en nuestra opinión, en dos normas:

Artículo 1402: “En el caso de ser culpable el vendedor por la demora de entrega, es responsable al comprador por los frutos de la cosa, desde que debió ser entregada y por los perjuicios. .”.

Parece ser que en el caso de la compraventa, el legislador coloca el caso de la percepción de frutos en manos del comprador únicamente desde que hay mora. Esto nos hace pensar que sería el vendedor el que percibe los frutos hasta el momento de entregar. Sin embargo, el artículo en mención no distingue si se trata de bienes muebles o inmuebles. Une simplemente la percepción de los frutos a la entrega ya sea de un bien mueble o inmueble, de manera que si bien es cierto que respecto de bienes muebles, su solución coincidiría con la de León Barandiarán, es decir, que el deudor hace suyos los frutos (o aumentos en general) hasta el momento de la tradición, en el caso de inmuebles, en el que según el mismo autor la solución del Código es la de poner los riesgos a cargo del acreedor, los aumentos de la cosa seguirían estando en manos del deudor. La proporcionalidad que pretende establecer entre aumentos y deterioros, pues, no existe a tenor del artículo 1402. Tenemos, entonces, que según el artículo 1402 los aumentos no serían para el mismo para quien es la pérdida.

El artículo 1402 se refiere únicamente a compraventa y nosotros hemos manifestado que la pérdida de la cosa puede producirse también en un contrato innominado de “doy para que hagas”. Sin embargo, en aplicación del método de interpretación contractual que consiste en recurrir al contrato que más se asemeje al que tratamos de interpretar, cabe recurrir al artículo 1402.

La afirmación de León Barandiarán, pues, a nuestro juicio, carece de sustento, tanto por derivar del artículo 1175 consecuencias que dicho dispositivo no prevé expresamente, tanto porque su propio planteamiento (es decir, que los

aumentos son para el mismo que soporta la pérdida) se ve contradicho por el artículo 1402 que no distingue entre bienes muebles e inmuebles. En el caso de inmuebles, pues, el acreedor que soportaría el riesgo de la cosa no se vería beneficiado por los aumentos.

Podría quizás unirse la cuestión del aumento al artículo 850 del Código Civil, en tanto que expresa que el propietario hace suyos los frutos de la cosa. Deberá por tano averiguarse primeramente quién es propietario en el caso de bienes muebles —cuestión controvertida como se mostró en el primer capítulo— y en el caso de bienes inmuebles, cuestión clarísima conforme al artículo 1172 del Código Civil. No responderemos el primer interrogante, pero si respondemos el segundo, es decir, quién es el propietario de bienes inmuebles, notaremos nuevamente que el artículo 1402 contradice claramente la percepción de frutos por parte del propietario.

Podemos entonces decir, con toda certeza, que la cuestión de los aumentos es un asunto en el que el legislador puede optar. No deriva necesariamente de la cuestión del deterioro y no se encuentra vinculada necesariamente a la propiedad, ya que el artículo 1402 la vincula a la entrega, la que, como ya se demostró en el primer capítulo, no significa transferencia de propiedad. Podemos concluir anotando la necesidad de regulación de este aspecto por nuestro Código Civil, aspecto que en el caso de otros contratos (comodato, depósito, etc.), regula con toda precisión.

(b) Respecto a la cuestión de determinar si el artículo 1175 contiene la teoría del riesgo, debemos detenernos a analizar gramaticalmente el mencionado dispositivo.

Ya hemos adelantado que la norma que sirvió de antecedente al artículo 1175 es el artículo 865 del Código Civil brasileiro, que dispone que “si en el caso del artículo anterior, la cosa se pierde sin culpa del deudor antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes”.

Nuestro artículo 1175 repite al artículo 865 del Código Civil brasileiro, salvo en la última frase, es decir “para ambas partes”.

Tenemos entonces, que ante la supresión de esta frase, nos queda la expresión “queda disuelta la obligación”.

¿A cuál obligación se estaría refiriendo el legislador? ¿A la obligación imposible o a la obligación correlativa?

Utilizando la interpretación literal estricta, notamos que si el Código se refiere a que queda disuelta la obligación, habiendo aludido previamente a la pérdida de la cosa objeto de dicha obligación, deberemos pensar que se trata de la disolución de la obligación imposible.

Tenemos entonces, que el problema del riesgo no lo soluciona el artículo

en estudio, pues la respuesta que dicho problema busca es el conocer el destino de la obligación correlativa nacida dentro de un contexto contractual sinalagmático, lo cual no se encuentra previsto por el artículo 1175 de nuestro Código Civil.

En otras palabras, podemos decir, que el artículo 1175 es una especificación del artículo 1318, o, si se quiere, el artículo 1318 es el género, que bien habría podido comprender el supuesto del artículo 1175, y éste constituye la especie, por referirse específicamente a obligaciones de dar.

Si reparamos entonces en ambos dispositivos, podremos apreciar que el supuesto contemplado por ambos es el mismo, y que el artículo 1175, no solamente que no resuelve la problemática que la teoría del riesgo plantea, sino que resulta siendo reiterativo y por tanto, innecesario.

Podríamos recurrir al método denominado “sedes materiae”, definido por Messineo <sup>14</sup> como el que ubica “el lugar donde la norma está colocado, y la relación de conexión en que la norma viene a encontrarse con las otras concernientes a la misma materia. . .”.

Ya hemos ubicado al artículo 1175 dentro de las Obligaciones de Dar, lo que por utilización de dicho método interpretativo podría sugerirnos que es a obligaciones a lo que se refiere el artículo en cuestión, y que nada tiene que ver con la relación contractual.

Parecería innecesario distinguir entre los conceptos de obligación y contrato. Ambos constituyen conceptos absolutamente diferenciables. La obligación, según Albaladejo <sup>15</sup> no viene a ser sino “un efecto del contrato”. Los contratos en realidad, generan obligaciones, lo que en modo alguno puede significar que el contrato sea un concepto identificable con la obligación.

La ubicación de la norma en estudio pues, nos sugiere que a lo que el legislador se ha referido es a obligaciones de dar, y el artículo 1175 regula precisamente la situación de una obligación de dar que se torna imposible sin culpa del deudor. Tal obligación se extinguirá, en aplicación del principio de que “a lo imposible nadie está obligado”.

Esto, como se ha dicho, no resuelve la cuestión de la asunción del riesgo en un contrato sinalagmático, cuestión totalmente diferente.

De todo lo dicho pues, puede colegirse que la cuestión del riesgo en lo que se refiere a contratos sinalagmáticos, cuyo objeto sea una obligación de dar, no ha sido contemplada en forma expresa por nuestra legislación.

---

14 MESSINEO, Francesco; op. cit.; Tomo I; p. 103.

15 ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil; Tomo II, Título del Derecho de Obligaciones, Vol. II, Los Contratos en Particular y las Obligaciones no Contractuales, Librería Bosch, 1975; p. 190.

Angel Gustavo Cornejo <sup>16</sup> parece ser de la misma opinión al decir que “la regla *debitor certi corporis liberatur*, aparece consagrada en nuestro artículo 1175 de modo imperfecto, no basta para resolver la cuestión del riesgo, pues se limita a declarar disuelta la obligación relativamente a la cosa debida que se pierde por causa fortuita pero no expresa si esta liberación abarca la contraprestación recíproca del acreedor (el vendedor que paga el precio). El riesgo del contrato, cuestión diversa de la influencia que la pérdida de la cosa tiene respecto a la situación de quien debe, no está resuelta en el artículo 1175. El Código la resuelve en relación a cada contrato (artículos 1386, 1518). . .”.

Sin embargo, el mismo tratadista se contradice al afirmar que respecto a los contratos traslativos de dominio “. . . rige el principio del artículo 1175; si la cosa no fue entregada en el acto de la celebración del contrato, sea porque se fijó un plazo, o se estableció una condición suspensiva, simplemente porque fue diferida, la pérdida fortuita de la cosa causa la disolución del contrato; ni el deudor puede ser requerido para la entrega ni el acreedor debe el precio, y si este hubiera sido pagado anticipadamente tiene derecho a la restitución. Esta solución no necesitaba de un dispositivo expreso de la ley; es una simple aplicación del artículo 1318. La pérdida de la cosa sea mueble o inmueble, produce una imposibilidad fortuita de que la prestación se cumpla. . .”.

Como puede apreciarse, Angel Gustavo Cornejo, empieza detectando el vacío del artículo 1175, para luego decir que el mencionado dispositivo resuelve el problema de la asunción del riesgo.

Coincidimos sin embargo con su primer planteamiento, es decir, el que manifiesta que la teoría del riesgo no ha sido contemplada por el artículo 1175 de nuestro Código.

Podríamos quizás intentar una explicación de lo sucedido. Sabemos que la cuestión del riesgo no ha sido ajena a nuestro legislador; ella ha sido regulada específicamente en los contratos unilaterales (contratos en los que ha aplicado simplemente el artículo 1318) y en las obligaciones de hacer y no hacer.

Sin embargo, parece que nuestro legislador no ha distinguido con precisión el concepto de obligación del concepto de contrato.

Esto puede apreciarse muy claramente en el artículo 1341 de nuestro Código Civil, artículo cuya ubicación ha sido bien concebida por el legislador (en la parte relativa a los contratos), pero cuya redacción nos sugiere lo que expresábamos antes. Al decir el legislador que la condición resolutoria tácita “se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne”, parece confundir el término obligación del contrato. La

---

16 CORNEJO, Angel Gustavo; op. cit.; Tomo II; p. 91.

obligación es una, y sólo puede corresponder a una persona determinada. En el presente caso, el legislador parece dividir a una obligación en varias partes, según que le concierna a uno u otro contratante. Como puede apreciarse, no puede referirse en este caso a la obligación, sino al contrato, en la parte que le concierne, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones que el contratante ha tomado a su cargo.

Entender el artículo 1341 de otra forma, sería un sinsentido, lo que nos obliga a aclarar que es ésta y no otra la manera de entenderlo. Sin embargo, fluye de nuestra perspectiva interpretativa, la necesidad de reforma del artículo en mención.

El artículo 1341 de nuestro Código Civil nos sirve pues de referencia para explicar como parece que el legislador ha confundido los términos obligación y contrato, refundiéndolos en uno solo. Esto resulta extraño para un Código cuya gran innovación constituyó precisamente en distinguir con toda precisión las nociones de Acto Jurídico, Obligaciones y Contratos, tan es así que en secciones que llevan esos nombres dividió el libro de Obligaciones en general. Parece no haber abandonado del todo a la legislación francesa, la cual refunde en una sola parte las Obligaciones y los contratos aunque no llega a confundir ambos términos.

Puede concluirse, de todo lo dicho, que la cuestión de la asunción del riesgo, tratándose de obligaciones de dar una cosa cierta para transferir sobre ella derechos reales, no ha sido expresamente contemplada por nuestro Código Civil.

Dentro de nuestra perspectiva de análisis pues, debemos decir que la reforma de nuestra legislación debe producirse en dos aspectos.

(a) Variando el texto del artículo 1175 del Código Civil. De querer incorporar el legislador el aforismo *res perit debitor*, deberá manifestar en forma expresa que se disuelve, no solamente la obligación imposible, sino la correlativa.

(b) Ubicando adecuadamente la norma que contenga la cuestión del riesgo, es decir, en la parte referida a contratos, y dentro del contexto del contrato sinalagmático, junto con la condición resolutoria tácita y la excepción “*non adimpleti contractus*”.

Sin embargo, debemos preguntarnos si del articulado del Código Civil podría fluir alguna respuesta a la cuestión del riesgo.

En utilización del método que consiste en recurrir al contrato que más se le parezca, debemos recurrir a la compraventa.\*

Así, tenemos que el artículo 1383 establece que “ por la compraventa,

---

\* N. del A. Ya ha sido manifestado que la teoría del riesgo, tratándose de obligaciones de dar, puede referirse también al supuesto de “*doy para que hagas*”.

el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero”.

Sabemos que en aplicación de los artículos 1318 y 1175 del Código Civil, la obligación de dar se extinguiría cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor.

El artículo 1383, mientras no sea desvirtuado por ninguna norma específica que se refiera a la cuestión del riesgo, conserva toda su vigencia. En ese sentido podemos decir que si no existe norma expresa que determine la extinción de la obligación del comprador, ella permanecerá vigente.

Es de esta manera como habríamos llegado a establecer el principio del *res perit creditori*, es decir, que la obligación del acreedor permanecería vigente.

Sin embargo, y razonando en este caso tal como lo haría un Juez, podríamos recurrir a una especie de analogía en interpretación de los artículos 1404 y 1405 del Código Civil.

El primero de ellos establece que “cuando por falta de entrega se rescinde la venta, si ha habido culpa en el vendedor, debe éste al comprador los impuestos y gastos del contrato y los perjuicios. Si no la ha habido, le debe sólo los impuestos y gastos.

El artículo 1405 dispone a su vez que “rescindido el contrato por falta de entrega, se devuelve no sólo el precio pagado, sino también los intereses corridos hasta la devolución”.

Estos dos artículos conceden una opción al comprador cuando no haya existido entrega, opción que consiste en la rescisión (léase resolución) del contrato.

Ahora bien, la falta de entrega puede ser debida a culpa del vendedor, cuestión que ambos artículos resuelven con claridad. Puede no existir culpa, cuestión también considerada por ambos dispositivos (en el primero de ellos lo refiere expresamente, mientras que en el segundo no distingue entre la existencia o inexistencia de culpa). Sin embargo, la cuestión del riesgo se plantea en términos parecidos aunque no idénticos. En primer lugar, es necesario que la imposibilidad de entrega sea total, es decir, que no se trate de una cuestión pasajera, que de producirse el comprador tendría igualmente opción de resolver el contrato; y, en segundo lugar, la imposibilidad de entrega así planteada, debe arrastrar necesariamente a la obligación correlativa, es decir, no existe razón para conceder opción alguna al comprador. No se trata pues técnicamente de una resolución, sino de una extinción de pleno derecho de la obligación correlativa. Sabemos bien que la rescisión, salvo el caso del artículo 1412 debe ser declarada judicialmente, lo que difiere sustancialmente de la cuestión del riesgo, cuyo correcto planteamiento estaría en declarar extinguida de pleno derecho la obligación correlativa.

Tenemos pues que en el caso de los artículos mencionados, la pérdida puede no haberse producido, es decir, que la imposibilidad no sea total, en cuyo caso, al comprador le bastaría simplemente que el cumplimiento no se produzca en el plazo determinado para poder optar por la rescisión. Respecto a la teoría del riesgo, la pérdida de la cosa debe ser total, por lo que difiere en sustancia de este caso de rescisión.

Sin embargo, podemos afirmar que tales cuestiones son análogas, si bien no idénticas. A falta de norma expresa, podríamos recurrir a una especie de analogía\*. De esta manera, podríamos, en aplicación de los artículos 1404 y 1405, considerar disuelta la obligación correlativa.

Esta cuestión no es ajena a la jurisprudencia francesa, la cual, como afirman los Mazeaud<sup>17</sup> “ha acudido con frecuencia a las mismas. . .”

No obstante ello, dentro de una perspectiva doctrinaria pura, perspectiva de la cual partimos, el recurrir al artículo 1383, o a los artículos 1404 y 1405, no implica que el problema del riesgo haya sido contemplado por nuestra legislación en forma expresa, y, por tanto, de que la reforma respecto a dicha institución sea necesaria.

(c) De todo lo dicho, es fácil derivar la conclusión de que el *res perit domino*, no se encuentra contenido por el artículo 1175 de nuestro Código Civil. Si el mencionado dispositivo no contempla la cuestión del riesgo, menos habrá introducido la regla mencionada.

Si nuestra interpretación nos conduce a la aplicación del artículo 1383 del Código Civil, en tanto mantiene vigente la obligación correlativa, la regla que contendrá nuestro Código, será precisamente la del *res perit creditor*, y no el *res perit domino*, como afirma León Barandiarán.

Debemos dejar constancia de que ante las dos posibles soluciones anotadas anteriormente, es decir, ante la aplicación del *res perit creditor* (recurriendo al artículo 1383), y el *res perit debitor* (recurriendo analógicamente a los artículos 1404 y 1405), optamos por la primera, pues la analogía es un método de última instancia, al cual debe recurrirse en caso de imposibilidad absoluta de solucionar un supuesto determinado, recurriendo a normas del Código que puedan dar

---

\* N. del A. Decimos especie de analogía, pues la analogía se aplica cuando concurren dos circunstancias: que el legislador no haya previsto en absoluto el caso, pues de haber sido él previsto, aunque sea deficientemente debe recurrirse a otros métodos interpretativos; y, que exista un elemento de identidad con el caso previsto (donde hay la misma razón hay el mismo derecho). En el presente caso, es posible solucionar el problema recurriendo al artículo 1383 y mantener así la obligación vigente, aunque se desdierá de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

17 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit., Parte II, No. III, p. 371.

solución al supuesto que buscamos. Si no existe dispositivo que respecto a la imposibilidad fortuita de cumplir derogue al artículo 1383, no existe razón para derogar dicho dispositivo recurriendo a la analogía.

De esta manera, y habiendo optado porque la solución es la del *res perit creditori* respecto de bienes muebles, queda desvirtuado el planteamiento de León Barandiarán en lo que considera que la regla contenida por el artículo 1175 es la del *res perit domino*.

Ahora bien, aún cuando nuestra atención primordial esté puesta en la asunción del riesgo en el caso de bienes muebles, debemos referirnos a la cuestión del riesgo respecto de bienes inmuebles, por servir dicha referencia a la clarificación de la cuestión en bienes muebles.

Considera León Barandiarán<sup>18</sup> que como consecuencia del régimen consagrado por el artículo 1172, la prestación del riesgo y peligro, tratándose de inmuebles, corresponde al acreedor: *res perit domino*. Así, la pérdida de la cosa, o su deterioro, siempre que aquélla o éste no provenga de culpa del deudor, no modifica la obligación correlativa del acreedor.

Sabemos que respecto de inmuebles, el legislador no ha regulado en absoluto la cuestión del riesgo, es decir, no existe norma expresa que aún equivocadamente nos pueda hacer pensar que el legislador se refirió a la cuestión del riesgo.

Ya ha sido dicho como es que el problema del riesgo, no es otro que uno de opción. El legislador no introduce ningún principio de Derecho al consagrar la solución al problema en cuestión.

Si esto es así, ¿cómo interpretar que respecto de inmuebles funciona el *res perit domino* si no existe norma que expresamente lo determine?

No podemos entender, siguiendo nuestro planteamiento, cómo es que León Barandiarán se inclina a pensar que del artículo 1172 se deriva necesariamente el tratamiento del riesgo, y que, además, la solución sea la del *res perit domino*.

Debe haber la posibilidad, que aún cuando el traspaso de la propiedad opere consensualmente, la carga del riesgo quede diferida hasta la entrega. Propiedad y riesgo, tal como se manifestó, no se encuentran irreductiblemente unidas. El riesgo no sigue la suerte de la propiedad, ni ella la del riesgo. Con esto queremos decir, que si no existe una norma que expresamente contemple el problema del riesgo, tratándose de inmuebles, la solución no puede derivar del artículo 1172 de nuestro Código Civil. Nada debe hacernos pensar que el legislador ha unido la propiedad y el riesgo, cosa que parecería haber hecho en

---

18 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II; p. 23.

Francia\*.

La única conclusión posible de obtener del artículo 1172 de nuestro Código Civil, es que la propiedad inmueble es transferida consensualmente. Derivar alguna otra conclusión sería forzar el mencionado dispositivo, haciendo decir a la ley lo que no dice definitivamente. Llegar a otra conclusión, constituiría una interpretación incorrecta y se contradeciría con cualquier método, llámese literal, lógico e incluso histórico (tal como la veremos después).

Tenemos pues, que si consideramos que el *res perit domino* no es un principio de Derecho, y que aún siéndolo, la ley no lo prevé expresamente, no es lícito considerar que aquél se encuentra presente.

Nosotros, sin embargo, llegaremos a la misma solución que León Barandiarán, pero apoyándonos en fundamentos totalmente diferentes, sin derivar de ningún artículo consecuencias que no provengan directamente de él.

Consideramos que la interpretación más adecuada respecto a inmuebles es la que ya verificamos al tratar de la carga del riesgo en bienes muebles, es decir, que partiendo del artículo 1383 que establece dos obligaciones, mientras que la que se convierte en imposible sin culpa de deudor es considerada disuelta a tenor de lo dispuesto por los artículos 1318 y 1175 de nuestro Código Civil, la obligación correlativa, no se disolverá mientras no exista disposición expresa que la derogue.

Si utilizamos el método analógico al que aludíamos respecto del problema del riesgo en bienes muebles, y aplicamos los artículos 1404 y 1405, artículos que no establecen distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles, podremos apreciar que el riesgo en el caso de inmuebles se encontraría unido a la entrega. Así, el comprador podrá resolver el precio, los intereses, impuestos y gastos, lo que significa que el acreedor se desvinculará de su propia prestación de no cumplir el vendedor con la suya.

Podemos apreciar en este caso, que de recurrir a esta forma de interpretación, la solución será la del *res perit debitor*, pues definitivamente, tratándose de bienes inmuebles, desde el acuerdo entre las partes, el acreedor se convierte en propietario.

La cuestión de determinar con precisión cuál es la regla que nuestro Código Civil recoge, no tiene un valor puramente teórico, como ya se explicó respecto al Código Civil francés.

Así, si aceptamos la solución de León Barandiarán, en el caso de venta con pacto de reserva de dominio, la pérdida de la cosa la sufrirá el vendedor, pues se mantiene aún como propietario, mientras que si adoptamos la solución que

---

\* N. del A. Sabemos que en Francia no es del todo clara la cuestión de la regla que se ha consagrado en el Code (ver numeral 4).

propusimos inicialmente se aplicará la regla del *res perit creditori*, y será el acreedor quien sufrirá la pérdida de la cosa.

Debemos recurrir al método histórico en este caso, el que nos proporciona cierta luz al estudiar la transferencia del riesgo en el caso de inmuebles, por coincidir lo obtenido utilizando dicho método con nuestra interpretación lógica.

Se expresa en los Trabajos Preparatorios<sup>19</sup> “que cuando se trate de obligaciones de dar cuyo objeto sea la transferencia de dominio de cosas inmuebles queda en todo su vigor el régimen imperante hoy, esto es, que la propiedad se desplaza automáticamente entre las partes, como efecto del consentimiento.

En el primer supuesto, no transfiriéndose el dominio de las cosas muebles sino cuando la tradición se opera, el adquirente es únicamente acreedor, no propietario —en el segundo caso tiene la consideración jurídica de dueño, y no de simple acreedor. Por aplicación de este sistema dual, debe decidirse que en el primer caso los riesgos permanecen a cargo del deudor que se conserva como propietario de la cosa mientras la entrega no se efectúa —*res perit domino*— y que tratándose de las cosas inmuebles, los riesgos se soportan por el acreedor, convertido en propietario, como efecto inmediato de la obligación: *res perit creditori*. Esta última razón puede justificarse por razones jurídicas y económicas. La solución no ofrece dificultad cuando se refiere a contratos unilaterales y relativamente a los sinalmáticos es evidente que una vez perfeccionado el contrato, cada obligación tiene su existencia propia y sus caracteres particulares de ejecución y extinción. Así, la obligación del vendedor puede extinguirse por la pérdida fortuita de la cosa. Y esta pérdida carece de influencia respecto de la obligación correlativa del comprador, que versando sobre los casos genéricos, no reconoce como causa de extinción la pérdida de la cosa.

Ya han sido ampliamente explicado los alcances del método histórico de interpretación en el primer capítulo. Todos los tratadistas revisados que tratan sobre el tema, le conceden muy poca significación si es que los Trabajos Preparatorios se oponen a la interpretación literal, lógica, teleológica, etc. de una norma determinada. Sin embargo, le conceden gran utilidad cuando, es coincidente con los métodos antes mencionados y, en ese caso, su valor es muy grande, pues llega a confirmar lo que el intérprete ya consideró como la solución por medio de otros métodos.

Respecto únicamente de inmuebles, y ya que el método histórico coincide con los utilizados por nosotros, podemos afirmar que la solución es la del *res perit creditori*.

---

19 Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852; fascículo V; pp. 119, 120.

Olaechea, autor del Libro quinto, a quien pertenece la cita anterior, llega inclusive más lejos que nosotros, al pronunciarse claramente por la independencia de las obligaciones derivadas del contrato sinalagmático; ellas, una vez que el contrato ha nacido, se vuelven independientes una respecto de la otra. Es así como considera que ni siquiera existe necesidad de legislar sobre la asunción del riesgo, respecto de bienes inmuebles, pues el Código ya lo contempla.

Como cuestión aparte, puede notarse una vez más el exceso de tecnicismo del Código Civil peruano, pues deja de legislar sobre una cuestión importantísima, considerando que el intérprete puede llegar por sus propios medios a soluciones tan complejas.

La opinión expresada por el Doctor Olaechea es, a nuestro juicio, inexplicable. ¿Por qué motivo hace la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles si su posición es la de considerar independientes a las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático?

De otro lado, el mismo Código Civil contradeciría su posición, pues dicho cuerpo sustantivo contempla claramente la interdependencia de las obligaciones nacidas en un contexto contractual sinalagmático.

Nos interesa a efectos de nuestro trabajo, sin embargo, destacar únicamente que los Trabajos Preparatorios se refieren al *res perit creditor* tratándose de bienes inmuebles, cuestión que terminaría de desvirtuar la tesis de León Barandiarán.

Podemos concluir el análisis del artículo 1175 expresando que dicho dispositivo no contiene expresamente la teoría del riesgo, y que en el caso de inmuebles, ella no deriva del artículo 1172 del Código Civil. En ambos casos, por lógica derivación de lo dicho primero, la regla del *res perit domino*, no encuentra cabida.

### *3.3 La teoría del riesgo en las obligaciones de hacer y no hacer*

Sería importante efectuar un breve análisis del tratamiento que da nuestro Código Civil a la teoría del riesgo respecto de obligaciones de hacer y de no hacer, para notar nuevamente su deficiencia.

Respecto a la primer categoría de obligaciones, el artículo 1184 dispone que “si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido”.

Podemos apreciar en este caso, el mismo defecto que cuando el Código alude a las obligaciones de dar, es decir que el Código habla de la extinción de la obligación. ¿A cuál obligación se refiere?

Parece que en este caso vuelve a confundir el concepto de obligación con el

de contrato.

Sin embargo, el dispositivo en estudio dispone que el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Podemos notar en este caso, que el Código Civil recoge la interdependencia de las obligaciones y debiera aludir a un contrato sinalagmático. En este caso, salvando el defecto de la primera parte del artículo, podemos decir que se está consagrando el *res perit debitor*, consecuencia de la interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático.

Respecto a las Obligaciones de No Hacer, el artículo 1188 de nuestro Código Civil, dispone que “si la obligación fuese de no hacer y la omisión del hecho resultara imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida”. En este caso, el artículo 118, aunque pretendió resolver la cuestión del riesgo nacido en un contexto contractual sinalagmático, no lo hizo, pues no alude a la obligación correlativa, de manera que nada resuelve. Comete el mismo error que el artículo 1175, referido, tal como reiteradamente se ha dicho, a obligaciones de dar.

Podemos concluir pues, que nuestro Código Civil respecto de Obligaciones de Dar cosas muebles ciertas, no contempla expresamente el problema del riesgo; respecto de Obligaciones de Dar cuyo objeto sea una cosa inmueble, tampoco se refiere a la cuestión. Tratándose de Obligaciones de Hacer, en cambio, lo contempla, aunque deficientemente; y tratándose de obligaciones de no hacer, hace lo mismo que respecto a obligaciones de dar, es decir, no lo trata en forma expresa.

De otro lado, la ubicación de tales normas es en nuestro concepto, y tal como ya lo manifestamos, absolutamente inadecuado. Su lugar correspondiente sería el de los Contratos en general, pudiendo aludirse a la cuestión del riesgo en cada contrato en particular si el legislador considera necesario aclarar la cuestión.

Consideramos que en esta materia, el sistema mejor logrado es el sistema alemán, cuyo tratamiento del problema se muestra sumamente técnico y preciso, de manera que no ocasiona su articulado ningún problema.

Nos quedarían tres problemas a los que nos referiremos brevemente. Ellos son los relativos a la asunción del riesgo en el caso de mora del deudor o del acreedor, el deterioro de la cosa debida, y la incorporación de la condición suspensiva por el artículo 1175 de nuestro Código Civil.

### *3.4 La asunción del riesgo en el caso de mora*

Para el análisis de este punto, tomaremos como ejemplo a los Códigos francés y alemán, Códigos éstos de los que las demás legislaciones han tomado sus soluciones.

Respecto al Código Civil francés, sabemos que éste, en el artículo 1138, hace una referencia expresa al caso de mora del deudor, disponiendo que el riesgo estará a su cargo si se encuentra en mora de entregar.

El Código alemán, por su parte, hace referencia a la mora del acreedor en el artículo 324 del B.G.B., manteniéndolo vinculado a cumplir con su propia prestación en caso de encontrarse en mora de recibir el cumplimiento de la obligación, convirtiéndose ésta en imposible por caso fortuito o fuerza mayor.

De la simple lectura de ambos dispositivos, es decir, del artículo 1138 del Código Civil francés, y del artículo 324 del Código Civil alemán, podemos obtener una regla:

Quando la regla general establecida por determinada legislación es la de mantener vigente la obligación correlativa, el caso de mora que respecto a la cuestión del riesgo deberá tratar, será siempre la mora del deudor; y, a la inversa, si la regla general es la de desvincular al acreedor de su propia obligación, el caso de mora que respecto a la cuestión del riesgo deberá contemplar, será la mora del acreedor.

Esto, tiene una explicación muy simple. La mora, que consiste en el retardo culposo en el cumplimiento de la obligación, tiene como uno de sus efectos, el de hacer soportar la carga del riesgo a quien se encuentre en mora. Es por eso que decíamos en el Primer Capítulo, que la mora es una suerte de “castigo”, por lo que aquél que haya incurrido en ella, deberá sufrir las consecuencias de la pérdida de la cosa.

Si la regla general de una determinada legislación consiste en el *res perit creditor*, obviamente deberá legislar en sentido inverso, ocupándose de invertir la solución para el deudor moroso. La mora del acreedor, no tiene objeto de regularse, pues éste cargará siempre con el riesgo, de manera que haya o no incurrido en mora, el riesgo estará siempre a su cargo.

Lo mismo sucede en el caso inverso. Si la regla es el *res perit debitor*, no tendrá objeto legislar sobre la mora del deudor, pues éste soportará los riesgos de la pérdida de la cosa, esté o no en mora de entregar, mientras que ya que el acreedor es el beneficiado de dicha situación, su mora, que perjudica obviamente al deudor, debe ser regulada en sentido inverso, es decir, aplicándose en este caso el *res perit creditor*.

Ahora bien, la regulación que una determinada legislación haga sobre la mora, puede resultar muy significativa en el caso de que exista un vacío en la regulación de la regla general respecto del riesgo.

En otras palabras, es lícito —de no haber regulado una determinada legislación la carga del riesgo en casos normales— recurrir a la regulación que haga respecto a la carga del riesgo en caso de mora para, interpretando “a contrario”, derivar la regla general.

Demás está decir que un sistema mejor logrado es el que regule ambos aspectos. Sin embargo, de existir un vacío en la regla general, la interpretación “a contrario” es absolutamente pertinente de ser utilizada, pues del caso excepcional —la mora— puede derivarse la regla general.

Sabemos que nuestro Código Civil no ha contemplado en forma expresa la asunción del riesgo en términos generales. Puede derivarse, sin embargo, la solución del res perit creditor.

Respecto de la mora, nuestro Código Civil, no contiene disposición alguna referida a la carga del riesgo, producido este supuesto. No existen dentro de las disposiciones generales referidas a la mora del deudor (artículos 1254 al 1257), ni dentro de las disposiciones que pueden referirse a la mora del acreedor (artículos 1258 y siguientes, referidos al pago por consignación), ni tampoco dentro de cada contrato sinalagmático en particular, disposiciones que aludan a la carga del riesgo en el caso de constitución en mora.

La única referencia que nuestro legislador hace respecto a la asunción del riesgo por efecto de la mora es la del artículo 1385 en su última parte y la del artículo 1385, ambos referidos a compraventas de cosas que se pesan, cuentan o miden\*.

Del artículo 1385, podemos obtener la conclusión de que de ser la regla contenida por el artículo 1175 la de unir los riesgos a la entrega, regla que podría denominarse res perit domino, el mencionado dispositivo, se apartaría claramente de la regla mencionada.

El artículo 1385 estaría más bien confirmando lo que nosotros concluíamos antes, es decir, que la regla contenida por nuestro Código Civil es el res perit creditor.

La última parte del artículo 1385, conjuntamente con el artículo 1386, regulan el caso de mora, tal como ya se expresó.

Se trata, sin embargo, de un supuesto especial, es decir, de la mora, no en recibir las cosas objeto de la compraventa sino de aquélla que se produce cuando el comprador no conconcorre a verificar las operaciones de peso, conteo o medición.

Nuestra intención al recurrir a dichos dispositivos ha sido la de tratar de hallar, a partir de la regulación de la mora, y utilizando la interpretación “a contrario”, la regla general, cosa que es imposible, pues el caso de mora regulado por dicho dispositivo, es un caso especial, siendo la compraventa a la que aluden igualmente excepcional.

No nos es posible pues, interpretar partiendo de la norma excepcional, pues ella resulta “una excepción de otra excepción”, por lo que partir del

\* N. del A. Ya ha sido ampliamente analizada la cuestión del riesgo dentro de dichos dispositivos en el Capítulo Primero, numeral 4.

concepto de mora que los artículos 1385 y 1386 dan para hallar la regla general, es absolutamente imposible.

Es posible más bien, partir de la primera parte del dispositivo mencionado, es decir, del artículo 1385, para afirmar, utilizando la interpretación “a contrario” que la regla general es el “res perit creditori”.

Podemos concluir con dos cuestiones:

(a) Si aceptamos que puede ser verificada la interpretación “a contrario”, partiendo del caso excepcional de la mora, para así hallar la regla general, ello resulta imposible, pues nuestro legislador no ha contemplado la cuestión de la mora.

(b) Si aceptamos lo que decíamos al inicio del presente segmento, esto es, de que la mora —caso excepcional— debe ser regulada en sentido inverso que la regla general, nos encontraríamos en el mismo problema, pues no existe regla general expresa que regule la asunción del riesgo.

Sin embargo, si consideramos válido que interpretación de los artículos 1175 y 1383 la regla que fluye es la del res perit creditori, podremos decir que la solución que correspondería al caso de constitución en mora deberá ser la inversa, es decir, que la mora que debería derivar de dicha interpretación es la mora del deudor, por lo que en caso de constitución en mora, la regla a aplicarse sería la del res perit debitor.

Esto, sin lugar a dudas, no consiste en la utilización del método interpretativo “a contrario”. Dicho método no puede partir de la regla general para encontrar la regla excepcional. Su aplicación debe ser hecha en el sentido inverso, esto es, de la regla excepcional llegar a la regla general.

Nuestra aseveración fluiría más bien, del análisis doctrinario de la cuestión de la mora, es decir, de considerar que la parte contratante que incurra en mora, deberá ser la que normalmente no cargue con los riesgos de la cosa, y que en caso de estar en mora, deberá sufrir las consecuencias que su pérdida ocasiona. Ante un vacío de la legislación, nuestra interpretación estaría basada en lo que doctrinariamente significa la mora, es decir, en su naturaleza misma.

Es evidente, sin embargo, que ante este panorama, urge la revisión de todo el articulado referido a la teoría del riesgo, cuestión a la que pretendemos llegar dentro de nuestra perspectiva de análisis.

La reforma de la legislación civil, deberá pues producirse en el siguiente sentido:

(a) Ubicando la teoría del riesgo dentro del contexto contractual sinalagnático.

(b) Haciendo referencia expresa a la obligación correlativa.

(c) Regulando expresamente el caso de mora, consagrando la solución inversa a la regla general.

### 3.5 *El deterioro de la cosa debida*

Respecto al deterioro de la cosa debida, el artículo 1177 de nuestro Código Civil dispone que “si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare con disminución proporcional del precio si lo hubiere”.

La cuestión del deterioro tiene estrecha vinculación con la cuestión de la pérdida de la cosa debida. Ambas forman parte de la teoría del riesgo. El deterioro consiste en el menoscabo del bien que disminuya de cualquier forma el valor que dicho bien tenía al momento de la celebración del contrato.

La ley, sin embargo, no especifica la clase de deterioro del que pueda ser objeto la cosa para que justifique la aplicación del artículo 1177.

Podemos decir, siguiendo a Baudry Lecantinerie <sup>20</sup>, que “éste debe ser jurídicamente razonable”. Esto significa que no cualquier deterioro puede justificar la aplicación del artículo 1177, así por ejemplo, un deterioro insignificante, podría constituir un abuso del derecho por parte del acreedor que quisiera acogerse a los beneficios que el artículo 1177 le concede.

Obviamente, fluye de nuestro razonamiento que la ley debiera dar siquiera lineamientos generales, o cuanto menos, dejar la decisión al Juez para determinar si la disminución del bien constituye o no un caso de deterioro.

De no expresarse nada, cualquier menoscabo, por insignificante que éste fuera, podría constituir un caso de deterioro.

La cuestión del deterioro de la cosa debida, se rige teóricamente por los mismos principios que rigen el caso de pérdida total. Tenemos entonces, que la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático es quien debe informar las reglas que regirán en caso de deterioro.

Comenzando por la obligación del deudor, si la cosa se ha deteriorado sin culpa suya, éste evidentemente no tendrá responsabilidad alguna, en aplicación de la regla de que “a lo imposible nadie está obligado”.

Sobre ello, no cabe duda. Así, nunca se verá obligado a reparar por daños y perjuicios si no tuvo culpa en dicho menoscabo.

Respecto a la obligación del acreedor en cambio, y dependiendo ella de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático, la ley le concede la facultad, o bien de disolver la obligación, o bien de recibir la cosa en el estado en que se hallare con disminución proporcional de precio, si lo hubiere.

La solución que el legislador da en este caso, es a nuestro juicio acertada. Sin embargo, vuelve a confundir, tal como lo hizo respecto a la pérdida total el concepto de contrato y el de obligación. El acreedor no disolverá la obligación,

---

20 MAUDRY LECANTINERIE G. y Barde L; op. cit.; Tomo XIII; p. 69.

sino el contrato, que abarca su propia prestación, prestación que el acreedor buscará dejar de cumplir. La expresión “disolver la obligación” alude a la obligación a cargo de una de las partes, pudiéndose entender que en este caso se refiere a la obligación del deudor, la que en la parte del menoscabo se encuentra ya disuelta, lo cual no resuelve la cuestión que la teoría del riesgo propone, es decir, lo que ocurre con la obligación correlativa.

Sin embargo, el legislador termina aludiendo a un contrato sinalagnático, al referirse a la disminución proporcional en el precio si lo hubiere. En este caso, obviamente alude a la obligación correlativa, aunque con poca propiedad, pues hace referencia al precio, elemento privativo de la compraventa. La expresión “si lo hubiere” alude a que se ha utilizado el término “precio” a modo de ejemplificar, lo que en una legislación técnica como se supone ser la nuestra, no cabe. Debe hablarse con propiedad de obligación correlativa. Ya hemos dicho que la teoría del riesgo, cuando su objeto es una obligación de dar, no alude necesariamente a la compraventa, aunque ella, junto con la permuta son los únicos contratos nominados en que el problema se presenta. Ejemplificar con el precio, pues es absolutamente antitécnico, aunque, salvando estos dos defectos a los que aludíamos, es decir a la expresión “disolver la obligación” y “disminución del precio”, el artículo 117 es cuanto menos entendible, y posible de ser aplicado.

León Barandiarán<sup>21</sup> justifica la disposición del artículo 1177 en los siguientes términos: “. . . porque el acreedor de la cosa no tiene sino un simple ius ad rem, el artículo 1177 concede al acreedor el derecho, deteriorada la cosa, ya de resolver la obligación, ya de obtener disminución proporcional al precio pagado. Si el acreedor recibiera la cosa determinada, se faltaría a lo ordenado en el artículo 1171, ya que la cosa una vez deteriorada no es la que fue considerada en el momento de llevarse a efecto la estipulación. . .”.

León Barandiarán, vuelve a apoyar su fundamentación en el res perit domino, es decir, que por el hecho de no ser el acreedor aún propietario de la cosa, no sufrirá los menoscabos que a ella le sucedan.

Ya ha sido ampliamente explicado en nuestro trabajo, que la teoría del riesgo no deriva del concepto de la propiedad, es más, que riesgo y propiedad no tienen vinculación alguna. Nosotros podemos entender la norma del artículo 1177 como derivada de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático. Es en razón de dicha interdependencia que el acreedor puede exigir la disolución del contrato, o exigir la cosa en el estado en que se encuentre con disminución proporcional del precio. El hecho de no ser propietario todavía, en nada juega con la opción que se le concede al acreedor.

---

21 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II, p. 34.

En cuanto recurrir al artículo 1171 del Código Civil como fundamento del artículo 1177, sí nos parece pertinente dicha alusión.

El acreedor ya no estaría recibiendo la cosa que él contrató, sino una sustancialmente diferente, lo que le da derecho a elegir entre resolver el contrato o recibirla en el estado en que se encuentre con disminución proporcional del precio.

Podemos apreciar que el artículo 1177, no hace distinción entre bienes muebles e inmuebles. Esto significa que en el caso en que se produzca un deterioro en un bien inmueble, aún cuando el acreedor ya haya sido convertido en propietario, podrá invocar válidamente el artículo 1171 y negarse a recibir la cosa en el estado en que se encuentra. Siendo propietario, y siendo que la regla aplicable es la de que las cosas perecen y se deterioran para su dueño, ¿cómo justificar que un acreedor-propietario de un inmueble pueda invocar el artículo 1171?

El Código Civil, por otra parte, nada resuelve en cuanto a la pérdida o deterioro tratándose de bienes inmuebles, por lo que válidamente podría, de tratarse de una obligación de dar cuyo objeto sea un bien inmueble, invocarse la norma contenida por el artículo 1171 de nuestro Código Civil.

Volvemos pues a apreciar que de ser la regla recogida por nuestro Código Civil la del *res perit domino*, la cuestión de los bienes inmuebles, pone en duda el recogimiento efectivo de la mencionada regla.

Debemos mencionar finalmente, que nuestro Código Civil no contempla el caso de deterioro de la cosa por culpa del deudor, tal como lo hacen los Códigos argentinos y brasilero.

León Barandiarán<sup>22</sup> considera que en este caso no previsto, “se aplicarán los artículos 1320, de un lado, y 1341 y 1342 del otro”.

Esto es exacto, pues el deterioro culposo puede dar lugar a la aplicación de los dispositivos citados por León Barandiarán, por no constituir dicho supuesto parte de la teoría del riesgo, cuyas normas deben ser específicas. El caso de existencia de culpa, puede ser perfectamente regulado por las disposiciones generales a las que León Barandiarán alude. No forma dicho supuesto parte de la teoría del riesgo, teoría que contempla únicamente los casos de pérdida o deterioro de la cosa debida, subsecuente al nacimiento de la obligación, en el que no exista culpa por parte del deudor.

Nos queda por analizar únicamente el caso de la condición suspensiva, que el artículo 1175 contempla.

---

22 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II; p. 35.

### 3.6 La condición suspensiva

Ya ha sido mostrado\* como es que el artículo 1175 de nuestro Código Civil, no contempla la cuestión del riesgo, pues se limita a declarar disuelta la obligación, sin hacer referencia a la obligación correlativa a cargo del acreedor de aquella convertida en imposible.

La presencia de la condición suspensiva, por tanto, resulta difícil de analizarse, por haber sido el artículo concebido en forma deficiente.

Sin embargo, partiremos del supuesto de que el mencionado dispositivo contempla efectivamente la cuestión del riesgo, colocando la carga de éste sobre el deudor.

El supuesto contemplado por el artículo 1175, sería el de una obligación contraída bajo condición suspensiva, y estando pendiente la condición, la cosa perece, quedando por tanto, extinguida la obligación correlativa.

Podría suponerse, ya que el legislador no ha hecho distingo alguno, que la cosa no ha sido entregada, perdiéndose en manos del deudor, o que haya sido entregada, operando la condición ya no sobre la transferencia de propiedad y la entrega, sino únicamente sobre la transferencia de propiedad.

El artículo 1110 de nuestro Código Civil dispone que “la condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario”.

Si concordamos ambos dispositivos —entendiendo siempre que partimos de que el artículo 1175 declare extinguida la obligación correlativa— la situación ante la que estaremos, no será aquélla que caiga bajo el ámbito de la teoría del riesgo. Ya se ha explicado que el incumplimiento de la obligación (o la pérdida de la cosa debida), debe ser *subsecuente* al nacimiento de la obligación. Únicamente en ese caso estaremos ante un problema que se incorpore a la cuestión del riesgo. Si la condición, dentro de nuestra legislación *no opera retroactivamente*, por lo que su cumplimiento determina el inicio de la relación jurídica, la pérdida de la cosa debida pendiente conditioni, estará comprendida dentro del caso de obligación sin objeto, obligación obviamente nula.

Dicha nulidad se encontraría incorporada en el artículo 1123, inciso segundo del Código Civil que establece que “El acto jurídico es nulo (. . .) cuando su objeto fuese ilícito o imposible”.

Este dispositivo concuerda con el artículo 1390 del Código Civil, que dispone que “si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcionada al precio que se fijó por el todo.

---

\* N. del A. Ver Capítulo Segundo, numeral 7.2.

Puede pues apreciarse, que estamos ante dos problemas distintos, resueltos conjuntamente por el legislador, con un error muy grande de técnica.

Se está legislando en conjunto, por un lado, el caso de la pérdida de la cosa debida subsecuente al nacimiento de la obligación, y por el otro, un caso de nulidad del acto jurídico. Ambos parecerían haber sido entendidos como formando parte de un solo todo. Ya que el artículo 1175 de nuestro Código Civil fue pensado en términos de incorporar la teoría del riesgo, la cuestión de la condición, no tiene cabida, desde el punto de vista técnico en dicho dispositivo.

Angel Gustavo Cornejo<sup>23</sup> considera que la incorporación de la condición suspensiva en el artículo 1175 que comentamos responde a la regla *res perit domino*, pues explica que “el comprador que no es un acreedor de la obligación de entregar, ni tampoco propietario, no corre el riesgo del contrato, y si la cosa se pierde fortuitamente, se pierde para su dueño actual (el vendedor). .res perit domino. .”.

El tratadista mencionado, entiende bien el problema al decir que el comprador no es un acreedor de la entrega. En efecto, ya que la condición suspensiva no obra retroactivamente, tal como él mismo lo menciona en otro apartado, el comprador no es acreedor de la entrega, pues la condición no se verificó. Sin embargo, la invocación de la regla *res perit domino* no tiene sentido, puesto que el contrato no ha podido nunca llegar a concretarse, precisamente porque al momento de verificarse la condición —momento éste en que se debe entender verificada la obligación— la cosa ya había perecido, y por lo tanto, debe entenderse igualmente que nunca hubo relación contractual pues no existe objeto sobre la que se aplique.

Cornejo pues evoca la incorporación de la condición por el mencionado dispositivo, considerando que la teoría del riesgo cubre dicho problema, cuando, tal como lo hemos explicado, el problema de la obligación condicional es absolutamente diferente.

Volviendo a la incorporación de la condición por el artículo 1175 de nuestro Código Civil, parecería ser que el legislador ha seguido influenciado por la legislación civil francesa en la que la condición opera retroactivamente por lo que consideró prudente incorporar la cuestión de la condición a la teoría del riesgo. Este es otro caso en el que se muestra claramente la influencia francesa en nuestro legislador, influencia de la que le fue difícil apartarse. Incluye así, sin querer una cuestión que en nuestra legislación, en aplicación del artículo 1110 del Código Civil debería ser ajena a la teoría del riesgo.

Concluyendo pues, y con miras a una reforma de nuestra legislación; podemos decir que:

---

23 CORNEJO, Angel Gustavo; op. cit.; Tomo II; p. 96.

- (a) De existir en el nuevo Código un dispositivo que contemple expresamente la cuestión del riesgo, y que;
- (b) De conciliarse dicho dispositivo con la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático, es decir, de incorporarse la regla *res perit debitor*, y;
- (c) De mantenerse la norma contenida por el artículo 1110 del actual Código Civil, podemos concluir que:
- (d) La pérdida de la cosa debida, *pendente conditioni*, deberá ser tratada separadamente de la cuestión del riesgo, en la parte relativa a la nulidad del acto jurídico por falta de objeto.

### 3.7 *El res perit domino como fundamento de la posición materialista sobre la transferencia de propiedad de bienes muebles.*

Parecería ya innecesario hacer referencia a que la posición materialista, invoca el artículo 1175 de nuestro Código Civil como apoyo a la consideración de que la tradición es el modo de adquisición de propiedad consagrado por nuestro Código Civil

Consideran los sostenedores de dicha posición\* que el régimen adoptado sobre transferencia de propiedad está basado en la tradición, porque el artículo 1175 del Código Civil, contiene la regla *res perit domino*, y que de perderse la cosa antes de efectuarse la tradición, dicha pérdida la asumirá el deudor, es decir, el propietario.

Bastenos decir que ya ha sido ampliamente analizado cómo es que el artículo mencionado no contempla la teoría del riesgo, por lo que fluye de esta aseveración, que la regla *res perit domino*, no puede estar incorporada en dicho dispositivo.

La única regla que podría fluir del análisis de dispositivos no referidos expresamente a la problemática del riesgo, sería la del *res perit creditor*, lo que desvirtuaría por completo la afirmación de la posición materialista.

De todo el análisis efectuado respecto al artículo 1175 de nuestro Código Civil, podemos concluir pues que el mencionado dispositivo no refuerza la posición materialista respecto a la transferencia de propiedad, sino que por el contrario, podría incluso desvirtuarla.

---

\* N. del A. Ver Capítulo Primero, numeral 1.1.5.

## NOTAS Y COMENTARIOS

### LA PERSONA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO(\*)

Domingo García Belaúnde

El tema de la persona es de muy antigua raigambre en la historia del pensamiento. La filosofía, la teología y el derecho la han tenido en el centro de sus reflexiones. En cuanto al derecho mismo se refiere, se ha dicho y sostenido reiteradamente que la persona es el centro del mundo del derecho y en consecuencia, todo sistema normativo no tiene sentido si es que no está referido a la persona. No obstante su trascendental importancia, el concepto de persona no ha sido debidamente estudiado por los constitucionalistas, sino más bien ha tenido eco fundamentalmente en el ámbito del derecho civil, y en menor grado en el área penal, habiendo pasado casi percibido en el derecho constitucional. En efecto, la doctrina civilista ha sido muy pródiga en estudios sobre la persona, y sobre ella existe un verdadero debate que sería muy largo enumerar aquí con detalle. El mismo concepto jurídico de persona aún no está elucidado. Las diversas tendencias que pretenden hacerle frente no se ponen de acuerdo todavía si lo que predomina es la tesis realista, o la formalista o por último la eclectica. En los tiempos actuales, de hondo impacto de las ciencias sociales, parecería ser que la tesis realista tuviese cierta preeminencia, sin que esto por cierto sea definitivo. Pero aún cuando el concepto de persona no haya sido desarrollado explícitamente por la doctrina constitucional, es evidente que la persona ha estado presente en el origen y en el desarrollo de la temática constitucional

\* Sobre el tema que trata la presente comunicación, no existen estudios orgánicos. Tampoco ha sido cultivado el derecho constitucional latinoamericano en su conjunto, aunque en algunas obras existen valiosas referencias, como en el enjundioso tratado de Linares Quintana, y en diversos trabajos de Bidart Campos, Fix Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, sobre 25 años de evolución político-constitucional latinoamericana. (Oaxtepec, marzo de 1976), organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y cuyas ponencias están en prensa al cuidado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. En los diversos países la literatura es abundante, bastándonos por ahora señalar la existente en México (Ignacio Burgoa, Felipe Tena Ramírez, Fix Zamudio, Trueba Urbina, Jorge Carpizo, Diego Valadés) Venezuela (Wolff, La Roche) Argentina (Linares Quintana, Bidart Campos, Carlos Fayt, Mario Justo López, Jorge R. Vanossi, Quiroga Lavié) Colombia (L. Carlos SÁCHICA, R. estrepo Piedrahita) Guatemala (Jorge Mario García La Guardia) Brasil (Pontes de Miranda, Pinto Ferreira, Alfonso Da Silva) Perú (Alzamora Valdez, Pareja Paz Soldán, Raúl Ferrero R., Víctor J. Ortecho) etc.

clásica. En efecto, como lo ha hecho notar recientemente André Hauriou, el reconocimiento del hombre en cuanto hombre, la necesidad del diálogo, el respeto a las libertades fundamentales, son entre otras notas los factores fundamentales que han dado origen al constitucionalismo clásico, que si bien hoy está desbordado por nuevas realidades, en su esencia y perspectivas, podrá sobrevivir si es que logra adaptarse a las nuevas inquietudes de nuestra época. El reconocimiento de este hecho, no significa no obstante que haya una consagración expresa sobre la persona en la doctrina constitucional, ni que ella haya sido explicitada en los textos constitucionales. Más bien ha habido una afirmación de la persona por la vía indirecta, que es la del reconocimiento de sus derechos, lo que en general hoy se conoce como “derechos del hombre” o “derechos humanos”.

A fin de comprender mejor lo que acabamos de afirmar, es bueno tener presente que en el derecho privado existe análoga caracterización. En efecto, en el Derecho Civil, se reconoce por un lado la persona en cuanto tal, esto es, la noción jurídica de persona, en cuanto ente susceptible de ser imputable de derechos y obligaciones, sin importar por ahora cual sea la naturaleza de la persona (aún cuando dentro de la inmensa problemática contemporánea nos inclinamos por la tesis realista, pero sin divorciarla de la necesaria normatividad). Al lado de esta persona en cuanto tal (el hombre de carne y hueso) hay emanaciones de orden jurídico, que forman lo que se llama “derechos de la persona” o “derechos de la personalidad”. Por derechos de la personalidad se entiende aquellos que “tienen por objeto los modos de ser, físico o morales de la persona” y que “conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades” siendo “aquellos derechos cuyo contenido especial consiste en regular diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma”. En términos generales, la legislación civil contempla estos derechos de la personalidad, que son entre otros los siguientes: derecho al propio cuerpo, derecho a la vida, derecho a la integridad (física) derecho al honor, derecho al nombre, derecho a la propia imagen, derecho a la intimidad, derecho a la obra en sus manifestaciones extrapatrimoniales, etc. En términos jurídicos, estos derechos de la personalidad conforman lo que de modo genérico se denomina como “derechos privados subjetivos” estos es, facultades del individuo frente a los demás individuos, afirmación de la persona frente a las demás personas.

Frente a los denominados “derechos privados subjetivos”, han surgido por oposición los “derechos públicos subjetivos”, cuya magistral sistematización hizo Jellinek. Los derechos públicos subjetivos son derechos o facultades que tiene la persona, no ya frente a las demás personas, sino frente al Estado. Es “aquella posición jurídica del subdito en el Estado en la cual, merced a un negocio

jurídico o a una norma jurídica obligatoria emanada para proteger su interés individual, puede invocar frente a la Administración o puede exigir alto al Estado o hacer algo frente a él" (O. Buhler). Es un "reconocimiento de la persona, no como ente sino como miembro de la comunidad" (Jellinek). Los "derechos públicos subjetivos" son precisamente los derechos de la persona en el plano societal y político, cuya tradición más antigua arranca en la Carta Magna de 1215, se generaliza con la Declaración francesa de 1789 y adquiere vigencia universal con la Declaración de Derechos Humanos aprobada por Naciones Unidas en diciembre de 1948.

Un primer problema con respecto a esta división de derechos subjetivos en públicos y privados, es que ella a su vez se basa en una antigua y hoy discutida división del derecho en público y privado. Pero aún sin entrar en esta inacabable polémica, debemos señalar que no empecé las dificultades teóricas que existen para deslindarlos y sobre todo la dificultad para distinguirlos en alguna situación determinada, es indiscutible que ellos tienen fuerza y evidencia en el orden de la realidad, ya que todavía la mayor parte de las legislaciones vigentes la admiten, más que todo por razones metodológicas, y por no haber encontrado una mejor división que aquella que crearon los jurisconsultos romanos.

Hecha esta salvedad, podemos entrar a analizar la forma como el derecho constitucional latinoamericano ha incorporado estos derechos de la persona, lo que en rigor significa afirmar la persona como tal dentro de un orden constitucional. Para ello, y siguiendo un muestreo bastante convencional, tomaremos únicamente el ejemplo de algunos textos constitucionales latinoamericanos, que estimamos pueden dar una imagen bastante significativo del conjunto, sin analizar por ahora el problema de su vigencia y del contexto socio-político en el cual se desarrollan.

La más antigua constitución latinoamericana es la de la Argentina, aprobada en 1853, y vigente hasta la actualidad, con numerosas enmiendas. Este texto, en el cual tuvo gran influencia la entonces novedosa Constitución de los Estados Unidos de América, tiene su primera parte (capítulo único) dedicado a las Declaraciones, Derechos y Garantías. Ella garantiza la libre circulación de los efectos de la producción (art. 10) los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de peticionar a las autoridades, de entrar, permanecer, transitar y salir de territorio argentino, de publicar las ideas sin censura previa, de usar y disponer de la propiedad, de profesar libremente un culto, de enseñar y aprender (art. 14). Admite igualmente la igualdad ante la ley (art. 16), la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17) el derecho de todo ciudadano de no ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente (art. 18) la inviolabilidad de domicilio, de correspondencia (art. 18) la libertad de imprenta (art. 32) etc.

La Constitución de Colombia vigente data de 1886, con diversas modificatorias. Su Título III está dedicado a los derechos civiles y garantías sociales. Establece que el trabajo es una obligación social (art. 17); garantiza el derecho de huelga (art. 18); establece que la asistencia social es función del Estado (art. 19) que nadie podrá ser detenido sin mandato escrito emitido por autoridad competente (art. 23); se garantizan los derechos de propiedad (art. 30) la libertad de empresa y la iniciativa privada (art. 32) aún cuando se precisa (mediante reforma introducida en 1968) que la dirección general de la economía estará en poder del Estado, y se obliga a intervenir a éste para el pleno empleo de los recursos humanos y naturales. Se protege la propiedad literaria y artística (art. 35) se establece la inviolabilidad de la correspondencia (art. 38) la libertad de enseñanza (art. 41) la libertad de prensa (art. 42) la libertad de asociación (art. 44) y de reunión (art. 46) y la libertad religiosa (art. 53).

La Constitución de Brasil de 1967, enmendada en 1969, tiene también interesantes aspectos vinculados con los derechos de la persona tales como los derechos políticos (art. 147 a 151) los derechos y garantías individuales, estableciendo la libertad de conciencia y creencia, la libertad de pensamiento, la inviolabilidad del domicilio, libertad individual, el derecho de propiedad, la libertad de asociación, etc. (art. 153) dedicando diversos títulos al orden económico y social (art. 160 y ss) a la familia, educación y cultura (art. 175 y ss) en una sistematización bastante moderna, aún cuando bajo la modalidad de "Actas Institucionales" se han introducido diversas limitaciones a estos derechos.

La Constitución mexicana de 1917, promulgada en Querétaro, tiene una singular significación no sólo en el constitucionalismo latinoamericano, sino en el constitucionalismo universal. En efecto, la Constitución de 1917 es la primera constitución con contenido político-social, que se promulga dos años antes que la de Weimar (1919) y un año antes que la de la URSS dada por Lenin (1918). Esta constitución es producto a su vez de la sangrienta revolución mexicana de 1910, la primera revolución social, antecesora en siete años de la famosa revolución de octubre. En ella se establece la separación de la Iglesia del Estado, la obligatoriedad de la enseñanza (art. 1) la libertad de trabajo (art. 4 y 5) y demás derechos tradicionales (arts. 6, 7, 9, 11, etc.). Se insertan novedosas limitaciones a los derechos de propiedad sobre las tierras y aguas (art. 27 y ss.). El extenso Título Sexto está dedicado al trabajo y a la previsión social, estableciendo la jornada máxima de 8 horas, la protección a las mujeres y niños en el trabajo, el descanso semanal, la protección de la mujer embarazada en el trabajo, la igualdad de sexos en el trabajo, los salarios mínimos, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, la vivienda para los trabajadores, la responsabilidad por los accidentes de trabajo, medidas de seguridad e higiene industrial, reconocimiento de los derechos de huelga, el

el Estado como interventor en los conflictos laborales, el descanso vacacional, etc. Ahí aparecen por vez primera (en 1917) conjuntamente con los derechos individuales los hoy llamados derechos sociales, económicos y culturales, que tan común se han hecho después de la segunda post-guerra.

La Constitución de Perú (1933) influida por la Constitución mexicana de 1917, la de Weimar de 1919 y la Española de 1931, incluye también diversos aspectos sociales tales como que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social (art. 34) la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas (art. 45) las garantías de la vida, la salud y la higiene en el trabajo industrial (art. 47) la previsión social (art. 48) la sanidad pública (art. 50) la protección de la familia y la maternidad (art. 51) la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia (art. 52) etc. También tienen consagración en este texto los derechos individuales, tales como la libertad de trabajo (art. 55) la libertad de conciencia y de creencia (art. 59) la inviolabilidad del domicilio (art. 61) el libre tránsito (art. 67) etc.

La Constitución de Venezuela (1961) es entre todas las latinoamericanas, quizá la que mejor ofrece una sistematización del derecho del hombre. Así vemos que el Título III está dedicado a los Deberes, Derechos y Garantías, afirmándose en su artículo 43 que “todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”. Esta es quizá la única afirmación —en el plano de la dogmática jurídica— del derecho de la personalidad del ciudadano dentro de un Estado. El capítulo II del Título III, está dedicado a los deberes (art. 51) entre los cuales se encuentra el deber de trabajar (art. 54) Es interesante hacer notar como en el texto se hace una expresa afirmación de los deberes, que como se sabe son siempre el ineludible corolario de los correspondientes derechos. Los Derechos son divididos en Individuales (derecho a la vida, art. 58); derecho a la libertad y seguridad individuales, art. 60) libertad de culto, art. 65, libertad de pensamiento, art. 66, libertad de asociación, art. 70, etc.), en Derechos sociales (protección de la familia, art. 73, protección a la salud, art. 76, derecho a la educación, art. 78, derecho al trabajo, art. 84, derecho de huelga, art. 92, etc.) en Derechos Económicos (el Estado promoverá el desarrollo económico, art. 95, libertad de trabajo, art. 96, derecho de propiedad, art. 99) y en Derechos Políticos (obligatoriedad del voto, art. 110, libertad de partidos políticos, art. 114, etc.)

La recentísima Constitución de Cuba (1976) conserva las peculiaridades propias del sistema político adoptado por ese país. Es artículo 16 asigna al Estado el deber de promover el desarrollo de la personalidad humana de cada uno de los cubanos, el art. 20 reconoce la propiedad de los pequeños agricultores; el art. 34 declara la protección del Estado a la familia, la maternidad

y el matrimonio. El capítulo VI, conjuntamente con diversas declaraciones propias de la ortodoxia comunista declara el derecho y el deber al trabajo (art.44) la seguridad social (art. 46), el derecho a la educación (art. 50) además de las garantías tradicionales, tales como la libertad de palabra y de prensa (art. 52) el derecho de reunión (art. 53) la inviolabilidad del domicilio (art. 55) el libre tránsito (art. 57) etc.

A todo lo antedicho, habría que agregar que la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fué suscrita por todos los países americanos en Bogotá en marzo de 1948 muchos meses antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobase su famosa Declaración. Aparte de ello, existe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene por objeto velar por el respeto de los derechos humanos en todo el continente, aun cuando todavía su influencia sea muy escasa.

Es entonces evidente, que en sus aspectos generales y dejando de lado las diferencias semánticas que pudieran existir, la tendencia de las constituciones latinoamericanas tiende a proteger los derechos de la persona en la esfera pública, unas en mayor medida que otras, pero conservando en lo esencial los derechos individuales y sociales.

Por otro lado, y si pasamos de los textos a la realidad política, podrá constatare como aquellos no pasan de ser un deber ser moral, muchas veces con mínima o nula vigencia. Muchas y muy profundas causas han atentado y atentado contra el respeto de estos derechos de la persona en el plano político. Los estudios realizados por sociólogos, antropólogos y politólogos demuestran fehacientemente que el hambre y la miseria existentes en América Latina, impiden el cabal cumplimiento de los derechos de la persona. Además la existencia de regímenes políticos de corte totalitario, coadyudan a que esta ausencia se haga aún más notoria.

No obstante estos hechos, los constitucionalistas deben empeñarse en que los derechos de la persona tan solemnemente proclamados en los textos, puedan progresivamente ir imponiéndose en la convulsa realidad política de nuestros países.

## DOCUMENTOS

### ANTEPROYECTO DEL DOCTOR FELIPE OSTERLING PARODI DERECHOS DE OBLIGACIONES

#### TITULO I DE LAS OBLIGACIONES Y DE SUS MODALIDADES CAPITULO I

##### De las obligaciones de dar

*Artículo 1.*— El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando ésta sea de mayor valor.

*Artículo 2.*— El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas deberá, a solicitud del acreedor, presentar información sobre su estado.

*Artículo 3.*— La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega.

La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

*Artículo 4.*— La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

*Artículo 5.*— Antes de la tradición de una cosa mueble determinada, el acreedor no adquiere la propiedad, salvo las excepciones previstas por la ley.

*Artículo 6.*— Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta.

*Artículo 7.*— Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta.

*Artículo 8.*— La pérdida de la cosa puede producirse:

- 1) Por perecer o ser inútil para el acreedor por su daño parcial.
- 2) Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella o, aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar.

3) Por quedar fuera del comercio.

*Artículo 9.*— En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1) Si la cosa se perdiese por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos.

2) Si la cosa se deteriorara por culpa del deudor, el acreedor podrá optar por lo prescrito en el inciso 1) o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere; y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1).

Si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá ejercitar la segunda solución prevista.

3) Si la cosa se perdiese por culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación.

4) Si la cosa se deteriorara por culpa del acreedor, éste tendrá la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5) Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán la pérdida de la cosa.

En las hipótesis previstas en el párrafo anterior, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa.

6) Si la cosa se deteriorara sin culpa, el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán las consecuencias del deterioro.

En los casos previstos, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que pudiera haber originado el deterioro de la cosa.

*Artículo 10.*— La pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor, se presume que ocurren por culpa suya, salvo prueba en contrario.

*Artículo 11.*— El deudor no quedará eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se hubiese perdido sin su culpa, cuando la obligación

procediera de delito o falta. Esta regla no se aplicará si el acreedor hubiese sido constituido en mora.

*Artículo 12.*— Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

*Artículo 13.*— Las mejoras naturales en la cosa corresponden al propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega.

Si el dueño fuese el deudor, podrá solicitar al acreedor el pago del valor de las mejoras; y si éste no estuviera dispuesto a abonarlas, el deudor, a su sola elección, podrá dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.

*Artículo 14.*— El deudor no podrá introducir mejoras en la cosa sin el consentimiento del acreedor, excepto cuando sean necesarias.

Si el acreedor fuese el dueño, está obligado a abonar el valor de las mejoras necesarias al deudor. Si el propietario fuese el deudor, podrá solicitar al acreedor el pago del valor de dichas mejoras, y si éste no estuviera dispuesto a abonarlas, el deudor, a su sola elección, podrá dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.

*Artículo 15.*— Los frutos y productos de la cosa, si es mueble, corresponden al deudor desde que se contrajo la obligación hasta su entrega; y si es inmueble, al acreedor desde la fecha en que ella se contrajo. Los frutos pendientes al día de la entrega pertenecen al acreedor.

*Artículo 16.*— Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

*Artículo 17.*— En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultara de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media.

*Artículo 18.*— Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumpliera con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.

Si el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente cuando a tal elección se hubiese comprometido

y no la efectuase por su culpa.

*Artículo 19.*— La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección la practica un tercero, surtirá iguales efectos.

*Artículo 20.*— Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.

Esta regla no se aplicará cuando la elección deba practicarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se perdieran sin culpa del deudor.

*Artículo 21.*— Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas.

## *CAPITULO II*

### *De las obligaciones de hacer*

*Artículo 22.*— El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

*Artículo 23.*— La prestación podrá ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales.

*Artículo 24.*— El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

- 1) Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
- 2) Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
- 3) Dejar sin efecto la obligación.

*Artículo 25.*— El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar las siguientes medidas:

- 1) Las previstas por los incisos 1) ó 2) del artículo anterior.
- 2) Considerar no ejecutada la prestación, si le fuese inútil.
- 3) Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
- 4) Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

*Artículo 26.*— En los casos previstos por los artículos 24 y 25, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

*Artículo 27.*— El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 25.

*Artículo 28.*— Si la imposibilidad se originara por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Las mismas reglas se aplicarán si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

*Artículo 29.*— Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.

Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación.

*Artículo 30.*— Si la prestación resultara imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

*Artículo 31.*— Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos.

### *CAPITULO III*

#### *De las obligaciones de no hacer*

*Artículo 32.*— El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a adoptar las siguientes medidas:

- 1) Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
- 2) Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.
- 3) Dejar sin efecto la obligación.

*Artículo 33.*— En los casos previstos por el artículo anterior, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

*Artículo 34.*— Si la imposibilidad se originara por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contrapresta-

ción, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

*Artículo 35.*— Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.

Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera constituido en mora.

Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación.

*Artículo 36.*— Si la prestación resultase imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

*Artículo 37.*— Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos.

#### *CAPITULO IV*

##### *De las obligaciones alternativas y facultativas*

*Artículo 38.*— El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo deberá cumplir por completo una de ellas.

*Artículo 39.*— La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

*Artículo 40.*— Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumple con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.

Si el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa.

*Artículo 41.*— La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a

ambas si la practicara un tercero.

*Artículo 42.*— Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resultara de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

*Artículo 43.*— Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes:

- 1) Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que hubiera sido imposible.
- 2) Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes.
- 3) Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas no imputables al deudor, se extinguirá la obligación.

*Artículo 44.*— Cuando la elección corresponde al acreedor o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes:

- 1) Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.
- 2) Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor deberá devolver la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.
- 3) Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.
- 4) Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

*Artículo 45.*— La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, fueran nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

*Artículo 46.*— El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal.

*Artículo 47.*— La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria fuera válida o

posible de cumplir.

*Artículo 48.*— La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria fuera nula o imposible de cumplir.

*Artículo 49.*— En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa.

## *CAPITULO V*

### *De las obligaciones divisibles e indivisibles*

*Artículo 50.*— Si fueran varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que los deudores únicamente se encuentran obligados a pagar su parte de la deuda.

*Artículo 51.*— En las obligaciones divisibles el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores hubiesen reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resultara de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

*Artículo 52.*— El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación; o por quien se encuentre en posesión de la cosa debida; o por quien adquiera el bien que garantiza la obligación.

*Artículo 53.*— La obligación es indivisible cuando por la naturaleza de la prestación, por mandato de la ley, o por el modo en que fue considerada al constituirse, no es susceptible de división o de cumplimiento parcial.

*Artículo 54.*— Las obligaciones indivisibles se rigen por las normas de las obligaciones solidarias, salvo lo dispuesto por los artículos siguientes.

Tampoco se aplican a las obligaciones indivisibles las reglas previstas por los artículos 62, 68, 79, 80 y 81.

*Artículo 55.*— Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor quedará liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantizara a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

*Artículo 56.*— La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

*Artículo 57.*— La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo podrá exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor

de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso.

*Artículo 58.*— La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.

La misma regla se aplicará en los casos de compensación, remisión, consolidación y transacción.

*Artículo 59.*— La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir, sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. Cada uno de los demás deudores quedará obligado por el íntegro de la indemnización.

*Artículo 60.*— Si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, subsistiendo, sin embargo, lo dispuesto por el artículo 56.

## CAPITULO VI

### *De las obligaciones mancomunadas y solidarias*

*Artículo 61.*— Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

*Artículo 62.*— La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa la determinan.

*Artículo 63.*— La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.

*Artículo 64.*— El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado por alguno.

*Artículo 65.*— El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.

Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo.

*Artículo 66.*— Si falleciera uno de los deudores solidarios, la deuda se dividirá entre sus herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la

herencia.

La misma regla se aplicará en caso de fallecimiento de uno de los acreedores solidarios.

*Artículo 67.*— La novación, compensación, remisión o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos, las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se regirán por las reglas siguientes:

- 1) En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.
- 2) En la compensación, los codeudores responden por su parte.
- 3) En la remisión, se extingue la obligación de los codeudores.
- 4) En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

*Artículo 68.*— Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo anterior se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedarán liberados sino en cuanto a dicha parte.

*Artículo 69.*— Cuando los actos a que se refiere el artículo 67 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte.

*Artículo 70.*— La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor.

*Artículo 71.*— A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponerse las excepciones que le son personales, y las comunes a todos los acreedores o deudores.

*Artículo 72.*— La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en razones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones

personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos

*Artículo 73.*— La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros

*Artículo 74.*— El incumplimiento de la obligación, por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.

*Artículo 75.*— Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores.

*Artículo 76.*— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.

*Artículo 77.*— La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.

*Artículo 78.*— El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores. Si se practicara por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros.

*Artículo 79.*— El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.

El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad.

*Artículo 80.*— Si el acreedor renunciara a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad.

*Artículo 81.*— El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la

acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros.

*Artículo 82.*— En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de algunos de ellos.

Las partes de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo pacto en contrario.

*Artículo 83.*— Si alguno de los codeudores fuera insolvente, su parte se distribuirá entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación fuera insolvente, la deuda se distribuirá por partes iguales entre los demás.

## *CAPITULO VII*

### *Del reconocimiento de las obligaciones*

*Artículo 84.*— El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

## *TITULO II*

### *DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES*

## *CAPITULO I*

### *Disposiciones generales*

*Artículo 85.*— La obligación se trasmite a los herederos cuando no es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

*Artículo 86.*— Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- 2) Procurarse la prestación, o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- 3) Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- 4) Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley.

El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva.

No es incompatible ejercitar simultáneamente dos o más de los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1) y 2).

## CAPITULO II

### *Del pago*

*Artículo 87.*— Sólo se entenderá efectuado el pago cuando se hubiera ejecutado íntegramente la prestación objeto de la obligación.

*Artículo 88.*— No podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.

Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y, tendrá derecho el deudor, al pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda.

*Artículo 89.*— Si el pacto o la naturaleza de la obligación no lo impidiera, podrá hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en su cumplimiento, sea con el asentimiento del deudor o sin él.

Quien pagara sin asentimiento del deudor, sólo podrá exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago.

*Artículo 90.*— Paga válidamente quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.

Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso, o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado.

*Artículo 91.*— Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, a no ser que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.

*Artículo 92.*— Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímelmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de tal calidad.

*Artículo 93.*— El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción.

*Artículo 94.*— No es válido el pago hecho a incapaces, sin consentimiento de sus representantes legales.

Si se probara que el pago fue útil para el incapaz, se extinguirá la obligación en la parte pagada.

*Artículo 95.*— No es válido el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique.

*Artículo 96.*— La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

*Artículo 97.*— Quien está en aptitud de efectuar el pago tiene derecho de

exigir al acreedor el recibo correspondiente, pudiendo retener dicho pago mientras no le sea otorgado.

Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago podrá retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado.

*Artículo 98.*— Cuando el pago deba efectuarse en cuota sucesivas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

*Artículo 99.*— El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario.

*Artículo 100.*— La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.

Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

*Artículo 101.*— El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquella que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley.

*Artículo 102.*— Sólo por ley especial se podrá permitir que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación, o al día en que se efectúe el pago.

*Artículo 103.*— Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

*Artículo 104.*— El pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resultara de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

El acreedor, designados varios lugares, puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplicará, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

*Artículo 105.*— Si el deudor mudase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

La misma regla será de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

*Artículo 106.*— Si no hubiese plazo designado, el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

*Artículo 107.*— Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor.

*Artículo 108.*— Si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad consignando la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.

También procede la consignación en los casos en que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago.

*Artículo 109.*— La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.

Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación.

*Artículo 110.*— La consignación que no fuese impugnada por el acreedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que ella se verifique o, en los casos de depósito de dinero y valores, dentro de los diez días siguientes a su notificación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.

*Artículo 111.*— La consignación impugnada surte retroactivamente los efectos del pago desde que la oposición del acreedor se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada.

*Artículo 112.*— Quien consignó podrá retirar la prestación antes que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada.

*Artículo 113.*— Quien tuviese varias obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, podrá indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de

aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas debe aplicarse éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente, o a una deuda ilíquida o no vencida.

*Artículo 114.*— Quien deba capital, gastos e intereses, no podrá, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

*Artículo 115.*— Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no podrá reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.

*Artículo 116.*— No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, se aplicará el pago a la más onerosa para el deudor; y, entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pudieran aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.

*Artículo 117.*— La subrogación opera de pleno derecho a favor.

- 1) De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.
- 2) De quien, por tener legítimo interés, cumple la obligación.
- 3) Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

*Artículo 118.*— La subrogación convencional tiene lugar:

- 1) Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.
- 2) Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
- 3) Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato, y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

*Artículo 119.*— La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

*Artículo 120.*— En los casos del inciso 1) del artículo 117, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 83.

*Artículo 121.*— Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo

parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.

*Artículo 122.*— El que por error de hecho o de derecho entrega a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió.

*Artículo 123.*— Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o limitado o cancelado las garantías de su derecho, o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

*Artículo 124.*— El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés no previsto contractualmente cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que debió percibir, cuando la cosa recibida los produjo o debió producirlos, desde la fecha del pago indebido.

Además, responderá de la pérdida o deterioro que la cosa hubiese sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen a quien la entregó, hasta que la recobre.

Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que la causa no imputable hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa, hallándose en poder de quien la entregó.

*Artículo 125.*— Si el que acepta un pago indebido de mala fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera mala fe, quien efectuó el pago podrá exigir su restitución y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso, pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.

*Artículo 126.*— El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responderá de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

*Artículo 127.*— Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a

título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

*Artículo 128.*— Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En esta hipótesis, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada.

*Artículo 129.*— La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe al año, a contar del día en que la parte perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a ejercitarla y, en todo caso, a los cinco años de efectuado el pago.

*Artículo 130.*— No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmoral o ilícito.

*Artículo 131.*— Las reglas que anteceden se aplicarán, en cuanto fuesen pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no fuese procedente restituir una prestación, y a las obligaciones de no hacer.

En estos casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, quedará obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

### *CAPITULO III*

#### *De la novación*

*Artículo 132.*— Por la novación se sustituye la primitiva obligación por otra.

Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

*Artículo 133.*— Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente.

*Artículo 134.*— La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

*Artículo 135.*— En la novación por cambio de acreedor se requiere, además

del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor.

*Artículo 136.* – La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor.

*Artículo 137.* – a novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

*Artículo 138.* – En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, en la novación por delegación la obligación será exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

*Artículo 139.* – Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.

*Artículo 140.* – Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura.

*Artículo 141.* – Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.

Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

*Artículo 142.* – Si la nueva obligación se declarara nula o anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

## *CAPITULO IV*

### *De la compensación*

*Artículo 143.* – Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

*Artículo 144.* – Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren las condiciones previstas por el artículo anterior. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente.

*Artículo 145.*— Se prohíbe la compensación:

- 1) En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.
- 2) En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.
- 3) Del crédito inembargable.
- 4) Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

*Artículo 146.*— El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.

*Artículo 147.*— El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.

*Artículo 148.*— Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 116.

*Artículo 149.*— La compensación no perjudica los derechos adquiridos por terceros sobre uno de los créditos.

## *CAPITULO V*

### *De la remisión*

*Artículo 150.*— De cualquier modo que se pruebe la remisión de la deuda, efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de terceros.

*Artículo 151.*— La remisión a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes.

La remisión efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó.

*Artículo 152.*— Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que aquella constare, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.

*Artículo 153.*— La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión de tal derecho, pero no la remisión de la deuda.

*Artículo 154.*— La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.

## *CAPITULO VI*

### *De la consolidación*

*Artículo 155.*— La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación o de parte de ella.

*Artículo 156.*— Si la consolidación cesase, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.

En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros.

## *CAPITULO VII*

### *De la transacción*

*Artículo 157.*— Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

*Artículo 158.*— La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga la una contra la otra sobre el objeto de dicha transacción.

*Artículo 159.*— La transacción se perfecciona con la declaración de las partes expresada por escrito. Si hubiese litigio, será necesario ponerla en conocimiento del juez de la causa.

*Artículo 160.*— Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

*Artículo 161.*— Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito.

*Artículo 162.*— La transacción celebrada por las personas colectivas de derecho público interno, requiere autorización de sus órganos competentes.

*Artículo 163.*— Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

*Artículo 164.*— Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad.

Si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable, la transacción tiene validez si las partes, conociendo el vicio, la celebran.

*Artículo 165.*— Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida.

*Artículo 166.*— La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario.

En tales casos, sin embargo, no se restablecerán las garantías prestadas por terceros. Tratándose de las garantías otorgadas por las partes, ellas renacerán sin perjuicio del derecho de terceros.

*CAPITULO VIII*  
*Del mutuo disenso*

*Artículo 167.*— Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto.

*Artículo 168.*— El mutuo disenso que perjudique los derechos de terceros se tendrá por no efectuado.

*CAPITULO IX*  
*De la inejecución de las obligaciones*  
*SECCION I*  
*Disposiciones generales*

*Artículo 169.*— Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

*Artículo 170.*— Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

*Artículo 171.*— La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla, o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

*Artículo 172.*— El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

*Artículo 173.*— Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

*Artículo 174.*— Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

*Artículo 175.*— Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

*Artículo 176.*— Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

*Artículo 177.*— El resarcimiento por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto la pérdida sufrida como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

*Artículo 178.*— El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

*Artículo 179.*— Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses no previstos contractualmente, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente.

*Artículo 180.*— El monto de los intereses no previstos contractualmente será fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

*Artículo 181.*— El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

*Artículo 182.*— Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él derivan.

*Artículo 183.*— El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

*Artículo 184.*— Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

*Artículo 185.*— Se presume, salvo prueba en contrario, que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

*Artículo 186.*— La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

*Artículo 187.*— La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

*Artículo 188.*— Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

## SECCION II

### *De la mora*

*Artículo 189.*— Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3) Cuando la deuda derive de acto ilícito.
- 4) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 5) Cuando la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor.

*Artículo 190.*— En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o acepta cumplir la que le concierne.

*Artículo 191.*— El deudor en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable.

Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

*Artículo 192.*— Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

*Artículo 193.*— El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

*Artículo 194.*— El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los

daños y perjuicios derivados de su retraso.

*Artículo 195.*— El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

### SECCION III

#### *De las obligaciones con cláusula penal*

*Artículo 196.*— El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

*Artículo 197.*— Cuando la cláusula penal se estipule para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, se aplicarán reglas similares a las previstas por el artículo anterior, manteniéndose expedito el derecho del acreedor para exigir, adicionalmente, el cumplimiento de la obligación.

*Artículo 198.*— La pena se debe independientemente de la prueba del daño. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

*Artículo 199.*— La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior.

*Artículo 200.*— La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.

*Artículo 201.*— El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto del interés máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

*Artículo 202.*— El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor.

*Artículo 203.*— Sea la obligación divisible o indivisible, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor sólo estará obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible.

*Artículo 204.* — Si la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer íntegramente la pena.

*Artículo 205.* — Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de fallecimiento de un codeudor, la penalidad se dividirá entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

*Artículo 206.* — Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena.

Lima, Agosto de 1979.

*Fernando de Trazegnies Granda*, abogado, doctor en Derecho, profesor principal de la Universidad y Director de nuestro Programa Académico. Dicta Filosofía del Derecho e Historia del Derecho Peruano.

El ante-proyecto del libro de Obligaciones para el Código Civil que publicamos, ha sido elaborado por el Dr. *Felipe Osterling Parodi*, abogado, doctor en Derecho, profesor principal de la Universidad y ex-Director de nuestro Programa Académico. Enseña el curso de Obligaciones y es Presidente de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil.

*Domingo García Belaúnde* es abogado, doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad y dicta en el Area de Derecho Constitucional de nuestro Programa Académico.

*Marcial Rubio Correa*, abogado, profesor asociado de la Universidad. Dicta Introducción al Derecho y Derecho Constitucional.

*Susana Zusman Tinman* es profesora auxiliar de la Universidad. Dicta los cursos de Introducción al Derecho Civil y Acto Jurídico.

*Zigurds Zile*, profesor de Derecho en la Universidad de Wisconsin, de los Estados Unidos de Norteamérica. En adición a la cátedra jurídica, es experto en pedagogía del Derecho y ha tenido la gentileza de autorizarnos a publicar esta ponencia, cuyo texto ha sido traducido al castellano por nosotros. Zigurds Zile fue activo colaborador del programa de formación de profesores que nuestro Programa Académico llevó a cabo en colaboración con la Universidad de Wisconsin hace casi 10 años, y ha mantenido estrecha vinculación con los profesores que participaron en dicho programa.



