

# DERECHO

Acerca de la inseminación artificial

CARLOS CARDENAS QUIROS

Principios del Derecho y del Derecho Laboral

VICTOR FERRO DELGADO

Código Civil de 1852: lo nacional y lo importado

CESAR LUNA VICTORIA LEON

Derecho Precolombino y Derecho Indiano

NORA OLIVERO PACHECO

Sobre la ley: del *Fuero Juzgo* a la *Novísima Recopilación*

RENE ORTIZ CABALLERO

Matrimonio y familia: sobre el parentesco

ROGER RODRIGUEZ ITURRI

El derecho de prenda en los códigos civiles chileno y argentino

FAUSTO VIALE SALAZAR

El Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica

MANUEL AGUIRRE ROCA

Derecho ambiental en la Constitución peruana

GUILLERMO FIGALLO

Sistema electoral y representación política en el Perú actual

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

Rol del convenio colectivo en la economía nacional

MARIO PASCO COSMOPOLIS

El Grupo de Contadora

MARIA CECILIA TELLO

La utilidad del contrato de opción en el Código Civil

MIGUEL TORRES MENDEZ

Derecho, administración de justicia y cambio social

LORENZO ZOLEZZI IBARCENA

La responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984

FERNANDO VIDAL RAMIREZ

FACULTAD DE DERECHO/PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATOLICA  
DEL PERU**

**DERECHO**

**NUMERO 42  
DICIEMBRE 1988**

## **CONTENIDO**

### **SECCION: MAGISTER EN DERECHO**

Carlos Cárdenas Quirós	
Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina . . . . .	9
Víctor Ferro Delgado	
Los principios generales del Derecho y los principios parti- culares del Derecho Laboral . . . . .	45
César Luna Victoria León	
Código Civil de 1852: lo nacional y lo importado . . . . .	73
Nora Olivero Pacheco	
El Derecho Precolombino y el Derecho Indiano y las inva- siones de tierra . . . . .	101
René Ortiz Caballero	
Estudio sobre la ley: del <i>Fuero Juzgo</i> a la <i>Novísima Reco-     pilación</i> . . . . .	123
Roger Rodríguez Iturri	
Matrimonio y familia: información sobre el parentesco . . .	145
Fausto Viale Salazar	
El derecho de prenda y la realización de la prenda en los códigos civiles de la República de Chile y de la República de Argentina que recogen los proyectos Bello y Vélez Sars- field, respectivamente . . . . .	165
<b>NOTA</b>	
Manuel Aguirre Roca	
El Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica . .	187

## **SECCION: VARIA**

<b>Guillermo Figallo</b>	
Derecho ambiental en la Constitución peruana . . . . .	195
<b>Domingo García Belaunde</b>	
Sistema electoral y representación política en el Perú actual . . . . .	215
<b>Mario Pasco Cosmópolis</b>	
Rol del convenio colectivo en la economía nacional . . . . .	237
<b>María Cecilia Tello</b>	
El Grupo de Contadora frente a los medios de solución pacífica de controversias. . . . .	275
<b>Miguel Torres Méndez</b>	
La utilidad del contrato de opción en el Código Civil de 1984 . . . . .	289
<b>Lorenzo Zolezzi Ibárcena</b>	
Derecho, administración de justicia y cambio social . . . . .	305
<b>CRONICA DEL CLAUSTRO</b>	
Crónicas de la Facultad de Derecho. . . . .	321
<b>COMENTARIOS</b>	
<b>Fernando Vidal Ramírez</b>	
La responsabilidad extracontractual: el sistema adoptado por el Código Civil de 1984 . . . . .	325

## *DE LOS EDITORES*

*La revista presenta este año como su sección central, un conjunto de trabajos presentados por los alumnos del Magister en Derecho con mención en Derecho Civil de la Universidad, y que han sido recomendados para publicación por los profesores de los cursos respectivos. Este Magister tiene por finalidad desarrollar el trabajo de investigación, y DERECHO contribuye a ello mediante la divulgación en el medio académico.*

*Conformaron el Consejo Editorial de la Revista para este número el Dr. Miguel de Althaus Guarderas, profesor principal; el Dr. Marcial Rubio Correa, profesor principal; el Dr. Humberto Jara Flórez, profesor auxiliar; y, el Sr. Christian Schroder Romero, representante estudiantil. Este Consejo agradece a todos aquellos miembros de nuestra comunidad universitaria, que hacen posible la edición de este número de la revista.*



SECCION: *MAGISTER EN DERECHO CIVIL*



## ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

Carlos Cárdenas Quirós

### I. INTRODUCCION

Los avances cada vez mayores de la ciencia han llevado a desarrollos insospechados en el campo biológico que hacen necesaria una reflexión en torno al tratamiento jurídico que debe darse a estas nuevas circunstancias.

En 1980, con aguda percepción de este fenómeno, expresaba Albert Rosenfeld, director de ciencias en Saturday Review y catedrático de genética humana en la Universidad de Texas, que: “... , la biología atraerá cada vez más la atención de la religión —y de la política— aunque sólo sea porque el vertiginoso ritmo de su avance generará (y está generando ya) una multitud de dilemas morales. Algo que la biología nos dice claramente es que el futuro humano será muy diferente del presente humano, en gran parte por los poderes mismos que nos hemos conferido, un tanto inadvertidamente, gracias a nuestras entusiastas exploraciones por los confines de la biología” (1).

Los problemas jurídicos en torno a estos asuntos han dado como resultado que se planteen una serie de situaciones que requieren de análisis jurídico.

Como expresa acertadamente Cornejo Chávez, en el fondo de todos estos casos “lo que se está planteando es el significado que se da al acto procreador de un ser humano, a las bases mismas de la relación conyugal y paterno-maternal-filial y, en fin de cuentas,

---

(1) Rosenfeld, Alfred, Dilemas morales de la biología moderna, Facetas, Vol. 13, 1980, Núm. 1, pág. 87.

a la posición del hombre frente al gran interrogante de su propia especificidad, dignidad e intangibilidad y la legitimidad o ilegitimidad moral de la manipulación genética. Más específicamente, se trata de saber qué fines se persigue o qué necesidades se intenta satisfacer con el recurso a tales técnicas de la ciencia contemporánea; y si aquellas finalidades o necesidades no pueden ser atendidas de otro modo, como por ejemplo a través de la adopción; si el Derecho debiera permitir el empleo de dichas técnicas sólo en casos especiales y siempre que se trate de parejas matrimoniales o si también debiera permitirlo en parejas no casadas o incluso a quien o quienes no formen una pareja” (2).

El fenómeno de la reproducción se mantuvo constante a lo largo del tiempo, de modo tal que los mayores problemas jurídicos que surgieron en torno a ella tuvieron que ver con lo que se denominó como filiación legítima e ilegítima.

No existe ningún problema cuando el proceso de reproducción se presenta de manera total en una pareja de esposos. Cada uno de ellos proporcionará en la cópula sexual las células llamadas gametos: el esposo, el espermatozoide, y la esposa, el óvulo; la fertilización se llevará a cabo en la trompa de falopio que es el órgano genital femenino y el embarazo se realizará en el útero.

En todo este proceso se puede distinguir, según Seguín, tres etapas: 1) Las fuentes de los gametos (espermatozoides y óvulos); 2) La fertilización de los gametos (es decir, su unión dando lugar al embrión); 3) El lugar del proceso de desarrollo del embrión (preñez o embarazo). En relación a este proceso ha señalado el mencionado autor que, “pueden, así los gametos del esposo o la esposa ser reemplazados por los de otros; puede la fecundación realizarse fuera del organismo de la esposa y el proceso del desarrollo fetal hacerse en un lugar distinto del útero de la esposa” (3).

---

(2) Cornejo Chávez, Héctor, Los avances de la genética, Diario La Repúlica, Lima, 21 de noviembre de 1985.

(3) Seguín, Carlos Alberto, Sobre la reproducción humana, Dominical, Diario El Comercio, Lima, 19 de enero de 1986.

En relación con este artículo, nos permitimos reproducir un cuadro de Weil y Waters modificado por el doctor Seguín, en el que pone de

Todo esto da lugar a la utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación extrauterina para solucionar fundamentalmente el problema de la esterilidad.

Sin embargo, como expresa Arias Schreiber, debe esclarecerse "si la esterilidad es un tipo de sufrimiento y si la adopción constituye o no el medio suficiente para satisfacer el explicable deseo de la maternidad o paternidad frustrados" (4).

Las opiniones al respecto se encuentran divididas. Para unos es una práctica que degrada la honestidad del acto sexual y contradice la creación divina. Para otros, en cambio, es el modo de permitirle al ser humano una realización completa cuando por una u otra causa se presente algún impedimento que no permite la realización natural del acto de procreación (5).

---

manifiesto la multiplicidad de situaciones que se pueden dar por alteraciones en las fuentes de los gametos, el lugar de la fertilización o el lugar de la preñez. Obviamente, cada una de estas situaciones merece un apropiado análisis jurídico.

(4) Arias Schreiber Pezet, Max, Genética y Derecho, Diario El Comercio, Lima, 17 de noviembre de 1985.

(5) Entre las opiniones que se vierten a favor, podemos citar las siguientes:

Señala Zannoni que "si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación —como expresa el canon 1081 del Cód. Der. Canónico— no logran procrear (que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, superar carencias naturales. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicitis o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de riñón, el hombre asume su naturaleza y la completa, la perfecciona" (Zannoni, Eduardo A., Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Buenos Aires, 1978, págs. 48-49).

Zannoni se pronuncia a favor de la inseminación artificial y de la fertilización extrauterina homólogas, no así de la heteróloga. Belluscio coincide con este planteamiento, al señalar "que no habría problema, ni jurídico ni moral, mientras se extraiga un óvulo del organismo de la madre y se lo fecunde con espermatozoides del hombre que forma pareja

El asunto no ha sido objeto de especial atención por la doctrina nacional, siendo escasos los textos que se ocupan de la materia en nuestro país. Los problemas, sin embargo, se encuentran planteados y ello justifica el análisis, desde una perspectiva jurídica, de asuntos de tanta trascendencia para la humanidad.

## II. INSEMINACION ARTIFICIAL. CLASES

Consiste en la introducción del semen en el útero de la mujer para lograr que se produzca la fecundación uterina, que por diversas razones no puede ser lograda normalmente por la pareja.

Los primeros antecedentes de esta práctica los encontramos a nivel de animales. Así, “según Votta y Baldessari, en el año 1322, un jeque árabe fecundó a yeguas con semen obtenido, colocando una esponja en la vagina de una yegua en celo. En el siglo XVII Malpighi y Biffiena, realizan experiencias en gusanos de seda y en

con ella . . . Sea cual fuere la apreciación que quepa sobre la cuestión desde el punto de vista moral o religioso, jurídicamente se trata de acciones privadas que no ofenden al orden y la moral pública ni perjudican a terceros, de manera que sobre ellas en nada influye el derecho ni cabría pronunciamiento judicial (art. 19 de la Constitución Nacional)” (Citado por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicancias éticas y jurídicas. En: Prudentia Iuris V, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre, 1981, pág. 88).

Haring sostiene que “la creación es una obra inacabada que reclama la cooperación del hombre para llevarla a una mayor perfección. Y el hombre mismo es también una obra inacabada llamada a ser una imagen cada vez más perfecta de Dios. Por eso, sólo puede ser fiel a sí mismo y a su Creador, pugnando por el progreso mediante creatividad. Es un ser cultural. Nunca se adapta simplemente a la naturaleza, sino más bien, como cocreador y correvelador de Dios, debe tomar la naturaleza en sus manos y transformarla de acuerdo con la finalidad de crecer en su capacidad de devolver ‘amor por amor’ y de discernir lo que realza la dignidad humana y lo que la bloquea (Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pag. 65).

Simón Socorro señala que “en el Primer Congreso Mundial de Esterilidad y Fertilidad, en New York, en 1953; en el Congreso Mundial de Fertilidad, reunido en Japón, y en el Tercer Congreso Europeo de Esterilidad, reunido en Atenas en 1972, se hicieron ligeras o pocas oposiciones sobre bases morales y religiosas; se obtuvo un consenso de que el

el siglo siguiente Jacobi y Welthein logran la fecundación artificial de huevos de peces” (6).

En general se considera que este método fue utilizado por vez primera en la especie humana por Hunter en 1799 obteniendo un éxito total, al aplicar a una mujer el esperma de su esposo que sufría una deformación de la uretra.

Sin embargo, López Saiz señala que “Munter, en una descripción que hizo de su viaje a España y Portugal a fines del siglo XV, refiere en detalle el ‘modus operandi’ como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV ‘El Impotente’, con esperma del monarca que afirman era acuosa y estéril” (7).

---

procedimiento tenía un carácter médico y social de valor que podría ser de gran ayuda a las parejas estériles, para alcanzar la fecundación y, por tanto, una relación familiar y marital más estables” (Simón Socorro, Emilio, Inseminación artificial humana, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, año XVI, septiembre-diciembre, No. 51, pág. 226).

Entre las opiniones contrarias se encuentra la de Llambías, quien expresa que no basta la generosidad “para justificar arbitrios que lesionen la moral social y degraden la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización que repugna su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro, sin apuntar a la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a la que hubiesen recurrido” (cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 64).

Raffo Magnasco señala por su parte que “la ciencia debe estar al servicio de la defensa del hombre en su intangible dignidad. Si los experimentos en las diversas especies animales parecen legítimos y razonables, no lo son cuando se intenta desarrollar artificialmente un embrión humano, porque no constituiría un intento de cooperación con la obra del Creador, sino de ‘sustitución’; supone, lisa y llanamente, rechazar las condiciones que El ha establecido para el desarrollo del hombre. El progreso del conocimiento no justificaría tales ensayos porque sería tratar a un ser humano como un medio en lugar de un fin que es en sí mismo” (op. cit., pág. 73).

(6) Santi, Orlando A., Inseminación artificial y fecundación in vitro con implante del huevo en el útero materno, pág. 440. Cit. por Raffo M., op. cit., pág. 67.

(7) Cit. por Gómez Piedrahita, Hernán, Problemas jurídicos de la insemina-

Luego de la experiencia de Hunter se continuó avanzando en el desarrollo de esta técnica, lográndose cada vez mejores resultados. Así, el doctor Mariom Sims, en 1866, perfeccionó el método inyectando el esperma directamente en el útero, con resultados satisfactorios. Actualmente, su utilización desde un punto de vista científico no ofrece mayores problemas.

Entre las causas que originan el sometimiento a la inseminación artificial, se encuentran la esterilidad, la falta de semen apropiado, la existencia de malformaciones genitales o aspermatozoísmo, la incompatibilidad RH entre los esposos, la existencia de anomalías cromosómicas, trastornos endocrinos o del metabolismo, aplasia ovárica, atresias vaginales, etc.

Existen diversos métodos para obtener el semen para realizar la inseminación artificial. Entre ellos se encuentra el coito normal, el coitus interruptus, el coitus codomatus, la masturbación y la punción de los epidídimos. Esto quiere decir, que la característica fundamental de la inseminación artificial es que la fecundación uterina se obtiene sin que medie cópula sexual en la pareja.

#### a) *Inseminación homóloga*

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la esposa pertenece al marido. Este concepto se hace extensivo a la fecundación extrauterina cuando para lograr el embrión se utilizan gametos masculinos y femeninos provenientes de los esposos. En este caso, diremos que nos encontramos frente a una fecundación extrauterina homóloga (7a).

---

ción artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, pág. 2.

- (7a) Interesa mencionar que en los Estados Unidos de América se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado "gift" (transferencia intrafallopiana de gametos), que consiste en introducir espermatozoides y un óvulo en la trompa de falopio de la mujer, que a diferencia del sistema "in vitro" permite que la fertilización se efectúe en la propia trompa, facilitando su posterior implantación en el útero" (ABC, Madrid, 6 de febrero de 1986, pág. 43).

Las principales críticas realizadas a esta práctica provienen de la Iglesia. El Papa Juan XXIII en su Encíclica *Mater et Magistra* sostiene lo siguiente: “Respeto a las leyes de la vida. Tenemos que proclamar solemnemente que la vida humana se transmite por medio de la familia, fundada en el matrimonio único e indisoluble, elevado para los cristianos a la dignidad de Sacramento. La trasmisión de la vida humana está encomendada por la naturaleza a un acto personal de la vida humana y consciente y, como tal, sujeto a las leyes sapientísimas de Dios: leyes inviolables e inmutables que han de ser acatadas y observadas. Por eso no se pueden usar medios ni seguir ciertos métodos que podrían ser lícitos en la transmisión de la vida de las plantas y de los animales” (8).

La reciente Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 22 de febrero de 1987, señala por su parte que “la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural. . . Por eso, la conciencia moral ‘no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a procurar que el acto natural de modo normal alcance el propio fin’. Si el medio técnico facilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales, puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica sustituya al acto conyugal, será moralmente ilícita. La inseminación artificial sustitutiva del acto conyugal se rechaza en razón de la disociación voluntariamente causada entre los dos significados del acto conyugal. . .”.

Sin embargo, no son solamente las voces religiosas las que se levantan en contra de la inseminación artificial. Distinguidos juristas han expresado su opinión en contra de la utilización de este método. Así tenemos, que Borda ha señalado “que la regulación legal no debe ser contraria a los principios morales y religiosos firmes y universalmente vividos por la comunidad; asevera que la ‘moral cristiana’ ha venido conformando el espíritu del hombre

---

(8) *Mater et Magistra*, Encíclica de S.S. Juan XXIII, Ediciones Paulinas, Lima, s.f., pág. 68.

occidental desde hace dos mil años, de manera que aun los no cristianos aceptan como válidas y vigentes muchas normas de la moral cristiana, una de las cuales es la repugnancia por la inseminación artificial. Es un procedimiento que rebaja, prostituye el misterio de la concepción divorciándose del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio” (9).

Respetando la opinión de la Iglesia y la de los distinguidos juristas contrarios a la inseminación artificial, debemos señalar las ventajas que proporciona la inseminación artificial homóloga, sobre todo si se tiene en consideración que lo que se facilita con esta práctica es la fecundación uterina que por algún obstáculo de naturaleza orgánica o funcional no ha podido producirse a través de la cópula entre los esposos. Es pues, solamente un medio para conseguir la procreación.

La principal objeción a esta práctica es la de que constituye un medio antinatural para la procreación. No compartimos esta opinión y hacemos nuestra la crítica que a esta posición formula Zanhoni; cuando sostiene que “la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación ( . . . ). Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más, podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio.

---

(9) Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 87.

La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural. (. . .). Queda dicho pues que, en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges” (10).

Debemos señalar asimismo que, desde un punto de vista jurídico, la inseminación artificial homóloga no ofrece mayores problemas, ya que al utilizarse los gametos de los propios cónyuges no se presenta dificultad alguna en torno a la filiación.

Los únicos problemas que podrían presentarse serían los derivados de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte, temas que trataremos en el punto III de este ensayo.

#### b) *INSEMINACION HETEROLOGA*

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la mujer no es el del esposo, sino de un tercero. Extendiendo tal concepto, cuando en la fecundación extrauterina, para lograr el embrión, se utilizan gametos masculinos o femeninos o ambos no pertenecientes a los esposos, nos encontramos frente a una fecundación extrauterina heteróloga.

La inseminación heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde un punto de vista ético es reprobable porque como expresa Zannoni, “los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear.

(. . .). De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación

---

(10) Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 50.

de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo es de un tercero que no es el padre. El marido de la mujer ha contrariado la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrariar la naturaleza ética que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. Es decir no aludimos a la pura naturaleza biológica, pues que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de esa naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana” (11).

En la misma dirección, la Instrucción Vaticana sobre el respecto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación expresa que “. . . el recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad. . . Es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. . .”.

Para realizar estas prácticas se utilizan los bancos de espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década de 1970, fecha en que como señala Paccard, centenares de miles de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos (12).

Debemos dejar constancia de que quienes sostienen la necesidad de regular jurídicamente la inseminación heteróloga lo hacen sobre la base de considerar que de este modo se logra que el ser humano imposibilitado por múltiples razones de procrear no vea frustrado su instinto de paternidad o maternidad.

---

(11) Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 51-53.

(12) Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 102.

Señala Araguez que “problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente in vitro, el del tratamiento del feto, los ‘lavados cerebrales’, procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen junto al avance que en el plano biológico o científico propiamente significue, una indudable derivación ética, social y jurídica. Independientemente del desarrollo técnico que de sí tales experimentos entrañen, el tema alcanza una trascendental repercusión en cuanto a su posible legitimidad o a las condiciones para tal legitimidad, en su caso. Lo que no cabe es perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos, porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el Derecho no supiera estar a la altura de su tiempo” (13).

Independientemente de la posición contraria que sostengamos respecto de la práctica de la inseminación heteróloga, es preciso analizar los problemas jurídicos que se derivan de ella y las soluciones a darse a esta cuestión en el marco de ordenamiento legal peruano.

### **III. ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL**

#### *a) Nacimiento del hijo después de la muerte del marido*

En relación con esta hipótesis se debe dejar constancia de que la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los derechos y deberes del matrimonio, el cónyuge supérstite puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la vocación hereditaria del cónyuge supérstite y sus herederos.

Para comprender el supuesto planteado es necesario que analicemos el principio contenido en el artículo 361 del Código Civil,

---

(13) Araguez Pérez, Felipe, El derecho a la disposición del cuerpo, Revista de la Legislación y Jurisprudencia, Tomo 222, pág. 46.

por el que se establece que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. La regla consagra la presunción “pater is est quem nuptiae demonstrant”.

Si se practica una inseminación homóloga o aun una heteróloga (sin ser contestada la paternidad luego del nacimiento) durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo de éste y además será matrimonial. Si en cambio, el hijo nace con posterioridad a los trescientos días, no tendrá por padre al marido y se tratará de un hijo extramatrimonial.

No se suscita, pues, sobre el particular, mayor dificultad.

b) *Concepción del hijo después de la muerte del marido*

El problema en cambio se plantea respecto de la inseminación artificial practicada luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte (14).

Teniendo en cuenta que lo que interesa en este caso no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, pues el matrimonio ya ha quedado disuelto con la muerte del marido, el hijo que nazca no tendrá por padre a aquél y será extramatrimonial (14a).

Es partidario de esta posición Raffo Magnasco cuando afirma que: “Si el hijo es concebido —mediante inseminación artificial o

---

(14) Cabe mencionar sobre este particular, el caso que se presentó en Francia en 1984, cuando Corinne Parpalaix solicitó judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y Conservación de Esperma de Francia) que le devolviera el esperma congelado de su marido Alain, muerto en 1983 de cáncer a los testículos, con el objeto de ser inseminada artificialmente. El Tribunal de Creteil resolvió favorablemente la solicitud. Empero, no obstante practicarse la inseminación, debido a que el esperma no tenía suficientes espermatozoides, no llegó a quedar embarazada.

(14a) El artículo 386 del Código Civil Peruano establece lo siguiente: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

fertilización in vitro y posterior implante de embrión— utilizando los elementos fecundantes del matrimonio ‘antes’ del fallecimiento del o los progenitores, el hijo ‘será matrimonial’. Por el contrario, si el hijo es concebido ‘posteriormente’ al fallecimiento, el hijo será ‘extramatrimonial’, porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte” (15).

Acerca del supuesto del hijo concebido mediante inseminación homóloga practicada después de la muerte del marido, Zannoni (15a) pone de relieve el hecho de que “la moderna biología . . . logra que los seres humanos . . . puedan trasmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, *de ser*. Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado *con* semen conservado de su padre, pero no *por* su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene *padre*. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. ¿Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía *no ha muerto* definitivamente? Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post mortem con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque, el día del fallecimiento ese hijo *no existía jurídicamente*”.

Raffo Magnasco (15b) se muestra absolutamente contrario a la posibilidad de reformulación mencionada por Zannoni y que compartimos, y señala que “si bien es cierto que los elementos fe-

---

(15) Raffo Magnasco, op. cit., pág. 105.

(15a) Zannoni, Eduardo A., op. cit. pág. 75.

(15b) Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., págs. 106-107.

cundantes, llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que trasmite caracteres, rasgos, enfermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona 'está viva' y no cuando 'ha muerto', pues ha perdido los 'atributos de la personalidad' y quien 'no es persona, no puede ser padre'. Pensar de otra manera es un desafío a Dios y si bien es sabido que el hombre hará prodigios, esos prodigios sólo los podrá hacer dentro del marco del respeto a la Ley de Dios y a la Ley que El ha impuesto a las cosas y no fuera de ella, porque fuera de ella no hay lógica posible, cayendo irremediablemente en el absurdo".

c) *La filiación*

De acuerdo con el Código Civil Peruano, la filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial. Por la adopción, además, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En el Derecho de Familia prima el principio "mater semper certa est, pater is est quem inutae nuptiae demonstrant". Este principio se verá destruido con la fecundación extrauterina como veremos más adelante, ya que puede darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo.

A este respecto puntualiza La Cruz Berdejo (15c) que "los progresos de la técnica acabaron primero con la incertidumbre de la paternidad (pater autem incertus) . . . Pero las ciencias siguen adelantando que es una barbaridad, y la segunda mitad del siglo nos ha traído, con nuevos progresos de la Biología, la posibilidad contraria: la de dejar en la incertidumbre la generación materna acabando con la regla "mater semper certa est". En efecto, merced a la actual posibilidad de fecundar *in vitro*, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse

---

(15c) LaCruz Berdejo, José Luis, *Hijos artificiales y madres de alquiler*, en: ABC, Madrid, miércoles 6 de mayo de 1987, pág. 32.

en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano. . .”.

El artículo 362 del Código Civil Peruano establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”. Esto quiere decir que si la mujer es inseminada artificialmente con semen que no es de su marido (inseminación artificial heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y tendrá por padre al marido. Si este último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad siempre que el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; si ha sido manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; si ha estado judicialmente separado; o si adolece de impotencia absoluta.

Por consiguiente, la inseminación homóloga que se realiza dentro del matrimonio dará lugar a un hijo matrimonial.

La inseminación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo dará lugar igualmente a un hijo matrimonial.

Vinculado con esta cuestión es necesario meditar acerca de si en un futuro cercano deberá considerarse la inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido como causal de divorcio.

#### **IV. FECUNDACION EXTRAUTERINA**

Al igual que la inseminación artificial, su práctica empezó con animales. Schenk fertilizó artificialmente a fines del siglo pasado óvulos de coneja en un tubo de ensayo. Con posterioridad Austin, Blandau, Chang, Pavlok y otros perfeccionaron la fertilización in vitro de animales.

Merkin y J. Rock fueron los primeros que utilizaron este mé-

todo para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años tenía obstruídas las trompas de Falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado in vitro con esperma de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas que se encontraban en la misma situación que los Brown quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones in vitro continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy día frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

Publicaciones como las que vamos a mencionar a continuación hacen que el problema de la fecundación extrauterina resulte de gran actualidad.

“Un tribunal norteamericano dictaminó que la vida de probeta puede ser incluida en la ley federal que permite obtener patentes a todo aquel que ‘invente o descubra cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo o útil’. Tal la opinión del presidente de la Suprema Corte de Washington, Warren Burger, que en acuerdo con la mayoría expresó que un organismo vivo puede encuadrar dentro de la definición legal de ‘manufactura’ o ‘composición de materia’. De acuerdo con tal dictamen, podrán patentarse las nuevas formas de vida creadas en laboratorios científicos, mediante la llamada ‘ingeniería genética’. Agregó el juez que ‘el Congreso es libre de enmendar la Ley de Patentes como para excluir de la protección legal los organismos producidos por la ingeniería genética o de elaborar un estatuto específicamente creado para tales elementos vivientes’...” (16).

---

(16) Diario Clarín de Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

Es de observarse que a este problema que es fundamentalmente humano se le está dando un tratamiento comercial que no puede ni debe permitirse en nuestro medio. A tal punto han llegado los excesos que los medios de información han publicado una noticia como la que nos permitimos reproducir: "Las 'donadoras de maternidad' podrían solucionar el problema de las parejas estériles en las que la mujer es la incapacitada para procrear. Así lo afirma un abogado de Detroit, que está organizando la nueva industria de la familia a nivel industrial. Todo comenzó cuando recientemente la prensa se ocupó del caso de una muchacha que dio a luz un niño 'por cuenta de terceros' y apareció por televisión otra joven que está embarazada de un hombre que no conoce. Esta última, fecundada artificialmente con el semen del hombre que 'le encargó' el hijo de acuerdo con su esposa, es virgen y recurrirá al parto con operación cesárea. En el caso del primer niño nacido por encargo, la pareja que 'alquiló' a la muchacha logró superar los obstáculos legales y adoptar al bebé. Por ahora la ley permite este tipo de servicio sólo nivel gratuito, pero Noel Keane —tal el nombre del abogado— sostiene que el futuro de esta solución para las parejas estériles, reside en que pueda cobrarse por la donación de maternidad. Afirma que pagando diez mil dólares —poco más de mil dólares por cada mes de gestación— se podría encontrar muchas jóvenes sanas, dispuestas a 'vender' su capacidad procreativa. Aconseja que mientras la ley siga prohibiendo el pago por el servicio, no queda sino un solo remedio: trasladarse a Kentucky, el único estado que no prohíbe este 'contrato comercial'" (17).

El primer bebé probeta español nació el 12 de julio de 1984 en el Instituto Dexeus de Barcelona. Su nombre Victoria Anna es una expresión de agradecimiento a la labor de la bióloga Anna Veiga y de la victoria que significó para los padres la llegada del hijo tan largamente deseado.

Una muestra más de los problemas que puede acarrear la reactualización de esta práctica la encontramos en la siguiente noticia: "Volviendo a los probetas y a Estados Unidos, hay que mencionar

---

(17) Femidiario, Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

el caso de los esposos Del Río, que han denunciado al que fuera director de obstetricia y ginecología del Centro Médico Presbiteriano, de la Universidad de Columbia, doctor Raymond Wiele, quien hace unos años, cuando aún ocupaba dicho cargo, sin consultar a nadie más que a su conciencia, destruyó una probeta en la que un colega, el doctor Shettles, estaba tratando de conseguirles a los Del Río el hijo que no conseguían tener por los métodos tradicionales. La explicación dada por el doctor denunciado, tras años de vacilaciones comprensibles, por parte de los frustrados Del Río, ha sido que el doctor Shettles no había pedido permiso para llevar a cabo su experimento a algo llamado el Comité de Reproducción Humana. Ya se sabe, en Estados Unidos hay comités por todo. La situación es aún más peregrina si se tiene en cuenta que el doctor Wiele se afirma contrario al aborto y partidario del Movimiento Defensa de la Vida, que agrupa diversas corrientes antiabortistas, sin que tan aparente contradicción parezca turbarle en absoluto” (18).

No puede dejar de conmover el caso de la señora Pat Anthony, que está gestando tres fetos originados en una fecundación “*in vitro*” de óvulos de su hija y esperma de su yerno. ¿La señora Anthony se convertirá en madre y abuela al mismo tiempo o solamente adquirirá una de esas dos calidades? (19).

Se ha dado el caso, incluso, del nacimiento en Londres de quintillizos logrados mediante la técnica de la fertilización “*in vitro*” (20). Meses antes habían nacido en Jerusalén los primeros trillizos concebidos mediante este método (21).

En América Latina las técnicas de fecundación extrauterina

---

(18) Los bebés-probeta: Un problema de vida o muerte. Artículo publicado en el Diario La República, Lima, el 29 de marzo de 1986.

(19) “Madre gesta a trillizos ‘*in vitro*’ de su propia hija”. El Comercio, Lima, 9 de abril de 1987.

(20) “Nacieron los primeros quintillizos de probeta”. Diario El Comercio, Lima, 30 de marzo de 1986.

(21) “Trillizos de probeta nacen en Jerusalén”, Diario Ojo, Lima, 9 de enero de 1986.

han dejado de ser inusuales. Hace dos años se anunciaba en Argentina que mediante la técnica de la fertilización "in vitro" se habían obtenido los primeros tres embarazos de ese tipo en dicho país (22), y el año pasado nacieron en la clínica bonaerense Sol-Arenales los primeros trillizos concebidos por el método de fecundación "in vitro" (23).

En el Perú se han publicado diversas noticias señalando que el nacimiento del primer niño probeta peruano es una lógica consecuencia del desarrollo de esta técnica ampliamente utilizada en diversos países del mundo.

Después de lo señalado podemos definir la fecundación extrauterina, también denominada artificial, extracorpórea, en laboratorio o "in vitro" como una técnica por medio de la cual se provoca el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión fuera del cuerpo de la mujer (24).

- 
- (22) "Lograron tres embarazos 'in vitro' en nuestro país". Artículo aparecido en el Diario La Nación, Buenos Aires, 7 de agosto de 1985.
- (23) "Nacen trillizos de probeta, Argentina". Diario Ojo, Lima, 10 de febrero de 1986.
- (24) Señala Vila-Coro que: "Con anterioridad se somete a la paciente a unas dosis de hormonas para estimular la formación en los ovarios de ovocitos en mayor número de lo normal. Estos se extraen por medio de una pequeña intervención quirúrgica. Se depositan en un recipiente de laboratorio y se ponen en presencia de los espermatozoides. Si es indiferente el sexo del hijo que se desea, esta presencia se hace indiscriminadamente. Para conseguir un varón, se deben seleccionar los espermatozoides portadores de cromosoma Y. De esta unión surge la célula portadora del código genético que trasmítirá los caracteres hereditarios del nuevo ser. Al dividirse ésta, adquiere las características de una zarzamora, por lo que recibe el nombre de mórula. Cuando adquiere el tamaño conveniente, lo cual ocurre a las 36-48 horas, se implanta en la matriz de la mujer. Si recibe una acogida favorable, anida y se produce el embarazo. De los óvulos que se extraen del ovario, y han sido fecundados, se implantan en la matriz tres o cuatro, como máximo, de los que tienen más vitalidad. Esta precaución tiene como objeto evitar los embarazos múltiples de fetos inviables. El resto de los embriones se puede congelar, conservándose en vida latente, pudiéndose descongelar en cualquier momento para ser utilizados" (Vila-Coro, María Dolores, Aspectos jurídicos)

Tal como se ha señalado precedentemente, la fecundación será homóloga cuando intervienen los componentes genéticos de marido y mujer y heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros.

## V. PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

La fecundación extrauterina origina, como bien ha señalado Fernández Sessarego, “una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos provenientes de la misma mujer mediante el esperma de diversos donantes; el logro de embriones sobre la base de donantes conocidos o anónimos para su implantación en útero diverso al de la cedente del óvulo; la selección eugenésica para obtener un cierto ‘tipo étnico’; o la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con la sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se preste a su gestación” (25).

La fecundación extrauterina se presenta según se ha indicado antes, cuando la fecundación se realiza fuera del útero de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula.

---

cos de la fertilización ‘in vitro’. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General, Núm. 1/1985, enero-febrero, pág. 62).

(25) Fernández Sessarego, Carlos, Derecho de las Personas, Librería Studium Editores, Lima, 1986, pág. 50.

“Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde ‘in vitro’, es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que establece la deontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza” (26).

No encontramos, como en el caso de la inseminación artificial homóloga, inconveniente ético alguno para la fecundación extracorpórea homóloga. Los progenitores se encuentran ante la imposibilidad de engendrar un hijo mediante el coito. Con el mecanismo de la fecundación extrauterina se excluyen las dificultades para que tal procreación se verifique.

Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños a marido y mujer. Partimos del criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos.

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentase la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamase la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamase la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran (26a).

---

(26) Vila-Coro, op. cit., pág. 76.

(26a) En opinión de Zannoni (op. cit., pág. 110), la dadora del óvulo fecundado carecería en el caso propuesto de acción para reclamar la maternidad si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con inte-

Participamos enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extrauterina heteróloga: “La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, espera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social”.

a) *La concepción*

El artículo 1º del Código Civil Peruano ha establecido una moderna distinción entre la expresión “sujeto de derecho” y “persona”.

Como expresa Fernández Sessarego: “‘Sujeto de derecho’ es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica —en la dimensión existencial— este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término ‘sujeto de derecho’ resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión ‘persona’ se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de ‘sujeto de derecho’ que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término ‘persona’ al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su

---

rés legítimo. La misma solución es ofrecida en la eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen (vid. págs. 66-67).

inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como ‘natural’, y en el segundo ante la persona colectiva conocida como ‘persona jurídica’ ” (27).

Es importante destacar que el artículo 1º del citado Código señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción. De este modo, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo.

Si la vida humana comienza con la concepción, es preciso preguntarse cuándo, cómo y dónde se produce la concepción, porque de las respuestas que se den a estos interrogantes podrá determinarse si cabe o no pensar en una concepción uterina y en una concepción extrauterina. Si la última fuese posible, como la creemos, nos encontraríamos frente a un concebido extrauterinamente, sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y nadie podrá tener la menor duda de que el derecho a la vida, sería el principal derecho que le correspondería, al que debe añadirse los derechos a la integridad física, a la salud, a la dignidad, entre otros.

Fernández Sessarego expresa que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide” (28). Por consiguiente, puede hablarse de un concebido extrauterinamente (28a).

---

(27) Fernández Sessarego, op. cit., pág. 26.

(28) Fernández Sessarego, op. cit., pág. 28.

(28a) Sobre este particular, la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética, citando las enseñanzas contenidas en la declaración sobre el aborto procurado, señala que “desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre la genética moderna otorga una precisa confirmación.

Expresa Zannoni que: "Todas las legislaciones, aun las modernas, presuponen —es obvio— que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial —y ni qué decir la fecundación extrauterina— permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula aunque —como ocurre en la inseminación homóloga— biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer" (29).

Sobre la base de lo expresado y haciendo la salvedad de que debido a los avances de la genética es necesario que mediante un trabajo conjunto en el que intervengan médicos, abogados, religio-

---

Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar". Y más adelante agrega: "...el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho de todo ser humano inocente a la vida".

(29) Zannoni, op. cit., pág. 29.

La discusión planteada por Zannoni está directamente vinculada con el status jurídico del embrión. Solucionado este problema las respuestas jurídicas a cada situación caen por su propio peso. Al respecto resultan ilustrativas las palabras de Vila-Coro para establecer los criterios que permitan diferenciar si hay vida o no en un embrión: "Si se considera que está vivo por el hecho de que tiene la capacidad de multiplicar sus células, como en el caso del embrión que está en el laboratorio, o necesita encontrarse en un medio apto para su supervivencia, ya que el laboratorio, por el momento, no puede conseguir que esa vida llegue a término. Existe otro criterio que es el mantenido por el doctor Edwards, quien junto con el doctor Steptoe, consiguieron el nacimiento por fertilización 'in vitro' del primer ser humano vivo: la niña Louise Brown. Este doctor mantiene que se puede investigar con el embrión hasta el 14º día de su vida, que es cuando se desarrolla el tubo neural con la aparición de los órganos de los sentidos. Si la persona se considera muerta cuando desaparecen las funciones cerebrales y de los sentidos ¿por qué no pensar que la vida también comienza cuando éstas aparecen?" (Vila-Coro, op. cit., pág. 65).

sos, etc., se determine con exactitud qué se entiende por concepción, sostenemos que el artículo 1º del Código Civil no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, comprende en sus alcances al embrión que aún no ha sido implantado en la mujer.

b) *El aborto*

El Código Penal Peruano contempla la figura del aborto en el Título II del Libro Segundo referido a los delitos, entre sus artículos 159º a 164º inclusive. De este modo, regula las figuras del auto-aborto, aborto consentido, aborto abusivo, aborto terapéutico y aborto preterintencional. Al tipificar cada una de estas figuras coloca como requisito ‘sine qua non’ para que se presenten el que se practiquen sobre una mujer. No cabe en este caso, entonces, la menor duda de que para que cualquiera de estas figuras delictivas se presente se requerirá que la inseminación artificial o la fecundación extrauterina ya se haya practicado en la mujer. En el último caso, deberá haberse depositado el embrión en el útero de la mujer.

En este orden de ideas, cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación, no será posible de sanción penal porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante esta situación, resulta necesario que se configuren nuevas figuras delictivas. Si al embrión fecundado extrauterinamente se le considera como concebido, es decir, como sujeto de derecho, es indispensable tipificar un nuevo tipo de aborto del concebido extrauterinamente. En tal caso, la nueva figura delictiva estaría dada, como señala Raffo Magnasco, “por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de ‘varios óvulos’ para luego ‘elegir’ e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase ‘mayor vitalidad’, es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un ‘método selectivo’ después de crear conscientemente, ‘varias vidas huma-

nas', eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la 'destrucción de las demás' "(30) (30a).

En relación con la cuestión planteada, participamos del punto de vista de Vila-Coro cuando señala que "lo que hay que concretar es si omitir el acto de facilitar al embrión un medio que haga posible su nacimiento, esa omisión es delictiva. Si es delictiva, también lo será el no proveer de una matriz a todos los doce o catorce embriones fecundados que en un período ovulatorio se hayan podido extraer de una mujer independientemente de su debilidades o malformaciones, ya que el punto de partida es considerarlos vivos con derecho a la vida y sin discriminación, desde el momento de unión de los gametos de sus padres. Esto significaría lo contrario a colaborar con la naturaleza, sería ir en contra de sus planes de selección y superabundancia de medios. Está claro que ninguna mujer puede gestar un embarazo de doce óvulos que, sin embargo, su ovario sí puede producir" (31).

---

(30) Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 92.

(30a) Acerca de la destrucción de embriones, la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética indica lo siguiente: "los embriones humanos obtenidos 'in vitro' son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inusual producir embriones humanos destinados a ser explotados como 'material biológico' disponible. En la práctica habitual de la fecundación 'in vitro' no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también actuar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos 'in vitro' con el sólo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la 'fisión genelar'. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos. Los métodos de observación o de experimentación que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos 'in vitro' son moralmente ilícitos por la misma razón . . .".

(31) Vila-Coro, op. cit., pág. 75.

## **VI. REGULACION LEGAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA**

Resulta de particular interés analizar en este punto el Informe Warlock que estudia las implicancias morales y científicas en relación con la fecundación extrauterina (32).

Señala Vila-Coro (33) que los principios contenidos en este informe son los siguientes:

- “1. Se rechaza totalmente la ‘maternidad alquilada’, es decir, la mujer que se ofrece para desarrollar en su útero durante nueve meses el embrión implantado, ya sea por dinero o por otras razones.
- 2. Para evitar problemas de consanguinidad, se debe limitar el número de óvulos o de semen que puede donar una persona.
- 3. La venta de semen, óvulos o embriones, será autorizada únicamente bajo licencia, permaneciendo siempre en el anonimato tanto donantes como receptores.
- 4. Los hijos de estos donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figure como padre, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos. En caso de la viuda que quiera ser inseminada con semen del marido muerto, se le puede permitir, considerando que el niño debería ser privado de los derechos sucesorios o de herencia del padre, para disminuir el número de inseminaciones.
- 5. Los bebés nacidos por algunas de las técnicas autorizadas, tienen derecho en su momento a conocer su origen genético.
- 6. Se pueden autorizar experimentos con embriones fertilizados, siempre que no sobrepasen los catorce días después de producida la fertilización. A partir de cuyo momento estos experimentos se deberían considerar delito”.

---

(32) El informe publicado bajo el título de Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (Informe del Comité de Investigación sobre la Fertilización Humana y Embriológica), fue redactado entre 1982 y 1984 por dieciséis expertos: médicos, teólogos, abogados y catedráticos bajo la presidencia de Mari Warlock.

(33) op. cit., págs. 65 y 66.

Muchos países del mundo están tratando de regular la inseminación artificial y la fecundación extrauterina para evitar posibles conflictos legales o éticos que pudieran suscitarse en el futuro.

Señala Spencer Reiss que “en Gran Bretaña, en julio de 1984, un comité designado por el Gobierno recomendó crear una autoridad legal para vigilar y controlar la aplicación de la fecundación in vitro, las donaciones de esperma y óvulos, y otros aspectos de la investigación sobre la fertilidad. El comité propuso también la prohibición de las agencias de madres sustitutas. En noviembre de 1984, el Estado australiano de Victoria promulgó la primera ley general sobre la reproducción artificial. Estipula que se deben llevar registros detallados acerca de la verdadera identidad genética del niño, da al ministro de salud la autoridad final para decidir en los casos de embriones ‘huérfanos’, y prohíbe la donación, la reproducción entre especies diferentes y la maternidad sustituta” (34).

En Suecia, está en vigencia la ley de 20 de diciembre de 1984 que regula la inseminación artificial (35).

En los Estados Unidos de América, los Estados de Georgia y Oklahoma aceptan legalmente la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido (35a).

La Administración Nacional de Sanidad de la República de China en Taiwan ha decidido establecer una serie de normas en este sentido (36).

---

(34) Reiss, Spencer, “Concepción humana artificial: Asombro e inquietud”, Selecciones del Reader’s Digest, Enero, 1986, pág. 33.

(35) Cfse. Piga Rivero, Antonio, “Aspectos médico-legales de la inseminación artificial” en: “El Derecho en las fronteras de la Medicina”, Madrid, 1985, pág. 126. También cfse. ABC, Madrid, 4 de setiembre de 1986, pág. 66.

(35a) Cfse. Zannoni, op. cit., págs. 61 y 62.

(36) “Planifican control sobre inseminación artificial”, Diario Extra, Lima, 21 de marzo de 1986.

En Francia se ha legalizado la inseminación artificial como método legal de procreación. El Secretario de Estado para la Salud, Edmond Gervé, anunció en una conferencia de prensa un proyecto de ley en relación con los nuevos métodos de reproducción y fertilización artificial; añadió que, como primera medida, "los Centros de estudio y conservación de esperma o los Centros que se dedican a la fecundación in vitro, deberán tener un permiso oficial para poder seguir funcionando". El Gobierno pretende ante todo alejar los riesgos de consanguinidad y la tentación de manipulaciones genéticas. También determinará quién podrá tener acceso a estos nuevos métodos, si sólo parejas estériles o mujeres solteras que desean tener un hijo (37).

The Australian Medical Research Corencil (El Consejo Australiano de Investigaciones Médicas), ha establecido las siguientes directrices para la fertilización "in vitro" (38):

- El óvulo, el esperma y el embrión pertenecen a los donadores y las instituciones deben respetar en lo posible sus deseos respecto de su uso, almacenamiento y última voluntad (38a).
- El programa debe ser aprobado por un comité ético oficial.

---

(37) Vila-Coro, op. cit., pág. 67.

(38) Vila-Coro, op. cit., págs. 67 y 68.

(38a) En junio de 1984 se informó de un caso insólito: el de unos embriones congelados existentes en el Centro Médico de la Reina Victoria en Melbourne, Australia, resultado de una fecundación extrauterina con óvulos de una mujer casada con semen de un tercero. Con posterioridad a la fecundación "in vitro", los esposos involucrados, Mario Ríos, chileno, y Elsa de Ríos, argentina, fallecieron en un accidente de aviación, habiendo manifestado en vida, aparentemente, su deseo de valerse del útero de otra mujer para la gestación de los embriones, pues la esposa no podía hacerlo. A lo expuesto se agregaba el hecho de que existía un hijo del esposo producto de un matrimonio anterior. Según se informó en octubre de 1984, los embriones "huérfanos" congelados serían dados en adopción e implantados para su ulterior desarrollo y nacimiento en el útero de una mujer, en contra del propósito inicial de destruirlos, "en vista de que los padres no habían dejado instrucciones al respecto y nadie más tenía derecho a decidir por ellos", según lo había recomendado en setiembre de ese mismo un comité de expertos. Para el efecto, la

- Debe existir una relación familiar aceptable (38b).
- Se admite implantar óvulos donados.
- No se aceptan las madres “alquiladas” o “sustitutas” (38c).
- Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario “in vitro” más allá de cuando la implantación se llevaría a cabo.
- En caso de desacuerdo de los donantes sobre qué hacer con el embrión, debe decidir la Institución.
- El “Cloning” (39) no mencionado por los ingleses se considera inaceptable. No menciona la fertilización entre especies.

---

Camara Alta del Parlamento del Estado de Victoria, Australia, aprobó una ley especial destinada a resolver el problema suscitado (Cfse. “En ‘adopción’ darán embriones congelados”, El Comercio, Lima 24 de octubre de 1984).

- (38b) En Europa se plantean actualmente casos de lesbianas que hacen uso de los mecanismos de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina para tener hijos. Se presentan inclusive situaciones en que los dadores de semen son homosexuales. Es indispensable poner término a estas prácticas que lesionan gravemente el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio.
- (38c) En febrero de 1985, los esposos William y Elizabeth Stern firmaron un “contrato” con la señora Mary Whitehead, casada y con dos hijos, por el cual se comprometieron a entregarles diez mil dólares a cambio de que ella les trajera un hijo al mundo. Con ese objeto, la señora Whitehead fue inseminada con esperma de William Stern. El 27 de marzo de 1986, Mary Whitehead dio a luz una niña que fue entregada días más tarde a los Stern. Estos, a su turno, le pagaron la suma acordada. Empero, con ocasión de una visita a la niña, la señora Whitehead se la llevó con ella y devolvió el dinero. Planteando un proceso judicial con este motivo, la custodia provisional fue concedida a los Stern en setiembre de 1986. La sentencia dictada por el juez Harvey Sorkow de Nueva Jersey en abril de 1987, resolvió que el “contrato” celebrado fue válido y legal, concediéndose definitivamente la custodia de la niña al matrimonio Stern y excluyéndose todos los derechos de la madre natural sobre la niña. Cuestiones como la planteada hacen urgente una definición legal sobre este tipo de situaciones.
- (39) Consiste en extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituirlo por el de cualquier otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosómática completa, de tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado. El cloning también es conocido como partogénesis.

- Permite investigaciones terapéuticas en ese campo.

La Sociedad Americana de Fertilidad “ha elaborado un código ético y unos estándares mínimos, para llevar a cabo un programa de fertilización ‘in vitro’. En 1982 sólo la consideraba éticamente indicada en mujeres con ausencia o con lesión irreparable de las trompas de Falopio. En 1984 considera como indicaciones todos los casos antes mencionados y se refiere a la fertilización “in vitro” como una alternativa ética a la infertilidad que no puede resolverse por otras vías. La citada sociedad, que representa a unos 8,000 profesionales del campo de la reproducción, opina que los óvulos fecundados sobrantes no deben dejarse desarrollar más allá de catorce días, tras los cuales, siempre con el consentimiento de la donante, se pueden dar, bien a otra pareja estéril, o bien congelarlos para su futuro uso, en principio, por los mismos padres” (40).

El Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendaciones a raíz del Simposium Internacional sobre inseminación artificial humana en 1979 (41):

- “1. Las presentes reglas se aplican únicamente a la inseminación artificial de una mujer con esperma de dador anónimo.
2. La inseminación artificial no puede ser practicada sino cuando se dan condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño. La inseminación artificial deberá ser practicada solamente bajo la responsabilidad del médico.
3. El esperma de una persona no debe ser utilizado a los fines de una inseminación artificial, sin el consentimiento de aquélla. El consentimiento de la mujer y, si ella está casada, el de su marido, es necesario para practicar una inseminación artificial. El médico responsable de la inseminación artificial debe vigilar para que los consentimientos dados sean de forma explícita.
4. Un médico o un establecimiento médico que reciban esperma humano para inseminación artificial, deben proceder a las in-

---

(40) Citado por Vila-Coro, op. cit., pág. 68.

(41) Citado por Vila-Coro, op. cit., págs. 69 y 70.

vestigaciones y exámenes médicos apropiados, a fin de prevenir la transmisión por vía del dador de enfermedades de carácter hereditario o de afecciones contagiosas u otros factores peligrosos para la salud de la mujer o del futuro niño. De otra parte, el médico que proceda a la inseminación, debe aportar toda medida apropiada, a fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y para la del futuro niño.

5. El médico y el personal del establecimiento médico que reciban esperma o practiquen la inseminación artificial, deben preservar el secreto de la identidad del dador y, bajo reserva de exigencias de la justicia, de la identidad de la mujer y, si ella está casada, de su marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si estas condiciones hacen improbable el mantenimiento del secreto.
6. La donación de esperma debe ser gratuita. Sin embargo, la pérdida de salario, así como los gastos de desplazamiento y otros desembolsos directamente causados por la donación del esperma, pueden ser reembolsados al dador.  
La persona o el organismo público o privado que ceda esperma para inseminación artificial, no deberán hacerlo con finalidad lucrativa.
7. Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido, y nadie podrá contestar la legitimidad por el solo hecho de la inseminación artificial.  
Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por la inseminación artificial, puede ser establecido. Ninguna acción con fin alimentario podrá ser intentada contra el dador o por éste contra el niño”.

El Código de Familia de Bolivia en el segundo párrafo de su artículo 187º relativo al desconocimiento de paternidad, señala lo siguiente: “Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido”.

Por su parte, el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 72, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad es-

tablece: “La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades”.

## VII. CONCLUSION

A lo largo de este ensayo se han planteado algunos de los problemas que surgen como consecuencia de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, los que obviamente exigen una toma de posición. Por ello, acogemos el llamado formulado hace unos años por Fernández Sessarego, en el sentido de que debemos meditar, “honda y seriamente, en la impostergable necesidad de que los juristas asuman, cuanto antes y con valentía, la solución ético-jurídica de los innúmeros casos que pueden presentarse como consecuencia de manipulaciones genéticas en el laboratorio y se determine, en su caso, la licitud o ilicitud de cada una de tales posibles prácticas genéticas. No es oportuno ignorar por más tiempo el problema. Se requiere, con urgencia, valorar éticamente estas situaciones a fin de encauzarlos normativamente” (42).

---

(42) Diario El Comercio, Lima, 8 de julio de 1984.

## **BIBLIOGRAFIA**

### ***LIBROS***

- Albacar López, José Luis,  
“Aspectos penales de la manipulación genética”  
Madrid, 1985.
- Díez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio,  
“Sistema de Derecho Civil”, Volumen I  
Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984.
- Fernández Sessarego, Carlos,  
“Derecho de las personas”  
Librería Studium Editores, Lima, 1986.
- Gisbert Calabuig, Juan Antonio,  
“Los problemas deontológicos y jurídicos de los métodos artificiales de fecundación”  
Madrid, 1985.
- Gómez Piedrahita, Hernán,  
“Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos”  
Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984.
- Martínez Calcerrada, Luis,  
“El Derecho ante la inseminación artificial”  
Madrid, 1985.
- Novoa Aldunate, Eduardo,  
“El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica”  
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.

- Piga Romero, Antonio,  
“Aspectos médico-legales de la inseminación artificial”  
Madrid, 1985.
- Zannoni, Eduardo A.,  
“Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Prospecciones jurídicas”  
Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

#### *ARTICULOS DE REVISTAS*

- Chang - Silva, Augusto W.  
“Bebé probeta en el Perú”  
Revista Gente, No. 518, Lima, 14 de noviembre de 1985.
- Freeland Judson, Horace  
“Ingeniería genética: Inquietudes actuales”  
Revista Facetas, No. 85-5, Washington D.C., 1984.
- Goyoso y Navarrete, Mercedes  
“La inseminación artificial frente al Derecho Clásico y Justinoaneo. Propuesta para México”  
Ponencia presentada en el “Congreso Internacional de Derecho Romano” celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 06 al 08 de agosto de 1985.
- Raffo Magnasco, Oswaldo Pedro  
“Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible, sus implicancias éticas y jurídicas”  
Prudentia Iuris V, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre, 1981.
- Reiss, Spencer  
“Concepción humana artificial: Asombro e inquietud”  
Selecciones del Reader’s Digest, Enero, 1986.
- Rensberger, Boyce  
“Cultura/Genes: El debate continuo”  
Facetas, Número 63, Washington D.C., enero de 1984.

- Rosenfeld, Albert  
“Dilemas morales de la biología moderna”  
Facetas, Vol. 13, Washington D.C., 1980, Número 1.
- Simón Socorro, Emilio  
“Inseminación artificial humana. Problemas genéticos, morales y legales que pueden presentarse con ella”  
Revista de la Facultad de Derecho, Año XVI, Septiembre - Diciembre, No. 51, Maracaibo, 1976.
- Vila-Coro, María Dolores  
“Aspectos jurídicos de fertilización ‘in vitro’ ”  
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
Revista Jurídica General. Número 1/1985. Enero - Febrero.

#### *ARTICULOS DE PERIODICOS*

- Arias Schreiber, Pezet  
“Genética y Derecho”  
Diario El Comercio, Lima, 17 de noviembre de 1985.
- Cornejo Chávez, Héctor  
“Los avances de la genética”  
Diario La República, Lima, 21 de noviembre de 1985.
- Fernández Sessarego, Carlos  
“Los embriones de Melbourne”  
Dominical, Diario El Comercio, Lima, 8 de julio de 1984.
- Seguín, Carlos Alberto  
“Sobre la reproducción humana”  
Diario El Comercio, Lima, 19 de enero de 1986.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS PARTICULARES DEL DERECHO LABORAL

Víctor Ferro Delgado

### *INTRODUCCION*

Las normas contenidas en el Título Preliminar del Código Civil expresan disposiciones de aplicación general en el Derecho y no así, únicamente, en el Derecho Civil. Representan, pues, una suerte de punto intermedio entre la Constitución y las demás disposiciones que contiene el ordenamiento jurídico del país, no obstante que, formalmente, no serían más que normas con rango de ley, susceptibles de ser modificadas por otra ley.

Empero, es claro que el alcance de sus disposiciones no puede constreñirse únicamente al campo civil: no podría admitirse que en otras ramas de la ciencia jurídica sí esté amparado el abuso del derecho, o que la salvaguarda al orden público o a las buenas costumbres se limita al ámbito civil, y no a todas las ramas del Derecho.

Por cierto, ello no surge de lo dispuesto en el artículo 9º del Título Preliminar, que establece la supletoriedad de “las disposiciones del Código Civil a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. En rigor, dicha norma está referida a la totalidad de las disposiciones contenidas en el Código Civil, sin privilegiar especialmente a las que contempla el Título Preliminar. No obstante, es notorio que entre unas y otras disposiciones existe una distinta vocación de universalidad, lo que nos lleva a considerar que ello obedece a que, fundamentalmente, las normas del Título Preliminar son expresiones positivas de principios generales de derecho, válidos —en principios— para todos los derechos establecidos, o, como señala Rubio, porque el “alcance normativo (del Título Prelimi-

nar) es mayor, abarcando al conjunto del sistema jurídico o, cuan-  
to menos, a partes considerables de él, mediante el aporte de va-  
rios principios generales contenidos en sus normas” (1). Sin embar-  
go, en cuanto a principios generales —antes que como normas im-  
perativas respecto de la totalidad de las diversas ramas del Dere-  
cho— deben ser compulsados, o contrapuestos, con otros princi-  
pios particulares de un sector específico del Derecho, a fin de de-  
terminar la forma como unos y otros interactúan o son re-elabora-  
dos aportando una solución particular.

Es este aspecto el que nos interesa destacar, analizando la  
norma contenida en el artículo 1º del Título Preliminar —la ley se  
deroga por otra ley— que recoge el principio general de jerarquía  
de las normas, en relación con el principio protector, o pro-opera-  
rio, del Derecho Laboral, en sus reglas “norma más favorable” y  
“condición más beneficiosa”.

---

(1) Rubio Correa, Marcial. Para Leer el Código Civil. Lima, Fondo Edito-  
rial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1986. p. 18.

## CAPITULO I

### *LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO*

1. Aproximación. 2. Objeto. 3. Naturaleza Jurídica. 4. Su Identificación. 5. Principios Generales y Máximas Jurídicas.

#### *1. Aproximación*

La primera aproximación que debemos efectuar a los principios generales del Derecho, surge de la Octava Disposición del Título Preliminar:

“Los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho Peruano”.

Si bien esta disposición tiene su antecedente en el artículo 23º del Título Preliminar del Código Civil de 1936, la Constitución de 1979, artículo 233º en su inciso 6º, ya había establecido la norma que recoge el actual Título Preliminar.

La referencia, pues, a los principios generales del Derecho estaría, de primera intención, destinada a suplir las lagunas de la ley. Así, desde una perspectiva estrictamente positivista, implicaría que el intérprete que no encuentre en la normatividad vigente una disposición aplicable al caso concreto, estaría facultado a recurrir a los principios generales del derecho peruano, o del derecho en general. Por cierto, a diferencia del Derecho Español, nuestro Título Preliminar no enumera las fuentes del ordenamiento jurídico peruano, y por ende no existe referencia a la costumbre ni a los usos jurídicos. Empero, un sector de la doctrina estima que en un país

pluricultural como el nuestro, la costumbre y la jurisprudencia deben tener reconocimiento de su carácter jurídico (2).

Pues bien, recurrir a los principios generales del derecho exige partir de una conceptualización de los mismos, lo que implica ingresar a uno de los temas de más difícil precisión en las problemática jurídica.

## 2. *Objeto*

De una primera reflexión, surgiría que los principios generales del Derecho tendrían importancia cuando se trate de suplir lagunas en el ordenamiento positivo, y que por ende, su valor estaría referido a una cuestión meramente interpretativa del Derecho ante el supuesto que no exista norma específica que aplicar. A esta posición se adscribe Albaladejo cuando sostiene que “con <los principios generales> se llenan las lagunas o vacíos que existan en el derecho legislado y consuetudinario (pues la ley y la costumbre no regulan, no prevén, todos los casos que pueden presentarse en la práctica, sino los mas corrientes e importantes), de forma que, como dichos principios generales completan a este derecho legislado y consuetudinario, llenando sus huecos, la totalidad jurídica —el ordenamiento jurídico civil— que en conjunto forman la ley, la costumbre y los principios generales, carece de lagunas, pues contiene normas para solucionar todos los casos posibles” (3).

Podrán existir principios positivos, vale decir aquellos que se acogen en el derecho positivo, pero también principios extrapositivos, que Albaladejo define como los principios jurídicos que recogen las leyes y las costumbres, o que puedan obtenerse de la concepción jurídica que en ellas se acepta (4).

Sin embargo, a esta concepción de los principios generales del

---

(2) Rubio Correa, Marcial. *Ibidem*. p. 142-143.

(3) Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil Introducción y Parte General*. Barcelona, Librería Bosch, 1980. pp. 112-113.

(4) *Ibidem*. p. 114.

derecho como integradores ante las lagunas que puede enfrentar el intérprete ante el caso concreto, cabe contraponer otra concepción:

“No es sólo la integración de las posibles lagunas de un texto legal lo que obliga en muchas ocasiones a recurrir a criterios extralegales. También la determinación del verdadero alcance, sentido y significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal, solamente puede hacerse, en ocasiones, acudiendo a tales criterios extralegales” (5).

Esta distinta concepción del objeto de los principios generales hace necesario, pues, analizar su real naturaleza jurídica.

### 3. *Naturaleza Jurídica*

Para un sector de la doctrina, los principios generales del derecho son expresiones del derecho natural. Esta posición iusnaturalista se enfrenta a la corriente positivista, conforme a la cual debe extraer de las disposiciones legales los principios generales del derecho que contienen, mediante abstracciones de su contenido. Diez Picazo y Antonio Bullón refutan ambas posiciones. Frente a la posición iusnaturalista señalan que, paralelamente a las reglas del derecho natural, existen otros principios y refieren, a modo de ejemplo, que en el ordenamiento de una sociedad de ideología liberal y en el de otra de ideología marxista, las normas de sus instituciones serán distintas al serlos sus principios informadores. Tampoco estos autores comparten la posición positivista, ya que consideran que la generalización de principios generales a partir de normas positivas representaría únicamente un medio técnico para descubrir los principios inspiradores, pues podrán existir principios que aún no han agotado su potencialidad normativa por no haber tenido pleno desarrollo por lo que su plasmación legislativa sería aún incipiente.

---

(5) Diez Picazo, Luis y Bullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tercera Edición. Madrid. Editorial Tecnos. p. 176.

En base a lo expuesto, concluyen Diez-Picazo y Gullón:

“Por todo ello, no se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico. Lo que sí resplandece en todo caso es su función vertebradora o estructuradora del mismo porque: 1º, tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce; 2º, revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social. Y ello porque si el derecho es una ordenación organizadora de la comunidad social, no hay que olvidar que reposa en un conjunto de creencias o de convicciones del grupo humano a que va destinado. . .”.

Estas normas gozan de una característica especial: no se encuentran fundadas en la autoridad del Estado, como la ley, ni en los usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales, como la costumbre. Tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es aquella el auténtico poder creador de las normas de que tratamos” (6).

En la línea de pensamiento expuesta, De Castro asigna tres funciones a los principios generales:

- “1. Constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Son desde este punto de vista las bases últimas de todo el derecho positivo. Son ellos, los que convierten al ordenamiento jurídico de conjunto inorgánico en unidad vital.
- “2. Los principios generales del derecho son normas orientadoras de la función interpretativa, en cuanto señalan los motivos y los criterios de interpretación de las demás normas, indicando las fórmulas interpretativas que se deben elegir. V.gr., una

---

(6) Ibidem. p. 180.

norma concorde con los principios generales del derecho deberá ser objeto de una interpretación extensiva y amplia mientras que, en cambio, cuando la norma concreta aparezca en contradicción con un principio general su interpretación deberá ser restrictiva.

- “3. Los principios constituyen un sistema de integración de las lagunas de la ley. Cuando no existe ley aplicable a un punto controvertido y no existe tampoco norma consuetudinaria que permite resolverlo, debe el Juez decidir de acuerdo con los principios generales del Derecho” (7).

Creemos que es dentro de esa línea de pensamiento que debemos conceptualizar el verdadero alcance de los principios generales, antes que el de una mera función de suplencia ante las lagunas que pueden existir en la legislación, o inclusive en la jurisprudencia o la costumbre. Así, el objeto de los principios generales del Derecho dependerá de la naturaleza que les asignemos, siendo nuestra opción por considerar que su rol esencial es el de vertebrar el ordenamiento jurídico a través de las convicciones de una comunidad social dándole así coherencia y sentido a sus normas.

#### 4. *Identificación de los Principios Generales del Derecho*

Una vez enunciados los conceptos que ya hemos precisado, debemos detenernos en considerar a quien corresponde la determinación de los principios generales del derecho, esto es, la competencia para su identificación. Betti refiere el problema en los siguientes términos:

“Pero el punto delicado de la cuestión es ver en qué modo y por medio de qué órganos debe manifestarse la conciencia social de la época, conciencia que —según cuanto se ha dicho— es naturalmente llamada a representarse las funciones de las relaciones de la vida, valorando en ellas las exigencias sociales, en cuan-  
to postulan una disciplina jurídica a elaborar ulterior-

---

(7) De Castro. Citado por Diez Picazo. *Ibidem*. p. 183.

mente. Pues bien, nosotros decimos, respondiendo a la pregunta propuesta que el órgano de la conciencia social en el cumplimiento de tal tarea debe hoy reconocerse en la jurisprudencia, entendida en el sentido más alto de jurisprudencia tanto teórica (ciencia jurídica) como práctica. La jurisprudencia así entendida es competente para identificar y elaborar aquellos principios generales de derecho que, ofreciendo directrices y criterio de valoración, no se agotan en simples normas particulares, constituyendo instrumentos indispensables de una interpretación integradora del orden jurídico que sobrepasa los confines de la *analogía legis*" (8).

Creemos, pues, que la conciencia jurídica de una colectividad surge no sólo de la re-creación del Derecho que puedan realizar los jueces mediante fallos jurisdiccionales —jurisprudencia en sentido estricto— sino de la propia ciencia jurídica. Ambas son las llamadas a erigirse en elementos fundamentales a este propósito, pero no excluyentemente de la tarea que corresponde a la propia legislación. Esta puede también recoger determinadas constantes que son plasmadas en distintas disposiciones que, de modo paulatino, van generando o expresando una conciencia jurídica —en el amplio sentido del término— hasta terminar por convertirse en principios generales de Derecho.

##### 5. *Principios Generales y Máximas Jurídicas*

Entre los principios de derecho y las máximas jurídicas existen diferencias avasalladoras. Como señala Villar:

“El principio general de derecho es esencialmente algo valorativo . . . (mientras que) el apotegma interpretativo es solamente un instrumento para integrar las lagunas legales y tienen una naturaleza pseudológica, y por tanto permanente. Dicho más simplemente, la analogía podrá haber sido objeto de diferentes teorías

---

(8) Betti Emilio. *Interpretación de la Ley y los Actos Jurídicos*. Madrid. 1975. Editoriales de Derecho Reunidas. p. 293.

desde Aristóteles hasta hoy, pero en su esencia es la misma desde entonces hasta la actualidad. Un apotegma lógico podrá ser analizado cada vez más estrictamente, pasando incluso de ser un argumento tópico o falsamente lógico a ser un argumento de silogismo plenamente lógico.

Frente a ello el principio general de derecho no es estático ni permanente, responde a la ideología social y es la penetración de tal ideología, de los valores predominantes en la sociedad e incluso de los mitos aceptados en cada país y en cada momento en el ordenamiento jurídico. Es el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de derecho: de ahí que la propia ley les denomine principios generales informadores; en cuanto recogen tales valores tendrán efectividad que perderán de otra manera” (9).

Gráficamente, Diez-Picazo y Bullón, señalan que:

“Las reglas son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden una experiencia jurídica. No tienen valor jurídico propio y son simples recursos nemotécnicos o pedagógicos. No forman por sí mismas parte del ordenamiento jurídico sino de la ciencia del Derecho” (10);

Señala Villar, explicando la diferencia entre los principios generales y los apotegmas jurídicos, que los principios generales no son inmutables sino que por el contrario están en progresiva mutación toda vez que respecto del derecho se sitúan simultáneamente en el mundo ideal de los valores y en el mundo real entre los que existe una reciproca interrelación. El mundo inmutable de los va-

---

(9) Villar Palasi, José Luis. *La Interpretación en los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid. Editorial Tecnos. pp. 130-131.

(10) Ob. cit. p. 184.

lores es filtrado por la ideología y el consenso en cada momento y en cada país, y es precisamente lo que le da aceptación a esos valores. Considera Villar que son principios generales los que permiten sistematizar y valorar en sentido axiológico un determinado ordenamiento jurídico, dentro de la multiplicidad de sus normas haciéndolas inteligibles globalmente: “una máxima de Derecho es sólo la estela de lo que la ley ya ha decidido. Un principio general, por el contrario, es la proa de un rompehielos: afilada y apta para romper esa costra de inmovilidad del Derecho positivo” (11).

Sin embargo, los principios generales constituyen entre sí un basamento interactuante que provocan, en sus variadas combinaciones, conflictos de prioridad en su aplicación e inclusive antagonismos o contradicciones entre los mismos, como resultado de que la sociedad suele admitir, simultáneamente valores contrapuestos entre sí.

---

(11) Ob. cit. p. 137.

## CAPITULO II

### *LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO*

1. Concepto y Naturaleza Jurídica. 2. Principios Generales o Reglas de Interpretación. 3. Principio Protector. 4. Regla de la norma más favorable. 5. Regla de la Condición más beneficiosa.

#### *1. Concepto y Naturaleza Jurídica*

Manuel Alonso García conceptualizó a los principios generales del derecho del trabajo como “aquellas líneas directrices o postulados básicos de la tarea interpretativa que inspiran el sentido con que han de aplicarse las normas laborales, ser desentrañado —en caso de duda— el contenido de las relaciones de trabajo, o desvelada justamente la intención que presidiera la voluntad de los sujetos contratantes” (12). Sin embargo, para este autor es menester que los principios generales del Derecho Laboral estén positivizados, vale decir expresados en normas legales de manera tal que aparezcan expresamente formulados:

“En cierto modo, pues, estos principios —que cabría entender, desde ciertos planos de consideración, como informadores del mismo Derecho del Trabajo en cuanto a ordenamiento total, y de sus normas y relaciones en concreto, en el orden de su aplicación— vienen a constituir el fundamento del sistema jurídico-positivo del trabajo, y no admiten contradicción posible con los preceptos legales, ya que, según hemos indicado, se hacen patentes a través de normas legales.

---

(12) Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, Editorial Ariel, 1980. p. 251.

Pero —repetimos— la significación que, a nuestro juicio cabe aplicar a estos principios, con mayor eficacia, y ligada a su auténtico sentido, es la de *actuar como orientadores de la labor interpretativa, indicando el método esclarecedor de las normas, y, en cada caso, la fórmula interpretativa que se debe elegir*” (13).

Si bien no escapa al tratadista español el rol vertebrador de los principios del Derecho del Trabajo, sin embargo, cae en la concepción positivista —e inmovilizante— de pretender que los principios generales para ser tales deben estar debidamente concretados en normas legales. Ello ciertamente los priva de su función más enaltecedora: la de reflejar los consensos sociales de una colectividad que se traducen en convicciones jurídicas más allá de lo que el ordenamiento positivo haya podido recoger. Esta función dinámica, no es advertida por diversos tratadistas del Derecho del Trabajo, algunos tan ilustres como Mario de la Cueva, quien relativiza el rol de los principios generales. En efecto, al comentar la Constitución Mexicana en relación a los principios o criterios supletorios señala este autor que los principios generales del derecho han sido “un motivo excelente para que los filósofos del Derecho den rienda suelta a su fantasía, si bien han olvidado, que si el orden jurídico descansa en el principio de la soberanía del pueblo, los principios generales del derecho no pueden ser sino los que el pueblo puso en la base de su orden jurídico, quiere decir, son los principios de la democracia del pueblo para el pueblo” (14).

Por el contrario, el maestro Plá Rodríguez define a los principios del Derecho del Trabajo asignándoles un carácter polivalente:

“Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpreta-

---

(13) Ibidem. p. 251.

(14) De la Cueva, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Cuarta Edición. México, Editorial Porrúa, 1977. p. 137.

ción de las existentes y resolver los casos no previstos” (15).

Destaca el tratadista uruguayo tres elementos fundamentales en los principios generales:

“a) Son enunciados básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones. Un principio es algo más general que una norma porque sirve para inspirarla, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas.

Se ha dicho que constituye un cauce general del ordenamiento, un sentido de la legislación, una orientación recurrente en ella, que se traslucen en una pluralidad de disposiciones. De ahí que se hable de principios básicos o fundamentales, porque sirven de cimiento a toda la estructura jurídico-normativa laboral.

- b) Por ser propios del Derecho del Trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del Derecho. Sirven para justificar su autonomía y su peculiaridad. (...).
- c) Todos los principios deben tener alguna conexión, hilación o armonía entre sí, ya que en su totalidad perfilan la fisonomía característica de una rama autónoma del Derecho que debe tener su unidad y su cohesión internas.

Cada principio constituye una manera de armonizar las normas sirviendo para relacionarlas entre sí y evitando que el sistema se transforme en una serie de fragmentos inconexos. Pero la vinculación entre los distintos principios contribuye más eficazmente todavía a la sistematización del conjunto y a diseñar la peculiar individualidad de cada rama del Derecho” (16).

---

(15) Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978. p. 9.

(16) Ibidem. p. 10.

Vázquez Vialard confiere a los principios generales del Derecho el carácter de directivas al Juez para solucionar los conflictos en los casos de oscuridad de la norma aplicable, pero también como directiva hacia el Legislador mismo a fin de ajustar el ordenamiento que no puede sólo responder a su voluntad: “los principios no se agotan en aquellos que han sido acogidos por la ley y constituyen como la malla de la estructura jurídica; hay también otros de derecho natural que la ley puede no haberlos sancionado positivamente, pero que aún considerándolos como derecho extra-legal (extrapositivo) constituyen el fundamento último y primordial del orden jurídico, según la naturaleza de las personas y de las cosas, sobre cuya trama básica, se construye el orden positivo” (17).

## 2. *Principios Generales o Reglas de Interpretación*

Carlos Blancas privilegia el rol interpretativo de los principios del Derecho del Trabajo:

“El Derecho Laboral no se aparta o deja de lado los clásicos métodos de interpretación del derecho, a saber, los llamados literal o gramatical, lógico, histórico y sistemático, que tienen plena validez dentro de su ámbito, pero la función de tales métodos es complementada con principios o reglas propias de interpretación que unidas a los citados métodos deben contribuir a la mejor comprensión de las normas del Derecho del Trabajo” (18).

A continuación trata este autor los principios de derecho del trabajo que considera ha recogido la Constitución de 1979, esto es principio de irrenunciabilidad, principio protector o pro operario que se concreta en las reglas (o apotegmas jurídicos) de indubio pro operario; norma más favorable; y condición más beneficiosa.

---

(17) Vázquez Vialard. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982. pp. 127-128.

(18) Blancas Bustamante, Carlos. La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo. En “Derecho”. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 36. Lima. Diciembre 1982. p. 27.

Asimismo, el principio de igualdad de trato y principio de retroactividad benigna. Omite, sin embargo, el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el artículo 48º de la Ley de Leyes.

Creemos que la posición de Blancas tiende a limitar el carácter de estos principios a meras reglas de interpretación del Derecho Laboral. Por el contrario, creemos que corresponden a verdaderos principios, vale decir, que no actúan únicamente como meros orientadores de la labor interpretativa sino como lineamientos directrices que informan e inspiran el ordenamiento laboral en cuanto expresan convicciones sociales que sirven como fundamento del ordenamiento jurídico no sólo actual sino futuro y que reflejan un consenso actual susceptible de evolución y desarrollo.

### 3. *Principio Protector*

Se ha considerado que el principio protector surge del artículo 57º de la Constitución, en cuanto señala que “en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador”.

No obstante, esta disposición parece acoger uno solo de los conceptos que involucra el principio protector o pro operario, esto es, el conocido como indubio pro operario. Empero, en rigor, el principio protector incluye también la regla de la aplicación de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa. Analizaremos brevemente el principio protector y la regla de la norma mas favorable.

Uno de los elementos distintivos del Derecho del Trabajo es el de la subordinación en que se encuentra el trabajador frente a su empleador, que se traduce en tres distintos niveles: técnico, en cuanto es el patrono quien determina las labores y su forma de realización; económico, ya que es el trabajador quien depende para subsistir de la remuneración que se le abone; y jurídica, en cuanto el patrono goza de la prerrogativa de disponer de la capacidad laboral del trabajador durante el íntegro de la jornada. A su vez, esta subordinación implica una sujeción del trabajador a determinadas

facultades que el principal puede ejercer como consecuencia de la relación laboral: facultad directriz, esto es, la de dirigir el centro de trabajo e impartir disposiciones sobre el desenvolvimiento de la actividad laboral; facultad normativa, que reconoce al principal la prerrogativa de establecer reglas de obligatorio cumplimiento en el centro de trabajo; y facultad disciplinaria, conforme a la cual el empleador puede imponer medidas correctivas al trabajador que incurra en inconductas en el centro de trabajo.

De la constatación de esta desigualdad intrínseca en la relación laboral, surge como contrapeso el principio protector, ya que en el Derecho del Trabajo, a diferencia del Derecho Civil, se parte de la premisa que las partes no son iguales entre sí sino que, por el contrario, se desenvuelven en planos de desigualdad. Por cierto, esta desigualdad no sólo se da en el campo de la relación laboral, actuante y materializada, sino que corresponde a la misma existencia del Derecho del Trabajo como disciplina especializada. Como señala Plá:

“Históricamente el Derecho del Trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas.

El Legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador” (19).

De lo expuesto surge, conforme señala Plá, que no estamos ante “un método especial de interpretación, sino un principio que inspira todas las normas del Derecho y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación. . . este principio preside la actuación en cada una de las fuentes” (20).

---

(19) Ob. cit. p. 25.

(20) Ob. cit. p. 34.

Con lo expuesto baste para reiterar que el principio protector engloba tres reglas de las cuales, analizaremos únicamente las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa, que son las que interesan para los efectos del presente trabajo.

#### 4. *Regla de la norma más favorable*

Esta regla, o apotegma, encierra dos sentidos posibles: el primero, “no de la existencia de varias normas aplicables a una relación única, sino de la realidad de una sola norma para una determinada relación, pero en la que se dan varios sentidos” (21). En tal supuesto debe aplicarse la norma en aquel sentido que resulte más favorable al trabajador. En rigor, en este aspecto, el principio de norma más favorable resulta muy próximo al principio de indubio pro operario, que es el que más nítidamente consagra nuestra Constitución.

En sentido propio, Alonso García señala que esta regla resulta de aplicación cuando existen varias normas susceptibles de ser aplicadas una misma situación jurídica:

“En postura jurídicamente pura, tal supuesto no debiera plantearse, ya que por un lado, se trata de un caso que excede los puros límites interpretativos y, por otro, el principio de jerarquía de las fuentes —íntimamente conectado al de la seguridad jurídica— debiera imponerse, sin lugar a dudas, dando resuelto el problema en el sentido de que entre normas de distinto rango jerárquico, habría que estimar aplicable la de carácter superior y, entre las de rango jerárquico igual, habría de hacerse que prevaleciera la más recientemente promulgada” (22).

La peculiaridad del principio de la norma más favorable implicaría deducir los siguientes criterios, según precisa el profesor español:

---

(21) Alonso García, Manuel. Ob. cit. p. 253.

(22) Ibidem. pp. 253-254.

- “a) Respeto en todo caso y de modo total y absoluto de los *mínimos de derecho necesario* que, en cuanto a tales, son inderogables e indisponibles, ni por norma ni por la voluntad de las partes, cediendo, por tanto, y ante los mismos cualquier status regulador que, en su conjunto pudiera estimarse más favorable.
  - b) Entre normas estatales, de igual o distinto rango jerárquico, prevalecerá aquella —incluso de rango inferior— más favorable para el trabajador.
- (. . .)
- e) La determinación de lo que se entienda por más favorable al trabajador obliga a tener en cuenta el conjunto de las normas comparables, o en conflicto, habiendo de decantarse la decisión a adoptar en función del *conjunto*, cuya apreciación, por lo que respecta a los conceptos cuantificables, se resuelve con la aplicación de un criterio matemático consistente en proceder a una valoración o cómputo anual” (23).

Sobre este particular Vázquez Vialard expresa lo siguiente:

“De conformidad con la aplicación práctica del derecho protectorio que se expresa en esa regla, no opera en el caso el criterio de aplicación de las normas según el orden de jerarquía de sus fuentes. Al efecto, se produce una cierta fractura, de manera tal que, salvo que la comparación (para optar) se realice con disposiciones de orden público general (utilizamos esta expresión para diferenciarlo del llamado orden público laboral) se aplica la más favorable al trabajador, aunque se trate de un uso o costumbre, así como también una que ha sido modificada por otra en cuanto no exista una abrogación expresa o tácita. . . (no) hay laguna legal, sino que, por el contrario hay dos normas, cualquiera que sea su fuente, con aptitud para ser aplicadas.”

---

(23) Ibidem. pp. 254-255.

das, por lo cual una de ellas (la más favorable al trabajador) desplaza a la otra. . . Aquí el Juez no debe discurrir si la ley es aplicable o no, pues la solución legal desplazó una norma (que de ese modo perdió su aptitud como tal, aunque no por ello haya sido abrogada por otra que se aplica)” (24).

La comparación de dos normas para determinar si una es más favorable que la otra, ofrece no pocas dificultades. Frente a ello se han utilizado diferentes criterios ya que cabe considerar si las normas deben ser comparadas en su conjunto o si puede tomarse de cada norma aquella parte que sea más favorable al trabajador. A la comparación en su conjunto la doctrina la llama de la inescindibilidad o del *conglobamento*. A la segunda, esto es, aquella que admite la comparación parcial se le conoce como la teoría de la acumulación. Sus defensores sostienen que la aplicación de una norma puede ser fragmentada a condición de respetar la voluntad de sus autores:

“El conjunto que se toma en cuenta para establecer la comparación es el integrado por las normas referentes al mismo tema, que no puede disociarse sin mengua de su armonía interior” (25).

Conviene dejar establecido que tanto la ley laboral argentina como la española y uruguaya contienen disposiciones expresas que positivizan el principio aludido. No es ese, sin embargo, el caso de la legislación laboral peruana, vale decir, no existe disposición legal que expresamente haya contemplado ese principio general positivándolo. No obstante ello, no es posible negar su existencia como principio general de derecho en nuestra legislación que ha tenido aplicaciones concretas en determinados casos. Verbigracia, en el Decreto Supremo de 28 de agosto de 1952 que estableció reglas relativas a los casos de empleados que tengan derecho a una bonificación por tiempo de servicios semejante a la que había sido recientemente establecida por la Ley 11725:

---

(24) Ob. cit. pp. 200-201.

(25) Pla Rodríguez. Ob. cit. p. 60.

- “a) Si el tiempo de servicios exigido (por convenio) para obtener el beneficio particular fuere menor que el señalado por la citada ley, se continuará pagando hasta que el empleado cumpla treinta años de servicios y posteriormente se pagará el beneficio cuyo importe sea más alto, excluyéndose el otro.
- b) Cuando se hubiere establecido el requisito de tener más de treinta años de servicios para obtener el beneficio particular se pagará la bonificación ordenada por la ley hasta cumplir el tiempo exigido para gozar del antedicho beneficio, abonándose a partir de ese momento sólo el beneficio más alto.
- c) Si el tiempo de servicios exigido para conseguir el beneficio particular fuere igual al fijado por la ley, se pagará el beneficio de importe mayor”.

Si bien se está aludiendo al caso de convenios colectivos que pudieran haber establecido mejores beneficios que la ley, es claro que el inciso c) está optando por el principio de la norma más favorable, en este caso por comparación entre un dispositivo de carácter legal y otro de origen convencional, aunque paralelamente se aplica también la regla de la condición más beneficiosa (inciso a).

##### *5. Regla de la Condición más Beneficiosa*

La importancia de esta regla es innegable en el ámbito laboral contemporáneo, y ha merecido, inclusive, plasmación en el orden internacional. En efecto, establece el apartado 8 del artículo 19º de la Constitución de la O.I.T.: “en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuran en el convenio o en la recomendación”. En ese orden de ideas Plá sostiene que esta regla “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la norma que ha de aplicarse”, y agrega que el objeto de cada norma es mejorar mas no empeorar la situación del trabajador “ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de

un nivel de protección superior al que quiere brindarle la norma, ésta resulta inoperante. No roza la situación del trabajador” (26).

Por cierto, se admiten casos de excepción cuando la ley expresamente establezca límites máximos que no puedan ser superados, o que se contraponga otro principio al de la norma más favorable, por ejemplo, el de la razonabilidad. A modo de ejemplo, ese sería el caso de determinados trabajadores que por coyunturas especiales han obtenido reconocimiento legal para ciertos beneficios que resultan lesivos, para la sociedad en su conjunto, o para la mayoría de los trabajadores que no pueden obtenerlos, siquiera, con similar magnitud. En tal caso, creemos que la nueva ley podría suprimir tales beneficios, que por su naturaleza, corresponden propiamente a privilegios. Dicho en otros términos, creemos que en la medida que, en un ordenamiento democrático, la ley expresa el consenso emanado de un Parlamento, que a su vez refleja el mapa político de una colectividad, y puede por tanto —en expresión de ese consenso político— suprimir un beneficio reconocido por otra disposición legal, siempre que ello así sea expresamente legislado. Cuestión más ardua es aquella que busca determinar si la ley puede suprimir determinados beneficios reconocidos por convenio colectivo, cuando estos lesionan los intereses de la sociedad. Pongamos por caso el de trabajadores de la actividad petrolera que obtienen beneficios de enorme significación que, para ser financiados, hacen indispensable una elevación general del precio de los combustibles. Si se admite que la ley puede dejar sin efecto un convenio colectivo de tal naturaleza, estaríamos, paralelamente, limitando seriamente la capacidad negocial de las partes, vale decir, que la autonomía y el rol protagónico que las partes tienen en la negociación colectiva, se admitiría en tanto y en cuanto ésta no moleste al Estado. Por el contrario, negar la posibilidad de intervención del Estado podría implicar la salvaguarda de privilegios no sólo irritantes sino lesivos al conjunto social.

Al margen de estas consideraciones, es claro que la regla de la condición más beneficiosa reconoce, en favor de aquellos trabajadores que ya gozan de determinados beneficios, lo que se conoce

---

(26) Ibidem. pp. 61 y 63.

como derechos adquiridos, a fin de evitar aquello que pudiera significar una reducción de éstos como resultado de una nueva norma que no recoja tales beneficios con la misma amplitud. Para Alonso García la aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa supone, pues, dos consecuencias:

“Cuando se dicta una norma de carácter general aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedan modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean, para el trabajador que venía ya prestando sus servicios, más beneficiosas que las nuevamente establecidas.

“La nueva regulación habrá de respetar —salvo que contuviera afirmación expresa en contra o no hiciera salvedad ninguna respecto de la pervivencia de condiciones precedentes— como situaciones concretas reconocidas en favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para éstos que las establecidas para la materia o materias de que se trate —o en su conjunto,— por la nueva normación” (27).

---

(27) Ob. cit. pp. 255-256.

## CAPITULO III

### *LA INTER-RELACION ENTRE EL PRINCIPIO DE LA JERARQUIA DE LAS NORMAS Y EL PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO LABORAL*

1. Alcance del Título Preliminar. 2. Su inter-relación con principios particulares de Derecho. 3. El Principio General: un derecho vivo. 4. A modo de conclusión.

#### *1. Alcance del Título Preliminar*

La vocación de universalidad de las normas contenidas en el Título Preliminar no surge de su carácter formal, en cuanto disposiciones con rango de ley, sino en cuanto expresan principios generales de derecho. Dicho en otros términos, si las normas del Título Preliminar sólo tuviesen validez formal, en cuanto leyes contenidas en el ordenamiento positivo, carecerían de verdadera vocación de generalidad y no tendrían por objeto estructurar y dar coherencia a nuestro ordenamiento legal, ya que podrían ser modificadas por cualquier otra disposición legal. Si bien formalmente ello es factible, es evidente que el resto del derecho se subordina, en lo esencial, a las disposiciones contenidas en el Título Preliminar, en razón que positiviza principios generales de Derecho.

Hemos indicado en la Introducción que las disposiciones del Título Preliminar se aplicarían a todas las ramas del derecho. Sin embargo, desde la perspectiva enunciada, esta afirmación tendría que ser morigerada para señalar que es posible percibir entre las distintas normas del Título Preliminar, diversos grados en el nivel de generalidad de los principios generales de derecho que recogen. Como ha señalado Rubio, al graduar la forma como los principios generales informan al derecho, existirían cuatro niveles: el primero, corresponde a principios ideológicos de una sociedad o de una época determinada que tienen validez en diversos campos de la

vida (la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares) advirtiendo que no se trata de valores universales ya que su amplitud o limitación dependerá de su validez ideológica; un segundo nivel de principios propios del Derecho, válidos para todos los derechos establecidos *o cuanto menos la generalidad de ellos* y de naturaleza técnica (no contradicción del legislador, la ley especial prima sobre la general, etc.) o de carácter valorativo (primer derecho mejor derecho); un tercer grupo de principios, que rige a un derecho (nacional) determinado y lo caracteriza frente a otros; por último, un cuarto grupo de principios que informan diversos aspectos parciales de un sistema jurídico determinado (en nuestro derecho constitucional, la forma republicana de Estado, etc.) (28).

En ese orden de ideas, varias de las disposiciones contenidas en el Título Preliminar, corresponderían a principios generales de derecho de segundo nivel, conforme a la graduación expuesta, y de ahí su vocación de generalidad a las demás ramas del Derecho, antes que como resultado de su validez formal en el ordenamiento positivo. Sin embargo, este mismo hecho determina que a los principios generales que recoge el Título Preliminar puedan ser contrapuestos otros principios de derecho que resulten de aplicación más específica a una rama determinada de la ciencia jurídica.

## 2. *Su Inter-relación con principios particulares del Derecho*

Una disposición tan genérica y presuntamente tan universal como la contenida en el artículo 1º del Título Preliminar, en cuanto consagra que “la ley se deroga sólo por otra ley” y que recoge también el artículo 87º de la Constitución, sólo tendría un valor relativo en el campo del Derecho Laboral, como principio general de Derecho, susceptible de ser subordinado a otro que limitaría su eficacia. En efecto, en el Derecho Laboral, será el principio protector (norma más favorable) el que prevalezca para la aplicación de la respectiva disposición, inclusive por encima de la respectiva jerarquía de normas. Si bien, no podría afirmarse que una ley pueda ser “derogada” por un Decreto Supremo o una costumbre, es claro que en el Derecho Laboral dejaría de aplicarse si es que la

---

(28) Ob. cit. p. 150.

segunda disposición —no obstante ser de menor jerarquía o no ser propiamente una fuente— contiene un beneficio más favorable.

En rigor, en esta rama del Derecho se ha optado por la prevalencia del principio protector, en su regla de norma más favorable, frente al principio de la jerarquía de las normas, expresado tanto en la regla del artículo 1º del Título Preliminar, como en el artículo 87º de la Constitución. Ello implica convenir que el primero constituye un principio de Derecho que refleja, en materia laboral, nuestras convicciones jurídicas fundamentales, conforme a las cuales los derechos laborales son esencialmente progresivos en el reconocimiento de beneficios al trabajador, con prescindencia al basamento legal en que esta progresión pueda estar recogida. Al optar por ese principio del Derecho Laboral no estamos ante un problema de suplencia o laguna, que por el contrario no se presenta, toda vez que existe la norma del artículo 1º del Título Preliminar. Sin embargo, el intérprete en el Derecho del Trabajo no aplicará esa norma del Título Preliminar porque sólo le reconocerá valor como principio general susceptible de ser contrapuesto a un principio particular. Por ende se resistirá a admitir que “la ley sólo se deroga por otra ley” y privilegiará un dispositivo de inferior jerarquía —no “derogando” sino haciendo inoperativo el de mayor jerarquía— cuando aquél recoja un mayor beneficio para el trabajador, aun cuando, formalmente, ello carecería de eficacia jurídica por ir más allá de los preceptos contenidos en una norma de mayor nivel. Nuestra convicción socialmente aceptada determina que ello sea así porque otro principio general, es decir un sustento interno que informa nuestro Derecho Laboral —el principio protector— le da su verdadero sentido a ese otro principio general de jerarquía de las normas que recogen la Constitución y el Título Preliminar.

### *3. El Principio General: un derecho vivo*

No podría afirmarse válidamente que antes de la dación de la primera ley de estabilidad laboral en el Perú, en el año 1970 (Decreto Ley 18471) correspondía a un principio de nuestro Derecho del Trabajo la continuidad del vínculo laboral. Sin embargo, a partir de esa norma, y otras posteriores, se genera un proceso de retroalimentación que interactúa tanto en la conciencia jurídica de

nuestra colectividad como en nuestro ordenamiento legal y que concluye positivizando un principio general de derecho laboral —la continuidad de la relación de trabajo— que se plasma en el artículo 48° de la Constitución: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”. En el presente caso, es claro que, contra la tesis de Betti que ya hemos comentado, no medió una evolución jurisprudencial sino la súbita aparición de un nuevo derecho en el Decreto Ley 18471, respecto del cual ni siquiera existían en ese entonces precedentes legislativos en otros ordenamientos positivos. Sin embargo, con el transcurso del tiempo el reconocimiento de ese derecho caló en nuestra convicción social hasta elevarlo a la categoría de principio de nuestro ordenamiento laboral, hoy consagrado a nivel constitucional, y que determina que en la conciencia jurídica del Perú no sería socialmente admisible que el despido sin justa causa no conlleve alguna forma de sanción. Por ello, la protección contra el despido arbitrario es una constante que informa no sólo nuestra legislación y jurisprudencia recientes sino nuestra forma de raciocinio jurídico frente al problema, más allá del enunciado formal que contiene la norma constitucional.

#### *4. A modo de conclusión*

Existe, pues, una interrelación dinámica entre algunos de los principios generales que inspiran determinadas normas del Título Preliminar, y ciertos principios que informan el Derecho del Trabajo, verbigracia, entre el principio general de la jerarquía de las normas frente al principio de la norma más favorable.

Es pues en este conflicto de valores inmersos en ambos principios, que la convicción jurídica imperante en la ideología de nuestra colectividad efectúa una opción privilegiando el principio propio del Derecho Laboral, y reinterpretando el alcance de esa norma del Título Preliminar. Así, le reconoce al artículo 1° del Título Preliminar, un carácter de principio general antes que un valor formal a ultranza.

Mediante esta re-creación del Derecho, se expresan pues los valores que nuestra sociedad considera más rescatables, dándole

así su verdadera dimensión a los principios generales del Derecho como expresión viva de las convicciones imperantes en nuestra colectividad.



## CODIGO CIVIL DE 1852: LO NACIONAL Y LO IMPORTADO

César Luna Victoria León

### 1. *Introducción: precisión del tema*

Contra lo que sugiere el título, no se trata de investigar las “fuentes” del Código Civil de 1852 ni de determinar el origen de las diversas instituciones jurídicas que recogió. Algo de esto se desarrolla, pero no será lo más relevante.

La intención es otra. He querido ubicarme en el proceso de formación del Código para conocer con qué grado de eficacia el codificador logra incorporar o adaptar las ideas liberales prevalecientes en las tendencias codificadoras del siglo XIX (lo importado) para establecer normas que regulen situaciones nacionales (lo nacional).

Hay algunas ideas generalizadas que alientan este trabajo. El Código Civil de 1852 estuvo vigente 84 años (1852-1936), todo un record para la vigencia de los principales Códigos en el Perú. Mucho de eficaz debieron tener sus regulaciones para haber durado lo que duraron ¿...o es que los problemas no resueltos por el Código o los conflictos que éste creó se resolvieron al margen del Código o, inclusive, de la legalidad?

El proceso de formación del Código también resulta atractivo. Si bien es cierto que el Código se promulga después de 30 años de fundada la República (1821-1852), no es menos cierto que en ese período se desarrollaron tendencias internas y externas que modificaban la legislación civil. A nivel interno debe destacarse que en ese período se dictaron 2 Estatutos Provisorios, 6 Constituciones, se aplicó el Código Civil Boliviano (durante la etapa de la Confederación Perú-Boliviana) y se dictaron diversos decretos especiales. A nivel externo, la fundación de la República coincide con el desarrollo y expansión de las ideas liberales occidentales recogidas

das en las Constituciones, y las tendencias codificadoras inspiradas en el Código Francés de 1802.

Estas tendencias generaron una dialéctica con el Derecho de la Colonia, formalmente vigente en los primeros años de la República, superponiendo normas a ideas, a figuras jurídicas, a tradiciones y a costumbres. Probablemente nunca antes ni nunca más el Poder Judicial ha tenido ni tendrá tal capacidad discrecional para administrar justicia: el juzgador realmente dictaba derecho en sus resoluciones judiciales, porque no tenía un cuerpo normativo codificado para aplicarlo mecánicamente.

Los intereses en conflicto potenciados con la fundación de la República, por último, debieron estar muy atentos a la forma cómo se iba perfilando el Derecho Republicano. Todo esto debe resultar lo suficientemente atractivo para precisar de qué manera el Código Civil logra resolver las tendencias y también de qué manera las replantea ¿... o el codificador recreó un espacio de discusión a nivel sólo de la dogmática jurídica y se automarginó del conflicto de intereses?

En otras palabras: ¿El Perú tuvo finalmente un Código Civil porque lo necesitaba para regular situaciones no definidas o, sin resolverlo, lo promulgó como una necesidad formal de unificar normas dispersas? El planteamiento es esencial: o el Código Civil fue concebido por los codificadores como un instrumento de formación de la nacionalidad (como había sido concebido por los Estados Europeos, muy especialmente Francia) o el Código fue reducido a un símbolo del nuevo Estado (como la bandera, el escudo y el himno).

Para abordar el tema, primero realizo una referencia al contexto histórico y desarrollo el proceso de formación del Código. Los problemas elegidos para confrontar “lo nacional con lo importado” son tres: el problema del indio y la tierra (propiedad inmobiliaria), el matrimonio (concebible como sacramento o como contrato) y, por último, el problema de los esclavos. La evaluación de la eficacia en la importación de ideas liberales para regular situaciones nacionales se comenta al final del trabajo, a modo de reflexión final.

## *2. El contexto histórico*

El período comprendido entre el inicio de la República (1821-1824) hasta mediados del siglo XIX (1850 es el inicio de la explotación eficiente del guano) es un oscuro período de caos. Sin orden, sin administración, sin instituciones republicanas. El poder fue asumido por “caudillos militares”.

La inercia del caos que sobrevino con la Independencia puede ser explicada por la falencia del aparato productivo. “... La Independencia fue, de inmediato en el Perú, un desastre para la economía nacional, más que para la de otros países. La guerra arruinó las explotaciones mineras y la infraestructura de las comunicaciones y agregó el bandolerismo y el caos; la desaparición de la burocracia colonial favoreció durante largo tiempo el desorden en el sistema administrativo y fiscal; y el triunfo de los criollos vino a redundar de inmediato en provecho de la anarquía y del latifundio ...” (Basadre 1939: Tomo I Pág. 269-270).

A la depresión de la actividad minera (iniciada en tiempos de la Colonia) se agregó la crisis de la agricultura (latifundio impro ductivo en la sierra, confiscaciones de propiedades rurales de los españoles en la costa y las limitaciones a la esclavitud que constituían la mano de obra de las haciendas más dinámicas). Si bien el guano aparece como producto explotable en 1840, el inicial sistema de consignatarios no resulta económicamente rentable sino diez años después. Hasta esa fecha, poco se nota la presencia de un espíritu inherente al desarrollo de un capitalismo nacional. Ni grandes propietarios de negocios en progreso ni patrones de empresas había en número suficiente. No funcionaban bancos ni en provincias ni en Lima. Sólo se habían presentado proyectos para establecerlos (véase Basadre 1939: Tomo II, Pág. 309).

En ese contexto, se explica fácilmente cómo las guerras de Independencia fuesen solventadas por empréstitos (rentísticamente cobrados después en la época del guano) y que los únicos ingresos fiscales relevantes fuesen los ingresos por comercio exterior (aduanas) y el tributo a los indígenas, para cuya recaudación se aprovecharon las estructuras de poder provincial de la Colonia que sobrevivieron en los primeros años de la República.

Desde el inicio de la República había déficit en la balanza comercial. Por lo general, las exportaciones sólo representaban el 75% de las importaciones y las normas estrictas de control de comercio exterior sólo favorecieron el contrabando y, por consiguiente, la disminución de los ingresos fiscales por aduanas. Para completar el caos económico, la naciente República no funcionó con Presupuesto hasta el primer gobierno de Castilla (1845), a pesar que todas las Constituciones (1823, 1826, 1828, 1834 y 1839) establecían tal obligación. (Véase Basadre 1939: Tomo III, Pág. 165, y Tomo I, Págs. 217-218).

Las diversas y sucesivas Constituciones no hacen sino reflejar la falta de continuidad de las formas republicanas, los diversos ensayos que se hicieron a nivel político y la inestabilidad que la velocidad de tales cambios inspiraba. “... el 12 de noviembre de 1823 se promulga la primera Constitución propiamente peruana, idealista, liberal. ... El país diseñado por tal instrumento no tiene tiempo de cuajarse pues el 30 de noviembre de 1826 se promulga una constitución, de carácter autoritario que establece la presidencia vitalicia de Bolívar. El 18 de marzo de 1828 se promulga otra nueva Constitución, que retoma la posición liberal. Pero esta tenía carácter experimental y debía durar solamente cinco años. Es así como el 10 de junio de 1834 se promulga una cuarta constitución en la que se realizan pocos cambios con relación a la anterior. Con motivo del establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana se promulgan dos constituciones más en muy breve plazo: el 17 de marzo de 1836 se da en Sicuani la Constitución del Estado Sud-Peruano y el 3 de agosto del mismo año se da en Huaura la del Estado Nor-Peruano. Además, el 1º de mayo de 1837, reunidos en Tacna los representantes de los tres países confederados, proclaman la constitución de la Confederación. Sin embargo, ésta no llegó a tener vigencia. El 10 de noviembre de 1839 se promulga la denominada “Constitución de Huancayo” ... A la muerte del presidente Gamarra, dicha Constitución fue dejada en suspenso entre 1842 y 1845; pero su autoridad fue restablecida por don Ramón

Castilla hasta el 22 de octubre de 1855 en que fue declarada derogada por la voluntad popular de la Nación. El 26 de julio de 1855 se adoptó un Estatuto Provisorio y el 19 de octubre de 1856 se promulgó una nueva constitución de carácter marcadamente liberal. La incomodidad de Castilla ante la falta de compromiso de es-

ta última constitución entre el espíritu liberal y la necesidad de un gobierno más enérgico llevó a la Constitución “moderada” del 13 de noviembre de 1860, cuya vigencia ha sido la más larga en la historia del Perú. En efecto, salvo breves interrupciones (1867-1868 y 1879-1885), la constitución de 1860 estuvo vigente hasta 1920 . . . (Trazegnies 1980, Págs. 151-153).

Crisis económica, desorden administrativo y caos político no son sino manifestaciones de la ausencia de una burguesía peruana a tono con el Estado liberal que formalmente se estaba declarando. La reinterpretación de la historia de la emancipación realizada por Bonilla es explicativa de esta ausencia de clase hegemónica en el Perú y la necesidad que tuvieron de concurrir los grupos argentinos y chilenos primero (1821 con San Martín) y colombiano-venezolanos después (1824 con Bolívar) para consumar una Independencia cuya gestación sólo había involucrado antes movimientos regionales andinos (rebeliones de Túpac Amaru II y Pumacahua en el sur, principalmente) (Véase Bonilla 1972 y 1974).

La falta de hegemonía de una clase burguesa liberal permitió la sobrevivencia de una aristocracia colonial y el fortalecimiento de una oligarquía terrateniente de nivel regional cuyo poder se incrementará con la expansión del latifundio y el dinamismo de la agricultura para la exportación a mediados del siglo XIX y, más precisamente, luego de la guerra con Chile (1879-1884). Pero en los primeros años de la República (que es lo que interesa), el conflicto de clases y grupos no tuvo escenario. El vacío de poder fue llenado, a nivel político, por los “caudillos militares” que usufruían el prestigio ganado en la guerra de la Independencia y, posteriormente, en las luchas civiles auspiciadas por ellos mismos.

En este contexto, la identidad nacional se define por oposición. La patria no será el Perú sino todo aquello que no es España. Las ideas iniciales sobre una gran patria subregional (el sueño de Bolívar primero y la Confederación Perú-Boliviana de Santa Cruz después) confunden aún más. En rigor, en el contexto histórico, la formación del Perú como Estado se define luego que se definen sus fronteras norte (la Gran Colombia) y sur (Bolivia). Inicialmente, nada de extraño tenía que los Presidentes del Perú fuesen naturales de otros territorios (caso del boliviano Santa Cruz o del gran

colombiano La Mar) y no por ello dejaban de ser llamados peruanos. (Basadre 1939: Tomo I, Págs. 269-270).

### 3. *El proceso de formación del Código*

La existencia de Códigos en el sentido moderno no se llega a concebir sino a fines del siglo XVIII, pero se divultan a principio del siglo XIX. La tendencia coincide con el ocaso del Estado Absolutista en Europa, donde existían un conjunto de dificultades de orden jurídico en relación con la existencia de derechos regionales, señoriales o aristocráticos, territoriales y municipales que se superponían y generaban contradicciones. La necesidad de unificar estas regulaciones y de imponerlas sobre un territorio es una necesidad del Estado Moderno y un instrumento que se utilizó para consolidar la hegemonía de grupos burgueses y culminar el proceso de formación de las nacionalidades modernas. Al desarrollo de la necesidad de unificación contribuyó la aparición de la teoría del jus naturalismo consagrando que el fundamento del derecho es la razón y que, por consiguiente, el derecho puede enunciarse en forma escrita y coordinada.

El proceso de codificación del siglo XIX fue producto de diversas tendencias. Los gobernantes tenían interés en que se hiciera la codificación para de ese modo disminuir los fueros o derechos especiales; los filósofos para darle al derecho un sentido de órdenes con caracteres abstractos y los juristas por razones técnicas; pero al mismo tiempo, todas estas razones coincidían con la moda del derecho natural como fuente del derecho privado.

Al mismo tiempo, la búsqueda de unos textos legales simples y accesibles correspondió al espíritu individualista de la época. Cada cual, podía calcular de antemano lo que le era dable esperar de la norma jurídica, sus relaciones jurídicas debían ser reguladas entonces por normas breves, precisas y claras.

La fundación de los Estados Hispanoamericanos, entre ellos la República Peruana, coincide con el comienzo de la expansión mundial de esta tendencia codificadora en el derecho occidental. La necesidad de los Códigos, en general, y del Código Civil en particular fue comprendida por los gobernantes peruanos desde muy

temprano. El 31 de diciembre de 1825 Bolívar nombró una comisión de 12 personas destinadas a prepararlos, pero esta comisión sólo llegó a reunirse una sola vez. En 1832 el gobierno nombró otra comisión, pero el único trabajo realizado en el seno de ésta fue un discurso de Vidaurre sobre recusaciones. La Constitución de 1834 incluyó un artículo que facultaba a la Corte Suprema para que presentase en cada legislatura anual el proyecto de uno de los códigos, empezando por el civil. Bajo la presidencia de Vidaurre se elabora el proyecto de Código Civil conocido como el proyecto de Vidaurre. El proyecto de Vidaurre no prosperó por su marcado anticlericalismo (tratado más extensamente en el rubro 5 sobre el matrimonio) y por su deficiente técnica jurídica. En rigor, el proyecto de Vidaurre era más un texto de dogmática jurídica, aunque no coherente. La soberbia de Vidaurre le impidió tomar como base algún Código preexistente. Santa Cruz prefirió adoptar los códigos bolivianos en 1836.

El Código Civil boliviano fue en su mayor parte resultado de un proceso de recepción mecánica del Código Francés. El Código fracasó fundamentalmente porque se puso en vigencia en el Perú como una concesión al Estado Boliviano propulsor de la Confederación y, consecuentemente, fue dejado de lado una vez caída la Confederación. En cuanto al Código mismo, suscitó reticencias porque fue promulgado simultáneamente con el Código Penal y el de Procedimientos Judiciales, toda una revolución en el mundo de la magistratura y el foro. El Estado Nor-Peruano derogó los Códigos el 31 de julio de 1838 (duraron sólo año y medio). En el sur duraron seis meses más, hasta la caída de la Confederación en enero de 1839.

En 1845 el gobierno de Castilla nombró una nueva Comisión. El proyecto fue sometido al Parlamento que, entre 1847 y 1849, tachó o modificó varios artículos. La Ley del 21 de diciembre de 1849 crea una última Comisión encargada de revisar el proyecto de la Comisión de 1847. La Comisión Revisora, extralimitándose en sus atribuciones, introdujo enmiendas sustanciales sin llegar a culminar un nuevo proyecto. A pesar de las observaciones del Consejo de Estado sobre lo incompleto del proyecto, Castilla promulga el Código el 22 de noviembre de 1850, casi en vísperas de concluir su período presidencial. Su sucesor, José Rufino Echeni-

que suspendió los efectos del decreto de Castilla (cuya versión del Código no llegó a estar vigente) y por ley del 7 de junio de 1851 se nombró una comisión de las dos cámaras legislativas para que procediesen a la revisión final del Código. El Código fue finalmente promulgado por el mismo Echenique el 28 de julio de 1852.

Es pues hacia 1840, caída ya la Confederación y aparecido el guano como recurso de exportación, que se recupera cierta tranquilidad y estabilidad política que permite la labor Codificadora. Al margen de los antecedentes del Proyecto de Vidaurre y del Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana, la labor Codificadora duró entre 1845 (la primera comisión de Castilla) y 1852 (fecha de promulgación del Código).

Sin embargo, como es evidente, el derecho civil republicano no empieza con el Código. La transformación del derecho privado se inicia a través de artículos constitucionales, leyes o decretos. Así, cuando por decreto de San Martín del 12 de agosto de 1821 se declara que todos los hijos de esclavos que hubieran nacido o nacieran en el territorio del Perú desde el 28 de julio de 1821 son libres, queda modificado el régimen de las personas naturales. El de las personas por su estado civil se altera con los decretos del 4 de octubre de 1821 sobre naturaleza y ciudadanía y el 17 de octubre de ese año sobre extranjeros. El Congreso de 1822 suprime los títulos de nobleza en el Perú con el fin de dar golpe a la ilusión monárquica de San Martín y esta disposición repercute también en el derecho privado en el sentido de que no se podía hacer la división de las personas en nobles y plebeyos. En diversos artículos constitucionales se reconoce la igualdad ante la ley, la supresión de los empleos y privilegios hereditarios, la supresión de las vinculaciones laicales. Similar espíritu tienen los reiterados decretos que colocan al indio en idéntica condición a los demás peruanos, derogando tácitamente la legislación que los protegía.

Pero toda esta innovación en el derecho privado se debe precisamente a la vigencia del derecho colonial. Esta es una de las características en la formación del derecho peruano. Así como en la Colonia sobrevivieron de algún modo regulaciones de la época incaica, así en el período inicial de la República sobrevivió el derecho de la Colonia. En términos generales, la Independencia fue po-

lítica, se derriba al gobierno español, pero no insurge contra lo hispánico ni contra lo occidental. No hay pues vacío jurídico al producirse la transición de una época a otra; por el contrario habrá continuidad. Ciento es que el derecho de un lado se nacionaliza al concretarse a lo peruano, pero de otro lado también se extranjeriza mediante un proceso gradual de recepciones que lo convierte en un mosaico de importaciones.

En este período de formación del Código, el derecho privado incorpora diversos elementos, provenientes de diversas fuentes. Basadre clasifica estos elementos en:

1. La Declaración de la Independencia Nacional, con sus repercusiones sobre las personas desde el punto de vista de su división entre peruanos y extranjeros.
2. El concepto de la igualdad entre los peruanos ante la ley y con ello la abolición de los títulos de nobleza.
3. La acentuación de un régimen resueltamente individualista en la propiedad inmueble, con las leyes de abolición de las vinculaciones laicales en general y de los mayorazgos en especial, así como con las leyes y decretos sobre la reducción del canon o renta de los censos.
4. La supervigilancia sobre el clero regular a través de los decretos sobre el número y las obligaciones de los religiosos.
5. La reglamentación de la esclavitud, dejando libres a determinados esclavos primero y entregando luego a los hijos de estos bajo patronazgo de sus amos hasta los 50 años.
6. La reglamentación de la propiedad intelectual.
7. La victoria de la teoría de la codificación del derecho.

Estas diversas fuentes que influyeron en los codificadores pueden ser igualmente agrupadas, a tenor de Basadre, en las siguientes:

1. El antiguo derecho romano, de donde provienen las definiciones y distinciones jurídicas en general, el cuadro de los derechos reales, las modificaciones de la propiedad, la doctrina de la accesión, de la servidumbre, sólo por citar algunos. También son romanizados los artículos sobre las obligaciones y contratación, con determinadas concesiones a la realidad del sistema

económico y especial proveniente del coloniaje.

2. El Derecho castellano influyó también en su doble vertiente de derecho civil peninsular (elaborado para España) y como derecho especial para América (derecho indiano). El derecho indiano sobrevivió a la fundación de la República e inclusive al propio Código Civil. No obstante, fue propósito declarado de legisladores primero y codificadores después, el derogarlo, dejando sin efecto las medidas tutelares para los indígenas. La derogación formal del derecho indiano era congruente con los postulados de la filosofía liberal (teórica y racionalista) que no podía comprender sino al individuo en abstracto. Equiparando al indio con ese individuo abstracto, los codificadores creyeron hacerle un servicio, porque no quedaba formalmente en condición más baja que la del resto de los peruanos; sin visualizar que esta supuesta igualdad jurídica permitiría ahondar las diferencias reales.
3. El derecho español pervivió. Algunos ejemplos darán muestra de ello. La institución de la esclavitud tiene origen colonial y, consecuentemente, las disposiciones del código sobre manumisión, ingenuos, siervos y libertos provienen de este derecho. La posición final del matrimonio como sacramento, la actitud antidiávocista y la sujeción al Concilio de Trento también provienen del derecho colonial, aunque la influencia más directa corresponda al derecho canónico. Las vinculaciones a la propiedad inmueble también sobrevivieron a la fundación de la República. La legislación previa y el mismo Código pretendieron dinamizar el libre comercio inmobiliario aboliendo las vinculaciones laicales, pero sobrevivieron las eclesiásticas.
4. El derecho canónico, además de su sobrepresencia en el tema del matrimonio, tuvo influencia indudable en las regulaciones sobre los clérigos, la desigualdad de los hijos, las capellanías y las vinculaciones eclesiásticas.
5. Pero, por sobre todas las fuentes, el Código de 1852 se gestó bajo la fascinación de la revolución francesa. Toda la adecuación de la vida jurídica giró en torno al principio de la igualdad. La influencia francesa opera directamente a través del Código napoleónico e, indirectamente, a través del Código de Santa Cruz.

La diversidad de fuentes y la ausencia de un grupo hegemóni-

co que impusiera coherentemente sus ideas en función de su propio proyecto nacional y la incipiente formación no sólo de las ideas sino de la nueva vida republicana que no perfilaba aún grupos e intereses, determinó un Código contradictorio en sus aspectos principales. Es cierto que a nivel de diversas figuras e instituciones jurídicas (contratos y propiedad inmobiliaria) se limitó a organizar y retocar las normas ya expresadas en las tendencias codificadoras liberales, lo que le permitió presentarse para muchos comentaristas como un Código sobrio y a veces elegante con la forma. Pero a este nivel poco importante aportó a la cultura jurídica universal. En la mayoría de las instituciones sus reglas fueron estereotipadas y reprodujeron lo ya establecido en otras legislaciones, principalmente la francesa.

Pero el Código no fue una importación mecánica del Código francés. Fue liberal al excluir en su tratamiento al indio y a la comunidad indígena (ahora comunidad campesina). Ningún artículo mencionó al indio y pretendió abolir la comunidad. Pero fue conservador al regular la esclavitud y someter la regulación del matrimonio a las disposiciones canónicas. Esta contradicción para resolver problemas y situaciones nacionales en un caso de modo liberal y en otro de modo conservador es la que pretende ser analizada en los rubros precedentes y, en su caso, evaluar la eficacia de la “importación” de normas.

Por último, desde el punto de vista económico, el Código Civil como a su turno el Código de Comercio carecieron de importancia. Los Códigos fueron elaborados y promulgados antes de que el Perú sintiera los efectos de la acumulación de los excedentes de la explotación del guano y casi sin prever que tal acumulación pudiera darse. Los codificadores se preocuparon más por la propiedad inmueble. No existía hacia 1851 Bancos de emisión ni descuentos, bancos hipotecarios, sociedades de seguros, ni empresas industriales o financieras. Cuando aparecieron, su vida económica y jurídica se realizó al margen de los Códigos, pues estos fueron superados por la propia dinámica económica.

(Para todo el rubro, véase Basadre 1937 Tomo III Págs. 180 a 193, 218, 307, 316 y 317; Basadre 1937 Págs. 324 a 375; y Basadre 1954, 365 a 391).

#### *4. El problema del indio y la tierra (propiedad inmobiliaria)*

El Código Civil no reguló la situación del indio de modo directo. Pero si reguló la propiedad inmobiliaria y, junto con la legislación precedente, estableció mecanismos para su libre comercio. Conforme al pensamiento liberal, la igualdad jurídica entre los hombres era entendida también como la libertad para comprar y vender. En este contexto, la comunidad indígena no llegó a ser comprendida como una realidad económica y jurídica, sino como una forma colectiva de propiedad, que era necesario abolir junto con las demás vinculaciones precisamente para promover la adjudicación y disposición individual de las parcelas.

El indio, en el período de formación del Código dejó de ser considerado como tal sólo desde un aspecto parcial del derecho. Para comprender el rol ideológico que desempeñó el Código Civil se debe comprender también la consideración del indio como ciudadano (para el derecho constitucional) y como contribuyente (para efectos fiscales). Del tratamiento global que el derecho republicano del siglo XIX da al indio, podremos extraer mejores elementos de comprensión sobre la omisión del tema del indio en el Código Civil.

##### *4.1. El programa liberal sobre la tierra*

El tema del indio no puede ser entendido sin comprender también el rol de la tierra. La vinculación del indio con la tierra, desde la organización del imperio incaico, fue política antes que jurídica. El Estado Inca como después la metrópoli española se reservaron la propiedad sobre la tierra como un legítimo derecho derivado de la Conquista. Establecida la dominación política, la tierra era adjudicada por el Estado a los “comunes” para su explotación. Este origen de la posesión justificaba la extracción de excedentes sea como una colaboración comunitaria en el Estado Inca o, más refinada, bajo forma de tributo en la Colonia.

Durante la Colonia, las Leyes de Indias persiguieron proteger las tierras poseídas por los indios para satisfacer las propias necesidades de subsistencia del sistema económico: producción agraria para los centros mineros y urbanos y concentración de mano de

obra para las minas. El desarrollo del latifundio como despojo de tierras no ocurre inicialmente sobre las tierras adjudicadas a las comunidades sino sobre las tierras excedentes que el Estado Inca asignaba a la nobleza y al culto religioso. Sólo en el siglo XVIII con el desarrollo de la “encomienda” el latifundio crecerá sobre el despojo de tierras comunales, cuyo proceso durará hasta el siglo XX. Conforme al concepto legal de la institución, el “encomendero” era un encargado del cobro de los tributos y de la organización y cristianización de los tributarios (los indígenas). Sin embargo, en la realidad de las cosas, era un señor con poder sobre el territorio y las personas encomendadas. Estos grandes feudos, lejos de dividirse en el transcurso del tiempo, se concentraron y consolidaron en pocas manos a causa de las vinculaciones (gravámenes perpetuos) que inmovilizaron el tráfico de la propiedad inmobiliaria (mayorazgos, capellanías, fundaciones, patronazgos). (véase Mariátegui 1928 pág. 74 y Costa 1981 págs. 15 y 19).

El legislador en el inicio de la República implementó el programa liberal, no sólo por razones ideológicas. Era consciente también de la necesidad de dinamizar la actividad agraria destruida por la Guerra de Independencia. Así, el Decreto Supremo de 1824 estatuyó la libertad absoluta de enajenación; el Decreto Supremo de 1825 señaló que ésta sólo podría aplicarse a partir de 1850 y la Ley de 1828 que sólo podrían enajenar sus propiedades quienes supieran leer y escribir. Curioso retroceso en el pensamiento liberal de la libre enajenación de tierras, pero esta suerte de relativo proteccionismo al indígena no se aplicó en la realidad. En todo caso, dispositivos constitucionales posteriores consagraron que “... todas las propiedades son enajenables” (Art. 160 de la Constitución de 1828, repetida por la Constitución de 1839).

Este proceso de liberación de la propiedad agraria no sólo debía afectar a la comunidad indígena. Estaba también diseñada para afectar las “vinculaciones” sobre las que se asentaba el poder de la aristocracia. Las mismas Constituciones de 1828 y 1839 citadas expresaron que no se reconocían “... empleos ni privilegios hereditarios ni vinculaciones laicales ...”. En consecuencia, a nivel legal, el período de formación del Código Civil coincidió con la abolición formal de la propiedad comunal y la propiedad aristocrática.

Sin embargo, la abolición no fue del todo efectiva. Precisamente por el espíritu liberal, la labor del legislador civil se restringió a eliminar las trabas conservadoras que impedían el libre comercio. Dejó intactas otras estructuras. El Estado liberal del “dejar hacer, dejar pasar” no estaba dispuesto ni tampoco concibió mecanismos de protección ni de promoción agrarias. Esta opción (u omisión) resultó finalmente decisiva para el fracaso del programa liberal. En lo que se refiere al indio, resultaron poco eficaces las normas que abolieron los trabajos gratuitos y el reparto de tierras, en cambio sí fue eficaz la posibilidad de enajenación de sus tierras. Contrariamente, la aristocracia latifundista, aún en el poder al inicio de la República, conservó intactos sus derechos sobre la tierra, pese a la abolición de las vinculaciones laicales, reteniendo el poder sobre la tierra también retuvo el poder sobre el trabajo servil de los indios (véase Mariátegui 1928 pág. 46).

Por último, se debe destacar que el codificador no fue congruente con su planteamiento en materia de propiedad. Al omitir todo tratamiento sobre el indio no hacía sino continuar el pensamiento liberal de la legislación civil precedente. Pero esta opción liberal no se aplicó plenamente a las demás “vinculaciones inmobiliarias”. Subsistieron y fueron reguladas por el Código las capellañías (vinculaciones eclesiásticas) y el patronazgo.

#### 4.2. *La contribución de indígenas*

El tributo fue establecido por el régimen colonial, como un reconocimiento que los indígenas debían a la soberanía de la Metrópoli. En la última forma que alcanzó la encomienda, a través de su versión histórica, no fue sino la subrogación en el cobro del tributo, hecha con consentimiento de la Metrópoli en beneficio de algunos particulares. Con la fundación de la República, los indios al ser igualados en todos sus derechos a los demás peruanos, se vieron beneficiados con la abolición de diversas formas serviles, entre ellas el tributo. No obstante, se restableció por decreto del 11 de agosto de 1826, con las mismas características que tuvo durante la Colonia. Para cobrarla se aplicó la instrucción del 1º de junio de 1784, con ligeras alteraciones.

Para el Fisco Nacional, la contribución de indígenas no era

poca. Por lo general representaba más del 80% del total de ingresos fiscales por impuestos directos (ver Cuadro 2) y estos impuestos directos representaban alrededor de la mitad del total de ingresos corrientes, hasta la percepción de ingresos derivados de la explotación del guano (ver Cuadro 1).

#### CUADRO 1

#### COMPOSICION INGRESOS CORRIENTES DEL GOBIERNO PERUANO

Año	Total (Pesos)	Participación Porcentual		
		Guano	Aduanas	Imp. Directos
1846	4'191,000	0.6	55.3	44.0
1847	4'191,000	—	56.9	43.0
1848	5'322,423	—	43.9	56.0
1849	5'322,423	—	46.5	53.5
1850	5'450,976	5.5	31.9	62.5
1851	5'450,976	5.5	40.8	53.7
1852	7'113,500	26.7	43.7	29.5
1853	7'113,500	26.7	42.1	31.1

(Bonilla 1970, citado por Remy 1986 Cuadro 1)

Llama poderosamente la atención cómo el mensaje liberal de la legislación civil no tuvo correspondencia con la realidad fiscal concreta. Debe tenerse presente que las contribuciones directas, durante el período de formación del Código Civil, estuvieron integradas por la contribución de indígenas, la contribución de castas (aplicable a todos los no indígenas, esto es, a todos los demás peruanos) y patentes y tributos menores a la actividad industrial y a la propiedad inmobiliaria. Del Cuadro No. 1 se desprende con claridad que la presión tributaria directa sobre el resto de los peruanos no era mayor al 20%, todo el peso recaía sobre los indígenas.

**CUADRO 2**

**COMPOSICION INGRESOS FISCALES POR  
IMPUESTOS DIRECTOS**

Año	Total (Pesos)	Participación Porcentual	
		Contribución Indígena	Otros
1826	1'471,190	70.65	29.35
1838	1'811,288	97.01	2.99
1847	1'569,084	84.56	15.44
1849	1'542,537	81.96	18.04
1953	1'667,060	83.98	16.02

(Dancourt 1902, citado por Remy 1986 Cuadro 1-B)

Para tener una idea de la magnitud de la presión tributaria, hay que considerar que el total de ingresos fiscales por impuestos directos nunca sobrepasó en el período más de dos millones de pesos anuales. Según Basadre este valor anual era similar al total de las propiedades rústicas y urbanas de los españoles que fueron secuestradas por la República a raíz de la guerra de independencia, según la memoria del Ministro de Hacienda José Larrea y Loredo expuesta en 1826 (Basadre 1939 Tomo I Pág. 229).

La poca importancia de la contribución de castas determinó que fuera abolida por la ley del 25 de setiembre de 1840. Por decreto del 26 de setiembre de ese año, no obstante, en lugar de abolir la contribución de indígenas, se dieron reglas y preceptos para evitar corruptelas y abusos, con el ánimo de hacer más eficiente la acotación y recaudación del tributo, estableciéndose además la reestructuración de las matrículas de indígenas (relación de tributarios). La contribución de indígenas sólo desaparecería cuando los ingresos fiscales se incrementaron por la explotación del guano.

En consecuencia, mientras para la legislación civil el indio ya no era más un indio y se le igualaba en todos sus derechos a los demás peruanos, permitiendo la libre enajenación de las tierras y la

abolición de sus comunidades; en cambio para la realidad fiscal, el indio debería seguir subsistiendo en las mismas condiciones tributarias a las que había sido sometido a raíz de la conquista. Inclusive, para el analista de los ingresos fiscales, no se comprendía cómo el legislador civil pretendía abolir la condición del indígena sin prever sustitutoriamente otros ingresos fiscales.

En este contexto, se debe destacar la memoria al Congreso de 1847 del Ministro de Hacienda Manuel del Río que cuestionó la Ley de 1828 que permitió enajenar las tierras de indígenas, porque al cambiar la propiedad en favor de las castas (esto es, de los demás peruanos) la recaudación tributaria disminuía, pues la contribución de castas y la predial en su caso no eran aplicables y, en todo caso, no existía la organización administrativa necesaria para cobrarlos, toda vez que la contribución de indígenas continuaba recolectándose a través de mecanismos de dominación regional subsistente en los primeros años de la República.

#### *4.3. Vigencia real de la comunidad*

La comunidad indígena nunca llegó a ser concebida como una organización social ni como unidad jurídica. Para el legislador civil sólo fue una forma colectiva de propiedad que debía ser abolida. No obstante, para el resto del derecho la comunidad indígena sí tuvo reconocimiento e identidad.

Desde la Colonia la comunidad indígena tenía todas las características de una unidad jurídica y participaba de todas las características que en la legislación moderna se requiere para identificar una persona jurídica. La contribución de indígenas, por ejemplo, no era el tributo personal sino un tributo común a la comunidad. Era la comunidad, el “sujeto pasivo” de la relación tributaria. Para este efecto, era irrelevante que la tasa tributaria asignada a la comunidad guardase relación con el número de comuneros (tributarios), ésta era sólo una forma de calcular la contribución. Esto es así, porque las tasas se determinaban después de cada censo, y las incorporaciones o exclusiones de comuneros en los períodos intermedios en nada debían afectar la tasa pre-establecida (véase Costa 1981, Pág. 14).

Pero no sólo la comunidad de indígenas subsistió como unidad jurídica para efectos fiscales. La comunidad fue reconocida en el decreto de Castilla del 6 de agosto de 1846. Las resoluciones del 15 de enero y del 30 de abril de 1849 reconocieron el derecho de las comunidades campesinas sobre las tierras adquiridas a la Colonia, adquiridas mediante pago en dinero y acreditadas por posesión inmemorial. En igual sentido se pronuncia la resolución legislativa del 11 de octubre de 1893. Finalmente el Código de Aguas y la Ley de Caminos del 3 de noviembre de 1916 constituyen precedentes inmediatos del reconocimiento legal de la comunidad, hasta su consagración definitiva en la Constitución de 1920.

Para el analista civil no debe escapar cómo a pesar de existir la comunidad para otros efectos jurídicos no se le haya reconocido efectos sobre la posesión que ejercían sobre las tierras, a pesar de que el Código de 1852 reguló la posesión y la adquisición prescriptiva de dominio. En este caso, pesó más la idea liberal de abolir la comunidad. No obstante, a pesar del silencio del Código Civil y luego de casi un siglo de búsqueda pertinaz por abolir las comunidades, el Estado se vio en la necesidad de reconocer la existencia legal de la comunidad.

#### 4.4. *El indio y la comunidad como sujetos políticos*

A pesar del mensaje liberal del Código Civil, éste no llegó a igualar a los indios en todos los derechos. Cuidó claramente de diferenciar los derechos civiles de los políticos. Así el Art. 32 establecería que “los derechos civiles son independientes de la calidad de ciudadano”.

Es relevante destacar la discusión ideológica en torno a los derechos políticos del indio y la comunidad. El derecho de sufragio fue reconocido en la ley del 12 de octubre de 1847 que habilitaba en el ejercicio de la ciudadanía a los indígenas y mestizos mayores de 25 años o casados aun cuando no supieran leer y escribir. Al debatirse una reforma constitucional sobre el derecho de sufragio del indio en 1849, Bartolomé Herrera pronunció su doctrina. “... el derecho no tiene su origen en la voluntad humana sino en la naturaleza. No es un castigo a los indígenas y mestizos declarar que no pueden votar, porque se puede carecer de un derecho no sólo

por delito sino también por incapacidad natural. La naturaleza humana en todos es la misma, pero cada ser humano se desenvuelve según sus facultades. El niño y la mujer ven restringidos sus derechos civiles, así también el analfabeto debe carecer de derechos políticos, aunque forme la mayoría de la población del país. . . negar el sufragio a la mayoría de los indios no es degradarlo (al contrario) darles participación en la política es la verdadera obra maldita de degradación y de repugnante envilecimiento de esa raza infeliz . . ." (Basadre 1939 Tomo III, Págs. 226-227). Si bien la posición de Bartolomé Herrera fue derrotada en el Congreso, no se debe olvidar que ejerció gran influencia desde la cátedra que ejercía en el Convictorio de San Carlos.

Posteriormente, en la discusión de la Constitución de 1920, las tendencias liberales aún seguían dando una batalla ideológica contra el reconocimiento de las comunidades. J.M. Rodríguez señalará que ". . . la nación no puede reconocer en su seno a una entidad distinta de las que constituyen la nacionalidad. . . cuando nosotros vamos a incrustar la idea de que la nación reconoce la existencia de las comunicades indígenas, yo creo que establecemos que la Nación está reconociendo en su propio seno una entidad heterogénea. . . nosotros vamos a legislar por razón de la diferencia de personas cuando debiéramos hacerlo por la naturaleza de las cosas, como lo manda la Constitución . . ." (Costa 1981 Págs. 55-56).

En consecuencia, el mensaje liberal del Código Civil por abolir la situación del indio y su comunidad también tuvo correspondencia en elementos conservadores y tradicionales que, unieron al propósito liberal sus propios propósitos aristocráticos.

#### *4.5. Ideología, buena fe y resultado final*

En resumen, el Código Civil inspirado en los mismos principios los primeros decretos de la República sobre la tierra, reforzó y continuó la política de desvinculación y movilización de la propiedad agraria. Para ello, el Código confirmó tácitamente la abolición legal de las comunidades indígenas y de las vinculaciones de dominio; pero mantuvo la tradición de las "manos muertas", al regular las vinculaciones eclesiásticas.

Para el legislador civil, el indio no tuvo la connotación ideológica que tuvo para los elementos conservadores y aristocráticos ni tampoco previó su rol en la economía. Por el contrario, optó por convertirlo en un pequeño propietario, sin considerar los elementos históricos ni la forma cómo el indio se articulaba con su comunidad y con su proceso productivo.

No es aventurado decir, que el indio fue más un tema de ideología nacional. En realidad, San Martín y Bolívar, Sánchez Carrión y Luna Pizarro y muchos otros próceres no fueron terratenientes, de modo tal que su vinculación con el indio no pasó por la lucha de intereses que el propio indio sufría con el latifundio. Desde la fundación de la República la idea del indio desapareció para ser confundido como un peruano más, así en 1821 San Martín mandó que a los indígenas se les diese el nombre de peruanos y declaró que estaban eximidos de los servicios que prestaban como mitas, pongos, encomiendas y yanaconas (Decretos del 27 y 28 de agosto de 1821, citados por Basadre en 1939 Tomo I, Pág. 223).

Es importante reconocer que para el legislador no estuvo ausente la idea de explotación en que vivía el indio. “... vosotros indios . . . sois el primer objeto de nuestros cuidados. Nos acordamos de los que habeis padecido y trabajamos para hacerlos felices. Vais a ser nobles, instruídos, propietarios y representantes entre los hombres todo lo que es debido a vuestras virtudes . . .” es la idea común de los primeros constituyentes en 1822, en una proclama transmitida en quechua.

Sin embargo, la situación del indio sufrió el espejismo de la importación de las disciplinas y tendencias jurídicas liberales predominantes. Al abstraer la condición del indio y formularla en una igualdad jurídica abstracta sin los mecanismos de protección y promoción que requerían para superar la dominación del latifundio, el propósito declarado de los legisladores tuvo un resultado totalmente distinto. Fueron los legisladores tan inocentes frente al propósito de liberar al indio que mediante normas teóricas lograron contradecir su propósito y acentuar la dominación (véase Basadre 1939 - Tomo I Págs. 262-263).

##### *5. El matrimonio: contrato o sacramento?*

El Código Civil estableció que “el matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento” (art. 156).

Durante el proceso de formación del Código fue evidente el conflicto entre las tendencias liberales y conservadoras. En relación a la disposición sobre el matrimonio, Vidaurre propuso en su proyecto incluirlo como contrato. También debió aceptar lógicamente el divorcio, pero sólo aceptó incluirlo como separación perpetua sin ruptura de vínculo. Dirá que “...a un pueblo soberano no se le dan leyes sobre sus votos públicos. El Perú no recibiría con placer el proyecto, si presumiese que se mezclaban en él, aunque remotamente, doctrinas que se tienen por antireligiosas. Trabajen aún los filósofos en propagar la luz. Tal vez antes que la noche me deje en una oscuridad eterna, presenciaré con satisfacción derogadas algunas leyes que voy a proponer . . .” (véase Basadre 1937 Págs. 327 a 338). El proyecto de Vidaurre no fue tomado en cuenta, no podía prosperar por su anticlericalismo que laicalizaba el matrimonio, omitía toda referencia sobre los sacerdotes y atacaba la herencia.

El primer anteproyecto de Código Civil presentado al Gobierno en 1847 también recogió la propuesta de Vidaurre de instituir al matrimonio como contrato, conforme la tendencia liberal prevaleciente. Es relevante que en el oficio de remisión del proyecto, la comisión considerara importante destacar este hecho. Así en el oficio que redactó Pérez de Tudela el 18 de julio de 1847 indicó que “... tres señores de los que componen la comisión de Códigos consideran al matrimonio separado del sacramento y dos como inseparable, según ha estado en el Perú desde la promulgación del evangelio y se observa en los países católicos en donde no hay diversidad de cultos y que la mayoría de los habitantes de la República no se hayan en estado de admitir novedades que turbarían las conciencias y la expondrían a grandes abusos en perjuicio de la Religión y el Estado . . .” (Basadre 1937 - Págs. 349-350).

Como se conoce la propuesta mayoritaria no prosperó. El matrimonio y la familia fueron regulados por el Código Civil de

una manera tradicional, renunciando al estado liberal a regular las instituciones conforme a las tendencias prevalecientes y sometiéndolas a las regulaciones y autoridad de la Iglesia Católica. Esta autoridad sólo se ve atenuada por la implementación de los registros del estado civil; pero esta reforma laica no se puso en vigencia hasta 1875, y la Iglesia conservó su vigilancia sobre los tres actos más importantes de la vida humana: el nacimiento con la partidas parroquiales; el matrimonio con la subsistencia de la ceremonia religiosa refrendada por el acatamiento de la legislación civil y la muerte por extramaunción y el dominio religioso sobre los cementerios (Basadre 1937 Pág. 368).

También se filtró influencia alemana, a través de la ideología de Heinecio. Para Basadre esta influencia puede ser entendida en el hecho de que algunos elementos de la concepción del matrimonio como contrato están presentes cuando se concibe al matrimonio orgánica y socialmente, supuesto en el que sólo interesa los cónyuges y los hijos (véase Basadre 1937 Pág. 372).

La gran batalla sobre el matrimonio fue perdida por los liberales, en forma absoluta. Sin embargo, el doctor Oliveira señala en su memorándum sobre el matrimonio presentado a la Comisión Reformadora del Código Civil en 1923, que la tónica de la época hubiera permitido un derecho matrimonial que, sin herir las creencias religiosas, excitara la abjuración absoluta que el Código de 1852 hizo de los foros civiles, y que permitiese el matrimonio de los no católicos. Cita el Dr. Oliveira el proyecto de Código Civil Español de 1851 que entregaba las causas del divorcio a los tribunales civiles (Basadre 1937 - Pág. 355). El matrimonio civil para no católicos fue regulado finalmente por la ley del 23 de diciembre de 1897.

Este es otro elemento en el que el legislador civil deja de lado las tendencias liberal y moderna prevalecientes y opta conscientemente por mantener elementos conservadores y tradicionales en la regulación de instituciones civiles.

## 6. *Los esclavos*

San Martín en 1821 y las Constituciones de 1828 y 1834 habían establecido que “nadie nacía esclavo en la República y que

no entraba al Perú ninguno que no quedara libre". Salaverry por Decreto del 10 de marzo de 1835 estableció la legalidad del comercio e importación de esclavos de otros países americanos, atendiendo las presiones de los hacendados de la costa, en clara contradicción con las Constituciones de 1828 y 1834.

La Constitución de 1839 suprimió la segunda parte de las normas constitucionales de 1828 y 1834, aquella que establecía ". . . que no entraba al Perú ninguno que no quedara libre. . .", autorizando así tácitamente el tráfico de esclavos y confirmando las disposiciones de Salaverry.

Previamente, la ley del 24 de diciembre de 1829 había dispuesto que los libertos (hijos de esclavos declarados libres) quedaban bajo el patronazgo de los amos de sus padres hasta la edad de 50 años. Al permitir la cesión del patronazgo, la ley permitió una forma velada de comercio, confundiendo la situación de los libertos para asimilarlos a la esclavitud. La norma tuvo otras consecuencias, al liberar a los amos de la obligación de mantener a los libertos cumplidos los 50 años, esto es, cuando perdiessen importancia económica.

El Código Civil reconoció expresamente la situación de los esclavos y los libertos, aunque sin modificar sustancialmente la situación precedente. La esclavitud fue finalmente abolida dos años después de la vigencia del Código, mediante decreto del 3 de diciembre de 1854. En rigor, esta segunda emancipación de la esclavitud sólo fue posible mediante la indemnización de trescientos pesos por esclavo, facilitada por los ingresos fiscales provenientes de la explotación del guano.

Más allá de la sobrevivencia del régimen de la esclavitud, lo importante es precisar que el codificador no aceptó incorporar elementos modernos en el tratamiento, aun cuando normas constitucionales y los mismos principios liberales sustentaban una opción abolicionista. El análisis de este aspecto revela una vez más las contradicciones y tensiones entre las opciones tradicionales y modernas. El codificador mantendrá lo tradicional cuando los intereses en juego se lo exijan. Después de la abolición de la esclavitud, formas más sutiles de servidumbre contractual fueron im-

puestas para permitir mano de obra gratuita en la explotación del guano y la producción de las haciendas costeñas.

## *7. Reflexión final: lo nacional y lo importado*

¿Por qué el Código Civil no recogió congruentemente los dispositivos liberales prevalecientes y por qué, en todo caso, los que recogió no lograron los objetivos perseguidos? Creo que la respuesta se encuentra en el proceso de formación del Código. Cuando un legislador importa un Código o una ley lo hace justamente porque asume su significación cultural e ideológica. Al recepcionar la ley foránea busca, precisamente, poner en vigencia en su medio social la concepción o el pensamiento jurídico de quien lo inspira (véase Hurtado 1979 Págs. 20 y siguientes).

El pensamiento y la ideología liberal se recogieron del Código Francés. Para la Francia del Siglo XIX, el Código confirmó la desaparición de la aristocracia feudal y adoptó los principios sociales de la Revolución Francesa: la libertad personal y la igualdad ante la ley, dinamizó los contratos y reguló los patrimonios. Como toda la reforma de la burguesía liberal, a los que nada tenían no tuvo nada que darles y al proclamar el trabajo libre y a los ciudadanos iguales ante el derecho, abandonó a los comunes (los asalariados) a todos los azahares de la concurrencia económica, como si sus brazos fuesen una mercancía cualquiera (véase Basadre 1954, Págs. 364-365). En suma, la modernización liberal en Francia pretendió liberar fuerzas productivas ahogadas por el peso de la tradición y por los mecanismos de control social de la aristocracia.

Situación distinta fue la del Perú del siglo XIX. Los elementos liberales no fueron incorporados para modificar la sociedad tradicional ni para transformarla. El resultado fue que los elementos tradicionales absorbieron la dosis de modernización liberal y la hicieron compatible con su denominación aristocrática. Es cierto que con la fundación de la República la aristocracia española desapareció pero sólo para ser sustituida por una nueva aristocracia criolla (la oligarquía terrateniente), no hubo una nueva clase que asumiera un rol distinto en la sociedad.

El derecho dentro de este contexto ideológico, sólo fue un medio para organizar políticamente la sociedad. El derecho y, en

nuestro caso el Código Civil, no fueron utilizados sino para diseñar un Estado antes que un mercado. De ahí que la mayor preocupación durante la primera mitad del siglo XIX haya sido la redacción de Constituciones en lugar de la redacción de los Códigos básicos. Entre los elementos tradicionales y modernos hubo un eclecticismo superficial en que ambos elementos aparecen precariamente combinados y no son precisamente un modelo de coherencia y de rigor. La prosopopeya verbal cubrió en el debate las deficiencias de razonamiento.

Esta misma fragilidad en la importación y recepción del pensamiento liberal explica las violaciones frecuentes de los principios y que tales violaciones sean procesadas y asimiladas sin repercusiones sociales catastróficas. La libertad y la igualdad para gran parte de los peruanos fue ilusoria. Es probable que el liberalismo sólo haya sido importado como un soporte para defender la independencia política porque el criollo del siglo XIX vivía la dominación española como una ofensa, pero fue incapaz de adecuar el pensamiento liberal para dinamizar una nueva forma de producción y articulación social (véase Trazegnies 1980).

¿Tuvo el codificador de 1852 alguna otra alternativa desde la dogmática jurídica? Estimo que sí. Frente a la influencia del Código Francés, se desarrollaba en Alemania la escuela histórica y la influencia de Savigny. Para esta escuela el derecho es un producto espontáneo del pueblo, reivindicando la costumbre jurídica nacional contra la ley escrita que podía imponer la importación de un derecho extranjero o exótico.

Lamentablemente la escuela histórica no impidió la codificación prevaleciente del siglo XIX y en el Perú no se recibió la influencia de Savigny, a pesar de que Vidaurre lo cita en su proyecto de Código Civil de 1834. El desapego del Código Civil de 1852 a la costumbre repercutió contra el derecho indígena, pero no tuvo reparos en aceptar los elementos tradicionales al regular el matrimonio y los esclavos. En este aspecto, el codificador renunció también a una sana técnica legislativa de la Colonia que mantuvo elementos de regulación jurídica prehispánicos. Así, la cédula de Valladolid del 6 de agosto de 1555 incluía la norma que estableció lo siguiente: "... Ordenamos y mandamos que las leyes y

buenas costumbres que tenían los indios para su buen gobierno y policía y usos y costumbres derivadas y guardadas después que son cristianos y que no encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten y siendo necesario por la parte las aprobamos y confirmamos . . ." (véase Basadre 1937 Págs. 377-378).

Como nota final se debe precisar que los elementos aristocratizantes sobrevivieron incluso en la relación jurídica de los propios criollos a pesar del pensamiento liberal. Por ejemplo, los Estatutos del Colegio de Abogados de Lima de 1804 establecieron que para ser miembro del Colegio el postulante debía acreditar "... ser español, hijo legítimo o natural, descendiente de cristianos viejos, libre de toda mala raza de moros, judíos, penitenciados o comprendidos en nota de infamia, con expresión de la limpieza de sus padres y abuelos. . . quedando absolutamente excluidos de la matrícula los bastardos, espurios y adulterinos". Para Trazegnies, era muy probable que hacia 1870 en que se reformó el Estatuto, las regulaciones aristocráticas y discriminatorias no tuvieran mayor vigencia real. Pero destaca que lo importante fue que hasta esa fecha no habían sentido la necesidad de modificarlo. De este Colegio eran integrantes los legisladores y codificadores (véase Trazegnies 1980-B Págs. 164-165).

Las opciones del Código Civil de 1852 tratadas en este trabajo no lograrían sobrevivir. La Constitución de 1920 reconoció finalmente la existencia jurídica de la comunidad, el matrimonio fue finalmente tratado como contrato y como sociedad en el Código Civil de 1936 y la esclavitud fue formalmente abolida en 1854.

## BIBLIOGRAFIA

- (1) *BASADRE, JORGE.* 1937. Historia del Derecho Peruano, 2da. Edición, Ediciones Gráficas S.A. 1986.
- (2) *BASADRE, JORGE.* 1939. Historia de la República del Perú. 6ta. Edición, Editorial Universitaria.
- (3) *BASADRE, JORGE.* 1954. Los Fundamentos de la Historia del Derecho. 2da. Edición, Ediciones Gráficas S.A.
- (4) *BONILLA, HERACLIO.* 1972. La Independencia en el Perú. Perú Problema, IEP, Lima.
- (5) *BONILLA, HERACLIO.* 1974. Guano y Burguesía en el Perú. IEP Lima.
- (6) *COSTA, GINO.* 1981. La función legislativa del Estado frente a la Comunidad Campesina entre 1920 y 1980. Tesis Bachiller en Derecho, PUC, Lima.
- (7) *DE LA GRASSERIE.* ? Código Civil 1852. Juicio del Código.
- (8) *HALPERIN, JULIO.* ? Historia Contemporánea de América Latina. Alianza Editorial, Madrid.
- (9) *HURTADO, JOSE.* 1979. La Ley Importada. CEDYS Industrial Gráfica.
- (10) *MANRIQUE, NELSON.* 1987. Mercado Interno y Región: La Sierra Central 1820-1930. DESCO, 1987.
- (11) *MARIATEGUI, JOSE C.* 1928. 7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana. 48 Edición, Empresa Editora Amauta 1986.
- (12) *PASSARA, LUIS.* 1970. El Rol del Derecho en la Epoca del Guano. Revista DERECHO - PUC, Lima 1970.
- (13) *PASSARA, LUIS.* 1967. La Comunidad Indígena como Persona Jurídica. Tesis Bachiller en Derecho, PUC - Lima.
- (14) *REMY, MARIA ISABEL.* 1986. Tierra y Poder: La dinámica del Cuzco en el Perú Republicano 1824-1880. Tesis Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales - París.
- (15) *SANCHEZ, NICOLAS.* 1978. Indios y Tributos en el Alto Perú. Historia Andina, IEP, Lima.

- (16) *TRAZEGNIES, FERNANDO DE.* 1980. La Transferencia de Filosofías Jurídicas. Revista DERECHO - PUC. Lima 1980.
- (17) *TRAZEGNIES, FERNANDO DE.* 1980-B. La Idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX. Fondo Editorial PUC. Lima.

## EL DERECHO PRECOLOMBINO Y EL DERECHO INDIANO Y LAS INVASIONES DE TIERRA

Nora Olivero Pacheco

### I

#### *EL DERECHO PRECOLOMBINO*

#### EL REGIMEN DE TIERRAS EN EL TAHUANTINSUYO. LA IMPORTANCIA JURIDICA DE LA ASIGNACION DE LAS MISMAS EN EL ROL DE LA AUTORIDAD QUE LO EFECTUO

El estudio del Derecho Precolombino es, de suyo, una ardua y difícil tarea; nuestros antepasados, desafortunadamente, no tenían la costumbre de escribir. Aún cuando existían registros como los quipus, éstos no son inteligibles en la medida de proporcionarnos una cabal información sobre el ordenamiento jurídico, por ejemplo.

De allí que todos los trabajos etno-históricos, son interpretaciones de los testimonios registrados después de la invasión española. Los funcionarios coloniales, que como buenos burócratas eran bien acuciosos, nos han legado *su interpretación* del sistema normativo incaico. Formados en una cultura de inspiración románistica, en el caso específico de la propiedad de la tierra, recurrieron, como era de esperar, a figuras del Derecho Romano para explicar las instituciones y costumbres que veían.

Así, uno de los puntos de la controversia estaba en establecer si la nuda propiedad era del Inca, correspondiendo el usufructuar a las comunidades (Cobo, 1964 (1653) o, por el contrario, la propiedad era de las comunidades y el usufructo correspondía al Inca (Valera, en: Garcilaso 1960 (1609). Todo esto, claro está, partiendo de la división ternaria tan mentada de Garcilaso (1960 (1609), entre tierra del Inca, tierra del Sol y tierra de las comunidades.

No vamos aquí a dilucidar las discrepancias de opinión existentes sobre la cuestión de la tierra en el Tahuantinsuyo, sino a extractar elementos de análisis que nos permitan realizar la reflexión, objeto de nuestro trabajo.

Veamos en qué consiste la polémica. Mariátegui (1970 (1928) nos plantea la tesis de una propiedad colectiva de la tierra y precisa la existencia de un comunismo agrario. “Al comunismo incaico, que no puede ser negado ni disminuido por haberse desenvuelto bajo el régimen autocrático de los Incas, se le designa por esto como comunismo agrario” (op. cit.: 54). La consideración de “comunismo primitivo” es congruente con la clasificación Morgan-Engels (1) sobre la evolución de las sociedades; otro contemporáneo, Haya de la Torre (1936), coincide con la tesis del comunismo primitivo de los Incas. Los antecedentes del “primitivismo” que apoyan estas opiniones, podemos remontarlos a Cunow (1929), en su comparación entre el ayllu peruano y la marca germánica; en todos ellos se ubicaba al Tahuantinsuyo poco menos que en el Neolítico.

Baudin (1960 (1928) nos plantea la interpretación de un sistema socialista, donde la propiedad es del Estado —o mejor dicho la nuda propiedad— en tanto que lo que se concede es el usufructo. Su énfasis está en la *inalienabilidad de la tierra y su distribución periódica*; característica esta última de suma importancia como veremos más adelante. Es una solución jurídica a la europea que bien puede encuadrarse dentro del derecho socialista moderno (2).

La división ternaria de Garcilaso (op. cit.) y las analogías con la marca germánica inspiradas en Cunow (op. cit.), parecen ser los

---

(1) Clasificación de las sociedades basadas en los principios del materialismo dialéctico y que postula una evolución unidireccional a través de los distintos modos de producción.

(2) El derecho socialista moderno tipifica nuevos derechos reales, como el de “administración operacional directa” y “al goce del suelo”. Son constituidos por el Estado, actuando como sujeto de derecho público y a través de un acto administrativo. Los titulares de esos derechos pueden oponerlos a terceros, menos al Estado (Ionasco, 1969).

elementos esenciales que se tratan de integrar en una estructura común. Así se aprecia en Bonilla Arones (1953) y Rostorowski (1962). La tipificación, de clara inspiración romanista, pasa por determinar el carácter colectivo, estatal o privado de la propiedad. No se está tratando de mostrar cómo funcionaba el sistema jurídico incaico, *sino explicarlo en términos de nuestro propio derecho*; trasponiendo ideas merece mencionarse que el mismo problema nos sucede en nuestros días con los “invasores”: estamos pretendiendo interpretar el problema desde “nuestro derecho” y no desde “su derecho”.

Murra (1978 (1955), en su primera etapa —ver infra— nos refiere la tenencia de la tierra como relacionada a la estructura de parentescos; no obstante que insiste en la clasificación de tierras bajo diferentes “dominios”, sea Inca, individuos, ayllus, panacas u otros, resaltando nuevamente la importancia de la asignación periódica. Es aquí claro que la tierra se “daba” *no se compraba*.

En un nuevo enfoque, que se aparta de las líneas del “primitivismo”, Moore (1958) realiza un aporte de importancia para comprender el derecho incaico; es probablemente uno de los pocos y más completos trabajos sobre lo que podríamos llamar de esa forma: “derecho incaico”. En esencia, el análisis se basa por los tipos de tenencia y los modos de adquisición, en cuanto a lo que a la propiedad se refiere; debemos tener en cuenta que la graduación de los niveles de tenencia es un instrumento de análisis propio del “common law” (3) y que nos aleja del enfoque netamente romanista a que estamos acostumbrados.

Existen, así, dos tipos básicos: *tierras tributarias* y *tierras comunales*; paralelamente describe cinco modos de transferencia —o adquisición—: *por conquista, por donación del Inca, por herencia, por desplazamiento de ocupación o labor y por redistribución periódica de las tierras comunales*. Sin embargo, las distintas tenencias implicaban, distintos derechos y obligaciones tributarias, en forma paralela, por lo que “esta encrucijada de debe-

---

(3) Mientras el sistema romanístico efectúa un análisis horizontal del derecho de propiedad entre contratantes, el “common law” entre superiores e inferiores.

res y derechos y el punto en que ellos se entrecruzan con el poder político, proveían la sustentación al sistema Inca de tenencia. . .” (op. cit.: 47). Si a esto agregamos la inexistencia de multas o sanciones económicas semejantes a daños y perjuicios, porque no había capacidad o posibilidad de acumulación (op. cit.: 76/7), podemos comenzar a pensar en un ordenamiento jurídico bastante diferente al nuestro, en el sentido de estar *ausente* el concepto de patrimonio.

Sin embargo, con posterioridad a los trabajos citados, continúan las interpretaciones “primitivistas” y romanistas. Así, Godelier (1974) señala “La propiedad del suelo era comunitaria y la tierra era redistribuida periódicamente entre las escasas familias, sin que éstas pudieran transformar ese derecho de uso en derecho de alienación, es decir, en alguna forma de propiedad privada, separada de la propiedad comunal”. “Cuando cayeron en la dominación del estado Inca. . . una parte de las tierras fueron expropiadas, convirtiéndose en propiedad del Estado o de la Iglesia”. “Las tierras apropiadas por el Estado eran desde entonces trabajadas por cuenta del Estado por los campesinos, sometidos ahora a un régimen de prestación de trabajos” (op. cit.: 177). Estamos aquí en una interpretación actualizada y modernizada de la antigua tesis del comunismo primitivo —ver supra—.

En el caso de Wachtel (1976) la posición es más ecléctica: “. . . en la sociedad inca la propiedad de la tierra no constituye un derecho absoluto; al contrario, es preciso concebirla como una superposición de diferentes derechos. Según las descripciones de Santillán y de Cobo, cuando el Inca conquistaba una provincia, proclamaba sobre el conjunto de las tierras lo que podríamos llamar su derecho eminente, signo de su soberanía”. Esto merece, por lo menos dos interpretaciones. Una, es la de suponer el sentido de “derecho eminente”, como equivalente al “dominio eminente o directo”, propio del derecho feudal; en este caso esa superposición de derechos a que se refiere el autor, tendría su paralelo en la estructura de derechos señoriales y de vasallaje, a distintos grados y niveles, propias del feudalismo europeo. La otra hipótesis que cabría, es suponer que lo que el Inca hacía era afirmar su dominio eminente en el sentido de soberanía y no en sentido patrimonial. Esta última tendría correlación con que “la apropiación

ción de los bienes en el Imperio, lejos de reducirse a una fórmula simple, muestra entonces el entrecruzamiento de derechos diferentes” (1976: 106).

Esta aparente dicotomía puede aclararse remitiéndose a Rowe (1946), uno de los antecedentes citados por Wachtel (*op. cit.*). “El ayllu tenía un territorio definido...” (1946: 255). “De acuerdo con el principio que la tierra pertenecía al grupo de parentesco más bien que a los individuos, estas donaciones especiales de tierra no implicaban propiedad en sentido moderno, sino el derecho a los productos de la tierra (*op. cit.*: 261). Pero más adelante (*op. cit.*: 276 y ss.) señala que “el Estado era dueño de la tierra y otorgaba el derecho de uso a las familias, a los grupos de parentesco y ocasionalmente a los individuos”. Evidentemente la contradicción que encierran las palabras de Rowe y la ambigüedad de la descripción de Wachtel son índices elocuentes que el asunto no es claro y resulta difícil de tipificar en términos occidentales, sean romanos, del “common-law” o del derecho socialista.

Otra vertiente argumental es la señalada por Katz (1972), resaltando la significación de los sistemas de irrigación y fertilización en un contexto donde, a diferencia de la Europa medieval, la tierra no era propiedad de la nobleza, sino que estaba en posesión del Estado. Además “uno de los rasgos distintivos que hizo diferente esta clase de Estado tan diferente de un Estado esclavista o feudal fue la supervivencia de la organización de parentesco original”. No obstante que esta interpretación está más bien orientada al Estado Mochica, destacamos un elemento que se repite en la literatura del tema y se refiere a la significación de la estructura de parentesco. De otra parte, el autor introduce al espacio andino el concepto de sociedad hidráulica, que conduciría a las interpretaciones bajo el esquema del modo de producción asiático (4).

En época reciente, Murra (1960) retoma el problema de la tierra en el Tahuantinsuyo, bajo una tipificación distinta: el “de-

---

(4) El modo de producción asiático, desarrollo modernamente por Wittfogel (1966), fue aplicado en forma entusiasta en el estudio de los Estados Azteca e Inca. En el caso del mundo andino pueden verse, entre otros, los trabajos de Golte (1978) y Tantalean (1981).

recho a las tierras". Ya no se habla ni de usufructo, nuda propiedad, "tenancy" u otros conceptos, sino que se trata de analizar bajo conceptos o categorías nuevas. Es que "los derechos a la tierra estaban tan imbricados en la *estructura política y social*, que hablar de ellos en términos meramente económicos es ineficiente para la futura investigación" (1980: 275). Podemos agregar de nuestra parte que no sólo es ineficiente hablar de los derechos a tierras en términos económicos, sino en los términos jurídicos tradicionales.

Noejovich (1983: 131 ss.) analizando dentro de un contexto de Derecho Romano, postula directamente la inexistencia del derecho de propiedad en el mundo andino precolombino, desarrollando un complicado intento de formalización y categorización que recoge la dualidad del pensamiento andino. En Pease (1986) y Noejovich (1986) se aprecia con mayor claridad el fenómeno de la dualidad de derechos y las hipótesis alternativas de funcionamiento de lo que podemos denominar derecho andino.

Para el primero "después de la invasión española y en medio de la confusión producida por ella, la situación frente a las tierras u otros bienes se hizo visiblemente extralegal, llegando a colocarse al margen de ambos derechos, pero pugnando por ingresar al hispánico. Esta es una consecuencia del hecho colonial en sí, además de que la administración de justicia se encontraba en manos de los colonizadores, quienes dictaban la norma y señalaban el nuevo papel y las limitaciones de la función del curaca" (1986: 7). Desde esta óptica, el curaca era una suerte de administrador de la "tierra de todos", que no era una propiedad colectiva sino "*la reunión de los derechos a bienes de los distintos grupos de parentesco que formaban una unidad étnica y de los distintos linajes dentro de un grupo de parentesco*" (op. cit.: 14).

Estamos ante un sistema totalmente diferente al europeo que, como dice Pease "inicialmente, los derechos de los hombres andinos fueron adscritos al Derecho Natural, desde un punto de partida europeocéntrico, pero interesaría mucho comprender las categorías jurídicas existentes en los Andes con aquéllas que no son necesariamente coincidentes con la tendencia romanista dentro de la cual se ubicaba el derecho castellano de la época" (op. cit.: 7).

Finalmente, y esto es relevante para la situación moderna, “el hombre andino contemporáneo maneja simultáneamente dos nociones de propiedad, una es aquélla proporcionada por el andamiaje jurídico inaugurado con la invasión española del siglo XVI, la otra es la establecida por la relación estrecha con las divinidades que son capaces de hacer producir los bienes de la tierra, la cual, a su vez, es una divinidad” (op. cit.: 24).

Es interesante acotar aquí, que el criterio divino como sustentación del derecho a las tierras es una de las tesis aceptadas en el África negra y Madagascar donde, antes de la llegada de los europeos, el derecho de propiedad se considera inexistente (Land Tenure Symposium, 1951 (1940).

Partiendo de hipótesis semejantes, Noejovich (1986) plantea un modelo de funcionamiento del “régimen de bienes” en el Tahuantinsuyo. La relación del sujeto con el objeto es una detención temporal y condicionada al cumplimiento de un objetivo determinado. Los derechos se sustentan en los vínculos de parentesco, en tanto que el entrecruzamiento de esos derechos es regulado por una autoridad administrativa. Son los señores étnicos, quienes en un plano administrativo asignan la tierra dentro de los parámetros que fijan los derechos basados en el parentesco (op. cit.: 14 y ss.).

En este punto de las investigaciones podemos extraer como conclusión que el “derecho andino” era, definitivamente, diferente al derecho español. Su categorización dentro del derecho natural (ver supra) sirvió de punto de partida al Derecho Indiano que veremos en la sección siguiente. Pero ella explica la nueva normativa sin aclarar la antigua. De lo que sabemos y, aparentemente no se discute, es que, respecto de la “propiedad” o el “régimen de bienes” como lo tipifica Noejovich —ver supra—, es que la sustentación de todo derecho a los mismos pasaba necesariamente por las relaciones de parentesco, fuente y causa de toda obligación y relación jurídica. Como parte de ese sistema la “autoridad étnica” ejercía funciones de regulación de esos derechos; concretamente “asignaba periódicamente las tierras”, previa solicitud de los miembros del ayllu. Esa función se reproducía a nivel del Estado, siendo de competencia del Inca efectuar lo que Pease categoriza como

“donaciones del poder” (op. cit.) y que Polo (1940 (1561) 142) llamó “merced del Inca”; el curaca asignaba tierras a nivel local y el Inca a nivel de Estado.

## II

### *EL DERECHO INDIANO*

#### **EL REGIMEN DE TIERRAS DE LA CONQUISTA. EL CONCEPTO DE REGALIA DE LA CORONA Y SU ROL DE ASIGNADOR. EL SIGNIFICADO DE LAS MERCEDES Y LAS COMPOSICIONES COMO MODO DE ADQUISICION.**

Un buen punto de partida para una imagen histórica del Derecho Indiano, es tomar no sólo en cuenta el derecho proyectado de España a América, sino analizar el conflicto entre éste y el derecho existente aquí (Pease, 1986: 7).

Y es que en el marco jurídico de la conquista de América primó la idea de respetar el derecho autóctono, en tanto no estuviese en contradicción con los intereses de la Corona. Por ese camino “un nuevo elemento, el representado por las costumbres de los indios sometidos, vino a influir la vida del derecho. . .” (Ots Capdequi, 1941: 11).

La metrópoli se proyectó en América, pero a través de las instituciones pre-existentes. Cita Levene (1924: 36), “el gobierno de Toledo en el Perú se presenta como ejemplo de la eficaz utilización de la organización existente, adaptándola y haciéndola servir a los fines de la administración hispánica”.

El Derecho Indiano es un derecho mestizo; es un derecho que nace de la praxis, en parte costumbrista, en parte administrativa. Son los funcionarios y miembros de la burocracia que van normando costumbres ancestrales; los problemas, en ocasiones convertidos en litigios, quedan en la órbita meramente administrativa. En otras, continúan la vía judicial hasta las Audiencias y el Consejo de Indias. Como dice Ots Capdequi (1940: 6) “quedaba sólo como verdadero problema, el de la población india, a la cual no podía someterse de un modo absoluto a nuestras propias leyes, y el que la ordenación de aquellas cuestiones que la conquista y colonización

de tierras que constituyan un mundo nuevo, planteasen por primera vez. De aquí el carácter *casuista* de nuestra legislación de Indias...”.

Respecto de la tierra y otros bienes los españoles enfrentaron el problema de, por una parte, querer respetar la propiedad de los indios y, por la otra, delimitar ésta para disponer de la vacante. Esta última, comprendida dentro de las “regalías de la corona”, como bienes vacantes y mostrencos (Ots Capdequi, 1941: 34) señalaban el espacio que la autoridad española tenía para efectuar los repartimientos de tierra, por lo menos esas eran las intenciones formales.

La propiedad conocida de los indios, fue el problema más espinoso y cuya dificultad de solución dio pie a justificar los abusos cometidos. Si, como hemos visto, el sentido de la propiedad indígena era difuso e incluso inexistente ¿cómo delimitarla? Veamos las preocupaciones de Matienzo (1967 (1567): 57) al señalar que “... a cada uno en particular debe darse tantos topos o medidas que sepa y entienda que son suyas y nadie se las ha de poder quitar ni tomar...” “... les viene de mucho provecho, pues esto es lo que les ha de aficionar al trabajo y a ser hombres, y los apartará de la ociosidad, porque hasta aquí no han poseído tierras propias antes del cacique se las reparte como él quiere”.

Buen ejemplo para mostrar el conflicto. El oidor preconiza el establecimiento de la propiedad privada y rechaza la función de asignación del curaca; por un lado vemos cómo el derecho de propiedad, en el sentido español, no existe y, por otro, vemos cómo la función del señor étnico no se comprende.

Desde los inicios, la corona se esforzó por mostrar su respeto a la propiedad conocida de los indios. Así en el requerimiento de 1513, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse, se les promete que “vos dejaremos vuestras... haciendas libres y sin servidumbre” (Mariluz Urquijo, 1978: 24). También en la temprana limitación a la facultad de enajenar de los indios, en prevención de los abusos, como se comprueba en una Instrucción del 20 de Marzo de 1503 (Ots Capdequi, 1940: 116). Además, la Recopilación de Leyes de Indias señala: “que a los in-

dios se les dejen tierras. . . con sobra todas las que le pertenecieren, así en particular, como por comunidades, y las aguas, y riegos; . . ." (Ley 18, tit. 12, lib. 4. En: Ots Capdequi, 1940: 114).

El otorgamiento de mercedes, de importancia radical en la formación de los dominios territoriales durante la colonia, contenía una cláusula concebida en estos términos, aproximadamente: "la cual merced él hacia e hizo siendo sin perjuicio de los naturales y siendo con perjuicio sea visto no serla hecha dicha merced". El estudio del alcance y naturaleza jurídica de dicha cláusula indicaría su carácter de condición resolutoria de la merced (Mariluz Urquijo, op. cit.: 26).

Las mercedes de tierras pueden ser consideradas como un modo de adquisición legítimo en Derecho Indiano; no eran una mera ocupación —aun cuando podía comenzar con ella—, sino una adquisición de un título válido en términos. Si la "propiedad" de los indios y la ocupación por los españoles pueden adscribirse al derecho natural, la merced debe adscribirse al derecho civil.

La Corona española, en el más puro sentido romanista, se reservó los privilegios sobre los territorios conquistados. El reconocimiento de la llamada "propiedad de los indios" es parte del ejercicio de ese privilegio, es el principio, dueño de todos los territorios por derecho de conquista que acepta a sus súbditos y les permite conservar sus posesiones.

Con esa concepción, pre-existente al descubrimiento mismo de América, el instrumento jurídico que reglaba las relaciones entre la Corona y los conquistadores era la capitulación. Este contrato entre las partes, reconocía, generalmente, el derecho a *otorgar mercedes*.

Una Real Cédula de 1591 declaraba que eran de "patrimonio y Corona Real el Señorío de los Baldíos, suelo y tierra" que no había sido ya concedidos y que "era su voluntad —la real— el que con ellos se recompensara y favoreciera a las ciudades y a los habitantes, tanto indios como españoles de aquellos territorios". Se ordenó, además, a todos los poseedores la exhibición del título en cuya virtud se poseía, revirtiendo a la Corona las que no lo fueran

a justo título, para repartirlas nuevamente; esta doctrina concuerda con la Recopilación de las Leyes de Indias (Ley 14, tit. 12, lib. 2. En: Ots Capdequi, 1940: 15).

Queda así claro el concepto de regalía de la Corona que postulara Solórzano Pereira (1972 (1642), de donde la tierra sin dueño —y los bienes mostrencos— pertenecían a la Corona, es decir eran “realengas”. Con la Real Cédula de 1591 de Felipe II, la Corona reafirma su derecho a *otorgar tierras*, que en el período de conquista anterior, estaba delegado —o cedido, según interpretación— al conquistador con quien se efectuó la capitulación. Reconocida la propiedad indígena —ver supra— a partir de ese momento bajo la autoridad real, se organiza formalmente el reparto de tierras; esta autoridad, obviamente se ejerce en forma delegada a través de los Virreyes, Gobernadores, Audiencias y Cabildos. Estos últimos tuvieron especial significación en el otorgamiento de mercedes, ya sea por acción directa, ya sea como “asesores” de las Audiencias e Intendencias (Mariluz Urquijo, op. cit.: 34).

La disposición acerca del justo título contenida en la Real Cédula antes citada tiene algunos aspectos que destacar. En primer lugar es un antecedente importante para el requisito *confirmación* de la merced. Se discute si este requisito es un formulismo o no (Mariluz Urquijo, op. cit.), pero el hecho que fuera recogida en la Recopilación de las Leyes de Indias (Ley 16, título XII, Libro IV), arroja una idea a la evolución doctrinal el sentido que tenía la confirmación, en tanto reafirmación del derecho del principio sobre la tierra realenga, cuya merced se otorgaba en su nombre.

El segundo aspecto importante de resaltar es netamente doctrinario y se refiere a la interpretación del justo título frente al tiempo de ocupación. Sabido es que el otorgamiento de la merced exigía el requisito de residencia, ya que era un privilegio de los conquistadores; había que estar en posesión so pena de perderla. Por ello las interpretaciones doctrinales de Solórzano (op. cit.) y León Pinelo (1922) hacen hincapié en el *tiempo de posesión*, más largo el primero —40 años— y más corto el segundo —5 años—.

Es así que puede considerarse, también, que la merced estaba sujeta a la condición de la ocupación de la tierra (Mariluz Ur-

quijo, op. cit.: 54). (Ots Capdequi, 1940: 43). Posesión y dominio —entendido por el título— aparecen como dos requisitos indisolubles para el perfeccionamiento del derecho, al menos en los primeros tiempos de la Colonia.

Finalmente, paralelamente a la Real Cédula de 1591 —ver supra— se dictó otra que permitía pagar a la Corona una *compensación* en lugar de restituir la tierra poseída sin justo título.

Esta disposición “que se repartiesen tierras y las que estaban repartidas, con menos legítimos títulos de los que convenía, se compusiesen” (León Pinelo op. cit.) tiene claros orígenes fiscales. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico es una vía de saneamiento del título de propiedad. Por supuesto que se mantenía el requisito de posesión, aun cuando el tiempo de la misma podía graduarse ateniendo a circunstancias como que la merced le faltaba la confirmación o los deslindes no correspondían a la merced original (Mariluz Urquijo, op. cit.: 61); es decir, cubría desde la posesión de mala fe hasta las imperfecciones de “trámite”. Al decir de Konetzke (1978: 42) “. . . lo usual era disimular tal delito de propiedad y considerarlo prescrito. . .”, mediante el pago de *compensaciones de tierras*.

La adquisición por compra, no fue la más significativa en los tiempos de la Colonia. Algunas veces las tierras eran adquiridas por subasta pública en lugar de “componerlas” a través del procedimiento antes citado. La compra venta entre particulares se rigió por el Derecho español y la única disposición significativa —o conjunto de tales— se refieren a las prohibiciones de los indios de enajenar las suyas, salvo a los propios indios.

Esto nos permite extraer una conclusión importante para nuestro objetivo. El modo de adquisición por excelencia fue la *merced*, entendida como dádiva de la autoridad, aun cuando el carácter de dádiva es discutible, toda vez que, en una u otra forma se “componía”. O sea, que un sistema era invadir y luego componer. Aquí, la autoridad que otorga originariamente la *merced* juega un rol decisivo como asignador de tierras, ya que el trámite ulterior consiste en obtener la *confirmación* o sanear el título, vía la *composición*.

En ese sentido, la capacidad de peticionar ante las autoridades no era sólo prerrogativa de los españoles, ya que los indios también solicitaban tierras o mercedes y utilizaron los instrumentos jurídicos de Derecho Indiano al igual que los españoles (5).

---

(5) Un ejemplo interesante son los pedimentos de Jerónimo Gaucrapaucar, cacique Huanca a la Audiencia de Lima (Espinoza Soriano, 1971). También hay ejemplos de la conducta indígena temprana en los protocolos de Moquegua publicados por Pease (En: Masuda, 1984).

### III

#### *LAS INSTITUCIONES PRECOLOMBINAS Y COLONIALES COMO ANTECEDENTE DE LAS INVASIONES DE TIERRA*

La comparación de los dos sistemas expuestos, muestra de primera intención, cuál es el punto central en la articulación de los mismos: el rol de la autoridad.

En el caso del Derecho andino, la autoridad étnica o, si se quiere, étnica y política, era la asignadora de las parcelas. En el Derecho Indiano, también era la autoridad que, principalmente, asignaba las tierras; la diferencia aparente en el rol de las dos autoridades eran *los móviles de cada una y fundamentalmente la existencia de una economía monetaria*.

Pongamos que ambos casos, la autoridad es la encargada de asignar las tierras. En el caso del Derecho Indiano existía una forma de “forzar” esa asignación a través de la composición. Mientras uno —el curaca— lo hacía como obligación ancestral hacia su gente, donde el “deber ser” nacía de los compromisos de parentesco, el otro —el Cabildo— lo hacía en cumplimiento de sus deberes de funcionarios, en quien la instancia superior delegaba su derecho; en este caso, además podía intervenir un factor pecuniario.

Otra distinción importante, la da el contexto social. Para el hombre de los Andes, la tierra es parte de su ser, no se concibe hombre sin tierra (Arguedas y Ortiz Rescaniere, 1965); el español podía admitir en su sociedad, hombre sin tierras, lo que, por otra parte, era frecuente en virtud a la institución de los mayorazgos.

Aun cuando las motivaciones de fondo hayan sido totalmente diferentes, lo cierto es que ambos mundos, la autoridad administrativa es fundamental para originar el derecho de propiedad. Importante coincidencia que, como veremos, tiene vigencia en nuestros días.

Los recientes títulos de propiedad emitidos por la Municipalidad de Lima son un claro ejemplo. Podemos admitir que la Municipalidad actual, hace las veces de Cabildo de antaño; asimismo que las asociaciones vecinales formadas por los “invasores” son las peticionantes, ¿qué es lo que peticionan? Una auténtica *merced de tierras*, como en los tiempos coloniales.

¿Pero por qué la invasión como antecedente a la petición? Es muy sencillo. La concepción ancestral no admite que el individuo no tenga tierra, que no tenga techo; no concibe que la autoridad se lo niegue porque esa es su obligación: ASIGNAR TIERRAS.

Por otra parte, siempre tratándose de terrenos eriazos, éstos están reivindicados a favor del Estado, por los mismos principios doctrinales de Solórzano —ver supra—, por el cual los bienes vacantes y mostrencos eran de la Corona; principio corroborado, como hemos visto, por las Reales Cédulas de 1591 —ver supra—. Allí, fue donde chocaron antaño las dos culturas y es allí donde chocan también ahora.

En efecto, en términos de derecho andino, su “derecho a acceso a tierras”, que es natural y por el derecho de nacer (Guamán Poma, 1980 (1615: 1136), sólo puede estar limitado por otros nacidos que ocupen tierras antes, bajo el mismo derecho; en este caso las tierras vacías, que no tienen ocupante, no son de nadie y son del común, ya que esas tierras vacías son las que asegurarán la continuación de la especie. Por ello, la invasión es el ejercicio de un derecho que la autoridad administrativa —versión moderna del jefe étnico— *deberá con seguridad convalidar*. En términos de derecho indiano, del cual somos herederos, la autoridad estaría en condiciones de otorgar *mercedes* sobre tierras vacantes. Sin embargo, nuestro ordenamiento legal no contempla adecuadamente este punto.

Los “títulos” emitidos por la Municipalidad de Lima son merelymente “en armonía con los criterios señalados por los Ministerios de Justicia y Vivienda, aprobados por D.S. No. 038-82 JUS”. ¿En qué consiste esa armonía? ¿se le delegó autoridad, como lo hacía el Rey de España, para obtener mercedes?

el lote revierte a la Municipalidad, es decir, se lo quitan.

Amén de lo folklórico del procedimiento, es interesante destacar cómo aparece la figura de la *confirmación*. Si bien en forma harto ambigua, el requisito de inscripción en los Registros, de imposible o difícil consecución, indica que, alguna autoridad superior, que el emitente no precisa, deberá otorgar la escritura requerida por nuestro derecho registral. O sea, se reconoce la existencia de una autoridad que debe *confirmar la merced*. El retener el derecho a revertir lo que se otorga, sería también un índice que la *confirmación* es un requisito indispensable para el perfeccionamiento del acto.

El asunto es que el Derecho Indiano tenía un procedimiento para sanear estas cuestiones, incluso vía la *composición*, el que podía ser lento, pero las solucionaba. Nuestro derecho más moderno no tiene, aparentemente, procedimiento alguno y, *antes bien, sanciona como delito* las invasiones (6). Es evidente, a mi juicio, que legislar a espaldas de la realidad histórica y social solo sirve para mantener los conflictos. Esto es, quizá uno de los resultados del espíritu liberal del siglo XIX que inspira la mayor parte de Códigos Latinoamericanos; como si la simple implementación de un sistema jurídico hubiera sido la solución.

Con referencia correcta a las invasiones, los españoles fueron indudablemente más pragmáticos. Su legislación, el Derecho Indiano, *fue casuística, porque comprendieron que enfrentaban pueblos con costumbres distintas*. Nuestros legisladores, educados en doctrinas europeas, romanistas, germanas o anglosajonas, pretenden transplantar instituciones en vez de crearlas por interpretación de la costumbre. A semejanza de otras regiones del orbe, como el Africa, por ejemplo, nuestro derecho es esencialmente “costum-

---

(6) El D.L. No. 14495, art. 3, encuadra las invasiones dentro del art. 283 del C.P. No distingue si las tierras fuesen públicas o privadas. Sin embargo, a pesar de esas sanciones, las invasiones en Lima tienen una larga y casi “honorable historia” (Dietz, 1977: 378).

brista". Desde ese punto de vista, la legislación debería hacer norma la costumbre y no tratar de modificarla imponiendo normas distintas o abiertamente contradictorias.

La gente invade porque *cree tiene su derecho a tierra y que no tiene obligación de comprarlo, sino es obligación de la autoridad* el dárselo. Así funcionaban sus antepasados y así, en cierta medida, se adaptaron los españoles a través del Derecho Indiano.

Después de todo, la invasión no es más que una *ocupación* y ésta era una forma de adquisición también en Derecho Romano. No hay de extraño que a través de la figura de la *merced*, su *confirmación* y, quizá, su composición, apoyados en el derecho ancestral andino que asegura a cada familia su parcela, podamos construir un sistema normativo ágil e inteligible que elimine los numerosos conflictos planteados.

## BIBLIOGRAFIA

- ARGUEDAS, José María y ORTIZ RECONIERE, Alejandro  
1965 *La posesión de la tierra, los mitos prehispánicos, la visión del universo en la población monolingüe quechua.* En: Los problemas agrarios de América Latina. CNRS, París.
- BAUDIN, Louis  
1960 (1928) *El Imperio Socialista de los Incas.* Santiago: Zig-Zag.
- BONILLA ARONES, Angel  
1953 *La propiedad territorial indígena en el Perú.* Tesis, PUC, Lima.
- COBO, Bernabé  
1964 *Historia del nuevo mundo.* Madrid: Biblioteca de Autores Españoles.
- CUNOW, Heinrich  
1929 *El sistema de parentesco peruano y las comunidades gentilicias de los incas.* Lima.
- DIETZ, Henry  
1977 *Land Invasion and Consolidation: A study of working poor/governmental relations in Lima, Perú.* Institute of Latin American Studies, 195, off print series, U.T. Austin.
- ESPINOZA SORIANO, Waldemar  
1971 *Los huancas aliados de la conquista.* Anales de la Universidad del Centro. Huancayo.  
1978 *Los modos de producción en el Imperio de los Incas.* (Compilador) Lima: Mantaro.
- GARCILASO DE LA VEGA, Inca  
1960 (1609) *Comentarios Reales de los Incas.* Madrid. Biblioteca de Autores españoles.

- GOLTE, Jürgen  
1978 *La economía del Estado inca y la noción de modo de producción asiático.* En: Espinoza Soriano, 1978.
- GODELIER, Maurice  
1974 *Economía, fetichismo y religión en sociedades primitivas.* Mexico: siglo XXI.
- GUAMAN POMA DE AYALA, Felipe  
1980 (1615) *Primera nueva corónica y buen gobierno.* México; Siglo XXI
- HAYA DE LA TORRE, Victor  
1936 *El antiimperialismo y el apra.* Santiago.
- IONASCO, Trajan  
1969 *Considerations générales sur la notion du droit de propriété socialiste.* En: Noejovich, 1986.
- KATZ, Friedrich  
1972 *Ancient american civilizations.* New York: Praeger.
- KONETZKE, Richard  
1978 *América Latina: La época colonial.* Madrid: Siglo XXI.
- LAND TENURE SYMPOSIUM  
1951 (1940) Universidad pers Leiden. Leiden.
- LEON PINELO, Antonio de  
1922 *Tratado de las confirmaciones reales.* Buenos Aires.
- LEVENE, Ricardo  
1924 *Introducción a la historia del derecho indiano.* Buenos Aires: El Ateneo.
- MARIATEGUI, José Carlos  
1979 (1928) *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana.* Lima: Amauta.

MARILUZ URQUIJO, José M.

- 1978 *El régimen de la tierra en el derecho indiano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MASUDA, Shozo (Ed.)

- 1984 *Contribuciones a los estudios de los andes centrales*. Universidad de Tokio.
- 1986 *Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio*. Universidad de Tokio.

MATIENZO, Juan

- 1967 *Gobierno del Perú*. París-Lima: Institut Francais d'Estudes Andines.

MURRA, John M.

- 1978 (1955) *La organización económica del estado inca*. México: siglo XXI.
- 1980 *Derecho a las tierras en el Tahuantinsuyu*. Revista de la Universidad Complutense de Madrid. Vol. XXVIII, No. 117.

MOORE, Sally F.

- 1958 *Power and Property in Inca Perú*. Columbia University, New York.

NOEJOVICH, Héctor Omar

- 1983 *La economía andina en el entorno de la conquista española*. Tesis, PUC, Lima.
- 1986 *El Régimen de bienes en la América Precolombina y el hecho colonial*. Ponencia al VII Symposium de Historia Económica, CLACSO - IEP, Lima.

OTS CAPDQUI, José María

- 1940 *El derecho de propiedad en nuestra legislación de indias*. Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias, Bogotá: Minerva.
- 1941 *El estado español en las indias*. México: FCE.

PEASE Franklin

- 1984 *Libro notarial de Moquegua* (presentación). En: Masuda, 1984.

1986      *La noción de propiedad entre los incas: una aproximación.* En: Masuda, 1986.

POLO DE ONDEGARDO

1940 (1561) *Informe del Licenciado Polo de Ondegardo al Licenciado Briviesca de Muñatones.* Revista Histórica, T. 13, Lima.

ROWE, John H.

1946      *Inca Culture at the Time of the Spanish Conquest, Handbook of South American Indians.* T. 2. Washington D.C.: Smithsonian Institution.

ROSTOROWSKI DE DIEZ CANSECO, M.

1962      *Nuevos datos sobre tenencias de tierras reales en el Incario.* Revista del Museo Nacional, 131, Lima.

SOLORZANO PEREIRA, Juan de

1972 (1642) *Política Indiana.* Madrid: Biblioteca de Autores Españoles.

TANTALEAN, Javier

1981      *Modo de producción asiático, Estado y sociedad Inca.* Histórica, V, No. 1.

VALERA, Blas

1960 (1609) En: Garcilaso de la Vega, 1960.

WACHTEL, Nathan

1976      *Los vencidos.* Madrid: Alianza.

WITTFOGEL, Karl

1966      *Despotismo oriental.* Madrid: Guadarrama.

## ESTUDIO SOBRE LA LEY: DEL FUERO JUZGO A LA NOVISIMA RECOPILACION

René Ortiz Caballero

### I. *Introducción*

La materia legislativa es en el Derecho la más fácilmente identificable y, a la vez, la más fácilmente prescindible como objeto de estudio, pues como fiel recipiente de Dios, la razón o la voluntad, sólo pretende y procura contener aquello que se quiere, o se debe, guardar o emplear.

Gracias a ella ha sido cómodo otear el panorama del Derecho en sus distintas ramas, incluso antes de que ellas se constituyan como tales y, así, los estudios abundan sobre lo sustantivo, en especial en el Derecho Civil, olvidando o eludiendo aquello que, apareciendo en *documentos*, tenía sentido de *monumento*, al decir de Michel Foucault.

¿Cómo afrontar, pues, el conocimiento del Derecho pasado, sin esbozar, antes, siquiera, la naturaleza de la legislación que le da existencia y validez a las normas jurídicas sustantivas?

Ante esta inquietud y orientados hacia los antecedentes legislativos del Derecho Civil peruano, esto es, el Derecho español, hemos seleccionado dos cuerpos legislativos por vocación y destino y uno al que el destino le dio esa vocación; nos referimos al Fuero Juzgo y a la Novísima Recopilación de las Leyes de España, por un lado, y a las Partidas de Alfonso el Sabio, por el otro.

Creadas en distintos momentos históricos, las tres obras jurídicas coincidirán en contener normas sobre la naturaleza de la ley, pero cada una será tributaria de su entorno no sólo en el contenido sino, también, en la conceptualización del continente, es decir, de la ley. Esto mismo se reflejará en los problemas historiográficos

que genera la lectura de una obra de otra época y que señalaremos en la primera parte.

En la segunda parte del trabajo, trazaremos algunos hilos que hemos considerado posibles a partir del tenor de los textos y del contorno —contexto— que previamente habremos descrito, no para identificar esa continuidad, las más de las veces sobreestimada, entre una y otra fuente, y que MOLITOR y SCHLOSSER llaman “legitimación *genética* de la disciplina Historia del Derecho” (1980: 10), sino para describir tanto continuidades como rupturas en el tema específico de la ley. Para esto recurriremos, tal vez con exceso, a la transcripción de la fuente, de modo que el lector individualice y “palpe” el objeto de estudio, y luego expondremos las líneas que estimamos “existen” (ortodoxamente, quizás, no sean hechos históricos esas líneas pero creemos que relucen una vez eliminada la herrumbre de los lugares comunes) en el discurso histórico-legislativo.

Nos interesa, pues, la sal que resalta el sabor de las comidas porque el esfuerzo por elucidar los principios informadores del Derecho —en particular, de las instituciones del Derecho Civil— en el plano teórico exige repensar lo conocido y, por lo menos, someter a un paladar distinto el paradigma de nuestra ciencia jurídica.

## *II. Ubicación Histórica del Fuero Juzgo, las Partidas y la Novísima Recopilación*

### *A. El Fuero Juzgo*

Reconocemos hoy con el nombre de “Fuero Juzgo” al texto legislativo traducido del latín a la lengua romance castellana por disposición de Fernando III (1217-52), de Castilla. Mas es sabido, también hoy, que el texto original latino es la obra más completa que conocemos de la producción legislativa visigoda.

Conocido bajo distintas denominaciones latinas, el Fuero Juzgo tuvo antes por nombre más común el de “*Liber Iudiciorum*”. De su conformación se advierte que no se trata de la obra de un legislador o cuerpo de legisladores, ni que fuese elaborado en un lap-

so más o menos breve; por el contrario, se trata de leyes dictadas por distintos reyes e, incluso, al parecer, de normas transcritas de fuentes romanas.

No concierne a este trabajo elucidar el origen histórico del Liber Iudiciorum pero sí creemos útil reseñar los problemas planteados sobre este particular a fin de iluminar la lectura jurídica del texto y prever de las dificultades que encierra la lectura de normas tan antiguas.

Una cuestión inicial concierne al título preliminar del Fuero Juzgo, el cual tiene una inscripción que indujo a más de una confusión por lo asertórico del texto; la leyenda es la siguiente:

“Esti libro fó hecho de LX.VI. obispos enno quarto  
concello de Toledo, ante la presencia del Rey don  
Sisnando, enno tercero anno que regnó.  
Era de DC et LXXXI. anno.”

Los concilios toledanos constituyan reuniones de gran importancia para la buena marcha del reino, sobre todo después que Recaredo I (586-601) abjurara de la herejía arriana y se convirtiera al catolicismo. Ya en el tercer concilio encontramos los dos brazos, eclesiástico y civil, obispos y príncipe, resolviendo de consenso asuntos religiosos y civiles y dictando, en consecuencia, “juntamente con varios cánones sobre costumbres y asuntos eclesiásticos diversas leyes civiles y políticas” (LARDIZABAL 1815: XVIII).

El tenor de la inscripción copiada atribuye la dación del Liber Iudiciorum al citado Concilio y al Rey Sisenando, resolviendo así la cuestión sobre su origen; sin embargo, se trata de una obra de gestación lenta y la información en sí no es exacta.

Por un lado, el cuarto concilio toledano se realiza el año 633, durante el reinado del mencionado Sisenando, y no en el 681, en que reinó Ervicio. Por otro lado, nada indica que en el cuarto concilio se aprobara o discutiera el texto mencionado porque no aparece citado en el “tomo regio” (escrito del Rey contenido los asuntos que sometía a la deliberación de la asamblea) ni en las actas del Concilio (LARDIZABAL 1815: XX).

Salvado este punto, los autores coinciden en señalar al año 653 o 654 y al VIII Concilio de Toledo como los del origen del *Liber Iudiciorum*; en aquél empezamos a encontrar, ya desde el Tomo Regio, referencias a una compilación de leyes, hecha por Recesvinto (653-672). En este sentido se pronuncia IRIBARREN (1938: 241), al reproducir textualmente, aunque sin citar, la opinión de MINGUIJON (1927, I: 41), y también BASADRE (1937: 224 y 198: 304). Sólo Juan SALA (1867, I: 4) sostendrá la duda sobre el autor y el tiempo en que se creó e indicará que así como se remonta la autoría a Sisenando (+635), Chindasvinto (+650) y Recesvinto (+672), se prolonga, por otro lado, hasta Wamba, Ervigio y Egica (durante su asociación con Witiza), reinantes hasta antes de la invasión musulmana.

Ahora bien, se sabe que en el 681 Ervigio publica una edición revisada del *Liber Iudiciorum*, conocida con el nombre de “*Lex Visigothorum*”, fruto del encargo hecho al XII Concilio de Toledo, pero lo que no se menciona comúnmente es que durante el cobierto de Egica y Witiza, hacia el 698, esto es, trece años antes de la invasión árabe, se compone la colección final de leyes visigodas en el XVI Concilio de Toledo a pedido de Egica. A este respecto SALA dirá que el texto “no es más antiguo que los últimos años de Egica” (1867, I: 5) y LARDIZABAL sostendrá y fundamentará con decisión que:

“De las colecciones que consta haberse hecho por diversos príncipes, no se puede dudar, según lo dicho hasta aquí, que la última de todas ellas fue la de Egica, y esto solo bastaba para creer con mucho fundamento y probabilidad, que es la misma que ahora tenemos” (1815: XXXIV) (\*).

Producida la invasión árabe, se desconoce la suerte tenida por el texto. Dentro de la diversidad de opiniones se reconoce mayor autoridad a la que nos indica de la existencia de ediciones revisadas de la de Ervigio, denominadas “*Lex Visigothorum Vulgata*”, y entre éstas, tal vez, debiera incluirse la de Egica.

---

(\*) Lardizabal añadirá que no existe prueba alguna de que el inmediato sucesor de Witiza, don Rodrigo, haya agregado ley alguna al texto.

No se volverá a tener información certera sobre el *Liber Iudicium* hasta el 4 de abril de 1241, fecha en que Fernando III, padre de Alfonso el Sabio, establece como “Fuero de Córdoba” el Libro de los Jueces visigodo (“*Librum Judicum*”) y manda que sea traducido del latín a la lengua vulgar (LARDIZABAL 1815: XXXVII). Sin embargo, los distintos códices que han pervivido hasta hoy no reflejan un mismo tenor. Tanto los latinos como los castellanos contienen no sólo diferencias de palabras sino de párrafos y leyes enteras que se omiten, agregan y alteran mutuamente (\*).

La edición de la cual tomamos las citas procede del publicado por la Real Academia Española (¿de la Lengua?) en 1815; ésta, a su vez, tomó como obra preferente la versión contenida en el “código de Murcia”, por haber sido confeccionado al poco tiempo de realizarse la traducción y constituir, al parecer, un obsequio que hizo Alfonso X a la ciudad de Murcia.

Al leer el texto encontraremos, asaz de la dificultad propia de los arcaísmos, que las leyes (artículos, diríamos hoy) están encabezadas por una sumilla y por inscripciones, atribuyendo a algún rey la autoría de dicha norma, y por palabras como *ley antigua o nuevamente enmendada*.

Una opinión comúnmente aceptada señala a las leyes *antiguas* como procedentes del código de Leovigildo (568-586) y aún, más atrás, del Eurico (466-488), primer rey compilador de las leyes godas, si bien no el primer legislador (SALA 1867, I: 5; MINGUIJON 1927, I: 41-42; y BASADRE 198: 304-305). A esto cabe agregar la confusión generada por las leyes sin inscripción que también son remitidas a la época de Leovigildo y antes (IRIBARREN 1938: 243).

Sin ánimo de resolver la disputa y sólo con el fin de tener presente el contexto histórico y la antigüedad del texto legal al mo-

---

(\*) Igual suerte debe haber corrido el nombre, pues es conocido en tiempos de Fernando III como *Liber Iudicium* o *Libro de los Jueces*, para luego denominarse *Fuero de los Jueces*, *Forum Iudicum*, *Fori Iudicum* y, finalmente, “se ha corrompido —al decir de SALA— en el de *Fuero Juzgo*, de que usamos” (1867, I: 5).

mento de su lectura, nos permitiremos seguir la clasificación que de las leyes visigodas hace LARDIZABAL (1815: IV y ss.). El indicado autor distingue cuatro clases de leyes:

- a) “Unas que hacian los príncipes por su propia autoridad y potestad, como lo manifiestan sus respectivos nombres puestos en ellas”.
- b) “Otras [que] se hacian en los concilios nacionales por la nación representada en ellos por los dos brazos eclesiástico y regular [civil] unidos al príncipe como cabeza suprema del estado” y que al final, contaba con el consentimiento del pueblo.
- c) Otras, que “sin data ni nombre de autor ni otra señal alguna. . .” se cree que tomaron de las antiguas colecciones y pasaron “sin nombre de autor, ó porque en aquellas no le tenian, ó porque no se creyó necesario conservarle si le tenian”; y, finalmente,
- d) Otras, “que tienen al principio una nota que dice: *antiqua*, y en algunas se añade: *noviter emendata*” y que se cree tomadas de la legislación romana (prejustiniana) pues, en algunos casos, se reconoce la copia literal de la misma y, además, por la referencia que se hace en un discurso que aparece en algunos códices (Ver, en el texto que seguimos, pag. XV de la versión castellana, después de las leyes del Título Preliminar) y por la ley de Ervicio que aparece inmediatamente después del discurso:

“El rey Don Flavius Horius [Ervicio].— De qual tiempo fueron las leyes emendadas, et dadas por valideras.

Nos pusieremos en señal sobre cada un iuyzio que aviemos emendado de los iuyzios antiguos, los cuales fueran de los romanos (.) Mas la antigua ley romana los qui la pusieron devieran ende toller [quitar] la dubda (.) De si señalar sobre ellas con su señal et decir *ley antigua*, de sí señalar las que emendades, et en las que acreciamos [añadimos], et decir *antigua emendada*, et así partieremos lo oscuro, et arrancamos

lo dubioso por aquellos que tuertos [daños] recibieron”.

Lardizabal concluye esta clasificación indicando que los dos últimos géneros pueden subsumirse en el primer tipo de leyes porque la imperatividad no procede de su origen romano sino de la autoridad del rey que las adoptó.

Sea como fuere, debe tenerse presente que las leyes del Fuero Juzgo que comentaremos provienen de una traducción romance, realizada en el siglo XIII, de una versión latina de fines del siglo VII y comienzos del VIII. Asimismo, es de anotar que las sucesivas transcripciones de la obra no han sido meras copias sino que han importado, a veces, grandes supresiones y añadidos.

Las normas que nos interesan, sobre la naturaleza de la ley, tienen solamente la sumilla indicadora del contenido y sólo una, que citaremos, la inscripción sobre el posible autor, por lo que puede presumirse que aquéllas proceden de las primeras normas visigodas, bajo la muy probable influencia romana; bástenos señalar ahora que el Fuero Juzgo es una obra de germanos que acogen el Derecho Romano pero no el de Justiniano pues éste, si bien fue publicado entre los años 529 a 534, no era conocido en la península ibérica porque ya no estaba sujeta al Imperio Romano. Es, el Fuero Juzgo, también, un texto influido por el Derecho canónico, pues es al clero, única clase culta de la época, al que debían acudir los reyes para recabar asesoría —y respaldo moral—. Precisamente, se cree que Recesvinto mandó revisar un códice de leyes a San Braulio, entonces obispo de Zaragoza, el cual “después de San Isidoro estaba reputado en su tiempo por el más sobresaliente, no sólo en las ciencias eclesiásticas, sino también en las profanas, aún en concepto del mismo San Isidoro” (LARDIZABAL 1815: XXVI). Sin embargo de todas las opiniones que atribuyen a San Braulio la revisión del proyecto que presentaría Recesvinto al VIII Concilio de Toledo, LARDIZABAL sostendrá que las fuentes no indican con claridad qué texto remitió el rey al obispo y que “no es creíble que este principio, que poco tiempo antes había elogiado y aprobado el grande trabajo que el santo había hecho para enmendar el códice, si este contuviese la colección de leyes, hubiera pensado en formar otra” (1815: XXVII). Contra esta reflexión debemos recordar lo que el propio Lardizabal señalaba respecto de los tipos de normas:

que las leyes pueden ser dadas en un concilio para que tengan un mayor respaldo y que, para su inclusión en la asamblea, el Rey debía pedirlo en el Tomo Regio. En realidad, la discusión subsiste.

### *B. Las Partidas*

Mejor conocida que el Fuero Juzgo, las Siete Partidas es fruto de la labor legislativa y unificadora del Derecho de Alfonso X, el Sabio (1252-1284), iniciada por su padre Fernando III. Sin embargo, el “Libro de las Leyes” o “Fuero de las Leyes”, como se denominó originalmente a las Partidas, no tuvo inicialmente, al parecer, carácter legislativo. Redactadas entre 1256 y 1265, se discute si se trató de un texto legal o de una obra doctrinal; esta última posición tiene mayor asidero si se considera que, recién, en la prelación de fuentes legales del Ordenamiento de Alcalá (1348) se dispone recurrir a las Partidas, en defecto de los fueros municipales, del Real y de la nueva legislación, es decir, en un plano francamente secundario (véase la Ley 3º, tít. 2º, Lib. 3º de la Novísima). A esto debe agregarse lo que se sostiene sobre la publicación de las Partidas recién en 1348, citado (Cfr. SALA 1867, I: 8; MINGUJON 1927, I: 80; IRIBARREN 1938: 309; y BASADRE 198: 295).

No obstante el aserto de Martínez Marina (cit. por IRIBARREN 1938: 308) sobre el carácter personal de la obra del rey don Alfonso, la opinión general estima que las Partidas es una obra colectiva, en la que intervino ciertamente Alfonso X, que se caracterizará por recoger casi todo el conocimiento que se tenía sobre el Derecho en esa época. Las Partidas no son una obra original en el fondo.

Debe recordarse que el Derecho culto, próximo al poder, no es simplemente foral sino romano, y no tan sólo romano sino medieval, porque es el reflejo nítido de una manera nueva de pensar el Derecho, la manera que los estudiantes españoles aprendieron en las universidades italianas de los maestros glosadores y que, llevada a España, ha venido a denominarse con el tiempo la “segunda recepción del Derecho romano”.

Sostenemos que es una nueva manera de pensar el antiguo derecho romano porque la historia precedente a las Partidas no es la

de una mera reproducción de la obra justinianea, sino la de un trabajo de aclaración y explicitación del texto romano que se va a verificar mediante el resumen del texto (*notabilia*), la categorización de conceptos (*distinciones*), las preguntas que ponen a prueba la interpretación del pasaje (*quaestiones*) y las máximas extraídas de varios casos similares (*brocárdica*).

El método escolástico, al que hacemos referencia y que aquí se emplea, lleva al Derecho romano a una sistematización y es este producto —la sistematización— el que encontramos en la obra del Rey Sabio: “pusimos cada una destas razones do conviene” (Prólogo General). La ciencia medieval no es ya la que quiere mostrar el mundo exterior:

“Para un hombre occidental (un hombre de la Europa medieval), la verdadera certeza de las ciencias (i.e. matemáticas) residía en su propia lógica interna, más que en la falibilidad de la observación humana” (TAMAYO 1983: 69).

Debido a este carácter, la fuerte influencia romana no puede ser estudiada sino a la luz de la obra de los glosadores (CAMACHO 1968: 1077), porque lo recogido de los romanos está, por lo general, modificado por la glosa medieval (un ejemplo de esto veremos al tratar la ley 1º de la Part. 1º, tít. 1º).

Pero, admitida esta necesidad, encontraremos un grave problema de fuentes pues, al parecer, no conocemos la versión original de las Partidas, sino ediciones corregidas posteriormente para ser utilizadas en los tribunales (CAMACHO 1968: Loc. cit.). Por otro lado, recordar que la obra es una conjunción de fuentes es retomar la idea de un trabajo por hacer, cual es el de determinar en qué partes la influencia es de los glosadores —y de cuáles—, en qué otras del derecho hispano (Fuero Juzgo, Fuero Real, etc.) y en cuáles, además del canónico, de los Padres de la Iglesia, de los clásicos griegos y latinos, filósofos y teólogos medievales, etc.

A estos algunos autores han adicionado la presencia de la *Disciplina Clericalis* de Pedro Alfonso y de los *Rooles de Olerón* (colección de Derecho marítimo), y aun de obras de origen hindú e islámico (Cfr. CAMACHO 1968: 1075).

Admitir estos orígenes mueve a reconocer lo titánico del esfuerzo y la excelencia del producto que, distribuida en siete partes, impuso el peso de su saber, con los años, al de la autoridad de las normas vigentes. Por eso la consulta frecuente de que era objeto y su mención ante los tribunales y en la doctrina, incluso hasta el siglo XIX, no es de extrañar.

### C. *La Novísima Recopilación de las Leyes de España*

Como colección de textos legales, la Novísima es una obra atrasada para su tiempo. Ya al momento de su dación el resto de Europa contenía los gérmenes de la codificación, cuando no frutos maduros como el *Code Napoleón*.

A diferencia de las Partidas, la Novísima pretendió ser, en un principio, una reimpresión de la Nueva Recopilación de 1567 y de su técnica compiladora de normas legales. Sin embargo, la gran profusión de leyes nuevas y poco conocidas fomentó la necesidad de poner en orden el tráfico legislativo y volver a dar unidad a la dispersidad normativa. A este cometido se abocó su autor, Juan de la Reguera, siempre dentro del molde compilador, sin obtener el resultado esperado, porque no se resolvieron los problemas anotados en el ordenamiento precedente.

Martínez Marina dirá que padecía de “falta de orden y método en la disposición de las materias, existencia de muchos anacronismos, reproducción de leyes superfluas y, en general, falta de sentido jurídico y de técnica en la legislación” (*En IRIBAREN 1938: 318*). A esto debe agregarse que la Nueva Recopilación y sus proclamados errores quedaron como fuente supletoria, en defecto de la Novísima.

La técnica de la recopilación se ubica, en verdad, en un punto intermedio en el tránsito que sigue el derecho occidental hacia su racionalización y sistematización. Ya el Liber Iudiciorum podría recibir el nombre de “recopilación”, en tanto constituye la selección de normas anteriores que se ordenan por materias, sin limitarse a un campo concreto. Empero, creemos que el Fuero Juzgo todavía reposa en la concepción antigua de jurisprudencia que “describe las ‘cosas’ que conforman el Derecho”. Sin ser propiamente un texto legislativo, las Partidas tienen otra concepción de

la jurisprudencia —siempre entendida como disciplina— y, por lo menos en la experiencia española que conocemos, es a partir de la obra alfonsina que empezamos a encontrar “recopilaciones”, esto es, repertorios legales con una lógica propia apuntando hacia la concordancia y posterior sistematización; a esta categoría responden el Ordenamiento de Alcalá (1348), el de Montalvo (1484), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima que comentamos.

Al llegar a este punto creemos haber planteado implícitamente las continuidades y rupturas que, al nivel de las fuentes, encontramos en el tratamiento de la ley. La Novísima, por su naturaleza, es una obra que mira al pasado, a diferencia de los códigos que, con nueva redacción, miran al futuro (BASADRE 198-: 285); empero, por su ubicación en el tiempo, responde a una concepción distinta de la del Fuero Juzgo, no obstante reproducirlo casi textualmente (*Cfr.* leyes 1a. y 2a. del Lib. III, tít. 2º).

### *III. Continuidades y Rupturas en la Ley Castellana*

Descrito el marco histórico en el que se sitúa la ley castellana, advertimos una primera línea de continuidad —evidente, mas por ello primera— en la propia mención que se hace del tema de la ley en las tres obras jurídicas mencionadas. El Fuero Juzgo, por ejemplo, dedica en especial el título II “De las Leyes”, del Libro I, “Del Facedor de las Leyes et de las leyes”. Las Partidas, por su lado, también atribuyen un lugar preeminente a la ley: el título I, “que fabla de las leyes”, de la Partida I. Sólo la Novísima Recopilación “relega” la ley al Libro III, sobre Derecho Público, al destinar los dos primeros libros al Derecho Eclesiástico.

La importancia en tratar el tema de la ley, que se desprende del trazo realizado, no es original del Fuero Juzgo; desde antes encontramos en los autores romanos, recogidos en el Digesto (1.3.), una importante mención sobre la ley, mas también colocan los romanos en pie de igualdad a la costumbre (D. *loc. cit.*). En la organización de los códigos castellanos no encontraremos tal paralelo.

La ley es siempre entendida en su sentido estricto como “derecho escrito”, en oposición a la costumbre o “derecho no escrito”. Localizada en una comunidad o región, la costumbre no pretende regir sino a aquéllos que la practican y adoptan con el tiem-

po. La ley, por el contrario, aparece como un “decreto de hombres prudentes” (D. 1.3.1.), es decir, un “consultum”, una resolución, un acto de voluntad (autorizada o autoritaria). A diferencia de lo demás que conforma el Derecho, la ley es algo que se “establece” y ello es muy nítido en los textos castellanos.

Es muy probable que los tres cuerpos jurídicos respondan a la necesidad de reforzar, o extender, el poder central de la Corona y para ello es muy dúctil la ley. El Fuero Juzgo (FJ), por ejemplo, dedica todo el título I del Libro I al Fazedor de las leyes, esto es, al hombre que tendrá la responsabilidad de dar leyes “para el provecho del pueblo, pues los puede gobernar mejor”:

“El fazedor de las leyes non deve fazer el derecho por desputacion, mas deve fazer el derecho; ni deve fazer ley en contienda, mas ponerla ondradamiento [honradamente], ca no es convenible cosa, que el entienda de fazer grand roydo [ruido], mas de fazer la ley, que sea a salvamiento del pueblo” (FJ Lib. 1º, tít. 1º, ley 2a.).

Luego, señalará que el “fazedor” dice (“diz”) la ley, la “manda tener”, en otras palabras, la existencia de la ley depende de la voluntad del legislador pero hemos de tener cuidado de atribuir, además, a esa voluntad el origen de la validez de la norma. Sin precisar mayormente, entre los romanos la ley no sólo es “consultum” sino también “invención y don de Dios” (D. 1.3.2.). Para los godos “la ley es por demostrar las cosas de Dios é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que face, é que ordena las buenas costumbres, é govierna la cidad, é ama iusticia, y es maestra de virtudes, é vida de tod el pueblo” (FJ Lib. 1º, tít. 2º, ley 2a.).

En las Partidas creemos encontrar una relación muy semejante a la anotada. Es condición de existencia de la ley que la dé el emperador o rey “sobre las gentes de su señorío”, porque “las que de otra manera son fechas non han nombre nin fuerza de leyes, nin deben valer en ningunt tiempo” (Part. 1a., tít. 1º, ley 12a.). Ratifica este aserto el que las leyes sean “establecimientos”, esto es, ordenanza, mandato: acto de voluntad. Empero, la misma norma continúa refiriendo que las leyes:

“son establecimientos como los homes sepan creer et guardar la fe de nuestro señor Jesu Christo complidamente asi como ella es; et otrosi de como sepan vivir los unos con los otros bien et ordenadamente segunt el placer de Dios, et otrosi segunt conviene á la vida deste mundo, veviendo en derecho et en justicia . . .” (Part. 1a., tít. 1º, ley 1a.),

con lo cual la validez no reposaría en el acto formal de la promulgación únicamente sino también en la concordancia entre el contenido de la ley y la doctrina católica, el derecho —¿natural?— y la justicia.

Sobre este particular, CAMACHO sostiene que la norma citada no se refiere a la ley (*ius scriptum*) sino al Derecho en general, porque esta ley “procede de la doctrina romana, con parcial traducción de textos inconexos. Para hablar de ley, los redactores de Ps. recogen los textos del que tratan de la Justicia y de los principios del Derecho (D. 1,1,10; Inst. 1,1,3). La confusión nace de una errónea interpretación que contiene la glosa [de Acursio] a Inst. 1,2,3; (*scriptum ius est.*). En tal sentido, en el texto de Ps., la palabra ley equivale también a Derecho y jurisprudencia” (1968: 1079). Nosotros, sin embargo de lo expuesto, creemos que se refiere al derecho escrito, lo cual no implica, como parece temer Camacho, que el Derecho en su conjunto pueda tener los mismos fines que la ley. El uso del término establecimiento así como la necesidad de que corresponda con el derecho y la justicia nos indican que se trata de la ley (*ius scriptum*).

Menos doctrinal y más dispositiva, la Novísima Recopilación refleja en el Lib. 3º, tít. 2º, ley 1a. la relación expuesta líneas arriba al reproducir las normas del Fuero Juzgo, con un tenor similar:

“La ley ama y enseña las cosas que son de Dios; y es fuente y enseñamiento y maestra de derecho y de justicia, y ordenamiento de buenas costumbres, y guiamiento del Pueblo y de su vida;”

Mas, expresada de este modo la condición de validez, nuevamente y esta vez con gran profusión, encontraremos reiteradas leyes ordenando se cumplan las vigentes. Así, la ley 3a. del citado

título 2º del Libro 3º, reproducirá el orden de prelación establecido en el ordenamiento de Alcalá y en las Leyes de Toro, para ser observadas en la solución de los litigios. Igual sentido tienen las leyes 4a., también sobre el ordenamiento de Alcalá, 6a., sobre la observancia de las leyes de Toro, 9a., sobre las leyes y ordenanzas del Consejo del Rey, 10a., sobre las leyes de la Nueva Recopilación de 1567, y 11a., sobre la observancia literal de las leyes del Reino no derogadas.

No podemos afirmar si la condición de existencia se impuso en la práctica a la de validez anotadas, subsumiéndolas, o viceversa; pero sí podemos advertir del propio tenor que se ha insistido en su imperatividad, existencia publicitada y generalidad en los distintos textos castellanos. Quizá, como señaláramos antes, con más empeño veamos la imperatividad en la Novísima al reiterar, una y otra vez, la vigencia de las leyes del Reino.

Con relación al modo de ser de las leyes, es decir, ingresando a otro nivel de relaciones, el Fuero Juzgo dice lo siguiente:

“La ley govierna la cibdad, é govierna á omne en toda su vida, é asi es dada a los barones, cuemo á las mugieres, é a los grandes cuemo á los pequennos, é asi á los sabios cuemo á los non sabios, é asi á los fiosdalgo cuemo á los villanos. . .” (Lib. 1º, tít. 2º, ley 3a.),

también,

“La ley deve ser manifesta, é non deve ninguno seer engannado por ella. Et deve seer guardada la costumbre de la cibdad”, (*Idem*, ley 4a.);

finalmente,

“Esta fué la razon porque fué fecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, é que los buenos visquiesen [viviesen] seguramente entre los malos; é que los malos fuesen penados por la ley, é dexasen de fazer mal por el miedo de la pena” (*Idem*, ley 5a.).

Generalidad (respecto de las personas), publicidad y coercibilidad son, pues, tres notas distintivas del derecho de hoy que ya encontramos en la legislación temprana española. Ciertamente, no pretendemos deducir de estos hallazgos un modelo de Derecho como el que manejamos hoy, preocupado en dar sustento u orden legal a una economía de mercado:

“El Derecho se presenta ante los germanos como un algo *inmutable, eterno*; en la época cristiana se hace derivar su origen del mismo Dios. Como parte de la ordenación divina del mundo, el Derecho no puede, por ello, ser creado por los hombres sino solamente ‘encontrado’ por ellos. El Estado ‘no hace’ el Derecho” (PLANITZ 1957: 23).

Así, estimamos confirmada la opinión de Planitz con la ley 2a. del Lib. 2º, tít. 1º, atribuída a Recesvinto en la inscripción inicial, donde dice:

“Onde si alguno quiere obedecer á Dios, deve amar iusticia, é si la amar, deve fazerla todavía, y estonze ama omne la iusticia mas verdadera mientre, é mas fir memiente, quando tiene un derecho con su próxi mo”.

Cabe interrogarse, en todo caso, si estos aspectos son propios de una concepción objetiva de ley o si, por lo menos, nos proporcionan los antecedentes morfológicos de la concepción occidental. Por otro lado, cabría preguntarse también si la formulación transcrita del Fuero Juzgo es típicamente germana o romana porque las fuentes romanas escuetamente señalan que “ley es aquello á que conviene que todos obedezcan. Conviene [la ley] que para buenos y malos sea presidente, y príncipe y caudillo; y que conforme a estos sea regla de justos é injustos” (D. 1.3.2.), aludiendo, según nuestro entender, a la generalidad de las normas. Indica, además, el Digesto que “la virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar” (1.3.7.), en lo que hoy describiríamos como coercibilidad y omite, hasta donde sabemos, alguna referencia explícita a la publicidad de las leyes.

Las Partidas recogen la generalidad —e imperatividad— en la ley 15a. del título 1º de la Partida 1a.:

“Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes sobre quien las él pone son tenudos de las obedecer et guardar, et juzgarse por ellas, et non por otro escripto ninguno de otra manera fecho”,

la coercibilidad, en la definición que hace de la ley:

“Ley tanto quiere decir como leyenda, en que yace enseñamiento et castigo que liga et apremia la vida del home qui non faga mal, et que muestra et enseña las cosas que home debe facer et usar” (Part. 1a. tít. 1º ley 4a.),

antes, en la ley 3a.:

“( . . . ) Otrosi en saber refrenar el mal, et tollelo [eliminarlo], et escarmentallo en los tiempos et en las sazones que ha menester, catando los fechos quales son, et quien los face, et de que manera et en quales lugares.”,

y, por último, en la ley 5a., recogiendo el texto romano antes citado, se dice:

“Las virtudes de la leyes son en siete maneras: la primera es creer, la segunda ordenar las cosas, la tercera mandar, la quarta ayuntar, la quinta gualardonar [premiar], la sexta vedar, la setena escarmentar. . . ”.

No encontramos en los textos tenidos a la vista mención alguna a la publicidad aunque sí denota el contexto dicho elemento por la forma en que se ha redactado todo este título 1º.

La Novísima Recopilación, por su parte, reúne tanto el Fuero Juzgo como las Partidas en cuanto a generalidad, coercibilidad y publicidad:

“La ley ama y enseña las cosas que son de Dios. . .; y su efecto es mandar, vedar, punir y castigar: y es la ley comun así para varones como para mugeres, de cualquier edad y estado que sean; y es tambien para los sabios como para los simples, y es así para poblados como para yermos; y es guarda del Rey y de los Pueblos. Y debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño, y que sea convenible á la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa” (Lib. 3º, . . . tit. 2º, ley 1a.).

con igual sentido se sigue en la ley 2a.:

“La razón que nos movió á hacer leyes fué, porque por ellas la maldad de los hombres sea refrenada, y la vida de los buenos sea segura, y por miedo de la pena los malos se excusen de hacer mal. Y establecemos, que ninguno piense de mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; ca si hiciere contra ley, que no se pueda excusar de culpa por no la saber”.

Es interesante anotar los diferentes énfasis que se advierten en los discursos legislativos similares. Tal como lo indicáramos líneas arriba, la ley en el Fuero Juzgo pertenece o proviene de un derecho ya establecido por Dios y con ella le adosamos la fuerza y el poder de la autoridad al convertir, precisamente, ese derecho en “ley” (consultum).

El mundo medieval y las Partidas reflejan de algún modo ese tránsito entre lo antiguo y lo moderno. La autoridad y origen divinos son medulares aún, pero se van agregando otros elementos externos (materiales) cada vez con más nitidez; se vincula, por ejemplo, a la ley la posibilidad del castigo en la ley 4a. de un modo que no se apreciaba en el Fuero Juzgo ni se repetirá en la Novísima. En ésta, sin embargo, se recogen las nuevas tendencias jurídicas al exigir la formalidad para que se reconozca a una norma como ley:

“que ninguna ley, regla ó providencia general nueva se debe creer ni usar, no estando intimida ó publi-

cada por pragmática, cédula, provision, órden edicto, pregon ó bandos de las Justicias ó Magistrados públicos;” (Lib. 3º, tít. 2º, ley 12a.),

pero debemos precaver siempre de cualquier exceso en reconocer la modernidad de las normas. Así, la Novísima hace alusión a la publicidad de la ley recurriendo a la presunción de inexcusabilidad del conocimiento de la ley, contenida en la trascrita ley 2a. del tít. 2º, Lib. 3º. Curiosamente, este cuerpo legal no cita un texto del Fuero Juzgo muy similar, atribuido a Recesvinto que reza así:

“( . . . ) E por ende ninguno no asme [ansíe] de fazer mal, por decir que nonsabe las leyes, ni el derecho. Ca el que mal fiziere, non deve seer sin pena, ma-  
guer que diga, que non sabie las leyes ni el derecho.”  
(Lib. 2º, tít. 1º, ley 3a.);

ni recoge la ley 20a. tít. 1º, de la Part. 1a., que dispone lo mismo. Repárese, eso sí, en que el Fuero Juzgo no se limita a la ley sino que presume el conocimiento del derecho también, en clara alusión a lo reseñado atrás sobre la naturaleza del derecho germánico, y que las Partidas distinguen, a la usanza escolástica, quiénes pueden excusarse por razón de enfermedad mental, minoría de edad y legítima defensa en estado de guerra (Part. 1a., tít. 1º, ley 21a.).

Otra línea evolutiva sobre el sentido de la ley es la que nos dan las fuentes sobre la interpretación de las mismas. El Fuero Juzgo, en la trascrita ley 4a., tít. 2º, Lib. 1º, dispone que la ley “deve seer guardada segund la costumbre de la cibdad” y, antes, en el Lib. 1º, tít. 1º, ley 9a., se señala que el Rey “ante deve él emendar las leyes, que las costumbres de los omnes”, situando en un lugar prominente a la costumbre; tanto quizás, aunque no se expresa de ese mismo modo, como lo referían los romanos: Pero también aquello que se ha comprobado por larga costumbre y observado por muchísimos años, como tácito convenio de los ciudadanos, se guarda no menos que las leyes que están escritas” (D. 1.3.35.).

En las Partidas la interpretación de las leyes no se orienta por la costumbre sino recordando a los glosadores, “parando siempre

mientes en el verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte et mas provechosa segunt las palabras et razones que hi fueren puestas...” (Part. 1a., tít. 1º, ley 13a.).

Por su lado, la Novísima no menciona en el título de las leyes norma alguna sobre la interpretación, aunque podríamos vincular al tema la contenida en la ley 11a., tít. 2º, Lib. 3º:

“Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso”.

Nótese cómo, sobre un mismo fin, la interpretación de las leyes, encontramos diferentes énfasis en tanto provienen de distintos contextos históricos. Aquí no sólo se rechaza la costumbre abrogante sino que, además, se exige una interpretación *literal*, excluyendo nuevamente a la costumbre.

\* \* \*

El tema de la ley es de aquellos cuya amplitud los hace difícilmente agotables; no ha sido, por ello, ese nuestro propósito. La ley, empero, es el centro de nuestros ordenamientos jurídicos —tanto así que llegó a ser casi el único objeto susceptible de ser llamado Derecho— por lo que nos ha interesado mostrar, en el discurso legislativo, y ahora histórico, las líneas entrecruzadas, difíciles, en verdad, de destejer, de continuidades y rupturas. Creamos que ni unas ni otras son definitivas; simplemente “son” o “están” y en ese sentido informan el Derecho. Nuestro propósito ha sido, pues, mostrar antes que demostrar, pero de una manera especial: aquella que, siguiendo a Foucault, muestra el objeto de estudio como un “enunciado”. La ley ha sido aquí un “enunciado”:

“el enunciado, a la vez que surge en su materialidad, aparece como un estatuto, entra en unas tramas, se sitúa en campos de utilización, se ofrece a traspasos y a modificaciones posibles, se integra en operaciones y en estrategias donde su identidad se mantiene o se

pierde. Así, el enunciado circula, sirve, se sustrae, permite o impide realizar un deseo, es dócil o rebelde a unos intereses, entra en el orden de las contiendas y de las luchas, se convierte en tema de apropiación o de rivalidad”.

(*Arqueología del Saber*)

## BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO X, el Sabio, *Las Siete Partidas del Rey don. . .* París, Lib. de la Rosa y Bouret, 1861. T. I.
- BASADRE, Jorge,  
1937 *Historia del Derecho Peruano.* Lima.  
1985 *Fundamentos de la Historia del Derecho.* Lima, Edigraf, 2a. ed.
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín  
1968 *Acursio y las fuentes romanas de las Partidas.* Milán, Dott. A. Giuffré Ed.  
*Digesto.*  
*Instituciones de Justiniano.* Lima, Mesa Redonda, 1986.
- IRIBARREN, Juan Antonio  
1938 *Historia general del Derecho.* Santiago (Chile), Nacimiento.
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de  
1815 *Discurso sobre la legislación de los wisigodos y formación del Libro ó Fuero de los jueces, y su version castellana.* En: FUERO JUZGO por la Real Academia Española. Madrid, Ibarra.
- MINGUIJON, Salvador  
1927 *Historia del Derecho Español.* Barcelona, Labor. T.I.
- MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans  
1980 *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado.* Barcelona, Bosch.
- PLANITZ, Hans  
1957 *Principios de Derecho Privado Germánico.* Barcelona, Bosch.

SALA, Juan

1867 *Sala Adicionado o Ilustración del Derecho Español.*  
París, Lib. de Garnier hermanos. T. I.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando

1983 *La jurisprudencia y la formación del ideal político.*  
México D.F., U.N.A.M.

## MATRIMONIO Y FAMILIA: INFORMACION SOBRE EL PARENTESCO

Roger Rodríguez Iturri

### *INTRODUCCION*

Este trabajo intenta presentar noticias sobre el parentesco familiar.

Un estudio sobre el parentesco, no puede estar desligado de sus fuentes típicas: el matrimonio (en su diversidad de formas históricas y culturales), y de la familia (según sus tipos y concepciones en los diversos lugares y a través del tiempo).

Por eso el presente trabajo tiene necesariamente que combinar información entre estas tres instituciones sociales (matrimonio, familia y parentesco).

Enneccerus y Engels, entre otros, sostienen que la historia de la familia es la historia de su descomposición, en grupos más pequeños. En efecto, los datos de la historia de la cultura nos conducen a refrendar esta afirmación.

Para ello en este trabajo, nos hemos visto precisados a conjugar datos antropológicos, históricos, sociales, culturales y jurídicos, en un intento de escudriñar en la intrincada maraña que significa el estudio retrospectivo, y aún actual, de la familia y el parentesco.

Asistiéndonos de los clásicos en antropología familiar, recogiendo fuentes modernas y clásicas en el aspecto histórico, hemos arribado al concepto jurídico actual sobre el parentesco en la familia occidental peruana.

El trabajo revela la sustantiva distancia existente entre el concepto actual de familia occidental, y las diversas concepciones y contenido cultural de ella a través de la historia.

## *ANTROPOLOGIA FAMILIAR, ALGUNAS NOTICIAS*

Los estudiosos de la materia sostienen que hasta 1860 no era fácil encontrar un texto sobre la historia de la familia.

La influencia del Antiguo Testamento había marcado un carácter patriarcal en ésta. Había quedado admitido un cierto origen de la familia en promiscuidad sexual, la vigencia de la poligamia, de la poliandría y la presencia de la monogamia; se percibieron los signos de cierto tipo familiar materno y de uniones matrimoniales por grupos; pero estas formas no podían entonces ser ordenadas históricamente de modo sucesivo. Taylor, en “Investigaciones de la Historia Primitiva de la Humanidad”, las llamó “costumbres raras”.

En rigor parece que el estudio de la historia de la familia comienza con Bachofen y su “Derecho materno”, escrito en 1861. Bachofen sostuvo que los hombres primitivos vivieron en promiscuidad sexual; que ello imposibilitaba la certeza de la paternidad; y que por tanto las madres consideradas progenitores, gozaban de gran aprecio y respeto; sólo después —dice— aparecería la monogamia, que encerraba la trasgresión de una antiquísima ley religiosa, trasgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período. Bachofen penetra de religiosidad su concepto de mutación familiar.

Sucesor en estas investigaciones es el trabajo de MacLennan, “Estudios de Historia Antigua”, del año 1886.

MacLennan encontró en muchos pueblos antiguos y modernos una forma de matrimonio por la que el novio, solo o con amigos, rapta con violencia simulada a la futura esposa.

Encontró también pueblos no civilizados dentro de los cuales estaba prohibido el matrimonio, obligándose los hombres a buscar esposas y las mujeres esposos fuera del grupo; en tanto en otros existió una costumbre por la que los hombres sólo podían tomar mujeres de su propia unidad. Las primeras son, para MacLennan, “tribus exógamas”; las segundas, “tribus endógamas”.

La causa de esta costumbre —dice MacLennan— podría hallarse en la tradición muy difundida entre los salvajes de matar a las niñas que nacen, por lo que resultaría un excedente de hombres en cada tribu que tendrían en común una misma mujer, dentro de un sistema poliándrico. En virtud de ello se sabría quién era la madre de un niño, pero no quién era el padre. Por eso la ascendencia sólo se contaba en línea materna y no paterna. La escasez de mujeres en la tribu, sería precisamente la causa del rapto sistemático de mujeres de tribus extrañas.

Empero mientras MacLennan sólo reconocía tres formas matrimoniales, la poligamia (\*), la poliandria y la monogamia, se hallaban pruebas, cada vez más numerosas, en el sentido de que en otras tribus existían matrimonios en los que varios hombres tenían en común varias mujeres. Lúbbok en “El Origen de la Civilización” en 1870, denominó a esta relación matrimonio por grupos, concepto enriquecido mucho por el misionero inglés Lorimer Fison.

Entre tanto, en 1871, Morgan radicado entre los nativos iroqueses, se convencía de que su sistema de parentesco, era común a todos los aborígenes de los Estados Unidos.

A partir de sus comprobaciones, el investigador norteamericano dedujo que:

- el sistema de parentesco de las indias americanas estaba en vigor en Asia, y ligeramente modificado en tribus de África y Australia;
- que tal sistema tenía su más completa expresión en una forma matrimonial por grupos en proceso de extinción en Hawái y otras islas de Australia;

---

(\*) En torno a la discutida poligamia, su origen parece refundirse con el de la esclavitud. La poligamia fiende a limitarse a gentes de posición elevada. En la familia patriarcal semítica, el líder y su círculo de varones viven como polígamos; a los otros se les impone la monogamia. Los estudios en Oriente nos dicen que la poligamia coincide con el privilegio de los ricos y de los grandes; la masa del pueblo es monógama.

- y que en estas mismas islas, junto a esa forma de matrimonio, existía un sistema de parentesco que sólo podía explicarse mediante un tipo, desaparecido hoy, de matrimonios por grupos más primitivos aún.

Afirmó también que en la época en que aún dominaba el matrimonio por grupos, la tribu se escindió en cierto número de grupos, de gens consanguíneos por línea materna, dentro de los cuales estaba prohibido el matrimonio, por lo que los hombres tomaban mujeres de otras gens, sin perjuicio de poseer algunas de su propia unidad.

Descubrió luego que la gens, organizada según el derecho materno, fue la fuente primitiva de la gens posterior basada en el derecho paterno, la que fue hallada en los pueblos civilizados de la antigüedad.

Dentro de las grandes investigaciones científicas y sociales, la Escuela Clásica, afirma que la primera etapa de interrelación privada del hombre, la del “*vagus concubitus*”, estuvo marcada por un hetairismo tal que, hombre y mujer satisfacían sus apetencias sexuales, sin que exista conciencia alguna de la vinculación entre cohabitación, fornicación y parto.

La “*voubeergende paarung*” de Eleuterópolos, tampoco constituyó familia a nuestro estilo. El padre quedó excluido de la relación práctico-filial, en tanto que la relación madre-hijo sólo operó hasta el destete.

La teoría evolucionista clásica afirma que fue el matriarcado el tercer momento. La ginecocracia (autoridad de la mujer), aparejada al poliandrito, fueron las características de esta etapa. Sólo después habría aparecido, se dice, la huella de la familia patriarcal y con tendencia monogámica, como se apreció en las tribus bárbaras y en los pueblos de Oriente.

Sin embargo todo lo dicho, no es sino una manera de concebir el proceso y génesis de la familia en la historia. La teoría evolucionista moderna, se encarga de presentarnos otro proceso, distinto, en el que luego de la “*voubeergende paarung*”, tuvieron

cabida la familia consanguínea (relaciones sexuales entre familiares), la punalúa (en la que se prohíbe la unión de sexos entre parientes), y la sindiásmica (un hombre opta por una favorita, sin perjuicio de tener varias mujeres), para arribar luego a formas matriarcales y patriarcales.

Todo ello, sin embargo, se contrapone con el análisis que la Escuela Histórico-Cultural, ha hecho en el mundo respecto a la familia. Sostiene el origen monogámico y patriarcal de la familia; pero admite que la firmeza del patriarcalismo perdió solidez en la historia, a través de las fórmulas nucleares de la "sociedad familiar inestable" y la "familia estirpe", en la que la implicancia económica no deja de tener efecto familiar, para concluir tal proceso en fórmulas parentales de gobierno patriarcal.

En verdad parece que la cultura ha impuesto a través del tiempo formas de matrimonio, familia y parentesco muchas veces intrincadas y disímiles.

Por ejemplo, en Egipto, se afirma que la familia fue patriarcal; en Caldea la maldición de la madre sirvió para excluir al hijo de la familia; la adopción en Asiria antecedió en vigencia a Grecia y Roma; entre los hindúes, se sostiene que, la familia fue patriarcal, con evidencias, según el Mahababarata, de promiscuidad sexual. Preceptúa éste que ". . . las mujeres son comunes. . . hubo un tiempo en el que ser infiel a la mujer por el esposo, no era delito sino deber. . .". Entre los hindúes los abuelos pertenecen a la familia anterior, y la ley de la viudedad obligaba a la esposa modelo a incinerarse viva en el mismo fuego destinado al cadáver del marido. El Código de Manú descansa en la filiación masculina y en el patriarcado. Entre los chinos los hijos de todas sus mujeres se reputaban de la primera, con calidad de hijos legítimos; el patriarcado y la poligamia fueron signos del matrimonio, la familia y el parentesco en el antiguo Israel; entre los griegos se admitió como hijos legítimos los de la mujer legítima, los demás aún los provenientes de las concubinas eran ilegítimos. Empero, el padre podía legitimar a los hijos y; en fin, se pueden añadir sinnúmero de formas y relaciones para el matrimonio, la familia y el parentesco, antes de que se produzca el arribo histórico y social a la forma monogámica.

Bachofen sostuvo que ella fue conquista de las mujeres. Apunta que paulatinamente la mujer percibió con más conciencia su situación casi envilecida y oprimida. Debió anhelar, con mayor fuerza, como liberación, el derecho a la castidad, y al matrimonio temporal o definitivo con un solo hombre. Aunque esta conquista no esté aislada de otros factores sociales y económicos.

De otro lado, pero sobre tal materia, Engels en “El Origen de la Familia, Propiedad Privada y Estado”, en 1885, sostenía que por naturaleza el amor sexual es exclusivista, y que el matrimonio fundado en el amor sexual es, por su propia naturaleza, monógamo (\*). Empero ello no es óbice para que él denuncie los perfiles que aprecia en la monogamia.

Engels sostiene que la monogamia “se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora, sólo el hombre, como regla, puede romper estos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado, al menos, por la costumbre (el Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina en el domicilio conyugal), y este derecho se ejerce cada vez más ampliamente, a medida que progresa la evolución social. Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere renovarlas, es castigada más rigurosamente que en ninguna época anterior”.

A nuestro juicio, va resultando incuestionable, el protagonismo de la cultura en la construcción de los tipos de matrimonio, familia y parentesco.

Aunque Westermark en “Historia del Matrimonio en la Espe-

---

(\*) Contrario al matrimonio, Engels desde 1843, entabla relación amorosa con Mary Burns, con la que convive, así como con la hermana menor de ésta, Lizzy.

cie Humana”, haya sostenido que “tal vez no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el matrimonio”, es evidente, de acuerdo a Morgan, que no se puede hablar en la historia de un solo concepto de matrimonio, familia y parentesco.

Hoy mismo, en igual tiempo y espacio geográfico, en el África, encontramos que mientras las organizaciones tribales de los merina, kikuya, vezo, bushmen, xhosa, amhara y haus, son grupos monógamos con parentesco bilateral; los anlo son coetáneamente monógamos y polígamos con parentesco patrilineal; en tanto los pigmeos (binga) practican la monogamia y consideran a todos los miembros del grupo como familia; los zulú; masay, shilluk y yoruba ejercen la poligamia en algunos casos con parentesco patrilineal y en otro con organización en clanes; la monogamia con parentesco bilateral y organización en clanes es práctica común entre los fulani de la misma África.

Es pues importante rescatar inmortales apreciaciones de Morgan (“La Sociedad Antigua”), a quien un siglo después el maestro en antropología familiar Claudio Lévi Strauss, dedica “Estructuras Elementales del Parentesco”:

“La familia —dice Morgan— es el elemento activo; “nunca permanece estacionada, sino que pasa de una “forma inferior a una forma superior a medida que la “sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro “más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no su “fren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia.

Y añade el antropólogo norteamericano:

“Si se reconoce el hecho de que la familia ha atravesado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente, plantéase la cuestión de saber si esta forma puede ser duradera en el futuro. “Lo único que puede responderse es que debe progresar a medida que progrese la sociedad, que debe modi-

"ficarse a medida que la sociedad se modifique: lo mismo que ha sucedido antes. Es producto del sistema social y reflejará su estado de cultura. Habiéndose mejorado la familia monogámica desde los comienzos de la civilización, y de una manera muy notable en los tiempos modernos, lícito es, por lo menos, suponerla capaz de seguir perfeccionándose hasta que se llegue a la igualdad entre los dos sexos. Si en un porvenir lejano, la familia monogámica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad, es imposible predecir de qué naturaleza sería la que le sucediese.

### *SIGNOS DEL PARENTESCO ANDINO*

Es bastante difícil elaborar con realismo los rasgos del parentesco andino. Dificultades en las fuentes y en el lenguaje tornan complicado el análisis. Empero son varios los investigadores que han intentado enfrentar el asunto.

El profesor Zuidema, antropólogo de la Universidad de Illinois, ha realizado muy valiosos trabajos de campo en las comunidades andinas del Perú. Ha enfrentado el problema idiomático; y sin abandonar las fuentes históricas más conocidas, ha hurgado en diccionarios, registros parroquiales y estudios de autores que lo antecedieron.

De su importante y muy complicado trabajo intentamos extraer algunas conclusiones respecto al parentesco. Tales conclusiones no mantienen necesariamente un orden y pueden no resultar coordinadas entre sí, pero reflejan un conjunto informativo importante sobre el parentesco andino.

Veamos.

El grupo corporado andino se basaba en los conceptos de jerarquía y localidad; lo componían dos líneas de descendencia masculina y femenina; éstas constaban a su vez, de cuatro generaciones descendientes de un hombre.

El ayllu, según Kauffman, era una comunidad compuesta de

varias familias. Empero, afirma Zuidema, el ayllu local no implicó en absoluto que la estructura interna de éste se construya en base a lazos reales de parentesco, sino tan sólo que tenga una delimitación. La importancia de este grupo, en términos de parentesco, es que se hace en él una distinción entre matrimonios de grupo y aquellos otros matrimonios que se realizan fuera de él.

Es importante conocer que, en el ayllu en estricto, se incluyen parientes hasta el cuarto grado; y que la regla social de contar cuatro generaciones en el modelo de ayllu, fue reconocida en las prohibiciones andinas del incesto.

Huamán Poma sostiene que los descendientes de un antepasado hasta los bisnietos no podían casarse entre sí; sólo podían hacerlo a partir del grado de tataranieto. Esto lo afirma también Garcilaso de la Vega cuando dice (Libro IV, Capítulo X) que sólo la nobleza podía casarse entre parientes hasta el cuarto grado.

En el caso de los incas, la terminología de parentesco, estaba íntimamente entrelazada con todos los aspectos de su organización social y religiosa, heredada de otras civilizaciones arcaicas del Perú, y que aparentemente no ostenta mayor influencia externa.

Aunque es difícil consignar en este trabajo todas las formas posibles de matrimonios para el inca, Zuidema llega a establecer en su estudio hasta seis probabilidades. Pero sobre el matrimonio, Huaman Poma sostiene la siguiente idea:

“Si una mujer de la clase alta indígena se casaba con “un hombre de la clase baja, adquiría la clase social “de este último; y si se casaba con un negro (raza des- “preciada por Huamán Poma) se volvía negra. Sin em- “bargo, si se casaba con un español, o sea, alguien de “clase más alta, no adquiría la clase social de este úl- “timo, sino que se volvía una mestiza, igual que sus “hijos. Recibía entonces el rango de sus hijos y den- “tro del sistema de parentesco quechua, se convertía “en la “hija” de su esposo. En contraste, al casarse “con un hombre de clase social más baja, éste no se “convertía en “hijo” suyo y por lo tanto ella no po-

“día ser fundadora de ningún ayllu que incluyera a “su esposo. Estos datos confirman una de nuestras primeras conclusiones: un ayllu o panaca sólo podía tener un antepasado masculino. Ambos puntos enfatizan otro hecho: después del matrimonio, la esposa se convertía en la “hija” del esposo: . . .

En materia de filiación y nobleza, Zuidema consigna que:

“Lo que sigue explicará cómo los auquicuna, dentro de la clase de “hijos” legítimos, eran divididos en “hijos, nietos y bisnietos, o sea los tres rangos de la nobleza. Toda la nobleza era reclasificada por medio de términos de parentesco de descendencia en relación con el nuevo rey, cuando éste era elegido. Esto no tenía sólo fines utilitarios para el rey, sino que era también necesario para todo el sistema de parentesco. En ese momento el rey se casaba con su hermana de padre y madre y, como ya hemos explicado, no sucedía a su padre en calidad de hijo (porque si así fuera los demás hijos continuarían también siendo “hijos”), sino que lo reemplazaba desde el centro del universo del parentesco, relegando a su padre a la posición de un antepasado muerto. Podemos entender ahora que el término auqui, no es usado sólo para referirse únicamente al príncipe real, al hijo de un rey, sino que también significa “ancestro” (en aymara quiere decir “padre”). Advertimos también que aún un hermano podía referirse a su hermano menor con el término de “padre”, si es que este último era rey y/o el jefe de la familia. El caso parece ser similar al dado anteriormente, donde la gente declaraba las momias de sus ancestros. Estos, de hecho, incluirían a sus descendientes muertos.

En materia de ascendientes, parece que los incas usaron el término abuelo como un título de nobleza entre la gente no inca.

Interesante resulta consignar la vinculación entre el parentesco y el orden administrativo inca. Huamán Poma presenta en di-

versos lugares de su crónica, la organización jerárquica social por la que a cada cargo administrativo corresponde un rasgo de parentesco en relación con el rey. Santa Cruz Pachacuti describe de similar manera la organización jerárquica del ejército inca.

De otro lado, Basadre sostiene que el estado inca dió importancia decisiva, dentro del ayllu, a la familia, cuyo número cumplía una función social y económica.

Para la antigua historia de la familia indígena peruana, Max Uhle, Latcham y Bandelier, exhiben pruebas importantes respecto a la existencia de una era matriarcal, interrumpida por el patriarcalismo inca. Sarmiento de Gamboa habló de la importancia de Mama Huaco, una de las hermanas de Manco Cápac, presentándola como feroz guerrera; y Huamán Poma consideró a Mama Huaco la auténtica fundadora del imperio de los incas.

Pero el patriarcalismo obtuvo finalmente vigencia histórica en el imperio. Cobo dirá:

“Y entre esta gente era tan sujetas las mujeres y tan  
“hechas al servicio de sus maridos y a seguir su vo-  
“luntad, que, aunque fuesen muchas, no habían dife-  
“rencias ni usaban más de lo que se les mandaba,

pero añade el cronista :

“No sólo servían (las mujeres) en los oficios caseros,  
“sino también en el campo; en las labranzas, semen-  
“teras y beneficios de sus chacaras o heredades, en  
“edificar sus casas y llevar cargas, cuando sus maridos  
“caminaban, en paz y en guerra”.

#### *CONCEPTO FAMILIAR HISPANO*

Un concepto distinto de familia llega desde Europa a América.

La Iglesia marcará con su propio sello el predominio y la vigencia de un determinado tipo familiar.

El gran proceso desde los primeros siglos de la era cristiana, en que la Iglesia tolera las formas concubinarias de unión marital, concluirá finalmente con el tipo y forma matrimonial declarado en el Concilio de Trento (1545 a 1563).

El Decreto Tametsi estableció la forma para contraer solemnemente el matrimonio prescrito ya en el IV Concilio de Letrán, reunido bajo Inocencio III, y declaró, para el futuro inválidos los matrimonios clandestinos, que hasta ahora eran sólo ilícitos. Agregó que el matrimonio católico era uno, natural e indisoluble.

De otro lado, en el ordenamiento legal hispano, en materia matrimonial, las VII Partidas de Alfonso el Sabio (1256 a 1263), influenciadas por el modelo matrimonial católico, declaraba que el matrimonio es “el ayuntamiento de marido e mujer, fecho con tal entención de convivir siempre en uno e de non se departir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro y non se ayuntar el varón a otra mujer, ni ella otro varón, viviendo ambos a dos”.

Y es que el matrimonio, para las leyes hispanas era, a la vez, el contrato romano de las justas nupcias y el sacramento de la Iglesia.

Fue el derecho de Castilla el que gobernó jurídicamente en las Indias, inspirado en el derecho romano, canónico, germano, y con rasgos menores de procedencia judía y árabe.

Todo el sistema quedó volcado en América, principalmente mediante:

- a) El Derecho Romano hasta el S. VI.
- b) El Fuero Juzgo en el S. VII (Derecho Germánico)
- c) Los Fueros Particulares (de León 1020, de Nájera, 1076, de Sepúlveda, de Cuenca y de muchos otros) llamados también municipales.
- d) El Fuero de los Fijosdalgo, dado en Nájera en 1138.
- e) El Fuero Viejo de Castilla de 1212, reformado en 1256.

- g) Aparecen las complicaciones con el “Setenario” de Fernando el Santo que no ha llegado a nosotros, el “Especulo” de Alfonso X el Sabio, etc.
- h) El Fuero Real de 1254 también de Alfonso X el Sabio, que fue un Código Municipal de aplicación general.
- i) Las VII Partidas de Alfonso X, hechas desde 1256 a 1263.
- j) El Ordenamiento de Alcalá y el Ordenamiento de Montalvo (1848) estableciendo las prelaciones de las leyes anteriores.
- k) Las leyes de Toro de 1302.
- l) La Nueva Recopilación de 1567 mandada hacer por el Rey Felipe, llamada así con relación a la de Montalvo.
- m) La Novísima Recopilación escrita por don Juan de la Reguera y Valdelomar, aceptada por Carlos IV y publicada en 1805, que es la de la mayor importancia para nuestro derecho, y cuya fuerza legal es superior a todas las demás.

Con la aparición de la legislación foral no sólo se propugnará y protegerá el matrimonio, sino que se incita directamente a él. Así, se señalan asignaciones a los casados, y se les conceden beneficios, honras, acciones y excepciones; se restringen los derechos de los solteros y se condena con toda severidad el divorcio.

En Burgos los solteros no podrán testimoniar; en Alcalá, Córdoba y Molina la herencia será privilegio de los casados, con mujeres e hijos. En Salamanca y Logroño no guerrearán los casados con mujer enferma. Empero la legislación de Castilla y Aragón, por ser de raigambre germana, admite la herencia de los hijos naturales, sin más limitación “que no fueran engendrados en adulterio”.

Los fueros eran no sólo enérgicos, sino terribles, con las mujeres de vida licenciosa. La ley foral de Cuenca, señala pena de muerte; la de Cáceres, horca para el explotador y muerte para ella; el Fueno Juzgo, más humanizado, desciende a trescientos azotes para las mujeres de vida desarreglada.

Diversos datos históricos expresan el celo por cautelar en lo posible, el tipo de unión monogámica y fiel, dentro del concepto de familia para Indias.

Así, este tipo de familia se convierte en el oficial de América, sin que ello signifique que, paralelamente con él, no supervivan los modos y formas matrimoniales propios de la cultura andina.

#### ***LA FAMILIA: PARENTESCO (EL CASO LEGAL PERUANO)***

La “familia hispana” llega con su propio contenido cultural. Significa ello que impone también, dentro de otros elementos estructurales, sus propias fórmulas parentales.

El parentesco, o conexión familiar, es la relación existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión.

Natural es cuando se funda en la consanguinidad; legal cuando brota de una orden jurídica (la adopción y la afinidad); y religioso en los casos de los sacramentos del bautismo y la confirmación.

El proceso histórico de reducción numérica de la familia, del que nos habla Enneccerus, ha conlevado a que la legislación civil vigente en nuestro sistema, reconozca el parentesco consanguíneo indefinidamente en la línea recta; y sólo hasta el cuarto grado de computación civil en la línea colateral, sin perjuicio de los efectos parentales de la afinidad y de la adopción.

El parentesco religioso, figura sólo en el Código de Procedimientos Civiles, para casos concretos.

Así entonces, en los hechos, y en materia de duración de parentesco, mientras la consanguinidad y el parentesco espiritual generan vínculos indisolubles, los creados por la adopción y la afinidad pueden desaparecer (aunque éste no sea el caso del parentesco de afinidad, por ejemplo, entre el ex-cónyuge y la ex-suegra).

A su vez, la estructura del parentesco se halla integrada por

cuatro elementos fundamentales: el tronco, la línea, la rama y el grado.

El tronco es aquella persona reconocida como ascendiente común por las personas de cuyo parentesco se trata.

La línea que es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco, puede ser: recta, cuando se forma con personas que descienden unas de otras y colateral, cuando se trata de personas que, sin descender unas de otras, unen líneas rectas en el ascendiente común. La línea recta ostenta una rama ascendente y otra descendente.

El grado es la distancia entre dos parientes.

Universal y jurídicamente, para los efectos de la determinación parental, son tres los sistemas que han predominado: el canónico, el germano y el romano. Sin embargo, este último es el adoptado por la legislación civil vigente, y tradicionalmente en el Perú.

Así el parentesco consanguíneo queda determinado por la relación existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado se establece por el número de generaciones. En tanto para el parentesco consanguíneo colateral, el grado se señala subiendo de uno de los parientes al tronco común, y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

De otro lado, el matrimonio genera parentesco de afinidad, entre cada uno de los cónyuges, con los parientes consanguíneos del otro; y así cada cónyuge se hallará en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no concluye por disolución del matrimonio que la produjo, y subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en los casos de divorcio mientras viva el excónyuge.

## **CONCLUSIONES**

1. Los estudios de antropología familiar respecto a los orígenes del matrimonio, la familia y las relaciones de parentesco son confusos.
2. Empero, el factor cultural parece haber incidido para establecer tipos variados de “matrimonio”, “familia” y “parentesco”, según los grupos humanos.
3. Sin embargo históricamente se advierten factores comunes:
  - a) “necesidad de la unión marital”, (¿unión sexual?)
  - b) “tendencia a las uniones grupales”, (¿familias?)
  - c) “existencia de variadas formas de parentesco según las costumbres del grupo humano”.
4. Para el caso del imperio de los incas se dieron todas las tendencias señaladas en la conclusión tres, naturalmente vinculadas a su propio sentimiento cultural.
5. Entre los incas, del matriarcado habrían arribado al patriarcado y algunas notas del parentesco andino, entre otras, habrían sido:
  - importancia del ayllu y la familia;
  - significación de los conceptos de jerarquía y localidad;
  - en el ayllu, en estricto, se incluye la relación parental sólo hasta el cuarto grado (similitud con el parentesco colateral vigente en el Código Civil peruano actual);
  - existieron reglas de impedimento matrimonial entre parientes. Los descendientes de un antepasado hasta los bisnietos no podían casarse entre sí.

De otro lado, la terminología del parentesco inca estuvo íntimamente entrelazada con los aspectos de su origen social y religioso. Así, la nobleza organizaba la filiación y el parentesco de descendencia en relación con el nuevo rey, cuando éste era elegido. Ello no tuvo sólo fines utilitarios para el rey, sino que era también necesario para todo el sistema de parentesco.

También, se dice que, hubo vinculación directa entre el parentesco y todo el orden administrativo del sistema inca.

6. El conquistador español pretende imponer un tipo y concepto distinto de familia. Se trata de la familia monogámica, proveniente del matrimonio católico, y con parentesco familiar reducido.

El concepto se encuentra impregnado por la doctrina católica. Empero paralelamente sobreviven formas familiares típicas del ande indígena.

7. La legislación impuesta por España y dirigida a Indias traduce la concepción hispana de familia.

Ello se ha sucedido de legislación en legislación.

8. Hoy en el Perú “la familia oficial” —legal— es monogámica y estable, con parentesco consanguíneo ilimitado en línea recta y colateral válido hasta el cuarto grado; y la afinidad en línea recta produce parentesco entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. La afinidad no acaba por la disolución del matrimonio que la produjo y subsiste en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Para el presente trabajo se empleó la siguiente bibliografía:
- \* **BACHOFEN, Johann Jakob**  
Derecho materno
  - \* **BASADRE, Jorge**  
Historia del Derecho Peruano
  - \* **COBO, Bernabé**  
Historia del Nuevo Mundo
  - \* **CORVETTO, Aníbal**  
Derecho Civil
  - \* **CORNEJO CHAVEZ, Héctor**  
Derecho Familiar Peruano
  - \* **CODIGO CIVIL PERUANO 1984**
  - \* **ENGELS, Federico**  
El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado.
  - \* **FABREGA Y GRAU, Angel**  
Historia de los Concilios Ecuménicos
  - \* **GARCILASO DE LA VEGA, Inca**  
Comentarios Reales de los Incas
  - \* **HUAMAN POMA, Felipe**  
Nueva Crónica y Buen Gobierno
  - \* **LEVI -STRAUSS, Claude**  
Las Estructuras Elementales del Parentesco
  - \* **LUBBOK, John Aveburg**  
El Origen de la Civilización
  - \* **MAYER E. y R. BOLTON**  
Parentesco y Matrimonio en los Andes

- \* MACLENNAN, J.F.  
Estudios de Historia Antigua
- \* MORGAN, Lewis  
La Sociedad Antigua
- \* VALVERDE, Emilio  
El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano
- \* VALEGA, José  
Historia del Virreynato Peruano
- \* WESTERMACK, R.  
Historia del Matrimonio en la Especie Humana.



EL DERECHO DE PRENDA Y LA REALIZACION DE LA  
PRENDA EN LOS CODIGOS CIVILES DE LA REPUBLICA  
DE CHILE Y DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA QUE  
RECOGEN LOS PROYECTOS BELLO Y VELEZ SARSFIELD,  
RESPECTIVAMENTE

Fausto Viale Salazar

*INTRODUCCION*

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un estudio comparativo de dos grandes proyectos de Código Civil en Latinoamérica del siglo XIX, cuales son los Proyectos Bello y Vélez Sarsfield, que se van a plasmar en los Códigos Civiles de la República de Chile y de la República Argentina, respectivamente, en cuanto a algunos aspectos de su normatividad acerca del derecho de prenda y la realización de la misma.

Debemos advertir que el material de trabajo lo hemos tomado directamente de los Códigos Civiles de la República de Chile y de la República Argentina en sus textos originales, por lo que la numeración del articulado y toda referencia que efectuamos corresponde a dichos códigos.

Cabe señalar que el Código Civil de la República de Chile fue promulgado el 14 de diciembre de 1855, mientras que el Código Civil de la República Argentina fue aprobado por Ley No. 340, sancionada el 25 de setiembre de 1869 y promulgada el 29 de setiembre del mismo año.

*I. El Derecho de Prenda dentro del plan de ambos Códigos*

El Código Civil de la República de Chile se organiza a través de un Título Preliminar, cuatro Libros y un Título Final. El Libro I se denomina “De las Personas”; el Libro II “De los Bienes, y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce”; el Libro III “De la Sucesión por causa de muerte, De las donaciones entre vivos”; y el Libro IV

“De las obligaciones en general y de los Contratos”. La Prenda está regulada en el Libro IV, Título XXXVII bajo la denominación de “Del Contrato de Prenda”, entre los artículos 2384º al 2406º.

El Código Civil de la República Argentina se encuentra organizado a través de dos Títulos Preliminares, cuatro Libros y un Título Complementario. El Libro Primero se denomina “De las Personas”; el Libro Segundo “De los Derechos Personales en las Relaciones Civiles”; el Libro Tercero “De los Derechos Reales”; y el Libro Cuarto “De los Derechos Reales y Personales. Disposiciones Comunes”. La Prenda está regulada en el Libro Tercero, Título XV bajo la denominación de “De la Prenda”, entre los artículos 3204º al 3238º.

Desde este primer acercamiento a la regulación de la prenda a través de la sistemática de ambos códigos, podemos ya prever que el Proyecto Bello tratará la Prenda desde el punto de vista de un contrato y la involucra así dentro del Libro sobre Obligaciones y Contratos siguiendo la huella del Código Francés de 1804, mientras que el Proyecto Vélez Sarsfield le da una ubicación distinta dentro de un libro propio sobre los Derechos Reales, destacando el derecho real de garantía, en forma más próxima a los códigos del presente siglo.

## *II. Definición de la Prenda*

La propia ubicación de la prenda en cada uno de los códigos, ya sea dentro de los contratos o dentro de los derechos reales, va a determinar el enfoque conceptual de este instituto en cada uno de dichos cuerpos legales.

El artículo 2384º del Código Chileno va a dar una definición del Contrato de Prenda, mientras que el artículo 3204º del código argentino nos la va a otorgar del derecho de prenda.

El Código Chileno expresa como punto de partida de su tratamiento sobre este tema, que por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. Agrega, que la cosa entregada se llama prenda y que el acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

El Código argentino establece, mas bien, como punto de partida de su normatividad, que habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda.

La fórmula empleada por el Código chileno es más sencilla que la argentina, pero sin embargo, no incorrecta. El Código argentino presenta en el artículo 3204º una fórmula mucho más elaborada y rica, al señalar que la prenda puede asegurar una obligación ya sea cierta o condicional, presente o futura, así como que la prenda puede consistir en la entrega de una cosa mueble o un crédito, empero es inexacta cuando indica que quien constituye la prenda es el deudor, omitiendo la constitución de la prenda por quien no es deudor sino un tercero ajeno a la obligación que se trata de asegurar con la prenda. El Código chileno, en cambio, enuncia, con gran generalidad, simplemente que por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor; fórmula que permite que se considere que la prenda la constituya tanto el deudor como un tercero.

No podemos en cambio dejar de reconocer que la fórmula del Código argentino distingue entre cosa mueble y crédito como bienes sobre los que puede recaer la prenda, mientras que el chileno sólo se refiere a una “cosa mueble”, concepto que propiamente no comprende a los bienes incorporales como lo es un crédito.

Encontramos, sí, innecesario en el Código chileno, el artículo 2385º, ubicado luego de haberse definido el contrato de empeño o prenda, que prescribe que dicho contrato supone siempre una obligación principal a la que asegura. Si bien aparentemente se ha pretendido, a través de un artículo expreso, destacar el carácter accesorio de la prenda, sin embargo ya estaba incorporado en el artículo anterior al referir que la prenda se entrega para “la seguridad de su crédito”.

El Código argentino no cuenta con un artículo especial sobre el carácter accesorio de la prenda sino que este concepto se encuentra involucrado en el artículo 3204º ya comentado.

### *III. Constitución del Derecho de Prenda*

El artículo 2386º del Código chileno está dirigido específicamente a determinar en qué momento se constituye la prenda. Señala que el contrato de prenda no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor. El Código argentino, por su parte, en el artículo 3204º, ya analizado, deja señalado que la prenda queda constituida con la entrega de la cosa mueble o del crédito.

Distinguimos aquí una importante diferencia, derivada nuevamente de la sistemática de uno y otro, que no es la misma. Para el Código chileno, en el que la prenda es vista desde el punto de vista contractual, el contrato de prenda es un contrato real de manera que para perfeccionarse necesita de la entrega de la cosa, mientras que para el Código argentino en el que la prenda es tratada desde el punto de vista del derecho real, prescinde de indicar en qué momento se perfecciona el contrato de prenda, concretándose más bien a establecer el momento en que se constituye el derecho mismo de prenda, que es lógicamente en el momento de la entrega del bien.

Cabe recordar que la doctrina francesa, a partir del código napoleónico, sigue un tratamiento similar al Código chileno, puesto que no separa el derecho de prenda del contrato en el que las partes se han obligado a constituirlo. Considera así que cuando existe la obligación de las partes emergentes de una convención pero sin la entrega de la cosa, no hay contrato de prenda sino una simple promesa de prenda. En nuestro país, el artículo 1352º del Código Civil de 1984 ha establecido, como principio, que todo contrato se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, salvo los contratos solemnes; de donde surge que en nuestro derecho, el contrato de prenda queda perfeccionado con el simple acuerdo entre las partes aun cuando no se hubiera hecho entrega de la cosa, lo que no significa que el derecho real de prenda sí tenga nacimiento con la entrega, separándose así el título del modo.

Pues bien, para el Código argentino la constitución del derecho real de prenda es determinado por la entrega del bien.

En uno y otro código (chileno y argentino), empero, siempre

nacerá el derecho de prenda con la entrega del bien prendado, de manera que sin el desplazamiento del bien al acreedor (o a un tercero) no existirá jurídicamente la prenda. Este requisito tiene su sustento en la necesidad de que la prenda se encuentre rodeada de la “publicidad” necesaria a fin de que los otros acreedores del deudor o del propietario del objeto prendado, estén advertidos que ese bien está afecto directamente a un crédito cuyo cumplimiento está asegurando, y no pretendan embargarlo o recibarlo en garantía como bien desafecto o libre de gravamen.

#### *IV. Formalidades adicionales de la Prenda necesarias para su Oponibilidad a Terceros*

Uno de los derechos que otorga la prenda al acreedor prendario es sin lugar a dudas el Derecho de Preferencia, es decir, que el acreedor prendario al recibir un bien en prenda recibe una garantía específica sobre ese bien, que le va a asegurar que en caso que su deudor no cumpla con la obligación principal, responderá el bien prendado; y si existen varios acreedores del mismo deudor, el acreedor prendario tendrá prelación para hacerse pago de su crédito con el producto de la venta del bien.

El Art. 3217º del Código argentino se refiere a las condiciones para que el derecho de prenda pueda ser opuesto a los terceros. Señala, al efecto, que la constitución de la prenda, para que pueda oponerse a terceros debe constar por instrumento público o privado de fecha cierta, sea cual fuere la importancia del crédito. Exige, además, una información mínima que debe contener el instrumento escrito.

Así como el primer requisito para la publicidad de la prenda es la entrega del bien prendado, un segundo requisito generalmente aceptado, es que conste por escrito. Esta condición se fundamenta también en la necesidad de la publicidad, a fin de que los terceros conozcan en forma precisa cuál es la extensión de la garantía y el compromiso de los bienes prendados, así como la oportunidad en que se ha constituido el gravamen para el efecto de las prelaciones entre los acreedores.

Este requisito, sin embargo, no compromete esencialmente la

existencia jurídica del derecho de prenda, lo que sí sucede con el requisito de la entrega del bien sin lo cual resulta oponible la preferencia del acreedor prendario frente a los otros acreedores de su deudor, para que al momento en que deba venderse la prenda sea preferido en el pago.

Consideramos una grave omisión del Código chileno el que en el título relativo al contrato de prenda no haya previsto nada al respecto, lo que obliga a recurrir a las normas contenidas en el Título XLI del mismo Libro IV sobre Prelación de Créditos. Dentro de estas normas encontramos el artículo 2470º que establece que las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca; siendo estas causas de preferencia inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera. El artículo 2471º, prescribe asimismo que gozan de privilegio, los créditos de la primera, segunda y cuarta clase; y el artículo 2474º se encarga de establecer que en la segunda clase de créditos se encuentra el acreedor prendario sobre la prenda.

El Código chileno de esta manera está remitiendo a las reglas sobre concurso de acreedores la regulación del derecho de preferencia del acreedor prendario sobre la prenda; y ante el silencio de formalidades requeridas para la oponibilidad de la prenda hacia los terceros, tenemos que concluir que para dicho código sólo basta que se pruebe la existencia del contrato de prenda, que dentro de su concepción es un contrato real perfeccionado con la entrega.

Por su parte, quedará librado a los diversos medios de prueba la determinación de la fecha de los créditos, para poder establecer la prelación entre los diversos acreedores.

*Capacidad para constituir la prenda.*— Es indudable que en ambos Códigos la prenda puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero ajeno a la obligación principal que se garantiza.

El Código chileno en el artículo 2388 señala expresamente que la prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor.

Queda así perfectamente establecido este principio.

El Código argentino, en cambio, como ya lo hemos expresado con anterioridad, en el artículo 3204 ofrece una definición de la prenda prescindiendo en lo absoluto de la posibilidad de que sea un tercero quien la constituya, puesto que sólo hace referencia al deudor como al constituyente de la garantía prendaria. Sin embargo, esta prescindencia es simplemente un olvido del legislador, pero de ninguna manera significa que se haya pretendido limitar la constitución de la prenda al deudor. A ello llegamos si tomamos en cuenta otros artículos del mismo título como por ejemplo el artículo 3221, el cual, al referirse a la prenda con relación a otras obligaciones entre el mismo acreedor y deudor, señala que en tales supuestos el derecho de retención que tiene el acreedor no tiene lugar cuando la prenda ha sido constituida por un tercero. Deja así, subsanado sin lugar a dudas su olvido inicial.

Ahora bien, puede constituir la prenda ya sea el deudor o un tercero, pero siempre que tengan capacidad para hacerlo.

Sobre este tema, el código chileno en el artículo 2387, establece que no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla.

El Código argentino, contiene disposición similar, cuando prevé en el artículo 3213 que sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla.

Ambos códigos, exigen, en resumen, que quien constituya la prenda sea el propietario del bien y tenga facultad para hacerlo. Debemos advertir que ninguno de los dos códigos define lo que debe entenderse por enajenación, empero podemos fácilmente entender que se refiere a la facultad de disponer y gravar el bien. Sabemos que no basta tener el derecho de propiedad sobre un bien para poderlo transferir o gravar, puesto si bien son potestades que surgen ordinariamente del derecho de propiedad, sin embargo existen casos excepcionales en los que la ley las impide o limita.

*Prenda sobre bien ajeno.*— Tema muy vinculado al anterior es

el relativo a la prenda sobre bien que no es de propiedad de quien ha constituido la prenda, sino de un tercero.

Tanto el Código chileno como el Código argentino, parten del principio, como regla, que quien debe constituir la prenda debe tener capacidad para enajenar y, por lo tanto, ser propietario del bien, empero la ley no puede dejar de regular situaciones que se presentan cuando no se ha observado esta regla.

En primer término, el artículo 2390º del Código chileno, señala que si la prenda no pertenece al que la constituye sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por fuerza, o perdida, en cuyo caso se remite al artículo 2183º ubicado entre las normas relativas al contrato de comodato o préstamo de uso, es decir, que si el acreedor sabía que se trataba de una cosa hurtada o tomada por la fuerza o perdida, deberá denunciarla al dueño, dándole un plazo prudencial para reclamarla, bajo la sanción de responder por los perjuicios; empero, si el dueño no la reclama oportunamente, el acreedor podrá devolverla a quien constituyó la prenda, obviamente si se ha llegado a cumplir la obligación garantizada con la prenda.

El artículo 2391º, agrega, que si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento, y se verificase la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución compensante, y en defecto de una y otra, se cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.

El Código argentino, por su parte, contiene varios artículos relativos a la prenda de cosa ajena. El artículo 3213º, prescribe en su segunda parte, que el acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual éste no era propietario, puede, si la cosa no fuese perdida o robada, negar su entrega al verdadero propietario.

El artículo 3215º, señala que cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la creía del deudor, y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se le entregue otra pre-

da de igual valor; si el deudor no lo hiciere, podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.

El artículo 3214º, agrega que si la cosa se ha perdido o ha sido robada a su dueño, y el deudor la ha comprado en venta pública o a un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de manos del acreedor, pagándole lo que le hubiese costado al deudor.

Por último, el artículo 3216º establece que la prenda de la cosa ajena, aún cuando no afecte a la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes.

Sobre este tema podemos observar un tratamiento no coincidente entre ambos códigos.

Así, mientras que el código argentino en el artículo 3213º, deja intacta la prenda cuando a pesar de haberse constituido sobre bien ajeno el acreedor la recibió de buena fe, en cambio, el Código chileno en el artículo 2390º establece que subsiste la prenda mientras no la reclama su dueño, de manera que hay que interpretar, a contrario, que si la llega a reclamar su dueño, la prenda se extingue.

Resultan coincidentes ambos códigos, en cambio, cuando regulan el supuesto en que el acreedor restituye el bien prendado a su verdadero dueño que no fue el constituyente de la prenda. La solución para el deudor es entregar otra prenda; pero finalmente si no ofrece más garantía, la obligación principal devendrá en exigible aunque no se hubiera vencido el plazo. El Código chileno ofrece además la alternativa al deudor de otorgar una caución, en vez de otra prenda, es decir, una suma de dinero.

Cabe señalar que la regla contenida en ambos códigos sobre el vencimiento del plazo es la generalmente aceptada, de manera que cuando una obligación con plazo no está respaldada por una garantía a pesar de existir obligación legal o contractual de otorgarla, el plazo queda sin efecto. Lo que es lógico por cuanto el plazo es otorgado en principio en beneficio del deudor, pero siempre y

cuando el acreedor tenga la certeza que el diferimiento del cumplimiento de la obligación no lo va a perjudicar, por lo que exige una garantía de cumplimiento. De no otorgar el deudor garantía alguna y a pesar de ello mantenerse el plazo, significaría permitir poner en peligro el pago de la deuda, pudiendo el deudor mientras tanto distraer su patrimonio o afectar sus bienes a otros créditos, en perjuicio del acreedor.

A parte de estas normas paralelas de ambos códigos, hemos citado la de los artículos 3214º y 3216º del Código argentino, que no tiene una correspondencia en el Código chileno.

El primero de los artículos citados, prevé el caso que el deudor haya constituido una prenda sobre bien que ha comprado en venta pública o a un individuo que acostumbra vender cosas semejantes. Se trata de un caso en que el deudor obra de buena fe pensando que ha comprado bien, pero sin embargo se trata de un bien perdido por su dueño o robado.

En este supuesto, el primitivo propietario tiene derecho a reivindicarlo, pero pagando al acreedor prendario un monto equivalente al que pagó el deudor. Estimamos, que se trata de un caso que quiebra el principio de la irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en negocios públicos que suelen contener las legislaciones, a fin de proteger la credibilidad y rapidez de las transacciones comerciales que se realizan en tales establecimientos. Aun cuando el Código argentino señala que la reivindicación en este caso es onerosa, puesto que el antiguo propietario deberá entregar al acreedor prendario el valor del precio por el que adquirió el deudor el bien en estos establecimientos públicos, empero creemos que no justifica la ruptura de la seguridad jurídica que trata de preservar el citado principio de la irreivindicabilidad.

Hemos señalado, por otra parte, que el artículo 3216º del Código argentino establece que la prenda de la cosa ajena produce obligaciones personales entre las partes, aun cuando no afecte a la cosa. Esta disposición yerra a nuestro criterio al decir "aun cuando no afecte a la cosa" ya que debió decir "aun cuando no afecte a la prenda", pero aun así pensamos que está demás y que no justifica la dación de un artículo exclusivo para tratarlo. En efecto,

para referirse a las responsabilidades de tipo obligacional, bastaban las reglas generales sobre obligaciones que contienen dicho código.

No queremos terminar el análisis de este tema, sin efectuar un comentario a la última parte del artículo 2405º del Código chileno. El artículo mencionado se refiere a la extinción de la prenda, y señala que ella se produce cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero el acreedor de buena fe tendrá contra el deudor que no le hizo saber la condición, el mismo derecho que en el caso del artículo 2391º que ya hemos comentado, es decir, que el acreedor tendrá el derecho de exigir la constitución de una nueva prenda o la entrega de una caución, o en su defecto convertir en exigible la obligación principal. Claro está, que si el dominio del deudor sobre la cosa prendada ha estado sujeto a condición resolutoria y el acreedor prendario lo conocía, queda extinguida la prenda si se cumple la condición, puesto que se entiende que el acreedor prendario ha recibido la cosa sujetándose a dicha eventualidad. Caso diverso es aquel en que el deudor no lo hizo saber al acreedor, que es solucionado acertadamente por el Código chileno en forma similar al de la restitución del bien ajeno.

#### *V. Prenda sobre créditos*

El artículo 2389º del Código chileno prevé que se puede dar en prenda un crédito entregando el título pero será necesario que el acreedor notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.

El Código argentino trata acerca de la prenda de créditos en los artículos 3209º y 3212º. El primero de ellos, establece que si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor. El segundo, deja normado que no puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito.

Ambos códigos otorgan así un tratamiento similar a la prenda de los créditos; ambos exigen, para la constitución de la prenda

da que se entregue el título y adicionalmente, se notifique al deudor.

Advertimos, sin embargo en el Código argentino que las normas sobre este punto se encuentran más elaboradas y mejor tratadas. Se prevé así expresamente que sólo cabe la prenda sobre un crédito cuando consta de un título por escrito, descartando los créditos no documentados. El Código chileno deja implícita esta misma norma al establecer como requisito para este tipo de prenda, la entrega del título y la notificación al deudor que se consigna en él.

El Código argentino, además, reglamenta la prenda sobre acciones de sociedades no negociables mediante endoso, dejando así establecido, por sentido contrario, que los títulos trasmisibles por endoso tienen otro tratamiento. En efecto, los títulos-valores a la orden, por su naturaleza, se prendan sólo con un endoso que consta en el título, además de su entrega al acreedor prendario; es decir, no requieren de notificación adicional al deudor.

El Código chileno, en cambio, tiene un vacío acerca de la prenda sobre títulos-valores, que obviamente tiene particularidades dentro del rubro genérico de prenda sobre créditos.

#### *VI. Indivisibilidad de la Prenda*

La indivisibilidad es una de las características indiscutibles de la prenda. La indivisibilidad en la prenda tiene un doble aspecto: la prenda garantiza el íntegro de la deuda, de modo que subsiste hasta que toda la deuda sea satisfecha; y por otra parte, no puede desafectarse parte de la prenda, aunque se haya cumplido parte de la obligación.

Tanto el Código chileno como el argentino contienen varias disposiciones sobre la indivisibilidad de la prenda.

El artículo 2396º del código chileno alude a la indivisibilidad cuando prescribe que el deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya

incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia. Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído.

Por otra parte, el mismo código chileno en el artículo 2405° dice: "La prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito no puede remitir la prenda, ni aún en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados".

El Código argentino dedica a la indivisibilidad de la prenda los artículos 3233°, 3234° y 3235°.

El artículo 3233° establece que la prenda es indivisible, no obstante la división de la deuda. El heredero del deudor que ha pagado su porción de la deuda no puede demandar su porción en la prenda, mientras que la deuda no haya sido enteramente pagada, y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido su porción de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pagados.

El artículo 3234°, prescribe que la indivisibilidad de la prenda no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedor se limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa.

El artículo 3235°, por último, señala que cuando muchas cosas han sido dadas en prenda, no se puede retirar una sin pagar el total de la obligación.

Ambas legislaciones cubren así en su normatividad los dos aspectos de la indivisibilidad de la prenda que hemos señalado inicialmente. Inclusive son muy parecidos los artículos 2405° del Código chileno con el artículo 3233° del Código argentino, que tratan sobre la indivisibilidad de la prenda vista desde el punto de vista del heredero que recibe parte de la deuda o parte del crédito.

Estimamos, sin embargo, poco acertado, que el artículo 3234º del Código argentino coloque como supuesto la indivisibilidad de la prenda, para normar el derecho de los otros acreedores a la venta de la prenda. Pensamos que el carácter indivisible de la prenda no tenía por qué ser traído a colación en este artículo, puesto que no guarda directa relación con esta materia.

### *VII. Extensión de la Prenda*

El Código chileno, como ya lo señalamos anteriormente en el punto precedente, prevé en el artículo 2396 la imposibilidad del deudor de reclamar la devolución de la prenda mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital, intereses, gastos de conservación y valor de los perjuicios. Esta disposición legal, entonces, a la vez que sirve para establecer la indivisibilidad de la prenda, también advierte sobre su extensión, es decir, sobre los conceptos que son garantizados por la prenda.

El Código argentino en el artículo 3229º enfrenta este tema al tratar lo relativo a la devolución de la prenda. Señala, al efecto, que el deudor no puede reclamar la devolución de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas hechas. Con relación a las expensas, el artículo 3228º precisa, que el deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque ésta pereciese después; no pudiendo reclamar el acreedor los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubiesen dado mayor valor a la cosa.

Comparando ambos tratamientos legales, podemos advertir que el Código chileno otorga una mayor extensión a la garantía prendaria puesto que también considera que se encuentran garantizados los perjuicios ocasionados al acreedor por la tenencia del bien, independientemente de los gastos, mientras que el Código argentino se refiere a las expensas como gastos de conservación o mejoras, cuyo reembolso inclusive lo limita.

### *VIII. Posesión del Bien Prendado por el Acreedor o un Tercero*

Ya hemos visto que la entrega efectiva de la cosa determina el nacimiento del derecho prenda. También la continuación en la

posesión por el acreedor o un tercero que ha convenido en poseerla, determinará el que sigan subsistentes los derechos que adquiere el acreedor pignoraticio.

El Código argentino trae una normatividad mucho más cuidadosa sobre este tema, mientras que el Código chileno peca nuevamente de escasa normatividad.

El artículo 2393º del Código chileno, prevé que si el acreedor perdiere la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido; pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida.

El Código argentino, con un mejor y más explícito tratamiento, establece en el artículo 3206º, que los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda sólo subsisten mientras está en posesión de la cosa o de un tercero convenido entre las partes.

Completa el artículo precedente, el 3207º, cuando comprende el caso en que un tercero conserva la prenda; y dice que cuando el objeto sobre el cual la prenda ha sido constituida no se ha entregado al mismo acreedor, sino que se encuentra en poder de un tercero, es preciso que éste haya recibido de ambas partes el cargo de guardarla en el interés del acreedor.

Sobre la desposesión de la prenda, el artículo 3227º del Código argentino, prescribe que si el acreedor pierde la tenencia de la cosa puede recobrarla en cualquier poder que se halle sin exceptuar al deudor. Concordante con esta norma, el artículo 3208º, determina que se juzga que el acreedor continúa en la posesión de la prenda, cuando la hubiere perdido o le hubiere sido robada o la hubiere entregado a un tercero que se obligase a devolvérsela.

Consideramos que resulta claramente insuficiente el tratamiento legal que el Código chileno otorga a este tema, dejándolo a la jurisprudencia y la doctrina llegar a ellos. Así por ejemplo, es a nuestro entender injustificable que no se haya previsto expresamente que la posesión de la prenda determina la continuación de

los derechos que otorga la prenda; o sobre la posesión del bien prendado por un tercero a quien las partes le han encargado esa función; o también la continuación de los derechos de prenda, cuando el acreedor pierde la posesión por pérdida o robo de la cosa.

#### *IX. Realización de la Prenda*

*Prohibición del Pacto Comisorio.*— En Roma, en el derecho antiguo, se permitía que el acreedor en caso de no ver satisfecho su crédito, pudiera apropiarse de la cosa pignorada. Es lo que se llamó la “Lex commissoria”.

Sin embargo, en la misma Roma, a partir de Constantino se prohibió este tipo de pactos, y hoy día uniformemente las legislaciones reproban el pacto comisorio, atendiendo a razones de moralidad, toda vez que el deudor necesitado de dinero seguramente va a aceptar acordar con su acreedor que llegado el momento de cumplir su obligación, si no lo hace, el acreedor puede hacerse pago con la cosa prendada, a pesar de ser ésta de mayor valor que la deuda.

Tanto el Código chileno como el argentino prohíben el pacto comisorio, tal como lo analizamos a continuación.

El Código chileno, en el artículo 2397, segunda parte, prescribe que no podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los permitidos expresamente en la primera parte del mismo artículo.

Empero, permite al acreedor adjudicarse la prenda en dos supuestos:

- (i) Cuando el valor de la cosa no sea mayor de 150 pesos, si lo solicita el propio acreedor al Juez. En este caso no se procede a la subasta y se adjudicará el bien al acreedor por su tasa-ción (artículo 2400); y
- (ii) Cuando el acreedor ha pedido que la prenda se venda en pú-blica subasta; y no habiendo postura admisible, solicita se le

adjudique el bien hasta la concurrencia de su crédito, luego de ser apreciada por peritos (artículo 2397º, primera parte).

Consideramos que estos casos de adjudicación, así concebidos no envuelven un pacto comisorio, porque se tratan de adjudicaciones al acreedor rodeadas de publicidad, asegurándose un justo precio.

El Código argentino, establece en el artículo 3222º que es nula toda cláusula que autorice al acreedor apropiarse la prenda, o a disponer de ella, aún cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en ese título. Agrega, que es igualmente nula la cláusula que priva al acreedor de solicitar la venta de la cosa.

El artículo 3223º, establece que el deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato.

Podemos observar, que la legislación argentina, entonces, prohíbe expresamente el pacto comisorio, pero deja abierta la posibilidad de que el acreedor y el deudor pacten con posterioridad a la celebración del contrato de prenda, que el primero se pueda adjudicar el bien por la estimación de su valor que se haga al tiempo del vencimiento de la deuda.

Un sector de la doctrina critica este tipo de fórmulas, no mostrándose favorable a ellas, por considerar que propicia la simulación de los actos, haciéndose aparecer a estos pactos como celebrados con fecha posterior a la prenda, cuando en realidad son concertados en acto simultáneo. En este caso se trataría de un verdadero pacto comisorio, por lo que resulta recomendable su no permisibilidad.

*Venta de la Prenda.*— La venta de la prenda es el vehículo que va a permitir al acreedor hacerse pago de su deuda. Es el acto dentro del proceso de realización de la garantía, que va a permitir que la cosa prendada se convierta en dinero, para así satisfacer el pago del crédito al que se afectó.

Dice el artículo 2307º del Código chileno, que el acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producto se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito, sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho de perseguir la obligación principal por otros medios.

El artículo 3224º del Código argentino, que es el que corresponde a la venta de la prenda, establece que no cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Si la prenda no pasa del valor de 200 pesos, el Juez puede ordenar la venta privada de ella.

El tratamiento, podemos apreciar, es diverso en uno y otro código. Ambos coinciden en establecer como regla la venta en pública subasta, pero el Código argentino, permite, como alternativa, la venta privada en caso de una prenda de valor que no supere los 200 pesos, es decir atendiendo a un criterio de cuantía. El Código chileno, no lo hace así, sino que prevé que de no existir una postura admisible en el remate público, se apreciará la cosa por peritos y se le adjudicará al acreedor. El Código chileno, sin embargo, no precisa lo que debe entenderse por postura admisible, que entendemos se refiere al que sirve de base mínima para las pujas.

Curiosa resulta sin embargo la norma que contiene el artículo 2398º del Código chileno, según la que, a la licitación de la prenda que se subasta, pueden ser admitidos el acreedor y el deudor. El Código argentino, en la parte final del artículo 3224º, establece tan sólo que el acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación; de lo que se deduce que el acreedor puede intervenir como postor o comprador, lo que es normalmente admitido; pero resulta extraño, en cambio, que para el Código chileno el deudor pueda también ser admitido en la subasta, si se tiene en cuenta que la subasta es la venta forzada de la cosa en la que es obvio que el deudor es el vendedor. ¿Cómo entonces puede con-

siderarse compatible que en una venta pueda intervenir el deudor a la vez como comprador? Pensamos que se trata de un grave defecto de técnica jurídica la que encierra este artículo del Código chileno.

#### *X. Reglas de Imputación del Precio Alcanzado en la Venta*

El Código chileno prevé el caso que al venderse la prenda o adjudicada ésta al acreedor, no alcancare su precio a cubrir la totalidad de la deuda. El artículo 2402º, dispone, al efecto, que el precio se imputará primero a los intereses y costos.

Esta solución es generalmente aceptada en las diversas legislaciones. Se fundamenta en que de imputarse el precio recibido antes al capital que a los intereses, se está favoreciendo injustamente al deudor moroso en perjuicio del acreedor, puesto que la deuda ya no podrá generar nuevos intereses, a pesar de no encontrarse totalmente satisfecha, dado que no cabe generación de interés de intereses.

El mismo artículo 2402º del Código chileno remite a las reglas de imputación de pago de las obligaciones a los casos que la prenda se ha constituido para seguridad de dos o más obligaciones, o constituido a favor de una sola y luego se hubiera extendido a otras.

El código argentino, en cambio, no contiene en el título de la prenda, regla alguna sobre imputación de pago.

#### *XI. Pago de la Deuda y Devolución de la Prenda*

La prenda se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación, de manera que si ésta es debidamente satisfecha, la cosa pignorada debe ser devuelta al constituyente.

Como no podía ser de otra manera, tanto el Código chileno como el argentino contienen normas sobre la devolución de la prenda como consecuencia del pago de la obligación garantizada.

El Código chileno en el artículo 2401º, señala que satisfecho

el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda; mientras que el Código argentino, en el artículo 3229º dispone que el deudor no puede reclamar la devolución de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas hechas.

Ambas disposiciones son similares, en cuanto que la forma natural de liberar la prenda es pagando la totalidad de la obligación. En cuanto a los conceptos cubiertos por la prenda ya nos hemos referido al examinar su extensión.

Vinculado a este tema, se encuentra el artículo 2399º del Código chileno, que prevé que mientras no se ha consumado la venta o la adjudicación, podrá el deudor pagar la deuda, con tal que sea completo el pago y se incluyan en él los gastos que la venta o la adjudicación hubieren ya ocasionado. Esta norma que podría parecer innecesaria, por obvia, completa sin embargo el anteriormente comentado artículo 2396º, en cuanto a los conceptos cubiertos por la prenda. Según el artículo 2396º, el deudor no puede reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que hubiere ocasionado la tenencia.





## El Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica

*Manuel Aguirre Roca*

Veo que la opinión del doctor Aníbal Quiroga León (AQL), distinguido jurista, profesor universitario y asiduo colaborador en revistas especializadas de derecho —entre las que figura DERECHO—, respecto de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), no ha cambiado mucho en los últimos tiempos, puesto que en el artículo que publicó en la revista *Thémis* (No. 4, 1986, pp. 40 a 44), con el título de “Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser”, los acusaba poco menos que de prevaricato, y, ahora, aproximadamente a dos años de distancia, en la última parte del artículo titulado “La Justicia Constitucional”, que corre de la página 323 a la 351, del No. 41 de la revista DERECHO, correspondiente a diciembre de 1987, los considera virtualmente incapaces, por decir lo menos, o, si se quiere estar con sus propios términos, afectados “por una notoria ausencia de bondad jurídica”. ¿O, acaso, quiere reservar, el doctor AQL, esta calificación para los demás jueces, liberando de esa especie de anatema sólo a los magistrados del TGC? Nada indica que así sea.

Como las razones que se esgrimían en el artículo precitado, apareció en el No. 4 de la revista *Thémis*, no me parecieron convincentes ni sólidas —y sí lucían, en cambio, poco respetuosas y harto desdorosas— en la misma revista (No. 7, 1987, pp. 13 a 20) publiqué una extensa nota rectificatoria y aclaratoria, en la que expuse mis hondas discrepancias y ensayé la refutación de tan osada tesis. No sé si el profesor AQL se ha enterado de esa publicación (de la que, tal vez, cometí el error de no enviarle una copia), pero me gustaría conocer su opinión al respecto.

*¿Prevaricadores e ineptos?*

Retomando el hilo, recordemos que ahora, en su reciente ar-

tículo susodicho de la revista *Derecho*, si bien no nos acusa de prevaricato, sí nos moteja de poco menos que ineptos, pues, en efecto, después de tributar fervoroso homenaje a la concepción jurídica de nuestro sistema mixto de justicia constitucional —del que, es, dicho sea de paso, principal gestor Javier Valle Riestra— y del que es parte fundamental el Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante TGC), se afirma que no hemos estado —“ni mucho menos”— los magistrados del TGC, “a la altura de la responsabilidad histórica que la Nación les encomendara”.

Adviértase que no se contenta el autor de la nota con decir que hemos “dejado de desear”, o que “no hemos alcanzado un nivel sobresaliente”; no. Prefiere decir, de los magistrados del TGC —en forma categórica y pontifical—, que ellos “no han estado, *ni mucho menos*, a la altura de la responsabilidad histórica...”.

Jamás negaré ni regatearé a nadie el derecho de expresar libremente su opinión; pero creo que se abusa de ese derecho —francamente así lo estimo— cuando se agravia de ese modo al semejante, sobre todo a propósito de funciones públicas tan delicadas y de tan grave responsabilidad, *sin exponer los fundamentos de tan temerario enjuiciamiento*, y, más, cuando ello se hace en una revista tan acreditada y de tan vasta circulación en los medios especializados.

#### *Un poco de historia*

El TGC se instaló el 19.11. 82, en Arequipa, con los magistrados que, en orden de edades, de mayor a menor, aparecen en seguida. El primer paréntesis indica las edades que entonces tenían (muy aproximadamente):

— Jorge Vásquez Salas	(77)	(q.e.p.d.)
— Nicanor Silva Salgado	(75)	
— Alberto Eguren Bresani	(72)	
— Alfredo Corso Masías	(71)	
— Javier Vargas Vargas	(70)	
— Mario Peláez Bazán	(68)	
— Oswaldo Rodríguez Mantilla	(64)	
— Alfonso Rodríguez Domínguez	(56)	(q.e.p.d.)
— Manuel Aguirre Roca	(55)	

En 1983, a raíz de las renuncias de los doctores Vásquez Salas y Vargas Vargas, ingresaron, nombrados por el Poder Ejecutivo, los doctores Carlos Basombrío Porras (61) y Luis Osores Villacorta (80). En 1985, fue nombrado el doctor Jaime Diez Canseco Yáñez (70).

Posteriormente, en virtud de los sorteos ordenados por la Ley No. 245889, la misma que, para normalizar y moralizar la situación, dispuso que se rehiciera el irregular e insólito sorteo de 1985, y que, además, se llevara a cabo, con las correspondientes garantías, el de 1986, ingresaron al TGC los siguientes Magistrados:

- Héctor Centurión Vallejo (73)
- Jorge León Seminario (71)
- Luis Angel Valenzuela Astete (66)
- Héctor Díaz Valdivia (64)

Al mismo tiempo, salieron, por sorteo, los siguientes: Eguren Bresani, Silva Salgado y Rodríguez Mantilla.

Como los doctores Corso Masías y Aguirre Roca fueron reelegidos por el Poder Judicial y el Poder Legislativo, respectivamente, actualmente (a la fecha de esta nota) el Tribunal está compuesto por los Magistrados que, en orden de edades, y de mayor a menor, se indican a continuación:

- Alfredo Corso Masías (77)
- Mario Peláez Bazán (75)
- Héctor Canturión Vallejo (75)
- Jaime Diez Canseco Yáñez (73)
- Jorge León Seminario (72)
- Luis Angel Valenzuela Astete (67)
- Carlos Basombrío Porras (65)
- Héctor Díaz Valdivia (65)
- Manuel Aguirre Roca (61)

*¿Todos tan malos?*

Se piense lo que se piense de su aporte al TGC, lo cierto es que a ninguno de los nombrados le faltaba —s.e.u.o.— ejecutoria, ni títulos, ni antecedentes para integrarlo. Vásquez Salas fue profe-

sor universitario y Canciller de República; Silva Salgado, distinguido abogado, codificador y asesor del Ministerio de Justicia durante largos años; Corso Masías, Rector de la Universidad de San Agustín de Arequipa; Vargas Vargas, profesor universitario y Decano del Colegio de Abogados de Lima; Eguren Bresani, Presidente de la Corte Suprema de Justicia; Peláez Bazán, Fiscal Superior, legislador y constituyente; los doctores Rodríguez Mantilla y Rodríguez Domínguez se distinguieron como maestros universitarios, administrativistas y asesores jurídicos de ministerios y otras reparticiones públicas; Osores Villacorta fue magistrado superior y legislador; Diez Canseco Yáñez, Vocal de la Corte Suprema de Justicia; Centurión Vallejo es profesor universitario emérito y ex-Vocal superior; León Seminario ha sido destacado miembro del Consejo de la Magistratura; Valenzuela Astete fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad “Villarreal”; Díaz Valdivia ha sido dos veces Decano del ilustre Colegio de Abogados de Arequipa; y el suscripto ostenta el grado de doctor en Derecho de la Universidad de París y ha sido (y es) profesor universitario durante largos años.

Como se ve, aparte de los nueve magistrados fundadores que prestamos servicios desde el nacimiento del TGC, han alcanzado la investidura seis colegas más, todos con especiales calificaciones y antecedentes, si bien éste no es momento de presentar sus respectivos y bien nutridos *curriculum vitae*, de los cuales nos hemos contentado con recordar sólo algún detalle.

En estas circunstancias, afirmar, con enfático desenfado y modal apodíctico, y sin respaldo argumental o fáctico alguno, que los magistrados “no han estado, *ni mucho menos* a la altura...” se antoja, aparte de gratuitamente ofensivo, muy poco profesional y nada serio.

### *La Labor está a la vista*

La labor de los magistrados, por lo demás, está a la vista de todo el mundo, pues las resoluciones, los pronunciamientos y las sentencias del TGC se publican en *El Peruano*. Quien estime deficiente dicha labor, puede —y digo más: *debería*— ejercitar el derecho que otorga el artículo 233, inciso 17, de la Constitución, y analizar y criticar la correspondiente jurisprudencia constitucional. Ese es el camino serio, científico y constructivo. En cambio,

nadie tiene derecho a denigrar alegremente —es decir, sin argumento ni prueba— al semejante, y menos a propósito de funciones jurisdiccionales de tanta importancia y que comprometen el honor y el buen nombre de los jueces, y el mismo interés nacional.

### *La Crítica seria*

Sería de desear, pues, que el Dr. AQL hiciese un esfuerzo académico destinado a solventar —o, en su caso, explicar o rectificar—, mediante el análisis crítico de las resoluciones del TGC y de los votos de cada magistrado, la tesis de que los dieciséis (16) que hemos descurrido por el TGC no hemos estado nunca “*ni mucho menos*, a la altura de nuestra responsabilidad histórica y nacional”. Para facilitar la tarea, valga recordar que la revista *Normas Legales*, con el título de “*Jurisprudencia Constitucional*”, ha publicado, hace poco, un tomo especial e íntegramente destinado a presentar una buena parte de las sentencias emitidas por el TGC en sus primeros tres años y pico de gestión. Es cierto que en dicho libro no aparecen, en todos los casos, mis votos singulares, y que las sumillas de las ejecutorias dejan mucho que desechar, ya que no siempre destacan lo más importante, y muy rara vez cumplen con indicar si hay o no votos singulares —o fundamentos singulares del voto—, y menos cuál es el sentido y criterio de las discrepancias; pero, de todos modos, la consulta de dicho grueso volumen puede poner en la buena pista, siempre que realmente se desee conocer y analizar la jurisprudencia del TGC. En los archivos del TGC, por lo demás, se pueden encontrar los textos de todas las resoluciones, las mismas que son, como se sabe, documentos públicos y que están, por ende, a disposición de todos.

### *Mi posición y mi aporte*

No estará de más hacer presente que, en no menos del ochenta por ciento\* de los casos planteados por las acciones de *habeas corpus* y amparo, mis votos han sido casatorios (es decir, reprobatorios de las sentencias supremas recurridas); y que en no menos del 70%, dichos votos son singulares, es decir, que no concuerdan con los pronunciamientos emitidos, en mayoría, por el TGC. Y yo

---

\* Ultimamente, mis votos casatorios frisan en el 95%.

no soy, por supuesto, el único magistrado que emite votos discrepantes.

Respecto de las seis demandas de inconstitucionalidad (dos dobles y dos sencillas) que se han ventilado en el TGC desde su instalación hasta la fecha, valga recordar *que me pronuncié a favor de cinco*, ya que sólo estimé infundada una de ellas, mientras que el TGC no declaró fundada ninguna de las seis.

Tal vez se estime impertinente la información sobre dónde y cómo encontrar la documentación indispensable para analizar y criticar científicamente la labor del TGC, pues, en efecto, debe suponerse que quien expresa que “no hemos estado a la altura —ni mucho menos— de las responsabilidad histórica que la Nación nos encomendara”, sin duda debe no sólo conocer *todas* las sentencias y *todos* los pronunciamientos del TGC, sino que, además, hay que pensar que ya los ha estudiado y evaluado críticamente.

Sin embargo, espero se me perdone este exceso de celo, ya que, en el peor de los casos, la información ha de ser útil a más de un interesado.

De cualquier modo, el TGC y el suscrito esperamos que quien desee evaluar la labor del TGC, se moleste en estudiar sus pronunciamientos y en precisar sus discrepancias, ya que mal pueden levantarse cargos indeterminados, vagos o multívocos. Para ejercer el derecho constitucional de defensa, es indispensable conocer en qué consiste el ataque. Dígase, pues, dónde, exacta y concretamente, y en relación con los pronunciamientos del TGC, aparecen las deficiencias o insuficiencias. Así se propicia el diálogo científico, y se evitan, al mismo tiempo, debates y malentendidos estériles.

**SECCION: VARIA**



## DERECHO AMBIENTAL EN LA CONSTITUCION PERUANA

Guillermo Figallo

El artículo 123º establece que: “todos tenemos el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tenemos el deber de conservar dicho ambiente”.

“Es deber del Estado preservar y controlar la contaminación ambiental”.

De este modo nuestra Carta Fundamental, como la mayor parte de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, reconoce la existencia del ambiente como un nuevo bien jurídico integral que debe ser conservado.

### CONCEPTO DE AMBIENTE

Según A. Pérez Luño, la expresión “ambiente” tiene un sentido multívoco. Así se habla de ambiente físico, o natural, integrado por la biosfera, que equivale al conjunto de recursos naturales (elementos y procesos) y los ecosistemas producto de la interacción de los seres vivos y el medio. También se considera el ambiente cultural formado por los espacios cerrados, construidos por el hombre, las manufacturas o productos si son físicos y las instituciones si son inmateriales; por último integra el ambiente el resto de la humanidad. Por otro lado se ha llegado a identificar hasta cinco modalidades de ambiente:

- a) El climático o metereológico;
- b) El físico o los recursos que el hombre organiza para satisfacer sus necesidades;
- c) Los asentamientos que configuran cierto habitat;

- d) Las formas sociales de trabajo o recreación; y
- e) Los factores que promuevan o comprometan la salud.

Existe una concepción amplia del ambiente como “el conjunto de factores físicos, sociales, culturales, económicos y estéticos que afectan al individuo y a las comunidades, que determinan su forma, carácter, relación y supervivencia natural. (National Environment Policy Act.).

Otros lo definen simplemente como “el entorno natural”. En otras palabras, el ambiente es un concepto genérico que comprende todos los factores y fuerzas externas a los que responde efectiva o potencialmente un organismo.

La Comisión Económica para Europa ha definido el medio ambiente humano como “un conjunto de sistemas compuestos de objetos y condiciones físicas definibles que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados bajo la forma que ya los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible y con los que el hombre ha establecido relaciones particulares en cuanto al foco dominante; el proceso dinámico evolutivo, que goza de la misma naturaleza que el medio ambiente humano se encuentra fuertemente influido por la interacción e interdependencia entre el hombre y los restantes elementos del medio ambiente sobre el que actúa a los que utiliza, transforma, desarrolla o amolda. Se trata en definitiva, de un proceso en que juegan un papel fundamental las innumerables motivaciones y aspiraciones sociales del hombre”.

## NOCION JURIDICA DEL AMBIENTE

Se considera que la primera noción jurídica coherente y orgánica del ambiente se debe a Massimo S. Giannini, quien señaló inicialmente que la acepción del ambiente en el área jurídica es distinta, según tres vertientes que tienen en cuenta su evolución histórica y la situación actual de la normatividad; la primera, con la referencia a la normatividad y movimiento de ideas relativas al paisaje que ve de modo prevalente el aspecto de los bienes ambientales, paisajísticos como bienes públicos objeto de conservación; la segunda, persigue la defensa de los recursos naturales (suelo, aire,

agua, etc.). contra los actos que constituyen agresión al ambiente de la mutua agresión entre el hombre y la naturaleza, y en la tercera el ambiente es objeto de la planificación territorial. Posteriormente Giannini ofrece una concepción distinta del ambiente como el “ámbito físico de diversas acciones humanas en el cual subsisten sistemas de equilibrio que puede ser modificado pero sólo a costa de reconstituir otros sistemas”. Este concepto reduce a dos las estrategias jurídicas: la gestión de los elementos del ambiente y la del territorio. Empero, el ambiente debe ser contemplado en su globalidad, pues la naturaleza se afirma como unidad en la que todos los sectores están íntimamente relacionados entre sí. Esta interrelación no se limita al medio físico. Los antiguos criterios que escindían la naturaleza y la cultura han sido superados pues ambas están íntimamente interpenetradas. Esta síntesis se da en el hombre que forma parte de la naturaleza y a la vez la modifica; es criatura y creador de nuevas formas de vida.

El proyecto de Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales define el ambiente como el “sistema de elementos naturales y artificiales de actividades humanas donde interviene el hombre en busca de bienestar natural y espiritual”. Esta definición es manifiestamente defectuosa.

Nuestra Constitución menciona varios planos del ambiente (salud, equilibrio ecológico, desarrollo de vida, paisaje) que tienen incidencias en diversos sectores del orden jurídico por lo que debe entenderse que toma el vocablo en sus significación más amplia y que su reglamentación requiere una disciplina unitaria.

El enunciado del artículo 123º contiene una trascendental innovación, que consiste en la “Democratización” de la naturaleza, al ponerla a disposición de “todos”, eligiendo el ambiente no sólo como patrimonio común, sino propiamente como “patrimonio de la humanidad” es decir que no solo pertenece a las generaciones actuales sino también a las futuras.

El “Derecho a la naturaleza” resulta así uno de los derechos fundamentales del hombre. Podría decirse que nuestra Constitución recoge el pensamiento de Saint Marc cuando dice “Democratizar la naturaleza es también considerarla como un bien público,

negarse a dejar, como pasa hoy, que se apropien, cierren o prohíban los bosques, ríos, mares y montañas es querer que todos pueden tener su parte de hierba verde de la belleza de los paisajes del océano”.

“La naturaleza no es el Estado” —señala acertadamente Otto Morales Benites— “es de todos nosotros. Nos pertenece. Debemos defenderla”. Es pues impostergable despertar el sentido de propiedad colectiva y educar al pueblo en su uso y disfrute solidario.

Entre los Derechos fundamentales de la persona consagrados en el Título I de la Constitución vigente no figura el derecho “al” ambiente. Ello se debe sin duda a que resulta difícil establecer con precisión el conjunto de facultades constitutivas del mismo y porque la noción de ambiente es simplemente descriptiva pues todos los hombres desarrollan nuestra existencia inmersos en ambientes determinados. Lo que es más, grandes sectores de la población vienen en ambientes degradados que no pueden ser considerados como situaciones objeto de protección jurídica sino todo lo contrario. Por consiguiente, se hace necesario calificar al ambiente de “saludable” o “ecológicamente equilibrado” o “adecuado para el desarrollo de la vida” como lo hace nuestra Constitución. Debe entenderse que esta última expresión alude no sólo a la idea puramente cuantitativa del bienestar sino que postula un desarrollo cualitativo y equilibrado de la persona humana en armonía con la naturaleza.

Existe indudable concordancia del artículo 123º con otros preceptos constitucionales como el derecho a la vida, la integridad física, y al libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2º inc. 1), amenazados por los casos de grave contaminación ambiental; con el derecho a la seguridad social (art. 12º); con el derecho a la protección de la salud integral (art. 15º), con el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa (art. 10º); con la tutela del patrimonio cultural de la Nación (art. 36º); con las medidas para asegurar la salud e integridad física y mental de los trabajadores (art. 47º), con la regulación del uso del suelo urbano de acuerdo al bien común (art. 18º); con la evaluación y preservación de los recursos naturales, el fomento de su racional aprovechamiento y la promoción de su industrialización para impulsar el desarrollo

económico (art. 119º) con la obligación de usar la propiedad en armonía con el interés social (art. 124º).

## LA DECLARACION DE ESTOCOLMO

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, pese a las diferencias y enfrentamientos entre los países desarrollados y terciermundistas y haber merecido numerosas críticas, significó el inicio de la “universalización” de los problemas ambientales, pues acordó la elaboración del Plan de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA) y emitió la Declaración sobre el Ambiente que contiene una Proclamación de 7 Puntos y 26 Principios. En las primeras se expresa que: “La Defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en una meta imperiosa de la humanidad que ha de perseguir al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellos. El Principio Uno expresa la convicción de que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Proclama también que ambos aspectos del ambiente humano, el natural y el artificial son esenciales para el bienestar y el disfrute de los derechos humanos básicos incluyendo el propio derecho a la vida. En Estocolmo el concepto de ambiente nació de una orientación que se apoyaba en la ciencias naturales, de carácter tecnocrático y preocupada fundamentalmente por las consecuencias materiales y que se transforman en otra más profunda que ha integrado los factores socio-económicos, que en última instancia son la causa de muchos problemas ambientales.

## AMBIENTE SALUDABLE

El primer plano ambiental que distingue el artículo 123º es el relativo al ambiente “saludable”. Este ha sido definido como el complejo de condiciones indispensables a la integridad de la salud hu-

mana (N.IRTI). La salubridad del ambiente aporta sobre nuevas bases la temática de la tutela de la salud donde ésta misma es individualizada como bien no sólo individual sino social.

La Constitución reconoce el derecho a la salud de la persona como un derecho fundamental al que concede la más amplia protección (art. 16).

Empero, el derecho a la salud en su relación con el ambiente amplía su contenido además de la salvaguardia de la integridad, la garantía de condiciones que garanticen el desarrollo de la existencia del individuo según fundamentales cánones de salubridad.

## EQUILIBRIO ECOLOGICO

El siguiente aspecto ambiental que menciona el art. 123º es el derecho de habitar en un ambiente ecológicamente “equilibrado”.

La biosfera es la capa de la tierra que permite la vida. La biosfera está constituida por parte de la atmósfera (el aire) donde lo viviente se extiende a varios kilómetros, la hidrosfera (aguas marítimas, lacustres y fluviales) en que llega a todas las profundidades y la litosfera (suelo y subsuelo) en cuyo interior sólo alcanza unos metros; el avance científico y tecnológico ha permitido que el hombre ejerza un reflujo global entre los recursos, estructura y composición de la biosfera.

Las partes de la biosfera se encuentran vinculadas por complicados ciclos biogeoquímicos de migración de substancias y energías. (B. Lankorin). También suele denominarse biosfera a “todo el conjunto de organismos que viven en nuestro planeta”. (M. Trenzado).

Este sistema natural es anterior al hombre y al sistema socioeconómico y está formado por una parte viva (biótica) compuesta por los microbios, vegetales y animales y otra no viva que le sirve de sustento (abiótica) formada por los elementos naturales (agua, oxígeno, anhidrido carbónico, etc.) materia orgánica, subproductos y otros factores físicos (radiación solar, clima, vientos, etc.)

universo en este sistema que es biosfera. El hombre vive y es parte del mismo y constituye en última instancia su habitat natural.

A mediados del siglo pasado la idea puramente descriptiva de la naturaleza que mantenían los riesgos científicos adquirió singular dinamismo como consecuencia de la concepción evolucionista de las especies elaborada por Darwin que planteó las bases de la ecología como ciencia sobre las relaciones de los seres vivos con su habitat. El biólogo Ernest Haekel fue el primero en emplear la palabra Ecología (1866) definiéndola como “el conjunto de conocimientos referentes a la economía de la naturaleza, la investigación de todas las relaciones del animal tanto en su medio inorgánico como orgánico”.

La ecología ha evolucionado desde su concepto inicial exclusivamente biológico que se mantiene hasta ahora distinguiendo dos ramas: la autoecología que estudia las relaciones entre los seres vivos y los ecosistemas y las relaciones de éstos con el medio ambiente, cuyos orígenes se encuentran en los trabajos de A. Von Humboldt sobre las relaciones del clima con los tipos de vegetación y de A. Voelkov que fue el primero en haber planteado el problema de las transformación activa de la naturaleza bajo la acción humana.

Los aportes de K. Marx y F. Engels desde el ángulo del carácter dialéctico de la interacción del sistema hombre-sociedad-naturaleza y otros científicos como E.P. Odum han ampliado el campo de la ecología como ciencia de síntesis multidisciplinaria e interdisciplinaria.

Con la Revolución Científico Tecnológica del siglo XX la Ecología ha avanzado a una situación prominente favorecidos por el perfeccionamiento y por la aplicación de conceptos y técnicas de otras ciencias especialmente de la Química y la Física y se presenta como instrumento de la mayor importancia para todas las naciones porque su enfoque abarca toda la problemática de equilibrio entre el hombre y sus relaciones y el medio y sus posibilidades.

El objeto de la Ecología queda claramente delimitada si la

consideramos con el concepto de los sistemas cuya complejidad abarca desde el nivel molecular hasta los ecosistemas.

El “ecosistema” es definido como un ambiente más o menos delimitado donde los recursos locales son reciclados por una biomasa de plantas y de animales asociados en procesos compatibles (Pierre Danserau).

Evidentemente el proceso central del ecosistema es la alimentación de la cual depende la propia mantención de la vida de éste. De ahí la importancia del estudio de los vínculos tróficos de los sistemas.

Se ha señalado que entre las actividades que preocupan actualmente al mundo técnico-científico ninguna tiene consecuencias tan profundas para el futuro de la humanidad como la conservación del ambiente natural del hombre lo que confiere a la Ecología una visión global que comprende asuntos de salud pública, alimentación e ingeniería que abarcan prácticamente todas las ciencias Físicas y Sociales.

La ocupación de la tierra y la explotación de los recursos naturales no debe estar liberada a la “libre iniciativa privada guiada por el afán de lucro que conduce a su depredación por cuanto no tiene en cuenta ciertos principios ecológicos dirigidos a preservar los recursos ambientales para usufructo de las futuras generaciones”.

Como advierte W. Duarte de Barros debe buscarse la “Seguridad del desarrollo”. Ello importa la afirmación de la búsqueda de una garantía de continuidad del proceso de desarrollo no sólo para algunas generaciones, sino permanente que mantenga la composición esencial de la propia Nación.

Actualmente se postula que la ecología es una disciplina bidimensional cuyo objeto es, de un lado, el ambiente físico que constituye el soporte de la vida y de otro, por los ecosistemas o relaciones y procesos dinámicos de interacción entre el medio físico y los organismos vivos a los que sirve de soporte.

Con relación a las ciencias sociales se ha desarrollado la rama de la ecología humana que analiza los procesos a través de los cuales el hombre puede modificar el equilibrio de los ecosistemas con las consiguientes repercusiones para el ambiente y el desarrollo de la vida humana.

El concepto de ecosistema es un aporte fundamental de la ecología que ha establecido que las especies no viven aisladas sino con otras en estricta interdependencia entre sí y con el ambiente en situación de equilibrio dinámico cuya ruptura produce la extinción del sistema.

## DERECHO ECOLOGICO O DERECHO AMBIENTAL

El desarrollo de la Ecología significó la comprensión de que el ambiente constituye una globalidad, un todo cuyos diversos elementos interactúan entre sí en equilibrio dinámico. Esta verdad recién percibida en la segunda mitad del presente siglo determinó la necesidad y creación de nuevas técnicas y normas legales para el manejo integrado de los recursos, que han dado origen a una nueva rama del Derecho.

Con respecto a la denominación de esta nueva disciplina jurídica no hay acuerdo entre los especialistas si debe llamarse Derecho Ecológico o Derecho Ambiental. Sergio Ferraz denomina "derecho ecológico" al conjunto de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos orgánicamente estructurados para asegurar un comportamiento que no atente contra la sanidad del medio ambiente". Por su parte Diego de Figaereido Moreira define al Derecho Ecológico como compuesto de "técnicas, reglas e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por principios aprobados que tengan por fin la disciplina del comportamiento relacionado con el medio ambiente".

En cambio, Martín Mateo, J. Cano y P.A. Leme Modrado, se inclinan por la denominación de Derecho Ambiental señalando que las definiciones anteriores se refieren al ambiente.

Entre nosotros, los estudios jurídicos sobre la materia se encuentran en una fase inicial. De la terminología constitucional pa-

rece derivarse la conveniencia de la denominación Derecho Ambiental. Empero, Audaluz y Valdez se inclinan por la denominación Derecho Ecológico “como ciencia normativa que se pone al servicio de la conservación” y como “una simple preferencia y no como un imperativo científico” en lo que coincidimos.

El Derecho Ambiental, en su acepción más amplia, busca reorientar las relaciones existentes entre el hombre y su medio. Su objeto es lograr que la actividad humana opere racionalmente sobre la naturaleza en función de una realidad perfectamente establecida (por la ciencia) que dé cuenta de las limitaciones que la acción humana sobre los recursos naturales y el ambiente que le son necesarios. Esto tiene un sentido muy claro: proteger al hombre de sus propias obras y preservar la integridad de los ecosistemas naturales que garantizan la vida sobre el planeta.

Con mayor precisión puede decirse que el Derecho Ambiental regula las actividades productivas en general cuando se relacionan con los recursos naturales, en función de su utilización explotación o aprovechamiento racional, que significa el mantenimiento sostenido de estos para su aprovechamiento continuado —en el caso de los renovables—; y su reutilización o reciclaje— en el caso de los no renovables.

Desde hace tiempo las Naciones Unidas han reconocido que el desarrollo implica la redistribución de los ingresos y recursos productivos. A partir de los años 70 han advertido la necesidad de la defensa del medio ambiente y ha señalado la necesidad de una redifinición del concepto de planificación del desarrollo en la que el uso sostenido de los recursos naturales y predicción del ambiente es tarea fundamental. De ahí que la forma del desarrollo ha pasado a ser la siguiente: mayor producción, más distribución, más preservación del medio ambiente. Es lo que algunos especialistas denominan eco-desarrollo.

En realidad, se trata del surgimiento de una nueva civilización basada en la armonía de los bienes materiales y los inmateriales, distinta de la civilización capitalista depredadora de la naturaleza en su afán de ganancia ilimitada y sembradora de muerte.

No puede pues causarnos extrañeza que la Ecología llamada “la primera piedra de la humanidad futura” haya conmocionado el Derecho Agrario penetrándolo desde su propio núcleo como una “cuarta dimensión”.

De ahí que algunos autores hayan planteado la alternativa de considerar al derecho agrario como parte de un Derecho de la Naturaleza denominado por la preocupación ecológica y forjado a medida de ésta y que podría llamarse Derecho Ambiental.

La unidad e interdependencia de los recursos naturales renovables (suelos, agua, flora y fauna) como integrantes de un universo biológico productor de materia orgánica ha llevado a Ramón Vicente Casanova a concebir el Derecho Agrario como “Derecho de los recursos naturales renovables que intenta ordenar las relaciones jurídicas que se originan en la tenencia y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, concebidos como unidad en la figura de la propiedad territorial (del Estado o de los particulares, individual o colectiva), con miras a establecer una conveniencia humana que sea al mismo tiempo convivencia con la naturaleza”.

## EL AMBIENTE EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Puede decirse, que la recepción del tema del ambiente en los textos constitucionales es de data reciente y se ha producido con más amplitud a medida que se ha ido tomando conciencia de su importancia prioritaria.

La Primera Constitución que se refiere al Ambiente es la Carta Fundamental de la República de Italia promulgada el 21 de diciembre de 1947 que en su artículo 9º establece que:

“La República salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”. El desarrollo hermenéutico de esta norma en apariencia concebida sólo para la conservación de las bellezas naturales ha abarcado toda la problemática del ambiente.

El artículo 24 Septies añadido por votación popular de 6 de

junio de 1971 a la Constitución Federal de la Confederación Suiza establece que:

“La confederación legislará sobre la protección del hombre y de su ambiente natural contra las interferencias nocivas o molestas que se le infligan y combatirá, en especial, la contaminación del aire y el ruido”.

El artículo 25 señala que:

“La Confederación tendrá la facultad de dictar disposiciones legislativas para regular el ejercicio de la pesca y de la caza con vistas especialmente a la conservación de la caza mayor en las montañas y a la protección de las aves útiles a la agricultura y la silvicultura”.

La Constitución de Bulgaria promulgada el 18 de mayo de 1971 establece en su artículo 30 que:

“La tierra como riqueza natural y medio básico de jurisdicción será protegida y utilizada del modo más racional en interés de la sociedad”. Asimismo prescribe en el art. 31 que:

“Constituyen una obligación para los órganos del Estado, las empresas cooperativas, y las organizaciones sociales y un deber para todo ciudadano la protección y la salvaguardia de la naturaleza y de las riquezas naturales, de las aguas, del aire y del suelo, así como de los movimientos de la cultura”.

Por su parte la Constitución de la República Democrática Alemana de 7 de octubre de 1974 en términos semejantes establece que:

“El Estado y la sociedad velarán en interés del bienestar del pueblo, por la protección de la naturaleza. Deberán ser garantizados por los órganos competentes y serán además tarea de todo ciudadano la limpieza de las aguas y del aire así como la protección de la flora y de la fauna y de las bellezas paisajistas de la patria” (artículo 15º párrafo 2º).

La Constitución de Grecia, vigente a partir del 11 de junio de 1975, dedica al artículo 24 a una precisa regulación de los problemas ambientales estableciendo lo siguiente:

1.— Constituye obligación del Estado la protección del ambiente natural y cultura. El Estado estará obligado a adoptar medidas especiales preventivas o represivas con vistas a la conservación del aquél.

La ley regulará las modalidades de protección de los bosques y de los espacios forestales en general...”.

2.— Quedan bajo la regulación y control del Estado la ordenación del territorio, la formación, el desarrollo, el urbanismo y la extensión de las ciudades y de las regiones urbanizables en general con el objeto de garantizar la funcionalidad y el desarrollo de las aglomeraciones y las mejores condiciones de vida posible”.

6.— Quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos... .

Puede advertirse que la Carta Fundamental Griega contiene una concepción integral del ambiente en sus tres aspectos físico-biológico, urbanístico y cultural”.

La Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia promulgada el 21 de febrero de 1974, dedica a la preservación y mejora de las condiciones ambientales el artículo 87º que establece:

“Los trabajadores y los ciudadanos, las organizaciones de Trabajo Asociado, las Comunidades Sociopolíticas, las Comunidades Laborales y otras organizaciones y Comunidades Autogestionadas tendrán el derecho y el deber de asegurar las condiciones para preservar y desarrollar los valores del medio ambiente humano creados por la naturaleza y el trabajo, así como de preservar y eliminar los efectos dañinos que por la contaminación del aire, el suelo, las aguas, las corrientes y el mar, por ruidos o de otro modo, pongan en peligro estos valores y amenacen la vida y la salud de los hombres”.

La Constitución de la República Portuguesa, proclamada el 2 de abril de 1976, es una de las más avanzadas en la materia. En los artículos 64º, 65º y 66º ubicados en el Capítulo Tercero “De los Derechos y Deberes Sociales” del Título III sobre “los Derechos y Deberes Económicos, Sociales, Culturales, y brinda una amplia tutela a la salud, la vivienda, el ambiente y la calidad de vida, declarando que:

1.— Todos tienen derecho a un ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

2.— Corresponde al Estado mediante sus propios organismos y la apelación de iniciativas populares:

- a) Prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión;
- b) Ordenar el espacio territorial de modo que resulten paisajes biológicamente equilibrados;
- c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico;
- d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.

3.— Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho que se refiere el acápite, podrá pedir con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización.

4.— El Estado debe promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses.

La Constitución de la República Socialista de Albania, de 29 de diciembre de 1976, establece que:

“Constituye un deber del Estado, de las organizaciones económicas y sociales y de todos los ciudadanos la protección de la

tierra, de las riquezas naturales, de las aguas contra cuales quiera daños y contra la contaminación”.

Otro modelo importante es la nueva Constitución Soviética, de 7 de octubre de 1977, cuyo artículo 18º ha sido calificado por el maestro italiano Antonio Carrozza como “un decálogo de los principios fundamentales referentes a la tutela de la naturaleza, no considerada únicamente como tierra cultivable”. Dicho enunciado dice:

“En interés de las generaciones presentes y futuras, la Unión Soviética adopta los procedimientos necesarios para la tutela y el uso racional y científicamente fundado, de la tierra, del subsuelo, de los recursos hidricos, de la flora y de la fauna, para la conservación de la pureza de la atmósfera y del agua, para la garantía de la reproducción de las riquezas naturales y para el mejoramiento del ambiente que mejora al hombre”.

La Constitución Española, de 31 de octubre de 1978 proclama el derecho al ambiente y vincula la explotación racional de los recursos naturales con la mejora de la calidad de vida y la defensa y restauración del ambiente. Su artículo 45º establece:

1.— Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2.— Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Puede advertirse que la mayoría de las Constituciones que hablan específicamente de la protección del ambiente pertenecen al bloque de las llamadas “democracias populares” y que obedecen a reformas constitucionales efectuadas después de 1968 considerado como “fecha crucial” de afirmación del ecologismo. En cambio son minoría las Constituciones de las democracias occidentales que aluden esta materia y también son posteriores a dicha fecha.

En los distantes países en que no se han operado reformas Constitucionales recientes por lo que no existe en sus Cartas Fundamentales una expresa referencia al ambiente se ha desarrollado una amplia legislación sobre la materia como Francia, Alemania Federal, Estados Unidos de Norte América y en Iberoamérica, Brasil, Colombia y Venezuela.

Los textos Constitucionales ubican la regulación ambiental dentro del título referente a la Política Económica y Social, es decir entre de la llamada “Constitución Económica”.

Puede advertirse que si bien todas las Constituciones mencionadas se refieren al ambiente físico o entorno material sólo las más recientes mencionan el ambiente cultural y solamente la de Grecia se refiere expresamente a lo urbanístico.

## PRESERVACION DEL PAISAJE Y LA NATURALEZA

El tercer Aspecto del Ambiente que contempla el primer acápite del artículo 123º de la Constitución Política es el derecho de toda persona a la preservación del Paisaje y la Naturaleza. La redacción del dispositivo resulta notablemente defectuosa por cuanto la “preservación” de algo no puede constituir un derecho.

La Constitución de 1933 no hacía mención al paisaje. El paisaje no es un “telón de fondo” sino algo dinámico que experimenta rápidas modificaciones.

Una amplia corriente de la Ecología actual ha puesto de relieve los aspectos emocionales y estéticos de la percepción del paisaje naturales que se reflejan en la imaginación y el pensamiento del hombre, lo que hace necesario la valoración del paisaje y su tutela jurídica.

Después de la primera Guerra Mundial connotados geógrafos sostenían que en el paisaje convergen la naturaleza y la acción humana, y que “los paisajes naturales son los culturales, pues no se puede prescindir de la historia” (O. Schlutter).

El paisaje al principio fue considerado únicamente “como be-

lleza natural de especial mérito estético” lo que determinaba, según A. Pérez Luño, que las medidas protectoras tuvieran una significación:

- a) Fragmentaria, porque no anuncian globalmente la defensa de la naturaleza, sino de algunas de sus manifestaciones caracterizados por su valor pictórico;
- b) Estática, porque la naturaleza se contempla como un cuadro inmóvil cuya tutela se agota en medidas que aseguran su persistencia;
- c) Negativa, ya que se trataba de evitar modificaciones en determinados sectores del medio natural prescindiendo de aquellas alternativas que pueden contribuir a potenciar su significación;
- d) Abstracta, porque soslayaba la necesaria interacción entre el paisaje y los hombres, descuidando el papel de la naturaleza como dimensión refleja del hombre en la que ésta proyecta sus realizaciones y exigencias.

Actualmente el concepto de “paisaje” y “naturaleza” no se limita a la belleza “panorámica” sino que implica otros valores: naturales, geológicos, de la fauna y la flora, históricos. “Se trata de un valor complejo inserto en el concepto general de territorio”. (D. Magdalena).

De acuerdo a las exigencias de la sociedad actual la tutela jurídica del paisaje y la naturaleza está cargada de significado que va de los valores estéticos a los naturales en sentido propio, a los históricos y a todos aquellos más propiamente humanos.

Entre las instituciones relativas a la preservación del paisaje y la naturaleza se encuentran:

- a) El *vínculo paisajístico*, que consiste en adoptar las providencias cautelares que consisten en la prohibición o suspensión de labores en bienes calificables como bellezas naturales.
- b) Los *parques* son zonas delimitadas que se caracterizan por la presencia de formaciones geológicas o paleontológicas, flora y fauna, valores paisajísticos y a menudo, aunque no necesariamente, de valores históricos-ambientales.
- c) Las *reservas naturales* son extensiones territoriales más reduci-

das que los parques dotadas de una particular caracterización de la finalidad conservativa del ambiente natural prevalentemente concentrada en los valores botánicos, forestales, faunísticos, sin limitación, de acuerdo a fines propiamente culturales y científicos con exclusión de su apertura a un disfrute generalizado de la colectividad. (A. Ferri).

La última parte del artículo 123º de la Constitución establece que: "todos tenemos el deber de conservar dicho ambiente" (saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida). La conservación, es pues, positiva, no se reduce a una simple abstención o "no hacer" sino el mantenimiento, la utilización racional, la reestructuración y la mejora del ambiente. Con mayor razón no son permisibles los aspectos humanos de deterioro ambiental como la contaminación, la desertificación, la depredación.

## LA CONTAMINACION AMBIENTAL

El segundo acápite del artículo 123º señala que: "Es obligación del Estado, prevenir y controlar la contaminación ambiental". La contaminación es una forma cualitativa de degradación ambiental. La contaminación suele delimitarse según el elemento afectado (aire, agua, suelo).

Durán Dantes distingue dos tipos históricos de contaminación atmosférica:

- 1) La contaminación clásica de las grandes aglomeraciones industriales debida fundamentalmente a las de industrias químico-metalúrgicas y a la combustión del carbón. Un caso notorio fue el de los humos de La Oroya provocado por la función de la Compañía Minera Cerro de Pasco que contaminó las de los departamentos de Pasco, Lima y Junín.
- 2) La contaminación moderna que corresponde a la etapa de los hidrocarburos. Su control es uno de los problemas más graves de nuestros tiempos.

La contaminación ambiental ha sido definida como "la alteración desfavorable de nuestro entorno como subproducto total o

parcial de las actividades humanas y a través de los efectos directos o indirectos que se derivan de los cambios de la distribución de la energía, los niveles de radiación, la constitución química y física y la abundancia de los organismos". Estos cambios pueden afectar al hombre directamente o a través del abastecimiento de agua y de los productos agrícolas o biológicos, de sus objetos o bienes materiales o de sus posibilidades de disfrute de la naturaleza".

Otra definición generalizada de contaminación se refiere a "cambios no deseables en las características físico-químicas y biológicas del aire, la tierra y el agua, que puedan afectar nocivamente la vida humana o la de otras especies valiosas, los procesos industriales, las condiciones de vida y la sociedad en general".

J.E. BAUGH define la contaminación como "la descarga de substancias extrañas en el ambiente en cantidades tales que perjudiquen la propiedad, la vida y/o salud del hombre o la integridad de los ecosistemas naturales.

Los tres grandes elementos que constituyen la biosfera y cuyas características físico-químicas y bacteriológicas los diferencia entre sí, son precisamente el aire, el agua y los suelos. Cada uno de ellos se ve afectado de manera especial por la actividad humana, principalmente industrial, pero el efecto muchas veces se traslada de uno a otro. Esta clasificación tripartita sirve como pauta en el análisis ecológico y en las investigaciones sobre conservación y descontaminación ambiental. También el Derecho tradicional toma en cuenta esta clasificación del ecosistema mundial, aunque tiende a equivocarse al no llegar a regular integralmente los tres ecosistemas, descuidando, por ejemplo, el de la atmósfera y perjudicando así el logro de los objetivos trazados, y la eficiencia de sus normas de control.



## SISTEMA ELECTORAL Y REPRESENTACION POLITICA EN EL PERU ACTUAL (\*)

Domingo García Belaunde

### 1. *Consideraciones preliminares*

Coincidiendo con otros movimientos políticos del continente, el Perú volvió a la vida democrática en 1980, en elecciones generales que dieron el triunfo al partido Acción Popular, encabezado por su fundador y líder el arquitecto Fernando Belaunde Terry, que retornaba al poder luego de haber sido derrocado en 1968 por una junta militar. Luego de doce años de un interesante y controvertido proceso militar, el país discurría, por sus cauces institucionales, enmarcados dentro de una nueva Constitución sancionada expresamente por una Asamblea Constituyente que sesionó en el período 1978-1979, y que entró plenamente en vigor en 1980.

Las principales características de la nueva norma constitucional, pueden resumirse, en lo concerniente a lo que es punto de nuestro interés, en los siguientes aspectos:

- a) Establece un Poder Ejecutivo fuerte, con amplias facultades de gobierno,
- b) Confirma el principio de las dos Cámaras, la de senadores y la de Diputados. Se introducen diferencias entre ambas, siendo la

---

(\*) El presente texto es la ponencia presentada al simposio internacional “Sistema electoral y representación política-países andinos”, organizado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Fundación Ebert, en colaboración con el Centro de Estudios Constitucionales y la Cátedra de Teoría del Estado de la UNED, y que se llevó a cabo en Segovia, del 25 al 27 de noviembre de 1986. Por razones de tiempo, no se pudo considerarse comentario alguno acerca de las elecciones municipales realizadas en noviembre de 1986.

Este artículo fue publicado incompleto en DERECHO número 41, razón por la que lo reproducimos íntegramente ahora.

segunda eminentemente política (tiene en exclusiva y a su cargo el control político del Ejecutivo y puede censurar a los Ministros de Estado) y la primera tiene también algunas prerrogativas exclusivas (aprobar los nombramientos de los altos dignatarios diplomáticos en el exterior, etc.) y representará, además, a las Regiones, cuando éstas se constituyan (en la actualidad, y como fruto de una larga evolución política, el país se halla dividido, de acuerdo al modelo francés que le sirviera de inspiración, en departamentos; éstos a su vez en provincias, y luego finalmente en distritos y poblados menores).

- c) Establece los Gobiernos Locales, dirigidos por Concejos Municipales a lo largo de todo el país, y con amplias facultades,
- d) Consagra como órgano máximo en materia electoral al Jurado Nacional de Elecciones, de carácter no sólo administrativo sino jurisdiccional,
- e) Crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, con limitadas competencias para resolver en casación acciones de Habeas Corpus y Amparo, así como Acciones de Inconstitucionalidad,
- f) El período de gobierno es fijado en cinco años; los parlamentarios pueden ser reelegidos indefinidamente. El Presidente de la República no puede ser reelegido inmediatamente.

En cuanto a la participación política, está consagrada únicamente a nivel de elecciones para la conformación de los órganos de gobierno y los municipales (y las regiones en el futuro). Los primeros (ejecutivo y legislativo) se renuevan cada cinco años, los segundos, cada tres. No existen otras formas de participación popular, no obstante que algunos grupos plantearon en la Asamblea Constituyente, aun cuando sin éxito, introducir otras formas de participación política.

En lo formal, conviene señalar que esta participación, canalizada a través del sufragio, tiene las siguientes características:

- a) Es secreto y obligatorio, desde los 18 a los 70 años; con posterioridad a esa edad, es facultativo,
- b) El voto está generalizado, incluyendo a los analfabetos y a los no residentes;
- c) Aparte de algunos inhabilitaciones producto de procesos judiciales, sólo existe la inhabilitación especial para los miembros

de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, mientras estén en servicio.

En relación con lo dispuesto en la anterior Constitución de 1933, conviene señalar que en aquella Carta:

- a) El voto era obligatorio a partir de los 21 años y hasta los 60,
- b) Estaban excluidos del sufragio los analfabetos, los no residentes, las mujeres y los miembros del clero,
- c) Contenía idéntico precepto sobre el no voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.

De una simple revisión de la nueva normatividad electoral, se desprende claramente que ha habido un ensanchamiento del sufragio, y en tal sentido ha sido ampliada la base de la participación política a través de las elecciones. A esto se añade el hecho, como lo desarrollaremos más adelante, de una pureza electoral que se ha ido afianzando en los últimos años, no obstante la interrupción de doce años de gobierno militar (1968-1980) en donde incluso la convocatoria a una Asamblea Constituyente fue fiel reflejo de la voluntad ciudadana.

Adelantemos que esta pureza tiene sus antecedentes en reformas sustanciales hechas en el sistema jurídico electoral en 1931, con sucesivos afinamientos y perfeccionamientos, tales como la introducción, en 1963, de la cédula única, la cifra repartidora (sistema D'Hont) y el escrutinio en mesa. De estas tres reformas, nos extenderemos ahora sólo sobre la cédula única, dejando para más adelante las otras dos, porque ellas están más unidas a los apartados que desarrollaremos a continuación.

La cédula única implantada recién en las elecciones de 1963, como ya dijimos, consiste en que en una sola cédula (documento), figuran todas las listas con los candidatos existentes en la respectiva circunscripción donde vota cada elector. Así, a través de los órganos electorales, se preparan estas cédulas con los nombres, números o símbolos de cada uno de los candidatos debidamente registrados (sean partidos, candidatos independientes, agrupaciones no partidarias o alianzas de partidos), las que son impresas por el órgano oficial y distribuido por éste para que llegue a todas las me-

sas de sufragio esparcidas por todo el territorio. De esta suerte, al momento del sufragio el elector recibe una sola cédula que contiene todas las listas de candidatos, y solo él en la intimidad de la cámara secreta, procederá a decidir su voto dentro de la gama existente. Antes de 1963 el cuadro era distinto: cada candidato (partido, alianzas, etc.) imprimía su propio voto, lo entregaba al órgano electoral y éste a su vez lo distribuía en la respectiva circunscripción electoral. La experiencia de tal sistema demostró grandes vicios. Muchas veces por las dificultades propias del territorio, las cédulas se perdían; a destino llegaban las de un partido y no las de otro o vice-versa; o simplemente eran sustraídas o destruidas, presentándose así casos de numerosos candidatos o listas cuyos votos jamás llegaron a las respectivas mesas de sufragio, propiciándose de esta manera un fraude al elector, consciente o inconscientemente (más lo primero que lo segundo). Al establecerse la cédula única, estas prácticas viciosas desaparecieron.

## 2. *Sobre lo que pasó antes y la realidad actual*

En un estudio que es clásico, el eminentе constitucionalista Manuel Vicente Villarán, escribía lo siguiente:

“Cuando el Perú se hizo independiente, jamás había ensayado el sistema de elegir funcionarios por el voto del pueblo. Creada la República, nos iniciamos penosamente en el difícil arte del sufragio. . . el aprendizaje ha sido lento y los progresos alcanzados mediocres. Reinan todavía costumbres deplorables, vicios inverterados “(Cf. *Costumbres electorales*, en “Mercurio Peruano”, número 1, julio de 1918, página 11).

En fecha más reciente, el eminentе historiador Jorge Basadre, al hacer un balance de lo ocurrido hasta 1931 (época en que termina su análisis), hace la siguiente síntesis:

“Cabe en general, afirmar que, a lo largo del siglo XIX y durante el siglo XX, la República Peruana tuvo prácticas electorales malas, y que la opinión pública no se expresó en los comicios por cauces limpios, salvo en 1872 y cuando ratificó voluntariamente situa-

ciones ya creadas de hecho" (Cf. *Historia de la Repú-  
ública del Perú*. Séptima edición, Editorial Universi-  
taria, Lima 1983, tomo X, página 152).

Como hemos adelantado, en 1931 se constituyó en forma una nueva estructura electoral, consagrada constitucionalmente con la Carta sancionada dos años después en 1933, y que en lo sustancial perdura hasta ahora. Por eso la totalidad de los conocedores, analistas y estudiosos de nuestros procesos electorales están de acuerdo en que la historia electoral peruana tiene su punto de partida en 1931, no sólo porque a partir de esa época se cuenta con instrumentos, organismos y registros válidos y en gran parte confiables, sino porque la normatividad de esa época, no obstante sus posteriores refinamientos y ampliaciones, perdura hasta la actualidad, como en detalle veremos después.

No empece lo señalado anteriormente, conviene aclarar que no todas las elecciones realizadas desde 1931 han sido impecables. De acuerdo a una interpretación generalmente aceptada, las elecciones realizadas en ese año de 1931 son intachables, no empece la presencia de determinadas irregularidades que no empañan los resultados generales y que son propias de la época. Sin embargo, tras dicho evento, vino un largo período de impurezas electorales. Así, a las elecciones de 1931, sucedieron las de 1936, que fueron anuladas y las de 1939, que fueron dirigidas por el gobierno saliente. La de 1945 tuvo claros ribetes de legalidad, y es la primera que se realiza en forma inobjetable desde 1931; pero el régimen surgido de esa coyuntura es derrocado tres años después, y continúa la lista de irregularidades. Así se suceden las elecciones de 1950, y las de 1956, que también tiene detractores, y posteriormente las de 1962, que dieron motivo a un golpe de estado, por una Junta Militar, que convocó a elecciones al año siguiente. Si bien del análisis que hemos efectuado en otro lugar (Cf. *Una democracia en transición*, las elecciones peruanas de 1986, CAPEL, San José 1986) llegamos a la conclusión sobre la relativa validez de las justas electorales de 1956, y nuestro convencimiento que las de 1962 fueron impecables, hay que anotar que estas últimas, si bien las discusiones en torno a ellas han cesado, fueron cuestionadas en su oportunidad, y dieron motivo nada menos que a un golpe de Estado, bajo el pretexto, precisamente, de fraude electoral. Por eso es que

con nuestras discrepancias en cuanto a estas dos elecciones (sobre todo las de 1962, que consideramos válidas), es que haremos algunas reflexiones tan sólo a partir de las elecciones de 1963, ya que desde entonces nadie ha cuestionado los procesos electorales ni sus resultados electorales desde 1963, inclusive:

- 1) elecciones de 1963
- 2) elecciones de 1963 (municipales)
- 3) elecciones de 1966 (municipales)
- 4) elecciones de 1978 (para Asamblea Constituyente)
- 5) elecciones de 1980
- 6) elecciones de 1980 (municipales)
- 7) elecciones de 1983 (municipales)
- 8) elecciones de 1985

Todos estos procesos electorales (nacionales y locales) se han realizado desde 1963, en total de ocho, y en forma sucesiva, salvo la larga interrupción originada por el gobierno militar (1968-1980) que sólo toleró una convocatoria pública para la integración de la Asamblea Constituyente. Y todos estos procesos, sin excepción alguna, no han sido discutidos ni impugnados ni cuestionados ni en su totalidad ni en sus detalles. Es cierto que, como en todo, ha habido algunas discrepancias individuales, focalizadas a nivel de tachas de candidatos o circunscripciones restringidas, pero nadie, ni menos aún los partidos políticos, la opinión pública o las entidades representativas calificadas (como pudieran ser las organizaciones sindicales, las fuerzas de la producción o los gremios profesionales) han cuestionado o puesto en duda estos procesos ni sus resultados.

La conclusión que se desprende de los datos así expuestos, es concluyente: desde 1963 vive el país con una estructura y normatividad electoral que garantizan la libre expresión ciudadana, por lo que bien podemos afirmar que desde esa fecha, se vive dentro de una verdad electoral.

### *3. Antecedentes y estructura de la legislación electoral*

Hemos señalado que la historia electoral peruana empieza en realidad en 1931. En esta época, se dio una transformación con respecto a todo lo anterior, estructurándose un sistema electoral,

que en sustancia ha persistido hasta la fecha, aun cuando con algunos intervalos en donde la práctica electoral no se ciñó a los objetivos de la legislación vigente.

Siguiendo el esquema dado por el historiador Jorge Basadre (Cf. *Elecciones y Centralismo en el Perú*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima 1980), haremos una reseña sucinta de la forma como se plasmó la legislación electoral en 1931.

En 1930, cayó el régimen de Leguía, que había estado en el poder durante once años, reelegiéndose sucesivamente desde 1919. A su caída, como era de esperarse, se pensó en hacer grandes cambios; entre ellos lo concerniente al aparato electoral, que había demostrado ser una práctica viciosa durante esos años.

Así, el gobierno provisional de la época, una junta de gobierno presidida por David Samanez Ocampo, firmó una resolución mediante la cual designó una comisión *ad honorem*, para que formulase un proyecto de ley sobre las siguientes bases: a) Poder Electoral autónomo, b) representación de las minorías, c) voto secreto y obligatorio, y d) organización científica de los registros electorales. Miembros de esa comisión fueron intelectuales jóvenes, que más tarde habrían de tener destacada actuación en diversos campos de la política y de la cultura: Luis E. Valcárcel, José Antonio Encinas, Luis Alberto Sánchez, Jorge Basadre, César Antonio Ugarte, Alberto Arca Parró, Federico More, Carlos Manuel Cox y Carlos Enrique Telaya, este último en calidad de Secretario de dicha Comisión. Fruto de sus labores, fue un proyecto que con algunas variantes, pasó a ser decreto ley promulgado poco tiempo después.

Un paso muy importante, fue la tecnificación del Registro Electoral, del que se carecía de antecedentes. Tuvo a su cargo esa tarea Alberto Arca Parró, quien trabajó con máquinas tabuladoras muy avanzadas para la época, y que contribuyó a poner en marcha un Registro Electoral verdaderamente técnico.

Importante reforma fue la creación del Jurado Nacional de Elecciones, como órgano máximo electoral, presidido por el fiscal más antiguo de la Corte Suprema de la República e integrado por

un delegado de cada una de las cuatro universidades nacionales y cuatro delegados de los jurados departamentales escogidos por sorteo. Tal Jurado tuvo amplias facultades y resultó innovador, pues a diferencia de lo ocurrido en épocas anteriores, no existió participación alguna de los poderes del Estado; es decir, carecieron de intervención los poderes Ejecutivo y Legislativo, y el Poder Judicial sólo lo hizo a través de su fiscal más antiguo.

En cuanto al voto este se estableció como obligatorio y secreto a partir de los 21 años. No prosperó la idea, defendida por algunos sectores en el Congreso Constituyente de 1931, de otorgar el voto a los menores de 18 años y a las mujeres. Se prohibió también, contrariando una antigua tradición republicana, el voto del clero.

Un última reforma importante fue la representación de las minorías, que quedó consagrada desde entonces.

#### 4. *De los órganos electorales*

Los lineamientos expuestos con anterioridad y sancionados en 1931, fueron recogidos en términos generales por la Constitución de 1933, y reiterados en la vigente Carta Política de 1979. Veamos cuáles son sus características básicas:

- Jurado Nacional de Elecciones: El artículo 286 de la Constitución vigente, señala que este Jurado tiene a su cargo los procesos electorales, y que le compete conocer las materias relativas al ejercicio del sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de las credenciales, los procedimientos electorales y los demás que señala la ley.
- El artículo 287 indica que el Jurado Nacional de Elecciones tiene su sede en la ciudad de Lima, capital de la República, y está constituido por siete (7) miembros que son:
  - a) Uno elegido por la Corte Suprema de Justicia, entre sus magistrados jubilados o suplentes, quien preside el Jurado,
  - b) Uno elegido por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú,
  - c) Uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima (el cole-

- gio profesional más antiguo y el que agrupa a la mayor parte de letrados del país),
- d) Uno elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades nacionales, y
  - e) Tres elegidos por sorteo entre los ciudadanos propuestos por los Jurados Regionales del Norte, del Centro y Sur de la República, de acuerdo a ley (estos jurados sólo operan para este fin específico).

La norma agrega que al momento de designarse a los miembros titulares, se procede a nominar a los suplentes de cada uno de ellos. Podrá apreciarse como de un total de siete miembros, es abogado obligatoriamente tan sólo el Presidente, aun cuando la práctica ha hecho que los designados por la Federación Nacional de Colegios de Abogados, por el Colegio de Abogados y por los Decanos de las Facultades de Derecho, sean abogados y designados entre sus miembros, lo cual da una representación marcada a los profesionales del derecho, y se permite además la integración del jurado con ciudadanos de cualquier otra profesión, arte u oficio. El único requisito es tener un mínimo de 35 años (el mismo que para ser Senador, art. 288). y tienen las mismas preeminencias que los magistrados de la Corte Suprema. El cargo, adicionalmente, es incompatible con cualquier otra función pública, no prohibiéndose en consecuencia cualquier actividad en el mundo profesional o mercantil. Adicionalmente (art. 288, *in fine*) se agrega que no pueden ser miembros del Jurado Nacional de Elecciones, los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñen puestos directivos en los partidos políticos, alianzas o coaliciones o que los han desempeñado con carácter de dirigentes nacionales, en los seis años anteriores a la fecha de la elección (el plazo está puesto con esa precisión, pues se quiere independizar la vida política activa del cargo de miembro del Jurado, y teniendo en cuenta que el período presidencial y el legislativo, es de cinco años).

El artículo 289 consagra la verdadera naturaleza jurídica del Jurado Nacional de Elecciones, al señalar que éste es autónomo, y que aprecia los hechos con criterio de conciencia y resuelve conforme a derecho. Contra sus decisiones finales no cabe recurso alguno.

El Decreto Ley 14250, y más recientemente la Ley 24069 han precisado con mayor rigor, que frente a las resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones, no cabe ninguna acción judicial. Si bien esto último podría ser discutible (sobre todo si con ello se enerva la eventual interposición de una acción de amparo) lo cierto es que así lo ha confirmado la jurisprudencia de los últimos años, y esto lo refuerza como *órgano constitucional*, al mismo nivel que los poderes clásicos del Estado como son los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Con la presencia del Jurado Nacional de Elecciones (que la anterior Constitución denominó acertadamente como Poder Electoral), se demuestra no sólo la insuficiencia del esquema triádico (que ha estallado en mil pedazos frente a la presencia de nuevos órganos constitucionales) sino que estamos ante un órgano que no depende de nadie sino de sí mismo, y que tiene la misma prestancia, jerarquía y prerrogativas que los demás poderes, dentro del ámbito del Estado.

El artículo 290 precisa que el Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad del proceso electoral en los siguientes casos:

- Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes son nulos o en blanco,
- Cuando se anulan los procesos electorales de una o más circunscripciones que en conjunto representan el tercio de la votación nacional válida.

No hace falta extendernos sobre los alcances de esta norma, que por sí sola se explica. Las mismas o similares prescripciones existen en ordenamientos anteriores, pero nunca se han llevado a la práctica.

Cabe advertir, que norma similar se encuentra consagrada en el artículo 292, pero sólo en cuanto a la facultad del Jurado Nacional de Elecciones de declarar la nulidad de las elecciones en una determinada circunscripción electoral, lo que ha sucedido con relativa frecuencia en los últimos años, y que como puede apreciarse, no afecta los resultados ni el proceso electoral general.

El Decreto Ley 14250, que sigue vigente con diversas enmiendas, establece en su artículo 9, cuáles son los órganos electorales.

Ellos son:

- Un Jurado Nacional de Elecciones, con sede en la capital de la República,
- Un Jurado Departamental de Elecciones en la capital de cada Departamento y en la Provincia Constitucional del Callao (25 en total, que representan la división política del país); y,
- Mesas de Sufragio, en cada capital de Distrito.

El artículo 12 señala que los Jurados Electorales (se refiere a todos ellos), deliberarán en secreto, pero emitirán sus votos públicamente. A sus deliberaciones podrán concurrir sus miembros. . . Las decisiones que tomen los Jurados se harán por mayoría de votos, teniendo el Presidente doble voto en caso de empate.

No podrá el mismo Jurado Nacional de Elecciones reconsiderar, revisar o modificar sus fallos. Sus resoluciones serán cumplidas por las autoridades a quienes se dirija, bajo responsabilidad de éstas.

En cuanto a su duración, señala el artículo 14 que sus miembros, con excepción de su Presidente, cesarán en sus funciones al instalarse el Congreso en Legislatura Ordinaria, salvo el caso de que inmediatamente después estén programados elecciones complementarias.

El artículo 20 (Decreto Ley 14250) indica que son atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones:

i) ejercer la supervigilancia sobre el Registro Electoral del Perú y sobre todos los órganos electorales, ii) resolver las reclamaciones que se presenten sobre la constitución y funcionamiento de los Jurados Departamentales de Elecciones, iii) pronunciarse sobre la inscripción de los partidos políticos, Agrupaciones Independientes, de las Alianzas y de los candidatos a la Presidencia, a las Vice-Presidencias y Senadurías (la de los Diputados depende de los respectivos Jurados Departamentales), iv) recibir y admitir las credenciales de los personeros de los partidos políticos, alianzas, y de los candidatos acreditados ante el propio Jurado Nacional de Elecciones, v) redactar los formularios que requiere el acto de la elección

y acordar la adquisición del material electoral que se empleará en las Mesas de Sufragios, vi) resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las Resoluciones de los Jurados Departamentales de Elecciones, en lo que sea procedente, vii) conocer de la elección para Presidente, para Vice-Presidentes y Senadores de la República, realizando el cómputo nacional, proclamar a los elegidos y otorgarles sus respectivas credenciales, viii) resolver los recursos de nulidad de las elecciones, en los casos contemplados por la ley, ix) resolver las tachas que se formulen respecto de sus propios miembros, x) absolver las consultas que los Jurados Departamentales de Elecciones y la Dirección General del Registro Electoral, le formulen sobre la aplicación de las leyes electorales y dictar las disposiciones necesarias para su mejor ejecución, xi) formular y aprobar su presupuesto y el de todos los organismos electorales para su inclusión en el Presupuesto General de la República, y administrar los fondos que se le asignen, xii) dictar los reglamentos necesarios para su funcionamiento y el de las oficinas de su Secretaría General, xiii) nombrar al Secretario General del Jurado, y a propuesta de éste, a su personal de funcionarios y empleados, y removerlos de la misma forma, xiv) solicitar al Poder Ejecutivo la adopción de las medidas que juzgue necesarias para la mejor aplicación de las leyes electorales, xv) denunciar ante las autoridades competentes los delitos que las autoridades políticas o los funcionarios electorales cometiesen por infracción de las leyes electorales, xvi) revisar, aprobar o desaprobar y controlar los gastos que efectúen los Jurados Departamentales de Elecciones, de acuerdo a sus respectivos presupuestos, xvii) formular los modelos de cédula única para el sufragio y ordenar su impresión y distribución, XVIII) divulgar por todos los medios de publicidad que juzgue necesarios, los fines, procedimientos y formas del acto de la elección, y, xix) ejercer las atribuciones establecidas por la legislación electoral y acordar lo conveniente para la mejor aplicación de sus disposiciones.

Los Jurados Departamentales de Elecciones tienen a su cargo la ejecución y control del proceso electoral en sus respectivos Departamentos, y están constituidos por cinco miembros:

i) Uno elegido en Sala Plena, por la Corte Superior del respectivo Distrito Judicial, entre los magistrados jubilados o suplen—

tes de la misma Corte, quien presidirá el Jurado,

ii) Cuatro designados por sorteo, por el Jurado Nacional de Elecciones, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- En la primera quincena del mes de diciembre del año anterior en que se realicen las elecciones, cada Corte Superior de Justicia, en sesión de Sala Plena, formulará una lista de 15 ciudadanos que residan en la capital del Departamento, no menores de 25 años y hábiles para votar;
- Esta lista será publicada, a fin de que pueda eventualmente ser tachada, si es que algunos de los elegidos incurre en los impedimentos de ley (por ejemplo, ser dirigente de un Partido, etc.);
- Con posterioridad, la Corte Superior transcribirá dichos 15 nombres al Jurado Nacional de Elecciones, en donde por sorteo serán elegidos los 4 miembros titulares y los 4 suplentes.

Dicho Jurado Departamental durará en funciones tan sólo hasta que se efectúe la proclamación de representantes a Congreso y se les expida sus credenciales (art. 28).

Los Jurados Departamentales están concebidos para cubrir todo el territorio del país y tienen funciones equivalentes, en sus respectivas jurisdicciones, al Jurado Nacional de Elecciones, aun cuando algunas le son privativas, como es el caso de la proclamación de Diputados, que siendo representantes de las provincias, su votación, escrutinio, cómputo y proclamación se realiza en los organismos departamentales, a diferencia de los Senadores, que como son elegidos por la totalidad del país, dependen del Jurado Nacional de Elecciones.

Como materia igualmente específica, los Jurados Departamentales deben ocuparse de todo lo que signifique instalación y puesta en marcha de las Mesas de Sufragio en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, y de manera especial realizar el cómputo departamental a base de las Actas de las Mesas de Sufragio, asignar a cada lista de candidatos a diputados el número de representaciones que le corresponda por aplicación de la cifra repartidora siguiéndose el orden de cada lista y observándose los votos preferenciales, proclamar a los Diputados elegidos y otorgarles sus credenciales (inci-

so 9, artículo 32). Igualmente deben formular el acta del cómputo departamental para remitirla al Jurado Nacional de Elecciones.

El último órgano electoral es la Mesa de Sufragio, que existe en los distritos (la unidad más pequeña en la organización política del Estado) en número proporcional a la cantidad de electores. Por regla general, toda población pertenece a un distrito, y estos son varios cuando se trata de ciudades medianamente pobladas (en Lima, existen actualmente 41 distritos).

Las mesas de Sufragio representan a los inscritos en el Libro de Inscripción respectivo en número no mayor de 200.

Cada una está compuesta por tres miembros titulares sorteados por el Jurado Departamental en acto público entre los 25 electores de mayor instrucción que contenga la Lista correspondiente a la Mesa de Sufragios (art. 35).

Como es de advertirse, existe una participación que se acen-túa, de abajo arriba, conforme descendemos en la organización electoral. En el caso de las Mesas de Sufragio, que es donde se vota y en donde se realiza el escrutinio en mesa, son en la actualidad, más de 40,000 Mesas en todo el país, integradas por ciudadanos es-cogidos al azar entre los electores inscritos en los respectivos Li-bros.

Es bueno señalar por último, que la estructura descrita es la existente para las elecciones nacionales, o sea, para renovar la tota-lidad de los poderes públicos, que difiere en algo cuando se trata de elecciones municipales, en donde se contempla, por los alcances mismos de la elección edil, la existencia de Jurados Provinciales.

##### *5. Representación política y participación*

Hemos visto en los apartados anteriores el proceso de desarro-  
llo histórico de nuestra legislación electoral, de la cual se desprend-  
e no sólo que se ha ensanchado el campo de participación a nivel  
de los textos, sino que se ha avanzado en el nivel de representativi-  
dad.

Para poder comprobarlo, veamos cuál ha sido el número de electores (o sea, ciudadanos hábiles para sufragar), desde 1931 a la fecha. Así tenemos que el

- 6.83% de la población, son electores en 1931
- 9.09% de la población, son electores en 1939
- 10.66% de la población, son electores en 1945
- 9.74% de la población, son electores en 1950
- 17.50% de la población, son electores en 1956
- 20.91% de la población, son electores en 1962
- 18.90% de la población, son electores en 1963
- 19.28% de la población, son electores en 1966
- 28.50% de la población, son electores en 1978
- 34.79% de la población, son electores en 1980
- 45.06% de la población, son electores en 1985

Si bien con altas y bajas, las cifras nos muestran que ha habido una creciente participación y en consecuencia una mayor representatividad en los resultados electores, atribuible no sólo a las medidas legales (como por ejemplo, la concesión del voto de los analfabetos y a los mayores de 18 años) sino también a la modernización del país, a la mayor incorporación de sectores marginales a la vida política, al crecimiento de los centros urbanos, a la mayor difusión cultural hecha realidad por los medios de comunicación masiva, a la renovación del Registro Electoral en 1984, etc. Todo esto está acompañado, sin lugar a dudas, por los efectos del gobierno militar (1968-1980), que si bien muy cuestionado en sus reformas, lo cierto es que creó una conciencia política en los grandes sectores marginados (en especial el campesinado y en la masa asalariada). Esto se comprueba con el alto índice de población electoral que registra el año de 1985, con lo cual se constata que prácticamente ahí están ya incluidos todos los que son hábiles para votar, dándole así una verdadera representatividad a los elegidos. Esto se refuerza si tenemos presente las cifras siguientes que corresponde a las elecciones generales de 1985:

— Ausentismo: 8.85%

(mayoritariamente en la zona de Selva)

- Votos nulos: 7.32%
- Votos blancos: 6.54%

Lo anterior demuestra que en las elecciones de 1985, sobre un universo de 100, tan solo el 8.85% estuvo ajeno al evento electoral, y los nulos y blancos alcanzaron el 13.86%, lo cual comprueba que la no participación en términos reales, es prácticamente nula.

En lo referente a la acción desatada por el terrorismo a partir de mayo de 1980, por el Partido Comunista del Perú —Sendero Luminoso—, más conocido con este último nombre, en nada afecta el nivel de participación y representatividad que las cifras confirman, ya que no sólo constituyen una minoría ínfima a nivel de país, como lo es todo grupo terrorista, sino que además su intento de boicotear las elecciones fracasó no sólo por la labor de vigilancia del gobierno, sino sobre todo por el alto grado de participación ciudadana, que se manifestó incluso en las zonas más deprimidas. Se trata en consecuencia de grupos contestarios, que no han tenido ningún eco en el resto de la población, como los hechos lo han demostrado.

En cuanto a los partidos políticos modernos, ellos tienen su nacimiento en 1931, época crucial para entender lo que vendrá después. Ese año participan dos fuerzas nuevas: el Partido Aprista Peruano (PAP) y el Partido Comunista del Perú (PCP), éste último en forma no oficial, y que si bien fueron fundados formalmente en 1930, sus orígenes se remontan algo más atrás, y aparecen vinculados a dos grandes figuras. El Apra, con Víctor Raúl Haya de la Torre, y el Partido Comunista, con José Carlos Mariátegui. La presencia de ambos partidos representa la inserción del marxismo en la política peruana, pero mientras el Apra lo es de manera *sui generis* muy cercano a lo que después sería la social-democracia, el segundo lo es dentro de los moldes estalinianos imperantes entonces. De ambos, el que ha tenido una mayor gravitación y actuación políticas, es sin lugar a dudas el Apra, no sólo por ser un partido compacto, desde un punto de vista ideológico y organizacional, sino porque adicionalmente tuvo un amplio cuadro de intelectuales y técnicos de vasta influencia y además participó, directa e indirectamente, en las labores de gobierno en varias oportu-

tunidades. Por otro lado, el Partido Comunista ha tenido escasa influencia ideológica y política, pero de él se han desprendido múltiples grupos que a partir de los años sesenta, empiezan a tener una mayor gravitación.

Es importante destacar también que luego de la irrupción de estos partidos, largamente perseguidos durante años, la renovación del espectro electoral, tendrá que esperar a las elecciones de 1956, en la cual aparecen el partido Acción Popular, que llevará a su líder Fernando Belaunde Terry, dos veces a la Presidencia (de ideología nacionalista y populista), la Democracia Cristiana, liderada por Héctor Cornejo Chávez, de escasísima influencia política, pero con cuadros de gran calidad (y que hoy, se encuentra colaborando con el partido Aprista en el gobierno) y el Movimiento Social Progresista, agrupación marxistoide, influenciado por ciertos humanismos existencialistas de la década del sesenta, y que tuvo su líder en Alberto Ruiz-Eldredge (partido que más tarde se disolvió, pero que apoyó y asesoró al gobierno militar encabezado por el General Velasco Alvarado).

Cuando estos partidos aparecieron en escena (1956) fueron calificados como comunistas o radicales (no obstante que entre ellos había gruesas diferencias) tan sólo por reclamar algunos cambios fundamentales, como era la reforma agraria. Todos ellos, salvo la Democracia Cristiana, tienen en el fondo sus raíces en los movimientos ideológicos que dieron nacimiento al Apra, y al comunismo en la década del 30, aun cuando matizados por razones de tiempo y lugar. Contribuyeron además a renovar el espectro electoral, toda vez que el Apra en esa época (1956) había adoptado una posición muy conservadora, y además no habían desaparecido del todo los viejos partidos de cuadros y de caudillos militares (caso del General Odría, que fue Presidente en el período 1948-1956, y que pudo serlo nuevamente en 1962, si un golpe de Estado no se lo impide) y que duraron hasta bien avanzada la década del setenta.

Es a raíz de la convocatoria a una Asamblea Constituyente en 1978, cuando puede apreciarse una mayor representatividad política —aun cuando enunciada tímidamente años antes— y que marcará la *praxis* política de estos años.

En los últimos tiempos, los fenómenos más interesantes son el Apra y las fuerzas de Izquierda (la unión de todos los partidos marxistas en todas sus gamas).

El Apra perdió a su líder Haya de la Torre, con su muerte, acaecida en agosto de 1979, y luego de sucesivos acomodos y crisis internas, salió fortalecida con la figura de Alan García Pérez, que alcanzó la Presidencia de la República en 1985, con pleno respaldo partidario en las Cámaras. La constante electoral del Apra ha sido la siguiente: en 1931, el 35% de los votos; en 1962 el 32%; en 1963, el 34%; en 1978, el 35%; en 1980 el 27.40% y en 1985, el 45.74%. Es decir, con variantes el Apra ha mantenido el tercio de electorado que le ha sido fiel, y que en el caso de las elecciones recientes, ha sobrepasado largamente lo previsto. Pero los analistas entienden que el triunfo del Apra en 1985 no se ha debido a una total apristización del electorado, sino a la decisión final de un voto flotante, que encontró en el Apra la carta menos temida del abanico. En efecto, los grupos de Izquierda asustaban a un sector de la población; el partido de gobierno (Acción Popular) y su exaliado (el Partido Popular Cristiano), se encontraban desgastados por un gobierno de crisis, de donde se desprendía que el Apra se prestaba como la opción más aconsejable. Si a eso se añade el sobresaliente carisma de su líder, quien además se esmeró en borrar la imagen sectaria que el Apra representó durante años, se explica fácilmente el triunfo aprista (cabe pensar por otro lado, que si Haya no llegó nunca a la Presidencia, no obstante que fue candidato oficial hasta en tres oportunidades, es porque no tuvo poder de irradiación más allá de su propio partido, y porque además ahuyentó a mucha gente con sus poses y frases dogmáticas y excluyentes). En lo ideológico, el Apra representa hoy en día, no obstante cierta retórica, un populismo nacionalista muy acentuado, que ha sabido captar sagazmente las necesidades populares.

En cuanto a los movimientos de izquierda (o sea, todos los que de una u otra forma se reclaman del marxismo, no solo soviético, sino titoísta, troskysta, albanés, chino, etc.) hicieron su reaparición formal en 1962, a través de tres partidos que en total alcanzaron sólo el 3.57% del voto válido. Recién en 1978 conquistan el 29.45% del voto válido, y desde entonces tienen gravitación electoral. Los porcentajes recientes son los siguientes:

a) *A nivel nacional*

1978 . . . . .	29.45%	(de los votos válidos)
1980 . . . . .	18.06%	
1983 . . . . .	28.84%	(elecciones municipales)
1985 . . . . .	24.68%	

b) *A nivel Lima* (ciudad capital)

1983 . . . . .	36.63%	(elecciones municipales)
1985 . . . . .	23.87%	(votos válidos)

Si bien los partidos de izquierda han bajado su votación, no deja de ser significativo que oscilen entre un cuarto y un tercio de la votación. A ello ha contribuido además otro hecho: y es que desde 1981, todos los partidos de izquierda se unieron entre sí formando la llamada Izquierda Unida, que no obstante sus problemas internos, han logrado mantenerse unidos desde entonces, bajo la conducción de Alfonso Barrantes Lingán, actual Alcalde de Lima (1983-1986), y de extraordinarias condiciones políticas. Con todo y no obstante esta unidad, todos los partidos de izquierda conservan su autonomía y continúan diversificándose.

6. *A manera de conclusión*

Aun cuando sólo provisionalmente, podemos aventurar conclusiones en dos sentidos: en cuanto a la normatividad, y en cuanto a la participación y representatividad políticas.

En cuanto a lo legal, debemos destacar que en la actualidad el país tiene una legalidad electoral bastante compleja, pero estructurada de manera tal que garantiza la verdad en el sufragio. Como hemos visto, desde 1963 nadie ha cuestionado los procesos y los resultados electorales, lo cual es un magnífico índice que el sistema funciona y cuenta con un gran nivel de aceptación. Esto se debe sin lugar a dudas, a garantías puestas al sistema, a fin de evitar la larga experiencia de fraudes electorales que caracterizaron un pasado no muy remoto. Demuestra además una mayor madurez y cultura cívicas, sobre todo a partir de 1956, y más en concreto

en las elecciones de 1978 para la conformación de la Asamblea Constituyente.

Por otro lado, recordar que todo lo concerniente al proceso y al registro de electores, está a cargo de un organismo, como es el Jurado Nacional de Elecciones, que tiene no sólo competencias administrativas sino jurisdiccionales, ya que contra sus decisiones no cabe recurso alguno ante ningún órgano estatal, motivo por el cual podemos concluir que se trata en realidad en un poder u órgano del Estado, con tanta prestancia y autonomía como los demás poderes clásicos.

Finalmente, dejar constancia que si bien el aparato normativo tiene seguridad y objetividad en sus prescripciones, lo que ha permitido a su vez su óptimo funcionamiento, éste es en la actualidad el único canal de participación existente, pues en la Constituyente se rechazaron otras formas participatorias tales como la iniciativa popular, el referéndum o el plebiscito.

En lo referente a la participación política, es indudable que el fenómeno más interesante de los últimos años es la alta votación alcanzada por los grupos marxistas, agrupados desde 1981 en la llamada Izquierda Unida, que guardan entre sí diversos matices (algunos de sus miembros incluso, si bien socialistas, no aceptan el marxismo). Esta participación ha oscilado entre el 25% y el 30% que representa, por lo demás, la inserción de los sectores radicales dentro del aparato del Estado.

En cuanto a las tendencias del voto, las últimas elecciones darían a entender que existe una clara tendencia hacia posiciones populistas de centro (Apra) y de Izquierda (ambas aprox. el 75%), lo que implicaría un rechazo o eventual defunción del voto conservador. Creemos que esta apreciación inicial puede llevarnos a un error. Pensamos que no puede desprenderse un análisis determinante sólo a base de las últimas cifras, sino hay que hacerlo teniendo a la vista resultados anteriores. Nuestra opinión es la siguiente:

- a) Existen en el electorado peruano, sectores contestarios y radicales, que han encontrado su expresión actual en Izquierda Unida. Ella no creemos que exceda del 30%;

- b) Existe un voto conservador, que no ha tenido forma de expresarse en las actuales circunstancias, por falta de un candidato adecuado y de una mejor coyuntura. Este debe oscilar en el 25%;
- c) Finalmente, hay un elector centrista o moderado, que quiere cambios, pero con tranquilidad. Este podría rondar el 30%;
- d) Un 15% restante, más o menos, se define a última hora y es el voto indeciso, o voto flotante.

Si analizamos esta hipótesis en las elecciones de 1980 y 1985, tenemos lo siguiente:

1980 — Belaunde obtiene el 45%, reuniendo:

- Parte del voto conservador,
- Mayoría del voto centrista,
- Restos del voto de izquierda,

1985 — Alan García reune:

- El 25% fielmente aprista, como lo demostró las elecciones de 1980;
- Mayoría del voto centrista,
- Parte del voto de izquierda,
- El voto indeciso,

Izquierda Unida en 1985 reune tan sólo el 24.68%; significa que perdió aproximadamente el 5%, que benefició al Apra. Los demás partidos descendieron microscópicamente y en algunos sus anteriores electores engrosaron las filas del Apra.

En la actualidad, el espectro político está cubierto mayoritariamente por el Apra e Izquierda Unida. Cuánto tiempo pueda durar esta tendencia es algo difícil de precisar, pero ello dependerá en gran parte, del éxito o del fracaso del actual gobierno aprista.

Lima, octubre de 1986



## ROL DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA ECONOMIA NACIONAL

Mario Pasco Cosmópolis

### *Marco Teórico*

La negociación colectiva y su resultado: la convención o convenio colectivo, son reconocidos hoy en día como instrumentos indispensables de las relaciones laborales, pilares del Derecho Colectivo del Trabajo.

El Derecho Laboral, como todo derecho, tiene su asiento en la ley, en la norma oficial. El Derecho Laboral, sin embargo, tiene una “fuente autónoma de derecho objetivo” (1), una capacidad jurisgénica que no deriva de la colectividad legislativa del Estado sino de la voluntad de los particulares, de trabajadores y empleadores concretamente. Los convenios a que éstos arriban no están limitados por los marcos naturales de un contrato sino que los desbordan y trascienden; una vez concertados, no se someten a la voluntad de las partes sino que la subordinan; no se comportan, en suma, como un acuerdo privado —que tal son, en la forma— sino que se asemejan por sus efectos a una ley, en tanto que norma abstracta, general y obligatoria.

“Cuerpo de contrato y espíritu de ley”, lo definió incomparablemente el gran maestro CARNELUTTI. “Centauro Jurídico”, lo caracteriza metafóricamente RUSSOMANO. “Sirena” dice, con una sonrisa en los labios, MARTINS CATHARINO.

Contrato y ley al mismo tiempo —lo uno por su forma y lo otro por su fuerza vinculante—, el convenio colectivo confiere al Derecho Laboral una expansividad y una dinámica que permiten

---

(1) “*Fuente de derecho extra-estática, típicamente laboral*”, la llama ERMIDA URIARTE, Oscar: “*Formas de acción gremial en la empresa*” ponencia al VIII Congreso Iberoamericano, Buenos Aires, 1983.— P. 565.

hacer de la ley en sentido formal sólo un piso, un punto de partida, el mínimo de derechos y garantías de que es acreedor el trabajador frente a su patrono, en tanto que la plenitud de esos derechos y garantías no vendrá dada por la ley sino por la convención; que no es, sin embargo, un techo sino sólo un nuevo piso, más elevado, sobre el cual se construye la relación individual de trabajo.

La convención colectiva y su fuente generatriz: la negociación colectiva, constituyen fenómenos de indudable importancia jurídica y social, pero también, por cierto, económica. En esta ponencia remarcaremos precisamente este vector (2). Pero antes de ello es necesario definir algunos conceptos, enmarcar teóricamente el instituto.

### *Definición y Caracteres*

La convención colectiva ha sido definida por la OIT en su Recomendación 91 como “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

Esta definición apunta al concepto más amplio y engloba todos los otros nombres con que es conocida tales como convenio o contrato colectivo, contrato normativo, convenio de empresa, pacto normativo, contrato sindical, acta transaccional y mu-

---

(2) En ajuste al tema específico de la ponencia, debemos priorizar el rol ‘económico’ del convenio: *incrementar los salarios y mejorar las condiciones de trabajo*; más sin desconocer sus otras, trascendentales funciones como medio de solución de conflictos, como signo de equilibrio social y como instrumento de paz laboral, más aun si a través de estas funciones cumple también un rol económico.— Vid ERMIDA: *Ibid.*, P. 567; y DE BUEN, Néstor: “*Derecho del Trabajo*”, Porrúa, México 1979. T. II. P. 695.

chos otros más, aunque en algunos países puedan tener ámbito o contenido distinto (3).

La convención o convenio colectivo aspira al establecimiento de normas convencionales de cumplimiento obligatorio, alcance muy expansivo y carácter inderogable, que impidan la discriminación o el favoritismo y permitan el trato igualitario a todos los trabajadores. A tal fin, tanto conceptual como dogmáticamente, la convención se ha desprendido de concepciones contractualistas que podían circunscribir sus efectos al marco reducido de las partes intervenientes, pues las reglas que de aquélla derivan habrán de regir imperativamente sobre relaciones de carácter individual, imponiéndose sobre éstas y privando a las partes de autonomía volitiva. Ello se da a través de los efectos que la convención procura, y que son:

*Vigencia inmediata o automática:*

Cuando el convenio inicia su vigencia, sus cláusulas normativas resultan obligatorias de modo instantáneo y automático para todas las empresas y trabajadores comprendidos en su alcance, sin necesidad de que se incorporen, en virtud de nuevos actos formales, a cada contrato individual ni de que sean ratificadas o reconocidas por los sujetos individuales cuyas relaciones van a regir (4).

---

(3) Con apenas diferencias de matiz, es la definición que adoptan las legislaciones de toda la Región: Art. 54 CT de Costa Rica, Art. 205 CT de Ecuador, Art. 22 CT de Guatemala, Art. 53 CT de Honduras, Art. 398 de Panamá, Art. 2 D.S. 006-71-TR de Perú, Art. 92 CT de R. Dominicana, aunque con variantes terminológicas muy acentuadas y la particularidad de que sólo Honduras y Perú autorizan la negociación extra sindical o de coalición. Vid. MURGAS TORRAZZA, Rolando: "Anotaciones sobre la negociación colectiva de trabajo", en "Estudios Laborales", Panamá 1982. P. 144 y ss.

(4) El Código del Trabajo de Guatemala lo expresa con claridad en su artículo 50 al establecer: "*El pacto colectivo de condiciones de trabajo tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte*".

### *Expansividad:*

El convenio no restringe sus efectos a los empresarios y trabajadores que forman parte de las organizaciones contratantes, sino que los extiende a todos los miembros de la respectiva categoría, sean o no miembros de aquélla y aunque a la fecha de suscripción del instrumento pudieran pertenecer o no a dicha categoría pero incorporarse posteriormente.

Este efecto erga omnes es muy nítido en los convenios de industria, aunque no siempre viene invito en el convenio sino que requiere a veces de un acto gubernamental de extensión, sea mediante la homologación, sea a través de los denominados contratos-ley.

En sentido inverso a la expansividad, o sea la exclusión de grupos o sectores de los alcances de un convenio, el Código de Trabajo de Ecuador como el de Panamá y la legislación peruana separan de plano o permiten la segregación de los altos empleados o trabajadores de confianza. La limitación de un convenio a sólo el personal sindicalizado está, en cambio, definitivamente superada pues sólo subsistía en la legislación de Nicaragua, en tanto que en los demás países que tenían disposiciones semejantes ha perdido en lo absoluto toda vigencia, y en Panamá está expresamente prohibida.

### *Inderogabilidad:*

En íntima conexión con la vigencia automática y expansiva del convenio está su vigencia incondicionada. Sus estipulaciones no pueden ser dejadas sin efecto por acto o contrato individual, son inderogables.

Tal efecto es incuestionable ante una derogación in peius; las legislaciones culminan de nulidad cualquier acuerdo particular que consagre para un trabajador derechos inferiores a los que emanan del convenio colectivo; v.g.: el decreto supremo 006-71-TR del Perú, los Arts. 406 y 408 del Código del Trabajo de Panamá.

La derogación in melius es en cambio admitida expresa o

tácitamente por esas mismas leyes: no es inválida y, antes bien, está autorizada la pactación individual que mejora las condiciones vigentes de carácter colectivo.

### *Retroactividad*

Algunos países —no todos— consagran que una nueva convención surte efectos desde que concluye la vigencia de la anterior, aunque haya sido formalizada con posterioridad a tal fecha; en otras palabras, que actúa retroactivamente.

En principio, nada se opone a esa retroactividad cuando el convenio se entabla a nivel de empresa; tampoco, a cualquier nivel, tratándose de las cláusulas obligacionales, dado que en ambos casos la acción se produce en términos propiamente contractuales, interpartes.

Caso distinto se da con los contratos de acción expansiva; su retroacción entraría en pugna con la irretroactividad de las leyes, que normalmente tiene rango constitucional, pues ¿no es acaso ese tipo de convenio una ley en sentido material?

La tesis es rebatida por GARZON FERREYRA (5) en términos rotundos: “El principio de irretroactividad de las leyes no es absoluto. El Derecho Colectivo del Trabajo, concepción jurídica imprevista en los cánones del derecho privado romanista, se rige por principios propios, diferentes y a veces opuestos a los tradicionales conceptos del Derecho Civil: La institución en examen, por ejemplo, escapa a cualquiera de los moldes clásicos del contrato civil. En el caso de la retroactividad de las cláusulas económicas, se pretende la reparación de la injusta remuneración de los trabajadores, reconociéndoles lo insuficiente de la retribución pagada por tareas prestadas, y por tanto, corresponde retribuir esa diferencia a fin de pagar el salario justo”.

---

(5) GARZON FERREYRA, Ignacio: “*El convenio colectivo: Publicación, divulgación, fecha de vigencia, retroactividad, plazo de duración*”, en “*Derecho Colectivo Laboral*”, Buenos Aires, 1979.— P. 141.

## *Ambito Personal*

### *Dimensión Cualitativa. La Unidad de Negociación :*

La unidad de negociación define el ámbito funcional de vigencia de la contratación colectiva, sus alcances en lo personal, material y territorial.

“A grandes rasgos, las dos modalidades usuales son las de empresa o establecimiento y las de industria o rama de actividad. En las primeras, el ámbito de vigencia se limita a los trabajadores que laboran para un solo empleador, cuya homogeneidad deriva de su común relación con un mismo patrono. En las industriales, los alcances sobrepasan dicho marco restringido y se aplican a todos los trabajadores de empresas de una similar actividad, con prescindencia de la tarea individual y aunque no exista entre los empleadores involucrados ningún género de relación, salvo su común actividad. Poco usuales y con tendencia a desaparecer son las unidades gremiales” (6). Como expresa RODRIGUEZ PIÑERO, “hoy es un hecho, subrayado por la sociología del Trabajo, que el trabajador está más afecto y ligado a la empresa y rama en la que trabaja que a su oficio o actividad personal” (7).

En toda América Latina —con la notoria excepción de Argentina, Brasil y, en cierta medida Venezuela— prevalece en forma abrumadora la negociación a nivel de empresa. Así acontece en Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y muchos otros países.

---

(6) PASCO COSMOPOLIS, Mario: “*Negociación Colectiva en Iberoamérica*”, ARI, Lima 1979.— P. 21.

(7) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel: “*La Unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo*”, en “*Derecho colectivo laboral*”, P. 331.— Una tercera dimensión aparece con la llamada “*Concertación social*” que centraliza y globaliza la negociación en su más alto nivel, en la cúspide misma de las organizaciones a través de los “*convenios-marco*” o “*cuadro*” o “*interconfederales*”.

Comenta al respecto ARTURO S. BRONSTEIN (8): “Esta preferencia se explica por una serie de razones de tipo económico, histórico y político: El carácter de enclave que tuvieron las unidades económicas de cierto dinamismo durante los primeros decenios de este siglo; la tendencia de los trabajadores a constituir sindicatos de empresa, muchas veces estimulada por la legislación, aunque en otros casos ésta se limitó a reconocer una situación de facto; la gran disparidad de las empresas de un mismo sector industrial, lo que dificulta el establecimiento de reglas comunes, y el hecho de que el conflicto fue casi siempre anterior a la negociación, y a nivel de empresas. Por lo tanto, no debe sorprender que los primeros convenios colectivos se hayan celebrado precisamente en esos enclaves, al nivel de empresa, y por lo general luego de conflictos más o menos largos”.

A lo que agrega: “¿Cuál es la situación actual? En líneas generales puede decirse que ha habido cambios cualitativos y se insinúa una tendencia a diversificar los niveles de la negociación, pero no se ha dado un vuelco cualificativo ni existen razones para presumir que se producirá en un futuro más o menos próximo. / Eso no quiere decir que la negociación a ese nivel (industria) sea desconocida: . . . En el Perú se ha negociado al nivel sectorial en ciertas ramas de actividades económicas, en particular de los bancos, las panaderías, las estaciones de servicio, y sobre todo el sector textil. . . En Panamá existen sendos convenios colectivos sectoriales para los talleres gráficos y de construcción. / Sin duda es en Venezuela donde más se ha avanzado en el tránsito desde la negociación por empresa hacia la negociación por industria” (9).

El ámbito funcional de vigencia del convenio colectivo resulta decisivo para cuantificar sus efectos. Es al mismo tiempo, en América Latina, una medida del desarrollo sindical y social: no es por acaso que en los países de mayor desarrollo relativo —Argentina y Brasil— prevalezca una modalidad, y otra en los demás; hay, por el contrario, una directa y causal relación entre un hecho y el otro.

---

(8) BRONSTEIN, Arturo S.: “*La negociación colectiva*”, en “*Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina*”, OIT, Ginebra 1981.— P. 92.

(9) BRONSTEIN: *Ibid.*, P. 93-94.

## *El Sector Públco*

Lo dicho líneas arriba corresponde, en general, al sector privado. Un nuevo y diferente capítulo se abre cuando nos referimos al sector público.

En algunos países, como en el Perú y República Dominicana, las empresas del Estado son asimiladas en su tratamiento laboral al conjunto del sector privado; en lo legal, en lo estadístico, en lo económico, a ese importante sector de la economía se lo trata como un todo con la actividad privada. En otros —Guatemala, Panamá— el sector productivo del Estado es asimilado a la actividad pública. Ello determina que las cifras estadísticas resulten heterogéneas y hasta incompatibles de país a país.

Por otra parte, la incorporación de los servidores del Estado a los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga dista mucho de ser general, y aun en los países en que se admite no está muy desarrollada.

No obstante, en el Perú, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1979, que ratificó además el Convenio 151 de la OIT, se han reconocido a los servidores públicos los derechos de sindicalización y huelga; entre 1982 y 1985 han quedado oficialmente registrados 113 sindicatos de servidores públicos, con un total de afiliados de 189,302. La comparación de cifras entre los sectores público y privado (incluidas en éste las empresas del Estado) reflejan que en el primero de ellos había, en 1986, 114 sindicatos registrados con aproximadamente 190.000 afiliados; en el sector privado, 4.800 sindicatos con 670.000 afiliados en cifras redondas.

En Panamá, como en Costa Rica, Guatemala y República Dominicana, en cambio, no les son reconocidos derechos colectivos a los trabajadores del Estado.

### *La Dimensión Cuantitativa. Presencia Real de la Negociación :*

No obstante la gran difusión que la negociación colectiva ha adquirido en toda la Región en las últimas décadas, no es ni mucho

menos un mecanismo universal. BRONSTEIN (10) destaca que el crecimiento a partir de 1970 ha sido muy rápido y en algunos casos impresionante, en especial en América Central (Honduras y Panamá), así como en Ecuador y Perú.

En Honduras, de 18 convenios negociados en 1972 se pasa a 244 en 1979; en Panamá, de 74 a 168 en igual período; en el Perú, de 868 a 1,327, con una cobertura de 350,000 trabajadores. En este último país, el último quinquenio (1980-85), con la irrupción del sector público, se estiman en 870,700 los trabajadores sindicalizados, que representan el 39% del total de trabajadores asalariados y el 17.5% del total de la PEA ocupada a nivel nacional; la negociación colectiva sólo alcanza al 6% de la PEA (11).

Deben destacarse en relación con estos aspectos cuantitativos algunos comentarios específicos: el primero atañe al evidente paralelismo entre el desarrollo sindical y la negociación. Esta no es un fenómeno aislado, sino, antes bien, una consecuencia, un correlato o un acompañante necesario de aquél. Es relativamente sencillo establecer una relación de directa causalidad y proporción entre la difusión del sindicalismo y la contratación colectiva, habida cuenta además de que la negociación es normalmente la actividad preponderante y prioritaria del quehacer sindical.

Otro aspecto es el que se refiere a la estadística en sí, que muchas veces no distingue los convenios en razón de su importancia o magnitud, sino que registra únicamente el aspecto numérico. De esta forma, un importante convenio por rama de actividad, que involucra a miles de personas a nivel nacional y que tiene profundo impacto en la vida social y económica, aparece confundido con decenas de pequeñas convenciones de empresa, de ámbito muy restringido y nula trascendencia.

Es este un aspecto de enorme importancia, porque, de otro lado, no puede desdeñarse el impacto de la negociación colectiva

---

(10) BRONSTEIN: *Ibid.*, P. 85.

(11) YEPEZ DEL CASTILLO, Isabel y BERNEDO ALVAREZ, Jorge: "La sindicalización en el Perú", Fund. Eberth, Lima 1985.

en función a su escasa difusión cuantitativa. Esta escasa difusión es un hecho innegable; pero resulta innegable también que la misma se da en los sectores más modernos de la economía y en las empresas que generan la porción más significativa del PBI; su peso en la vida económica nacional es más gravitante. En el Perú “el 5% de las empresas mueve el 80% del capital, y cuenta con el 10% de los trabajadores, que constituyen la fuerza laboral sindicalizada capaz de ejercer presión política y social para lograr reivindicaciones salariales” (12).

“En realidad —como dice BRONSTEIN (13)— ...más que la naturaleza pública o privada de la empresa, e incluso más que su productividad o su prosperidad económica, influye (...) su importancia vital en la economía nacional”.

### *El Ambito Material. El Contenido del Convenio*

#### *El Contenido Abstracto:*

El contenido de una convención colectiva corresponde a cuatro tipos de cláusulas, según tipología casi universal que resume DE LA CUEVA: la envoltura, las cláusulas normativas, las cláusulas obligacionales y las de coyuntura (14).

---

(12) GRADOS BERTORINI, Alfonso: “*Burocracia y solidaridad en un país en desarrollo*”, M. de Trabajo y P.S., Lima 1982...

(13) BRONSTEIN: *Ob. cit.*, P. 96.

(14) La envoltura no es más que el recipiente formal: determinación de los sujetos intervinientes, los sujetos obligados, el ámbito material, territorial y temporal, y, en fin, los datos fácticos que encuadran la vigencia del convenio. Las cláusulas coyunturales son acuerdos efímeros en el tiempo que, una vez cumplidos o ejecutados, se extinguen: la construcción de una sala-cuna, el equipamiento de un comedor, la realización de un acto material concreto. Las cláusulas obligacionales contienen las obligaciones y derechos que recíprocamente adquieren las partes que directamente celebran la convención. No muy distinta es la clasificación que adopta la OIT al señalar cláusulas “*introductiones*” (que equivalen a las de envoltura), “*ocasionales o eventuales*” (coyunturales), “*Contractuales*” (obligacionales) y naturalmente “*normativas*”, a las que agrega las cláusulas “*programáticas*” que constituyen una declaración de intención de las partes: se declara, por ejemplo, que es intención de las partes

El elemento normativo es la esencia, la razón de ser, la entraña viva de la convención, a cuyo servicio se ponen las otras cláusulas obligacionales y de envoltura.

Las cláusulas normativas son la convención. Mediante ellas se modifican todos y cada uno de los contratos individuales de los trabajadores por ellas regidos, al actuar la convención como una ley en sentido material. El elemento normativo define el conjunto de condiciones a las que habrán de sujetarse en lo sucesivo los contratos individuales de trabajo de las personas a quienes aquel se refiere y está compuesto, según DE LA CUEVA (15), “por dos series de cláusulas que pueden denominarse, respectivamente, condiciones individuales para la prestación de los servicios y condiciones colectivas para la prestación de los servicios. Las dos series persiguen la misma finalidad, obtener mejores condiciones de trabajo para los obreros.

---

que el convenio “*sea el instrumento idóneo para estimular y promover mejores condiciones morales, económicas y culturales... y promover la paz social durante su vigencia*”. Vid. DE LA CUEVA, Mario: “*Derecho Mexicano del Trabajo*”, Porrúa México, 1963, T. II; y OIT: “*La negociación colectiva en América Latina*”, Ginebra 1978.— P. 38.

- (15) DE LA CUEVA: *Ibid.*, T. II, P. 598.— Helios SARTHOU: “*El objeto de los convenios colectivos de trabajo*”, en “*Anales del Foro*” 43-44, Montevideo 1983.— P. 36.— Distingue cuatro tipos de cláusulas normativas: 1) constitutivas del contenido de los contratos individuales; 2) de celebración, vigencia y extinción de los contratos individuales; 3) sobre la posición del trabajador en la empresa como organización social y de trabajo; y, 4) sobre instituciones conjuntas de las partes en el convenio.— José MONTENEGRO BACA “*Situación actual en el Perú de la negociación colectiva*”, en “*La intervención del Estado en las relaciones industriales en la década de los 80*”, I Encuentro Iberoamericano sobre relaciones de trabajo, IES, Madrid 1980.— P. 286 denomina “*objetivas o nucleares*” a las cláusulas normativas —‘el alma de los convenios colectivos’— y distingue las siguientes clases: a) por la retribución del trabajo; b) por las modalidades de prestación del trabajo; c) por la terminación del contrato de trabajo; d) por la exclusión y preferencia sindical; e) por lo que ordenan: positivas y negativas; f) por la importancia del problema que norman: principales y accesorias; g) por la organización social de la empresa; h) por su alcance territorial: locales, regionales, nacionales; multinacionales e internacionales.

### *El Contenido Concreto:*

Tan interesante como la clasificación teórica pero más trascendente en sus consecuencias prácticas es examinar el contenido material de las diversas cláusulas, vale decir, las materias usualmente negociadas.

Gran influencia tiene a este respecto la legislación laboral común, de cuya extensión y detallismo depende en mucho el contenido de los convenios. Se sostiene que en los países cuya legislación traza sólo los grandes lineamientos de una política laboral, la negociación colectiva se ve estimulada en la necesidad de llenar la gran cantidad de vacíos normativos; en cambio, leyes muy reglamentaristas limitan el campo de acción negociadora. “La importancia jurídica de la negociación colectiva es mayor o menor en razón inversa de la intensidad y de la extensión del derecho positivo de cada nación, material e instrumental o procesal”, expresa al respecto MARTINS CATHARINO (16).

Hay también, a veces, formas de intervención legislativa más directas, por lo general negativas: limitaciones, restricciones, interferencias y hasta prohibiciones, a consecuencia de crisis económicas, tendencias político-ideológicas, convulsiones sociales, o todo ello a la vez.

En Panamá la negociación colectiva estuvo suspendida durante dos años (1976 a 1978). En el Perú, durante varios años estuvo constreñida a un único punto, el aumento salarial; en la actualidad (1987), un decreto supremo establece la forma de computar un reajuste automático de salarios al vencimiento del 6to. mes de vigencia de una convención, lo que debe hacerse mediante la aplicación directa del índice de crecimiento de los precios al consumidor.

Ahora bien, con referencia específica a las materias usualmente negociadas, la constatación más asidua es el contenido salarial de toda convención, lo cual no debe mover a la menor sorpresa.

---

(16) MARTINS CATHARINO, José: “*Perspectiva de la negociación colectiva en América Latina*”; En Derecho Laboral No. 125 Montevideo, enero-marzo 1982.— P. 41.

Precisa al respecto la OIT (17) que las “cuestiones de *salarios y condiciones de trabajo* constituyen el núcleo del convenio y suscitan siempre el interés de los trabajadores”; y AMERICO PLA RODRIGUEZ, el gran maestro uruguayo, es aún más enfático cuando dice que “*la médula de las relaciones industriales es la fijación del salario y las condiciones de trabajo por medio de la negociación colectiva*” (18).

Un acucioso estudio del “Programa Internacional para el mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo” de la OIT (cuyas siglas en francés son “PIACT”), con referencia a Panamá, en el que se examinaron 68 de las 126 convenciones celebradas en 1980, revela que en todas ellas sin excepción se llegó a acuerdos sobre aumentos salariales, ya sea a través de cláusulas que establecen aumentos escalonados para ser otorgados en el lapso de la duración de la convención colectiva, o según la antigüedad del trabajador, el lugar de trabajo, el monto de los salarios o a cuenta de futuros reajustes salariales ordenados por ley, así como aumentos específicos para los trabajadores remunerados con comisión y para otras categorías ocupacionales. Además se establecen clasificaciones de puestos y se fijan salarios mínimos e iniciales y se conviene en proceder a revisión de salarios durante la vigencia de la convención cuando ésta tiene una duración superior a dos años.

En el Perú, las convenciones colectivas rara vez son un conjunto estructurado y orgánico de normas sino, por el contrario, una serie dispersa e inconexa de beneficios de lo más variados, entre los que descuelga nítidamente el aspecto salarial. Otras cláusulas tienen que ver con las condiciones de trabajo y con prestaciones de corte asistencial y de previsión social (19).

---

(17) OIT: ‘*La negociación colectiva...*’, P. 39.

(18) PLA RODRIGUEZ, Américo: “*El papel del Estado en las relaciones industriales en la década de los 80*”, en “*La intervención del Estado...*” — P. 329.

(19) La revista “*ANALISIS LABORAL*” No. 106, Lima, marzo 1986 señala, entre otras, las siguientes cláusulas de ‘seguridad social’ en la negociación colectiva peruana: asignaciones por nacimiento de hijo, por sala cuña, por matrimonio, de sangre y equipo transfusor, familiar, para medicinas y atención médica, por fallecimiento del trabajador, padres, hijos,

Destaca y sintetiza muy bien esta situación TIZIANO TREU (20) quien reporta que en muchos países las cláusulas ‘cuantitativas’ (económicas) prevalecen sobre una negociación cualitativa (por ejemplo, sobre calidad de vida laboral, estabilidad laboral, reestructuración industrial e innovaciones técnicas), al contrario de lo que sucede en los países ‘desarrollados’.

#### *Características de la Negociación Colectiva en la Región*

No obstante las naturales y a veces sustanciales diferencias de un país al otro, es posible discernir ciertos caracteres comunes o, al menos, predominantes en la región examinada. A grandes trazos la negociación colectiva presenta el perfil siguiente:

##### *Es ampliamente descentralizada:*

Con contadas excepciones, la contratación —según ya se ha señalado— se verifica a nivel de la empresa o establecimiento; rara vez con carácter general para toda una industria o actividad; y nunca con alcance global o universal.

De otro lado, en los contados casos de negociación por rama no hay articulación a nivel inferior a través de convenios complementarios en las unidades de producción. Es decir que cuando se negocia por rama de actividad, ese convenio representa la única forma y el único nivel de pactación.

Y como quiera que la concertación social es en la región sólo una perspectiva incipiente, mucho más desarrollada a nivel hipotético y teórico que de manifestaciones reales y concretas, podemos concluir que no hay la más mínima tendencia a la concentración ni a la articulación.

---

esposa, hermanos menores; pago de consulta médica para familiares; crédito en farmacia; descanso por lactancia; permiso por fallecimiento de un familiar; seguro de vida; etc.

(20) TREU, Tiziano: “*Procedures and structures of collective bargaining at the enterprise and plant level*”, ponencia al XI Congreso Internacional, Caracas 1985, T.I., P. 45.

### *Es formalista*

La negociación, más que expresión de autonomía colectiva, se da como un proceso controlado por el Estado, subordinado a esquemas procesales más o menos estrictos, con grados diversos de intervencionismo oficial. El Estado provee no sólo un sólido soporte jurídico sino también una estructura administrativa encargada de supervisar, orientar y hasta conducir la negociación.

“En América Latina, la queja más común hace hincapié en la rigidez, el legalismo y la lentitud de los procedimientos de solución; . . . ello ha dado lugar en muchos países a un divorcio de facto entre los métodos formales y los métodos paralelos de solución. Otra queja se refiere a que el recurso sistemático a esos métodos de solución por terceros menoscaba el derecho de negociación colectiva bilateral. Otro motivo de crítica es la posible parcialidad de los órganos de solución, ya que a menudo estos carecen de independencia y obedecen directa o indirectamente a las autoridades públicas. Las tensiones más importantes se pueden originar en los sistemas cuyos métodos de solución de conflictos han sido concebidos de tal manera que el procedimiento parece conducir ineluctablemente hacia el arbitraje obligatorio” (21).

“Un ejemplo lo constituyen los sistemas ‘lineales’ de preventión y solución, aplicados sin imaginación ni adaptación a las cambiantes realidades —dice EMILIO MORGADO (22). En esos sistemas las instancias o etapas se recorren sin ánimo de llegar a acuerdos sino con el propósito de cumplir requisitos formales”.

En prácticamente todos los países examinados —con la sola excepción de Puerto Rico y Trinidad-Tobago, la negociación colectiva tiene un cauce procesal definido. En muchos de ellos, significativamente en el Perú, la negociación se eslabona de modo sucesivo con los demás medios de solución de conflictos (conciliación,

(21) OIT: “*Relaciones de trabajo y desarrollo en las Américas*”, Informe III a la XII Conferencia, Montreal 1986 de los Estados de América miembros de la OIT, Ginebra 1985.— P. 51.

(22) MORGADO, Emilio: “*La actual crisis y los conflictos de trabajo en Latinoamérica*”, en Análisis Laboral 100, Lima, Oct. 1985.— P. 11.

mediación, arbitraje), como etapas de un proceso continuo; previsto todo ello en normas legales de observancia obligatoria.

*Adolece de excesivo intervencionismo estatal:*

En inmediata y directa relación con lo anterior se dan formas más o menos intensas de intervención del Estado en la negociación. Hay países que respetan una cierta autonomía de las partes y países que consagran grados exagerados de intervencionismo: entre los primeros, Ecuador, Puerto Rico, República Dominicana, Trinidad-Tobago; de los segundos y con mucho margen, Perú.(23)

Resalta al respecto la OIT que uno de los obstáculos que se oponen al desarrollo de la negociación colectiva en la Región es que “. . . el sistema de relaciones de trabajo, tal como ha sido concebido, privilegia las soluciones heterónomas fundamentalmente a través de la legislación; . . . el procedimiento de negociación colectiva se confunde con el de solución de conflictos y este último conduce casi ineluctablemente al arbitraje obligatorio por las autoridades públicas” (24).

*Tiene escasa difusión social:*

La negociación colectiva, no obstante el acelerado desarrollo de los últimos lustros, sigue siendo un fenómeno fundamentalmente urbano; con escasas excepciones, no ha llegado a los estratos campesinos, salvo en los casos de plantaciones industrializadas.

Aun dentro de la ciudad, está lejos de abarcar al conjunto de la población trabajadora, concentrándose únicamente en la gran y

---

(23) En el Perú el intervencionismo estatal es agudo: nada funciona sino es a través de un mecanismo oficial. Así: para su validez, las convenciones requieren de aprobación por la autoridad administrativa de trabajo; ante el fracaso de la negociación (trato directo), debe recurrirse necesariamente a una junta de conciliación presidida por un funcionario; si no se alcanza resultado positivo en la conciliación, el caso es sometido a resolución obligatoria de la misma autoridad en una suerte de arbitraje compulsivo.

(24) OIT: “*Relaciones. . .*”, Informe III.— P. 24.

mediana empresa. Estas —la mediana y gran empresa— no son, empero, empleadores masivos en términos del país; antes bien, en sociedades subdesarrolladas proliferan pequeños establecimientos de pocos trabajadores a los que no llega la sindicación y, por ende, tampoco la negociación.

*De limitado contenido material:*

Ya hemos examinado como la negociación dentro de la Región no responde, en general, a una política amplia de autonomía colectiva sino que se limita a unas cuantas materias específicas (salarios y condiciones de trabajo). Sólo resta agregar que no han llegado a nuestros países las discusiones, hoy en día tan vitales para el mundo desarrollado, sobre reconversión industrial, robotización, reducción del tiempo de trabajo, “work sharing”, y otras de similar naturaleza.(25)

*Es marcadamente conflictual:*

“El proceso de negociación —dice JORGE FABREGA (26) con referencia a Panamá, pero en observación que vale para toda el área— se desenvuelve en forma eminentemente conflictiva. Los sectores obreros y los sectores empresariales ven en él todavía una confrontación de fuerzas más que un mecanismo de determinación racional de condiciones de trabajo. Proposición de peticiones injustificadas, en ocasiones, imposibles de satisfacer. Renuencias, igualmente injustificada, en otros casos, por parte de empresarios, en reconocer legítimas y viables aspiraciones”.

La explicación histórica la encuentra EFREN CORDOVA (27) en una doble influencia exógena desfavorable: “De una parte, el movimiento sindical siguió el modelo francés de sindicalismo impugnador, impregnado de influencias ideológicas y de vocación

---

(25) Vid. TREU: *Ob. cit.* — P. 45.

(26) FABREGA, Jorge: “*Las convenciones colectivas en Panamá*, Panamá 1981.— P. 8.

(27) CORDOVA, Efrén: “*Tendencias de las Relaciones Laborales en América Latina*”, en Análisis Laboral No. 100 (Lima, octubre de 1985); p. 8.

extralaboral; de otra parte, se importó el modelo norteamericano de negociación que concibe ese proceso como una relación antagónica. Ni trabajadores ni empresarios tuvieron pues interés en fomentar programas de cooperación e integración”.

### *Condicionamientos*

¿Cuáles son, en términos amplios, los factores que han determinado el modelo de relaciones colectivas que impera en el área examinada? O dicho de otro modo, ¿cuáles son los factores condicionantes?

Deben examinarse al respecto variables jurídico-legales, sociales, económicas y políticas que HERLIOS SARTHOU (28) sintetiza muy bien. “En los países del área del subdesarrollo (América Latina, África, Asia) el Derecho Colectivo cuando existe es restringido y débil en su implantación real como consecuencia de condiciones económicas estructurales. Mercados reducidos (de lo que es ejemplo la balcanización de América Latina), predominio del sector primario de servicios, dependencia como suministradores de materias primas y compradores de productos industrializados de los países desarrollados con la adición de causas políticas y líneas económicas que debilitan al sector trabajador, crean dificultades al desarrollo sindical cuestionándose en teoría y/o práctica los derechos emergentes del Derecho Colectivo del Trabajo”.

### *El entorno jurídico*

Ya está dicho pero interesa reiterar que la legislación —y con ella la globalidad del mundo jurídico-laboral— ejerce decisiva influencia en la concreción de un modelo determinado de instituciones. En lo material, de acuerdo al campo de cobertura y al grado de detalle al que llegue esa legislación, cuanto más exhaustiva, prolífica y detallista sea, más estrecho será el margen para las materias negociables; a la inversa, a menor reglamentación mayor permisividad.

---

(28) SATHOU, Helios: “*Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo*”, en Derecho Laboral 123, Montevideo, julio-setiembre 1981.— P. 584.

La legislación puede también imponer un determinado esquema o, aun sin previsión específica, inducirlo u orientarlo. La legislación peruana, por ejemplo, aunque menciona a los sindicatos de industrias, no prevé la forma de constituirlos; de similar manera, hace referencia a las convenciones por rama de actividad pero no contempla la forma de celebrarlas ni, lo que es más grave, sus alcances y efectos. La vida, que es más rica que la ley, ha permitido que unos y otras realmente existan, si bien limitadamente.

Caso exactamente inverso es el panameño. El Código de Trabajo de 1970 elevó a 50 el número mínimo de trabajadores necesario para constituir un sindicato. Ello, lejos de constituir una traba para la libertad sindical como aparentaría a primera vista, se ha traducido —y ésa fue la intención manifiesta del legislador— en un estímulo para que se creen sindicatos por rama y no por empresa.

Hay, finalmente, situaciones de coyuntura que en un momento dado pueden alentar o restringir la negociación. Esta estuvo suspendida por dos años en Panamá, y durante cinco, fuertemente limitada en el Perú.

### *Lo político*

Indesligable de lo anterior, el impulso o freno políticos son muchas veces el factor de mayor peso.

“El Derecho Colectivo es estrechamente dependiente de las características autoritarias o democráticas del régimen político imperante. El Derecho Colectivo necesita de la democracia política para existir y desarrollarse. / Habitualmente, las periódicas y generalizadas rupturas del orden jurídico democrático en los países del Tercer Mundo incluyen entre sus medidas la anulación o suspensión indeterminada del ejercicio de las libertades que otorga y regula el Derecho Colectivo./ Esto es así en parte porque en el paquete de medidas del Gobierno de facto se incluye la estabilización salarial sobre la base de centrar en el ingreso salarial la causa de la espiral inflacionaria. Pero también porque la anulación de derecho o de hecho de las garantías del Derecho Colectivo busca

sustraer al sindicalismo los medios jurídicos para la defensa del orden jurídico violado".(29)

### *Lo social*

Dentro de este rubro queremos comprender dos grandes conceptos: el ámbito macro-social propiamente dicho; y el ámbito social-laboral.

En lo primero, la Región en estudio constituye el conjunto de países de menor desarrollo a nivel latinoamericano. He aquí algunas de las cifras más reveladoras: La PEA asalariada es alrededor de sólo el 50% de la PEA total o aun inferior en Guatemala (47.2), Honduras (46.1), Ecuador (51.7), Perú (45.2) y República Dominicana (51.9). En la década de los 80', 4 países del área tenían un PBI per cápita inferior a \$ 1000 por año, y prácticamente ninguno superior a \$ 2000 (Ver anexo estadístico).

Si el ámbito socio-laboral lo medimos a través de algunos indicadores tales como la tasa de sindicalización, el número de convenios colectivos, el total de trabajadores comprendidos en ellos y su posición relativa frente a la población total y la económicamente activa, las constataciones resultan virtualmente iguales, según vimos anteriormente.

### *Condicionantes económicos*

"Desde el punto de vista económico, considerando que el núcleo de la 'negociación colectiva' está constituido por reivindicaciones de ventajas salariales que habrán de hacer más oneroso el costo de producción, el estado de la economía en la ocasión tiene gran importancia, positiva o negativa./ Por ejemplo, en una economía de mercado, con todas sus distorsiones (conurrencia imperfecta y monopolios), los empleadores resisten menos si les es posible trasladar el incremento en los costos a la masa de consumidores, de la cual los propios trabajadores constituyen expresivo contingente. Siendo posible este traslado, la negociación se facilita,

---

(29) SARTHOU: *Ibid.* — P. 585.

pues, en última instancia, existe convergencia de intereses directos e inmediatos".(30)

Algunos caracteres ya señalados de la negociación colectiva en la Región también influyen y hasta condicionan su funcionamiento económico, en un doble sentido: en su concertación y en sus efectos. Tales caracteres son la escasa implantación cuantitativa, su presencia cualitativa y su ámbito o nivel prevalente, que es el de empresa o establecimiento.

Así, el convenio opera plenamente en las empresas más modernas, sofisticadas y rentables, como son el sector manufacturero, el sector servicios (especialmente turísticos, en Panamá, Puerto Rico y República Dominicana), el sector minero (en el Perú) y pesquero (en Ecuador y Perú), con la notable excepción del sector bancario panameño.

De este modo, los salarios y en general las prestaciones pactadas están permanentemente situadas muy por encima de la media nacional, regional y local. Hay una relación directa entre la 'calidad de la empresa' y el rango de las remuneraciones.

No siendo muchas numéricamente las empresas involucradas ni demasiado amplia su población laboral, son sin embargo las más grandes, poderosas e importantes, con una decisiva presencia en la formación del producto bruto nacional. La dimensión cuantitativa no guarda proporción con la desnivelante presencia y cualitativa, según ya vimos.

Las empresas capital-intensivas tienden a ser más abiertas a la concesión de altos salarios y prestaciones a todas las categorías de empleados, por la menor incidencia de la mano de obra en su estructura de costos. Igual sucede con las empresas que ocupan una posición monopólica u oligopólica, muchas veces multinacionales, en especial cuando disfrutan de un mercado cautivo.

Finalmente no puede ignorarse que el tipo de convenio predominante —el de empresa— acentúa la relación entre aquél y cier-

---

(30) MARTINS CATHARINO, José: *Ob. cit.* — P. 43.

tos factores concomitantes como son la estructura interna de costos de la empresa, el grado de competencia externa, la productividad individual y colectiva, etc.

“La negociación por empresa beneficia a los sindicatos de empresas más fuertes, pero tiende a dejar al margen a los trabajadores de empresas o sectores difícilmente organizables. También permite que los salarios se fijen teniendo en cuenta las condiciones económicas de cada empresa, lo que, por un lado, preserva la competitividad de las empresas más frágiles pero, por otro, ahonda las diferencias entre distintos grupos de trabajadores”.(31)

Son éstas concretamente algunas de las críticas que con más frecuencia se hacen a este tipo de contratación. “Se ha dicho que la generosidad de las prestaciones se traduce en mayores costos, mayores precios y mayor inflación. También se ha sostenido que los trabajadores mejor organizados y que disponen de mayor poder de negociación gozan de un status privilegiado con respecto a otros que no están en la misma situación y que con ello se tiende a crear una ‘aristocracia obrera’ ” (32), pues se crean “... disparidades entre los salarios y condiciones de trabajo de los trabajadores de diferentes empresas, grandes o pequeñas, más prósperas o menos prósperas, con sindicatos más fuertes o menos fuertes, cosa que pudiera ser considerada como una situación objetivamente injusta y susceptible de romper la solidaridad entre los trabajadores. Su otro gran inconveniente es que sólo es posible, o sólo es apta para beneficiar a los trabajadores en las empresas comparativamente grandes, puesto que sólo en las mismas los sindicatos poseen un poder de negociación eficaz”.(32)

En otro aspecto, el mercado de trabajo, su extensión y composición, su flexibilidad o rigidez, los grados de adiestramiento y capacitación de la mano de obra y otros factores semejantes influyen también en la contratación.

---

(31) OIT: “*Relaciones...*”, Informe III.— P. 43.

(32) BRONSTEIN: “*La negociación...*”— P. 96.

(33) BRONSTEIN, Arturo: “*El nivel de la negociación colectiva: un enfoque comparativo*”, en Análisis Laboral 100, Lima, octubre 1985.— P. 19.

La estabilidad laboral, por ejemplo, en los países donde existe provoca rigidez del mercado de trabajo, baja movilidad (“turn over”) y, por efecto contrario, disminución de los niveles de empleo. En tales casos, las materias vinculadas a la protección de la estabilidad ya no aparecen en los convenios por ser innecesarias y hasta superflas; proliferan, en cambio, las que acentúan la protección del trabajador empleado: bonificaciones al trabajo por turnos, en horas extras, etc., más que aquellas que pudiesen permitir la ampliación de los puestos de trabajo.

En el polo opuesto, donde no hay estabilidad son de la mayor importancia los reclamos sindicales que buscan establecerla convencionalmente. Ello no obstante, como hace notar WALKERERRAZURIZ (34), ante la falta de tutela legal, en especial en situaciones de crisis, “...se suele producir que el empresario presiona indebidamente al trabajador con el fantasma del despido y lo obliga a modificar el contrato individual de trabajo para rebajar la remuneración”; y aunque el acento lo carga WALKER en lo individual, idéntica reflexión se debe aplicar mutatis mutandi en la contratación colectiva. (35)

La situación de pleno empleo o desempleo generalizado (caracterizados así, gruesamente, al solo efecto didáctico) desplaza el poder de negociación hacia los trabajadores en el primer caso, y hacia los empleadores en el segundo. Cuando la mano de obra escasea, los salarios tienden obviamente a subir; en tal caso, el convenio, a la par que responde a esa lógica de las cosas, actúa también, como freno a una competencia ‘salvaje’ entre empresas. Muy a la inversa, en épocas de desempleo agudo los aspectos salariales ceden ante la necesidad de preservar el puesto de trabajo; más

---

(34) WALKER ERRAZURIZ, Francisco: “*La tutela de las relaciones laborales ante la crisis económica y financiera de la empresa*”, ponencia al VIII Congreso Iberoamericano, Buenos Aires 1983.— P. 20.

(35) La ley peruana, tan celosa en materia de estabilidad laboral, autoriza sin embargo, por excepción, la desmejora de los salarios y condiciones de trabajo por vía colectiva cuando se trata de enfrentar un desmedro económico o vicisitudes derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor.

importantes resultan las cláusulas de garantía que las propiamente económicas.(36)

La coyuntura económica es, finalmente, el condicionante mayor: la expansión económica suele ir acompañada de bonanza salarial, lo cual es apenas una simple consecuencia natural. La crisis, en cambio, abate los salarios. En toda la región examinada el decenio 1975-85 refleja una caída persistente y acentuada de los salarios reales. Algunos estudios en el Perú (37) llegan a establecer que, a partir de una base 100 en 1973, el salario real promedio (obreros) habría caído 56.9% para pasar a ser de 43.1%; y el sueldo (empleados) a 49.7%, con una pérdida de 50.3%.

A la inversa, en el último año (1986), el Perú ha tenido un espectacular crecimiento de su PBI cercano al 9%; los salarios han presentado también significativos avances: 11.4% el sueldo real (empleados) y 7.5% el salario obrero.(38)

A no dudarlo, la coyuntura económica es el mayor condicionante del contenido económico de las convenciones colectivas.

#### *El Convenio Colectivo y sus efectos económicos y sociales*

Dos son, de inmediato, los campos económicos hacia los que trasciende el convenio colectivo: la inflación y la productividad.

---

(36) Vid. DOMIJAN, Adolfo: "La convención colectiva de trabajo como resguardo en la continuidad de equilibradas y justas relaciones laborales en las crisis económicas que se producen en el estado moderno", ponencia al VIII Congreso Iberoamericano, Buenos Aires 1983.— P. 133.

(37) Cit. por CIUDAD, Adolfo: "Problemas del modelo peruano de las relaciones de trabajo", en Análisis Laboral 112, Lima octubre 1986.— P. 21.

(38) Un reciente informe de DESCO: "Coyuntura Laboral", octubre-diciembre 1986, señala adicionalmente que el ingreso mínimo creció 3.6% y que la remuneración promedio de los no-sindicalizados osciló entre (-4%) y el ritmo de la inflación mientras que "los trabajadores organizados y que celebran anualmente sus convenios colectivos han sido quienes consiguieron los mayores porcentajes de aumentos salariales".

Ambas interaccionan, por lo demás, como variables fundamentales de una política de rentas o de redistribución de ingresos y en una más vasta dimensión, de una política económica.

En su rol de redistribución de ingresos se centra, en gran medida, su impacto social, a través del mejoramiento del nivel y de la calidad de vida y el establecimiento de prestaciones que suplan o complementen las que de modo insuficiente proporcionan los servicios públicos de previsión y seguridad social.

Al interior de la empresa, finalmente, el convenio colectivo puede actuar como instrumento favorable o desfavorable de la administración salarial, habida cuenta que los intereses y expectativas del empresario no coinciden y hasta divergen de los de sus trabajadores acerca del rol, el contenido y los objetivos del salario.

### *Inflación*

Viene de antiguo la acusación de que el alza de los salarios es la fuente primaria de la inflación; alza que en muchos casos, como es natural, tiene como principal origen la contratación colectiva.

Algo de verdad y de razón puede tener la acusación, pero no toda. Hoy en día se advierte con claridad cómo es que son otros los factores macroeconómicos que pulsan sobre el crecimiento de los precios y generan la famosa espiral inflacionaria.

La OIT había desde tiempo atrás refutado la acusación al expresar que "... es tan válido sostener que los aumentos salariales desencadenan la inflación como lo contrario, es decir, que son los aumentos de precios los que obligan a los trabajadores a reclamar mejoras salariales. En otras palabras, los trabajadores son víctimas, y no causantes de la inflación. Por lo demás, la reducción de los salarios reales produce una caída en el consumo, lo que a su vez ocasiona a veces un descenso en el nivel de la producción".(39)

Políticas heterodoxas como el Plan Austral en Argentina, el

---

(39) OIT: "La negociación colectiva . . .", p. 50.

Plan Cruzado en Brasil y el Programa del Presidente Alan García del Perú, vienen a darle la razón al haber obtenido éxito contra la inflación sin ir acompañadas de una contención salarial rígida. En el bando contrario, las recetas ortodoxas del Fondo Monetario Internacional se tradujeron en la mayoría de países —incluidos los tres mencionados— en una caída vertiginosa del salario real a la par que hiperinflaciones de 3 dígitos.

Es que, como dice LUPO HERNANDEZ RUEDA (40), “las especulaciones sobre la causa de la inflación son tan viejas como la historia de la teoría económica, y los diversos estudios académicos sobre la inflación, no obstante sus diversos matices y puntos de vista no han podido establecer en forma definitiva las causas de la inflación”. A lo que agrega —con apoyo en MICHAEL PARKIN (“las demandas de salarios sólo han sido una parte del mecanismo que sostiene a la inflación, pero no su causa”) y L.A. DICKS-MIAREAUX (“es muy inseguro el efecto que es posible demostrar ejercen los salarios sobre los precios”) que las causas de la inflación “...son complejas y no residen simplemente en las demandas de los trabajadores”.

¿Dónde está la causa y dónde el efecto?. Dice la OIT: “En los países en vías de desarrollo, con inclusión de América Latina y el Caribe, se ha sostenido a menudo que la negociación colectiva creaba expectativas inflacionarias, no sólo por su incidencia sobre los salarios de los trabajadores que cubre directamente (que, como se ha visto son pocos), sino también por su efecto de arrastre sobre los ingresos de otros sectores. Sin embargo, este argumento no parece tener en cuenta que en dichos países la negociación colectiva ha servido sobre todo para reajustar los salarios después de la inflación, pero no antes de ésta, es decir, que se ha utilizado para que los trabajadores puedan recuperar parte del poder adquisitivo que perdieron como consecuencia de la erosión de la moneda, y no para mejorar los salarios en términos reales. En efecto, basta con examinar el comportamiento de las remuneraciones en períodos relativamente largos, de diez o quince años por ejemplo, para ob-

---

(40) HERNANDEZ RUEDA, Lupo: ‘*Inflación y relaciones de trabajo: el compromiso social en los años 80*’, en II Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones de Trabajo, IELSS, Madrid 1984.— P. 256.

servar que en la mayor parte de los países el salario real de los trabajadores amparados por convenios colectivos en general ha resistido mejor que las remuneraciones de otros trabajadores a los embates de la inflación, pero que las mejoras efectivas del poder adquisitivo fueron mínimas, cuando no nulas o negativas...”.(41)

HERNANDEZ RUEDA, en conexión con el problema del desempleo, argumenta en dirección similar: “La acción sindical por mejores condiciones de trabajo y más altos salarios obedece principalmente al alza creciente de los precios y del costo de vida, y estas demandas en los países en vías de desarrollo, donde existe un sindicalismo incipiente aunque generalmente militante, no son determinantes del alto índice de desempleo. El número de trabajadores organizados es muy reducido con relación a la población económicamente activa con empleo”.(42)

“Es que pocos fenómenos de la vida contemporánea afectan tan hondamente a las relaciones obrero-patronales, el nivel de vida de la población trabajadora, la gestión de las empresas y la economía de un país como la inflación”, dice categóricamente EFREN CORDOVA. “En el plano laboral la inflación introduce un elemento de incertidumbre en la conducción de la negociación colectiva, modifica a menudo las estructuras de negociación y el contenido mismo de los convenios y aumenta los índices de conflictividad”.(43)

PLA RODRIGUEZ (44) refuta enfáticamente la “tendencia primaria de atribuir la principal responsabilidad en ese fenómeno (la inflación) al factor salarial”, a la que califica de “equivocada”. “Un autor griego—DIMITRIOS GERMIDIS—ha demostrado que sí puede haber una cuota de responsabilidad de los sindicatos en el progreso de la inflación por su reclamo de mayores salarios, esa

---

(41) OIT: “*Relaciones...*”, Informe III.— P. 42.

(42) CORDOVA, Efrén: “*La inflación y el Derecho del Trabajo*”, en Revista Relaciones de Trabajo 5, Valencia 1985.— P. 55.

(43) HERNANDEZ RUEDA: *Ob. cit.*— p. 257.

(44) PLA RODRIGUEZ: *Ob. cit.*— P. 331.

responsabilidad es compartida por los empleadores (que no se resignan a reducir sus beneficios y que, por el contrario, pretenden acrecentarlos al mismo ritmo que los obreros), con los gobiernos (que siguen financiando la inflación a través de su política del gasto público y del crédito que deriva en un aumento de la moneda) y con los consumidores (que, gastando sus reservas o recurriendo al crédito, contribuyen a aceptar los nuevos precios). / Pero además —y esto es mucho más profundo—, esa lucha por mejores salarios está impuesta por la sociedad de consumo, que es, por esencia, inflacionaria. Paradójicamente, se llama así a una sociedad en la que la labor productiva no se basa en las necesidades de los consumidores, sino, por el contrario, en el deseo de ganancia de los productores que planean su labor para obtener el mayor lucro posible y luego lo hacen consumir por medio de la propaganda y del aumento nominal de los salarios que, al traspasarlo a los costos, lo hace pagar por el consumidor. El modelo consumista es, naturalmente, inflacionario porque la necesidad individual tiende a predominar sobre la necesidad colectiva y lo superfluo sobre lo útil". Sabias palabras. Que son corroboradas por EFREN CORDOVA de modo no menos contundente: "Tiende a prevalecer en nuestros días la idea de que le negociación colectiva y el aumento salarial fungen más bien como agentes transmisores o comunicantes y que en vez de crear lo que hacen es perpetuar y a veces acelerar un proceso inflacionario. La aceleración es por supuesto mayor cuando los empleadores pueden transferir los aumentos de salarios al consumidor".(45)

En una demostración por vía inversa, es válido comprobar que la suspensión de la negociación colectiva como medida contra-inflacionaria tampoco ha demostrado eficacia. "A este respecto —dice la OIT (46)— es mucho lo que se puede decir, en favor o en contra, desde un punto de vista meramente teórico. Sin embargo, en los países en desarrollo de las Américas los resultados prácticos parecen indicar que la suspensión de la negociación colectiva nunca ha sido por sí sola una medida suficiente para combatir la

---

(45) CORDOVA: *La inflación...* — p. 61.

(46) OIT: "Relaciones..." Informe III.— P. 41.

inflación. De hecho, ciertos países que congelaron la negociación colectiva siguieron registrando tasas de inflación elevadas".

Pero el problema salarios-negociación colectiva-inflación presenta una "doble faz", como expresa con diáfana claridad PLA: "Por un lado, cómo se protege el salario real de los trabajadores en una época de inflación; por otro, cómo repercute la fijación de salarios efectuada por medio de la negociación colectiva en el fenómeno inflacionario". (47)

A menudo se carga tintas en esto último, y no se advierte que más importante es el primero de estos problemas: la protección del salario.

El propio PLA advierte, sin embargo, que "...si bien no es el salario principal causante de la inflación y a través de la política salarial no puede contenerse la inflación, una mala regulación del sistema de fijación de salarios puede contribuir a empujar la inflación./ Esto significa que no es indiferente el tema salario a los efectos de la inflación porque, a través de una política salarial desacertada, inconveniente e irresponsable, puede estimularse la inflación". (48)

Y señala tres ejemplos, contraídos de la experiencia:

"a) La determinación parcial y desordenada por gremios genera la tendencia a una agravación de la inflación porque cada aumento de salario provoca un aumento de precios que, a su vez, engendra un nuevo pedido en una carrera desenfrenada y loca. Esos aumentos se acumulan unos a otros y, además, aparecen como estimulándose unos a otros por medio de la imitación y la emulación. / b) La frecuente y continua fijación de nuevos salarios propicia un clima psicológico propicio a la inflación. Ni el consumidor se resiste, ni el trabajador tiene reparos en pedir, ni el empresario tiene dificultad para conceder los aumentos, trasladándolos de inmediato a los precios. / c) La determinación de salarios

---

(47) PLA RODRIGUEZ: *Ob. cit.* — P. 330.

(48) PLA RODRIGUEZ: *Ibid.* — P. 335.

con propósitos demagógicos o sin tener la responsabilidad del problema de conjunto, lleva a aumentos desmesurados".(49)

No es, pues, la negociación colectiva un instrumento inerte, totalmente inocente o marginal en el tema de la inflación; sería temerario y hasta pueril negarle toda responsabilidad. De allí que el deslinde del Pla resulta justo y esclarecedor, tanto más con referencia a aquellos países —como son los examinados— donde la negociación se da en forma dispersa y atomizada ya que "una estructura demasiado descentralizada acentúa el predominio de los intereses sectoriales y hace difícil la puesta en práctica de una política de moderación salarial".(50)

Ahora bien, para resolver el crucial problema de la necesaria adecuación de los salarios a las carencias creadas por el proceso inflacionario sólo parecen existir cuatro mecanismos: a) la indexación o indización; b) el aumento por decreto gubernamental; c) el contrato individual; y, d) la negociación colectiva.

En cuanto a la indexación —sea en forma lineal o más sofisticada como la famosa "scala mobile" italiana, cualquiera sea el sistema que se adopte— constituye un mecanismo automático y, por ello, virtualmente ciego, cuya aplicación escapa de las manos de los protagonistas. Hay virtual unanimidad en adjudicarle efectos inflacionarios por retroalimentación de los precios a través de los costos. La fijación de aumentos por decreto, socorrido sistema en casi toda la Región, peca de rigidez por su generalidad; es materialmente imposible conocer y controlar todas las variables de la urdimbre salarial y, por ello, generalmente se aplican sólo a ciertas categorías salariales, las más bajas. Dejar los reajustes, por último, librados al acuerdo individual es lo mismo que librarlos a la voluntad unilateral del empleador.

Queda sólo la negociación colectiva, entonces, válida no por simple eliminación de alternativas, sino por virtudes y méritos propios, entre los que se destacan su flexibilidad y adaptabilidad, su

---

(49) PLA RODRIGUEZ: *Ibid.* — P. 335.

(50) CORDOVA, Efrén: "La inflación . . ." — P. 66.

carácter bilateral, su rol equilibrador y, sobre todo, su entraña misma compositiva y pacífica que, como bien destaca PLA, respeta la autonomía colectiva y la libertad de las partes.

### *Productividad*

La conciliación entre las necesidades señaladas de proteger los salarios y no retroalimentar la inflación, sólo parecería viable a través del incremento de la productividad.

El tema ha sido muy poco tratado en la negociación colectiva, en parte por reticencias de los trabajadores que ven en ella un riesgo de sobreexplotación, reducción del salario real y peligro para la estabilidad laboral colectiva, en parte por la renuencia de los empresarios a brindar información o compartir capacidad de decisión.

Un incremento de la productividad, sin embargo, como hace notar un estudio de la revista ANALISIS LABORAL (51), "...no está necesariamente dirigido contra el trabajador, puesto que los beneficios de dicho aumento tienen un efecto variado, y bien podría permitir: a) aumentar las ganancias de la empresa; b) aumentar las ganancias de los trabajadores; c) disminuir los precios; d) reducir las horas de trabajo./ De estos cuatro efectos, tres son favorables al trabajador de manera directa o indirecta (como es el caso de los precios), y es esperable que las comisiones tripartitas, o la propia negociación colectiva puedan generar una distribución razonable de los beneficios que los haga extensibles a todos".

En pro de esta tesis añade: "Los aumentos de sueldos y salarios derivados de la productividad son claramente anti-inflacionarios. Por una parte, es factible realizarlos de manera que su efecto sobre los costos sea reducido, y ello tendría un benéfico efecto multiplicador, por cuanto sabemos que los costos están bastante integrados entre sí. Por otra parte, el aumento en estas condiciones es un efectivo reactivador de la demanda (al aumentar el ingreso real de la población y la retribución del Estado y el capital)

---

(51) ANALISIS LABORAL 62, Lima agosto 1982.— P. 3.

y por lo tanto constituirán un reactivante de la producción general./ Con respecto a las condiciones de trabajo: dentro de la variada y diversa extensión de las cláusulas de condiciones de trabajo, las que corresponden a la productividad tienen, en muchos casos, claros aspectos favorables al trabajador. La capacitación profesional, la especialización, el mejoramiento de la maquinaria e instrumental, entre otras, tienen este carácter y pueden administrarse sin que se conviertan en un costo excesivo. De otro lado, todo tipo de mejoramiento técnico puede ser visto como una inversión rentable a la empresa, como también como una transferencia al trabajador, cuyo trabajo a partir de entonces es digno de mejor remuneración; más aún, y esto tal vez sea lo más importante, este mejoramiento de la capacidad productiva del trabajador tiene altas implicancias sociales y humanas".

Es evidente que —a través de la negociación colectiva o fuera de ella— la productividad es de hecho preocupación constante del empresario, la explicación, incluso, y aun la posibilidad de una negociación colectiva sana. "Si la negociación colectiva —dice ARTURO BRONSTEIN (52)— ha permitido democratizar las relaciones laborales y mejorar las condiciones de trabajo, desde el punto de vista de las empresas esto se ha logrado a un costo económico no desdeñable. Como esto no ha significado el derrumbe económico de las empresas, al menos de la mayor parte de éstas, porque la sociedad capitalista sigue funcionando a pesar de sus múltiples problemas, podemos suponer que las empresas han podido pagar ese costo. Pero si lo han podido pagar es sobre todo porque han sabido mejorar su productividad. Aun más, precisamente el hecho de afrontar mayores costos sociales ha sido uno de los más importantes estímulos para los aumentos de productividad al extremo que existe una relación directa entre los costos salariales y las medidas destinadas a mejorar la productividad./ Por lo que se aprecia, existe entonces una relación bastante estrecha entre el mejoramiento de los salarios y las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva y la necesidad de que la empresa mejore su productividad, precisamente para poder pagar esas mejoras. Esto nos lleva a

---

(52) BRONSTEIN, Arturo: "*La productividad en la negociación colectiva internacional*", en Análisis Laboral 46, Lima abril 1981.— P. 5.

pensar que las discusiones sobre productividad, en principio, deberían formar parte de las negociaciones colectivas”.

Ello habría de motivar a la larga un cambio de actitud de los interlocutores. “Por parte de los trabajadores, parece existir la convicción de que ahora es necesario negociar sobre la productividad, precisamente porque el mejoramiento de la productividad es prácticamente la única condición que les permitirá asegurarse que las ventajas que consiguen a través de la negociación colectiva no serán efímeras”.(53)

“La relación que se establece entre incrementos de salarios y aumentos de productividad tiene ventajas sobre otras posibles opciones —dice un estudio de la OIT (54). Permite, por ejemplo, elegir entre varias alternativas en cuanto a aumentos de salarios y de ocupación. En una situación de alto desempleo, los aumentos previsibles del producto podrían orientarse preferentemente a incrementar la ocupación más que a mejorar las remuneraciones reales medias; en cambio, si el desempleo no es elevado, bastaría con orientar una parte del crecimiento esperado para absorver el aumento de la fuerza de trabajo, y el resto podría orientarse a mejorar las remuneraciones reales. Por otra parte, este criterio contribuye a mantener la participación de los trabajadores en el producto y en el ingreso, aún en situaciones recesivas”.

Aunque de nula vigencia en los países de la región bajo estudio, los problemas de productividad sí son abordados entre otros países en desarrollo. BRONSTEIN alude a Zambia en África y Singapur en Asia; en el primero de estos países; “...una Conferencia Tripartita de Trabajo adoptó en 1967 un Código para fomentar la productividad que contiene algunos principios sencillos que pueden ser aplicados directamente por cualquier empresa. Este Código destaca algunos de los factores más elementales que pueden mejorar o perjudicar la productividad: entre los primeros figura un sistema de incentivos vinculados al rendimiento, mejores condiciones de trabajo, seguridad en el empleo, trato equitativo de

---

(53) BRONSTEIN: *Ibid.*—P. 6.

(54) BRONSTEIN, en Análisis Laboral 47, Lima mayo 1981.—P. 13.

los trabajadores. Entre los segundos se menciona al ausentismo, la falta de puntualidad, la embriaguez, el ‘dormir voluntariamente durante las horas de trabajo’, pero también la ‘inadecuada selección de supervisores’ ”.(55)

### *La dimensión social*

“En los países en vías de desarrollo, la política de salarios (...) debe encaminarse a asegurar el crecimiento económico nacional, la reducción de los desniveles sociales y económicos, y las desigualdades de todo género que existen entre los diversos integrantes de la comunidad”, dice HERNANDEZ RUEDA (56); y añade: “Toda política salarial, debe, pues, perseguir necesariamente la seguridad económica, sin la cual no existe la paz social, objetivo obligado de las relaciones laborales en toda época”.(57)

¿Es el convenio colectivo, realmente, un mecanismo de redistribución de ingresos? La OIT (58) examina esa cuestión y sus posibles efectos sobre el comportamiento de ciertas variables macroeconómicas, como el consumo, el ahorro, la inversión y el crecimiento económico en general, y concluye que, “en el contexto de la economía en vías de desarrollo de América Latina y el Caribe, es fundamental recordar que, a pesar de la considerable expansión de la negociación colectiva en los últimos años, en la mayor parte de los países del continente los convenios colectivos amparan a un porcentaje bastante bajo de la población económicamente activa”. Siendo, pues, limitado el universo y concentrando en sectores de gran valor productivo pero reducida población laboral, hecho que limita la negociación colectiva a un segmento comparativamente pequeño de la población activa. “Hay que mostrarse muy prudente acerca de toda idea relativa al posible impacto de la redistribución operada por la sola negociación colectiva

---

(55) Cit., por HERNANDEZ RUEDA: *Ob. cit.* — P. 259.

(56) HERNANDEZ RUEDA: *Ibid.* — P. 266.

(57) HERNANDEZ RUEDA: *Ibid.* — P. 258.

(58) OIT: “*Relaciones...*”, Informe III.— P. 41.

sobre las grandes variables macroeconómicas, tales como el consumo, el ahorro, la inversión y el crecimiento económico en general”.

Pero la negociación colectiva actúa decisivamente en pro de la elevación del nivel y la calidad de vida, no sólo de los directamente involucrados en sus efectos, sino en el estímulo de la legislación protectora de sectores más vastos de la población. No es infrecuente que beneficios que aparecieron por primera vez en los convenios ‘de punta’ se extiendan después, en cascada, de las empresas grandes a las medianas y de éstas a la legislación laboral común.

La negociación aporta, por otra parte, una valiosa cuota de legitimidad social a las conquistas de los trabajadores, más aún si advertimos que “la remuneración justa del trabajador no depende de la generosidad del empleador, sino más bien del derecho a asociarse en sindicatos, consagrado y protegido constitucionalmente. Los sindicatos de trabajadores constituyen un elemento indispensable para la vida social, un instrumento eficaz para el logro del equilibrio económico, el bien común y la justicia social”.(59)

### *El Convenio Colectivo y la Administración Empresarial*

En algunos países del área —Panamá, República Dominicana— la negociación salarial respeta y hasta promueve una política de remuneraciones en función de puestos de trabajo. El CT de Panamá incluso imponía como una cláusula obligatoria la “clasificación de puestos”, que en la actualidad es una cláusula facultativa. En República Dominicana es también práctica corriente discutir y convenir una clasificación de puestos a objeto de establecer la escala de aumentos de salarios y los reajustes pertinentes.(60)

En el Perú, en cambio, por una perniciosa costumbre ampliamente generalizada, los aumentos salariales se negocian por canti-

---

(59) HERNANDEZ RUEDA: *Ob. cit.*— P. 262.

(60) Vid. MURGAS: *Ob. cit.*— P. 157: y HERNANDEZ RUEDA, Lupo: “*Procedimiento y estructura de la negociación colectiva a nivel de la empresa y del establecimiento*”, Informe nacional presentado al XI Congreso Internacional, Caracas 1985, Vol. I, P. 569.

dad única, igual para todos, cuyo efecto es achatar la curva salarial y aproximar progresivamente los extremos, con ventaja innegable para los de menor remuneración pero tremadamente depresiva para los más calificados. Se ha llegado al extremo, en algunas empresas públicas, de pactar incrementos automáticos consistentes en la aplicación del índice de precios al consumidor, no sobre el salario directo individual, sino sobre el promedio salarial, de modo que todos aquellos remunerados por debajo del promedio perciben aumentos necesariamente superiores a la inflación, en tanto que los de ingreso superior jamás podrían recuperar el deterioro causado por aquélla.

Es considerable el impacto que una buena o una mala contratación colectiva puede tener en la administración empresarial. Cuando una práctica errónea se hace universal, el efecto traspasa al conjunto de la economía nacional.

## CONCLUSIONES

### *Primera*

La negociación colectiva en el área regional examinada —Ecuador y Perú, América Central y el Caribe— presenta características comunes a la mayoría de países, algunas de ellas contradictorias entre sí:

1. Es marcadamente conflictual, a pesar de estar muy institucionalizada a través de procedimientos formales.
2. Tiene poca difusión en términos cuantitativos, pero importante incidencia cualitativa, por radicar en los estratos laborales más destacados.
3. Acusa un acentuado intervencionismo estatal, pero también una clara tendencia a la búsqueda de grados más amplios de autonomía.

Su principal característica, sin embargo, es darse casi exclusivamente a nivel de empresa, con contadas excepciones de negociación por rama de actividad.

## *Segunda*

El convenio colectivo y la economía se ejercen directa y recíproca influencia.

De los diversos condicionamientos a la negociación colectiva, más incide lo económico que lo político, lo jurídico o lo social, salvedad hecha, naturalmente, de los casos extremos de suspensión o restricción de las negociación colectiva por disposición legislativa o gubernamental.

A su vez, el convenio colectivo cumple un importante rol a nivel macro y microeconómico.

## *Tercera*

El que el ámbito del convenio se dé en la empresa o establecimiento determina algunos efectos muy resaltantes:

1. Favorece a los trabajadores de las empresas más grandes y sofisticadas, pero marginá a los que pertenecen a empresas medianas y pequeñas, que son mayoría, acentuando así desequilibrios salariales y sociales.
2. Disminuye su impacto social y económico en la dimensión nacional.
3. Debilita el rol redistributivo que podría cumplir como instrumento de una política de rentas o económica en general.

## *Cuarta*

No parecen justificadas las acusaciones de que la negociación colectiva provoca o, al menos, impulsa la inflación. Por lo general, los reajustes salariales por vías de negociación son el efecto y no la causa del alza de los precios.

Ello no obstante, si los incrementos salariales son trasladados a los precios, lo que sucede más fácilmente en una negociación descentralizada, tales incrementos pueden actuar como retroalimentadores de la inflación.

*Quinta*

Las experiencias concretas en la Región demuestran que ni la suspensión de la negociación colectiva ni la limitación de los salarios tienen eficacia en la lucha contra la inflación.

Paradójicamente, algunos planes políticos heterodoxos han tenido éxito —al menos temporal— contra la inflación sin recurrir a contenciones salariales.

*Sexta*

Es importante estimular la inclusión dentro de la negociación colectiva del tema de la productividad, que es, sin duda, la manera más certera de permitir el acrecimiento de los salarios reales sin provocar secuelas inflacionarias.

## EL GRUPO DE CONTADORA FRENTE A LOS MEDIOS DE SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

María Cecilia Tello

### 1. INTRODUCCION

Las Controversias internacionales, de acuerdo al Derecho Internacional, deben ser resueltas únicamente por medios pacíficos, sin recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. Diversos instrumentos universales y regionales consagran expresamente este principio, otorgando libertad a las partes en cuanto a los medios a emplearse.

Desafiando escepticismo, y a pesar de la existencia actual de una serie de conflictos, podemos afirmar que el Derecho Internacional sigue teniendo vigencia en torno a la solución de controversias. Nuestro continente —en fechas recientes— dio ejemplo de ello, mediante el Tratado de Paz celebrado entre Honduras y El Salvador en 1980, el arreglo satisfactorio al que arribaron Chile y Argentina en 1983 en el caso del canal de Beagle. El primero de los mencionados, reviste particular importancia para el Perú, puesto que en él actuó —como mediador— el ilustre Jurisconsulto peruano José Luis Bustamante y Rivero.

Al margen de la existencia de países con realidades pobres y subdesarrolladas que muestran diferencias cuantitativas y cualitativas respecto a las grandes potencias, ocasionando una serie de conflictos, existen aún intereses crecientes dirigidos a preservar —desde diversos ángulos— la paz y seguridad internacionales. Los casos mencionados —entre otros— ratifican lo anterior, inscribiéndose en este marco la acción del Grupo de Contadora, cuya partida de nacimiento data del 2 de Enero de 1983. Su conformación se debió a los conflictos surgidos en Centroamérica, específicamente en Nicaragua.

CONTADORA nació con el propósito esencial de cumplir una función diplomática orientada a buscar por la vía pacífica la solución de controversias, desplegando —desde su formación— esfuerzos crecientes para el logro de tales fines. A lo largo de su gestión, ha tratado de encontrar soluciones ajustadas a la región, sin intromisiones derivadas del conflicto Este-Oeste. Su acción en consecuencia merece ser considerada en toda su amplitud.

Al margen de la obtención de soluciones a corto plazo, es necesario incidir en que, la labor desplegada por CONTADORA, ha recibido amplio apoyo internacional —Gobiernos, Organizaciones y ciudadanos de diversos países—. Sin embargo, analizando las declaraciones de los Ministros de Relaciones Exteriores que integraban el Grupo, así como las acciones llevadas a cabo, observamos que, no participaron plenamente de las características de los diferentes Medios de Solución reconocidos por el Derecho Internacional, puesto que se desempeñó como “otra parte” interesada en el conflicto centroamericano. Por ello, no cumplió exactamente un rol de Mediador, Investigador o Arbitro, en su caso, porque al tratar de llegar pacíficamente a una solución, buscaba paralelamente soluciones propias en razón de estar de por medio, en última instancia, la defensa de la integridad y soberanía Latinoamericana.

La preocupación de CONTADORA en torno a la necesidad de intensificar el diálogo a nivel latinoamericano, como medio eficaz para enfrentar los problemas sociales, económicos y políticos que comprometen la paz, estabilidad y democracia de los pueblos del continente, hizo visible el carácter SUIR-GENERIS del Grupo, sentándose un precedente respecto a la creación de un nuevo Medio de Solución de Controversias. Esta última afirmación la formulamos tomando en cuenta nuestro continente, arriesgándonos a considerarla como posibilidad en relación al resto del mundo.

En concordancia con esto último, desarrollamos a continuación un apretado análisis de la significativa acción llevada a cabo por CONTADORA, indicando de antemano que nuestro propósito, no radica en tratar de encasillar al Grupo dentro de las características de alguno (s) de los Medios de Solución, sino —por el contrario— se halla centrado en demostrar el carácter peculiar de su

conformación y acción, que en oportunidades tuvo características de Mediación; Buenos Oficios; etc. Dadas las implicancias políticas derivadas del conflicto centroamericano, no pretendemos abarcar la totalidad de las mismas. Por el contrario, deseamos utilizar las categorías existentes de los Medios de Solución como instrumentos, a fin de demostrar que la acción del Grupo —desde sus inicios— rebasó las características propias de los diversos Medios reconocidos por el Derecho Internacional, haciendo visible el dinamismo creciente de la Sociedad Internacional.

## ***II. EL PRINCIPIO DE LA OBLIGACION DE ARREGLO PACIFICO DE CONTROVERSIAS***

Al referirnos a Principios, y más concretamente, a Principios internacionales, hablamos de preceptos que sirven de base o fundamento para el obrar de los sujetos internacionales, en las continuas y diversas relaciones que desarrollan entre sí (1).

El Principio de la Obligación de Arreglo Pacífico de Controversias (2) significa que los Estados tienen el deber de solucionar sólo por medios pacíficos, las controversias que surgan entre ellos, tomando en consideración sus intereses mutuos y procediendo sobre la base del acuerdo (3).

La doctrina soviética considera a este Principio como uno de los básicos del Derecho Internacional Público, clasificándolo dentro de los “Principios directamente ligados con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”. Estos últimos, junto a los “Principios Generales de la Cooperación Internacional” (4), son denominados “Sistema de Principios de la Coexistencia Pacífica”.

---

(1) CUBAQUE, Claudia; ORTIZ, Hollman. *Los Principios Políticos en las Relaciones Internacionales*. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas. Tesis de Grado, 1985, pág. 14.

(2) Nota del Autor. La doctrina se refiere indistintamente a los conflictos y controversias como diferencias entre los Estados.

(3) Academia de Ciencias de la URSS. DIP. Ed. Progreso, Moscú, pág. 188.

(4) Academia de Ciencias de la URSS. DIP, pág. 176.

Tratadistas occidentales también han admitido la importancia de este Principio considerado entre los fundamentales.

En cuanto a los Estados, las relaciones entre ellos han adquirido rango y categoría de Derecho Positivo en el Pacto de la Sociedad de Naciones, Carta de la ONU —artículos 1º y 2º, principalmente—. Todas ellas contienen reglas y preceptos que encauzan jurídicamente, con valor de estipulaciones de Tratados internacionales, las relaciones políticas entre los Estados. Por tanto, estos Principios, convertidos en jurídicos a pesar de ser frecuentemente desconocidos, constituyen derechos y deberes que los Estados tienen dentro de la Sociedad Internacional.

De otro lado, las Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU, así como las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, se refieren en la mayoría de casos a estos Principios reconociendo un Derecho consuetudinario sobre la materia. Como ejemplo de ello citamos:

- La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625-XXV).
- La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (Resolución 37/10 de Diciembre de 1982).

Resulta evidente que estos preceptos no constituyen simples postulados morales o políticos, sino conceptos jurídicos que se expresan como principios del Derecho Internacional, por constituir derechos y deberes reconocidos y, en consecuencia, normas de “Jus-Cogens”. Al margen de la caótica situación que vivimos en estos días, pensamos que tales reglas constituyen una condición para la vida y la propia existencia de los Estados, incluyendo el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

En cuanto a América, la Carta de la OEA también reconoce la existencia de los mencionados Principios, encontrándose el desarrollo y codificación de estos en la Resolución AG/RES-128 (III-0/73) aprobada por la Asamblea General de los Estados Americanos en

1973 –“Principios referentes a las relaciones entre los Estados Americanos”.

En la actualidad, el Derecho Internacional considera como Principios entre otros, los siguientes:

- La Igualdad Soberana de los Estados.
- La Libre Determinación de los Pueblos.
- La No Intervención; y
- La Coexistencia Pacífica (5).

A su vez, la Coexistencia Pacífica tiene diversos supuestos, los cuales también constituyen Principios del Derecho Internacional, siendo uno de ellos el “Principio de la Obligación de Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales” (6). Sin embargo, cabe señalar que en la práctica internacional, los referidos Principios son concebidos como marco para la actuación de los Estados en sus relaciones. Se han convertido, en ocasiones, en puntos de referencia, a partir de los cuales se suscitan interpretaciones diversas, deformando su verdadero significado y, en otras, desconociendo simplemente su existencia.

### *III. LOS MEDIOS DE SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS*

Estos se hallan en relación directa con la existencia del Principio de la Obligación del Arreglo Pacífico de Controversias. Se establecen en función a la existencia de desacuerdos sobre puntos de

- 
- (5) Nota del Autor. El Principio de Coexistencia Pacífica no sólo está basado en el hecho de soportarse o tolerarse recíprocamente, sino que va más allá, radicando principalmente en la obligación internacional de cooperar.
  - (6) Nota del Autor. Los otros supuestos son :
    - El Principio de Abstención de la Amenaza y del Uso de la Fuerza en las Relaciones entre los Estados.
    - El Principio de Cooperación incluído en el numeral “J” de la Resolución 2625 —XXV— de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

hecho o derecho, contradicción u oposición de tesis jurídicas o de intereses (7).

Los Medios de Solución Pacífica de Controversias son la negociación; los buenos oficios, mediación; investigación o encuesta; conciliación; arbitraje y arreglo judicial. Los seis últimos se diferencian del primero debido a la presencia de terceros en las gestiones de solución.

En general, los conflictos son susceptibles de ser solucionados por los medios que propongan las partes. Son ellas las que deciden en la práctica qué diferencias serán sometidas a determinados procedimientos.

### *III. 1 Clasificación*

La doctrina occidental, en general, ha interpretado la práctica de los Estados sobre la materia, distinguiendo dentro de los métodos a disposición de las partes en conflicto, entre medios diplomáticos y medios jurídicos (8), caracterizándose estos últimos por el carácter vinculante y obligatorio del laudo arbitral o sentencia judicial, de acuerdo al caso y al uso de consideraciones jurídicas. En una medida u otra, todos hacen uso —no sólo de tales argumentaciones— sino también de Principios o normas con otras características —la equidad, por ejemplo—. Los llamados “medios jurídicos” utilizan en mayor grado normas jurídicas posibilitando a las partes la aplicación del Derecho preexistente de conformidad a procedimientos preestablecidos.

Por otro lado, los medios diplomáticos, más que solucionar el conflicto, determinan las bases para que las partes finalmente den ellas mismas por terminada la controversia (La Mediación y Conciliación presentan singulares características como veremos adelante). Así, con el objeto de lograr el fin del conflicto, se buscan soluciones no necesariamente adaptadas al Derecho preexistente.

---

(7) Sentencia de 30 de Agosto de 1924 emitida por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

(8) ULLOA, Alberto. DIP. Madrid, Ed. Iberoamericana S.A. 1957, Tomo II, pág. 179.

La Doctrina ha estratificado los procedimientos diplomáticos con una claridad que no es necesariamente perceptible en la práctica de los Estados. Es a veces más fácil distinguir una Mediación de los Buenos Oficios desde un punto de vista teórico que en los hechos. Asimismo, es fácilmente reconocible en doctrina una conciliación de una mediación, aunque en la práctica puedan llegar a no distinguirse.

Existe un aspecto sobre el cual es necesario hacer alusión: La Soberanía de los Estados. Un Gobierno puede —desde el punto de vista político— negarse a someter un conflicto al Arreglo Judicial o al Arbitraje, sin por ello discutir la existencia de normas jurídicas internacionales. Controversias teóricamente justiciables, no son consideradas como tales por las partes, que muchas veces ponen sus intereses por encima de cualquier consideración jurídica. Debiendo a ello, se excluyen diferencias que afectan intereses vitales, la independencia o el honor de los Estados, por ejemplo. En la práctica, estos intereses vitales prevalecen sobre el Derecho y consecuentemente sobre los medios de solución pacífica de controversias.

La práctica internacional muestra una serie de cláusulas compromisorias y aceptación de la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para la solución de controversias en torno a la aplicación e interpretación de los Tratados que las insertan. Sin embargo, ello no impide la inclusión de reservas en función, principalmente, de enfoques y puntos de vista políticos. De otro lado, la praxis demuestra la aplicación sucesiva y complementaria de los diversos medios reconocidos por el Derecho Internacional.

Finalizamos este acápite haciendo una suscinta referencia a cada uno de los medios de solución reconocidos por el Derecho Internacional, tratando de esbozar sus características:

— *NEGOCIACION*: Viene a ser el procedimiento diplomático por el cual los estados conducen sus relaciones mutuas discutiendo, arreglando, y solucionando sus controversias (9). Su utilización

---

(9) Caso Mavrommatis.

no constituye una prioridad impuesta por el Derecho, sino una precedencia natural y lógica: De lo contrario se favorecerían posibles maniobras dilatorias, impidiendo el empleo de otros medios de solución.

— *LOS BUENOS OFICIOS*: Constituye la acción amistosa de un tercero (discreta ingerencia) que propone a los Estados en litigio, sin tomar parte en el mismo, la iniciación o reanudación de negociaciones conducentes a la solución de un conflicto internacional. El tercero puede ser un Estado o un particular calificado (10).

— *LA INVESTIGACION O ENCUESTA*: Consiste en la sumisión del conflicto a comisarios investigadores, cuya única misión es la de aclarar las cuestiones de hecho, sin pronunciarse de modo alguno sobre las responsabilidades que de ellas se deduzcan (11) o sobre las cuestiones de derecho. La Investigación, como los Buenos Oficios, más que solucionar el conflicto en examen, determina las bases para que las partes finalmente alcancen *ellas mismas* la solución de su controversia.

— *LA MEDIACION*: Es la acción de un tercero (s) con carácter neutral que, además de acercar a las partes, participa en la mesa de negociaciones interviniendo en las mismas, proponiendo —incluso— cursos de acción, a efectos de arribar finalmente a una solución negociada. El mediador cumple un papel activo en las negociaciones, interviniendo directamente en ellas (12). La mediación es un procedimiento que, debido a su flexibilidad, hace uso en mayor medida que el Arbitraje y el Arreglo Judicial de consideraciones no jurídicas. Ello sin embargo no debe significar desconocimiento de los Principios del Derecho Internacional. Este medio de solución resuelve —o tiene potestad para resolver— la controversia misma.

— *LA CONCILIACION*: Constituye una combinación y síntesis

---

(10) PORTOCARRERO, Felipe. “DIP”. Lima, Ediciones Peruanas, 1966. Pág. 293.

(11) ROUSSEAU, Charles. “DIP”. pág. 489.

(12) VINUESA, Raúl. “DIP”, pág. 279.

sis de los procedimientos de Investigación y Mediación. El conciliador investiga los hechos en disputa sugiriendo términos de arreglo. Sin embargo, es más formal y menos flexible que la Mediación. En consecuencia, si las propuestas del mediador no son aceptadas, éste puede continuar formulando nuevas alternativas, mientras que la conciliación suele limitarse a un informe. En todo caso, las partes no están obligadas a aceptar los términos de arreglo propuestos (13).

— *EL ARBITRAJE*: Tiene por objeto solucionar los litigios entre Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto al Derecho previamente determinado (14).

— *EL ARREGLO JUDICIAL*: De manera similar al Arbitraje, el Principio fundamental que domina este procedimiento es el siguiente: En el orden internacional, la jurisdicción sólo existe sobre la base de la voluntad de los Estados, cuyo consentimiento es condición previa para cualquier arreglo judicial (15). Existe diferencia entre un Tribunal de Justicia y uno Arbitral, puesto que el primero presenta carácter pre establecido (ver la Corte Internacional de Justicia) mientras que el segundo suele ser conformado para el caso concreto.

Si bien la jurisdicción de una Corte Judicial o de un Tribunal Arbitral es voluntaria, una vez que las partes se someten a ella, el resultado o decisión final, es siempre obligatorio y definitivo para las partes. Estas, a su vez, pueden solicitar —de común acuerdo—, una decisión “EX AEQUO ET BONO”, conforme a Principios de justicia y equidad.

La reticencia de los Estados a recurrir a la Corte Internacional de Justicia se relaciona, en cierta medida, con la identificación de ésta como un órgano jurisdiccional del Derecho Internacional tra-

---

(13) AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, Alianza Editorial; 1982, pág. 292.

(14) MALCA, Carlos. *El Arbitraje Internacional*. En: Revista Peruana de Derecho Internacional 1945, No. 15, Tomo 5, pág. 307.

(15) ROUSSEAU, Carlos. Op. cit., pág. 514.

dicional, a más de la imprevisibilidad (ante escasos precedentes) en la aplicación de los llamados Principios de equidad.

En torno a la labor de las Organizaciones Internacionales (vistas según algunos autores como un nuevo medio de solución) pensamos que las peculiaridades operativas no son suficientes para considerarlas como nuevos medios de solución.

#### *IV. EL GRUPO DE CONTADORA*

El Grupo de Contadora fue conformado como resultado de las reuniones sostenidas en la isla panameña del mismo nombre el 8 y 9 de enero de 1983 por los Ministros de Relaciones Exteriores de Colombia, México, Panamá y Venezuela. Estos cuatro Estados, en vista de la gravedad de la situación centroamericana, decidieron integrar un grupo latinoamericano para colaborar en la solución pacífica de dicha crisis.

En los meses anteriores, las tensiones en América Central habían aumentado sensiblemente a niveles de particular peligrosidad. Al lado de manifestaciones crónicas de atraso socio-económico y muestras de autoritarismo político (16), la convivencia parecía prácticamente imposible. La desconfianza se transformó en intolerancia, propiciando a su vez incomunicación y violencia. A los muy antiguos problemas de subdesarrollo, se sumaban circunstancias que no sólo justificaban el encuentro en la Isla Contadora, sino que lo hacían de extraordinaria oportunidad.

Sin embargo, los miembros, del Grupo estaban lejos de imaginar la excepcional repercusión que aquel hecho habría de tener en la conciencia internacional y en la visión latinoamericana en torno a los problemas regionales. Resultaba difícil suponer entonces que estos cuatro países estaban iniciando uno de los esfuerzos más imaginativos y perseverantes en la vida diplomática de América Latina.

---

(16) Nota del Autor. Existían enfrentamientos armados internos entre las fuerzas de los Gobiernos constituidos y las fuerzas insurgentes (guerrillas) con proyectos distintos de sociedad. Por otro lado, los intereses de las 2 superpotencias también se dejaban sentir.

El ofrecimiento de Contadora a los países centroamericanos con el objeto de llevar a cabo conversaciones tendientes a buscar una solución a la crisis centroamericana, presentó un enfoque global con perspectiva de conjunto (17). Esto motivó la aparición de ángulos vulnerables en la gestión del Grupo, puesto que, al considerar un espectro tan amplio de puntos, se tomaron en cuenta aspectos que hicieron lentas y difíciles las negociaciones.

Debe tenerse presente que Contadora no era una Organización institucional; por tanto no funcionaba en base de un Tratado o Acuerdo Formal, sino como producto de la voluntad de los Estados miembros y de su compromiso político. A tales hechos se debió, en mucho, la fragilidad de este modelo de gestión diplomática.

Los Cancilleres del Grupo advirtieron que resultaba indeseable inscribir el conflicto centroamericano en el contexto de la confrontación Este-Oeste, coincidiendo en la necesidad de eliminar los factores externos que agudizaban la crisis. Contadora mostró que si bien los sistemas y foros universales o regionales existentes eran competentes, la situación en América Central requería la acción directa por otras vías.

Contadora no actuó en forma rígida y predeterminada, sino dinámicamente, dando respuestas creativas a los problemas existentes. Tomó en cuenta Principios Internacionales diversos: No Intervención; Libre Determinación y Obligación de Solución Pacífica de Controversias. Ha parecido a muchos una extravagancia que, en una época en que se ha extendido el uso de instrumentos jurídicos se haya escogido como documento formal un ACTA: Se olvida, sin embargo, que se trataba de una situación fluida, donde se consideraban Principios, recomendaciones y compromisos, comprendiendo asuntos políticos, de seguridad y otros de naturaleza económico-social.

---

(17) Nota del Autor. El carácter multilateral de la gestión de Contadora exige una puntualización: Al comienzo se buscó —sobre todo— aislar y resolver cada conflicto, aunque a partir de una óptica integral. En especial se consiguió evitar la trampa de ver los problemas en el prisma distorsionado del conflicto Este-Óeste.

A lo largo de su gestión el Grupo ha recibido amplio apoyo internacional. Asimismo, ha venido informando sobre las acciones llevadas a cabo a dos Organizaciones de Estados: La Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos.

#### *IV.1. Trayectoria*

La Declaración de Contadora emitida al finalizar la primera reunión del Grupo en Enero de 1983, dadas sus características puede considerarse como un ofrecimiento de Buenos Oficios, en tanto propone la iniciación de negociaciones; ejerciendo persuasión, con el objeto que las partes acepten llegar a un acuerdo. En los primeros encuentros, claramente se podía apreciar la existencia de dos partes y de un tercero “Buen oficiante” (Contadora).

La tercera reunión de Cancilleres en Panamá (11-12 de mayo de 1983) marcó el inicio de una gestión más comprometida, puesto que Contadora no sólo se limitó a propiciar un acercamiento y diálogo entre las partes, sino que asumió el papel de mediador. Los centroamericanos aceptaron con sus actos dicho papel. Paralelamente, en el marco del Grupo se ventilaron conflictos fronterizos entre países de América Central, formándose comisiones investigadoras. Los esfuerzos desplegados en la Cumbre de Cancún daban apertura al diálogo no sólo a los Gobiernos del área, sino también a países como Cuba, EE.UU. e interlocutores socio-políticos (insurgentes).

La acción mediadora de Contadora se acrecentó a medida que transcurrián las gestiones, tomando fuerza durante la celebración de la Cuarta Reunión Conjunta de Cancilleres (7-9 de Septiembre de 1983) en la que se aprobó el “Documento de Objetivos”. Contadora propendía a un acuerdo final multilateral. Sin embargo, ello no impedía que dentro del mismo proceso se dieran acuerdos bilaterales. No sólo propiciaba acuerdos entre las partes visibles del conflicto, puesto que también las hacía extensivas a otras partes interesadas en el área (EE.UU., la URSS y Cuba).

La acción desplegada por el Grupo paulatinamente fue acrecentando peculiaridades, debido a que empezó a participar a nivel

de comisiones de trabajo no sólo como mediador, sino también como parte involucrada en el conflicto, demostrando al mismo tiempo objetividad y creciente imaginación política.

No obstante, en forma paralela Contadora proseguía una labor de mediación, mostrándose claramente ella en el logro de acuerdos bilaterales entre algunos Estados del área (Costa Rica y Nicaragua) y en las posteriores reuniones conjuntas.

En la reunión celebrada con los representantes de la Comunidad Económica Europea, el Grupo mostró mayores particularidades en su gestión, puesto que participó como una parte más interesada en lograr expresiones concretas de la cooperación europea, complementándola al esfuerzo latinoamericano para promover la pacificación en Centroamérica; y la atención urgente de sus carencias económicas. Ello continuó durante la cita posterior con los europeos el 11 y 12 de Noviembre de 1985.

La versatilidad de la acción de Contadora se hizo particularmente presente en el caso del nicaragüense Urbina Lara (18). La formación del Grupo de Apoyo o Grupo de Lima en 1985 (19) constituyó una nueva expresión de la voluntad política y la capacidad de concertación latinoamericana, para atender con una perspectiva propia los problemas del área, funcionando como un mecanismo de apoyo a Contadora.

El Mensaje de Caraballeda (11-12 de enero de 1986) mostró las dimensiones de la acción de Contadora, definiendo de modo claro su naturaleza jurídica *sui-generis* (20): De una gestión de Buenos oficios —que en cierta medida emerge en posteriores oportunidades— se pasa a una acción de mediación, desplegando paralelamente una labor de parte (como mencionamos anteriormente).

---

(18) Nota del Autor. Urbina Lara se asiló en la Embajada Costarricense en Nicaragua: su caso provocó fricciones entre ambos Estados.

(19) Nota del Autor. Este grupo lo integran 4 Repúblicas Sudamericanas: Argentina, Brasil, Perú y Uruguay.

(20) Nota del Autor. Debe recordarse lo expuesto en líneas anteriores: Desde el inicio, desde su constitución, se vislumbraba los particulares caracteres de Contadora.

El reconocimiento como mediador otorgado oficialmente al Grupo por los Gobiernos de América Central en el Encuentro de Esquipulas II (6-7 de Agosto de 1987) ratifica el análisis realizado en el presente trabajo. Sin embargo, insistimos en señalar que la acción del Grupo revistió además particularidades, convirtiéndola en única a nivel americano —como señalamos al inicio— y probablemente a nivel mundial.

En conclusión nos parece pertinente que, lo más relevante de la acción de Contadora, radicó en: “( . . . ) haber evitado una guerra, sea vía intervención directa norteamericana o mediante enfrentamientos entre dos países centroamericanos, más que la obtención de logros concretos en relación a una paz estable”. “En síntesis Contadora y el Grupo de Apoyo han contribuido a incentivar y fortalecer el proceso de negociación en un permanente esfuerzo por salvaguardar la paz y desarrollar una política de No Intervención en el hemisferio” (21).

Si bien no se logró la suscripción del Acta podemos decir que se evitó una invasión, sentando las bases para que en Agosto de 1987 los propios países Centroamericanos en Esquipulas II llegaran a los acuerdos de público conocimiento. En los primeros meses de 1989 la voluntad política de los gobiernos del área parece orientarse hacia el logro de un acuerdo multilateral que ponga fin al conflicto centroamericano. En cuanto a Contadora y Apoyo ahora son conocidos como “El Grupo de los Ocho” centrando su labor en la elaboración de planes concretos en relación al gran problema que nos aqueja: La deuda externa. Ello en pro de la integración y desarrollo de nuestros pueblos dentro de los cuales el mantenimiento de la paz y seguridad tienen lugar propio.

---

(21) APEP-IPRI-CRIES-PNUD. *América Latina frente a la Crisis Centroamericana: Una propuesta de Paz*. (Informe-resumen). Lima, Mayo de 1987.

## LA UTILIDAD DEL CONTRATO DE OPCION EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

Miguel Torres Méndez

Una de las nuevas modalidades de contratación que introduce positivamente el vigente Código Civil peruano es el llamado Contrato de Opción. Dicho ordenamiento civil califica este contrato como contrato preparatorio dedicándole varias normas a su regulación.

Este contrato consiste, de acuerdo a la definición contenida en el artículo 1419º de este Código, en que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

El objeto del presente trabajo consiste en investigar la utilidad que conlleva esta modalidad contractual que pudo dar motivo a su legislación en el vigente Código Civil. Como se sabe, toda institución jurídica que es regulada positivamente debe ser útil. Es decir, debe servir para algo. Esta utilidad tiene que darse en esta institución jurídica para que el Código Civil de 1984 la haya incorporado positivamente. Pues de lo contrario, dicha regulación legal no tendrá justificación alguna por no responder a los fines del Derecho.

JAIMÉ GUASP explica este fundamental principio de los fines del Derecho de la siguiente manera: "Los fines del Derecho responden, pues, no a la pregunta del "por qué", sino a la del "para qué" de cualquier institución jurídica" (1). Este mismo autor concluye sobre los fines del Derecho señalando que: "Cabe, en consecuencia, designar correctamente a los fines jurídicos, como los propósitos del Derecho mismo. En principio, una relación o conjunto de relaciones jurídicas se hace siempre para algo: y prescindiendo

---

(1) Guasp, Jaime. "Derecho". Madrid 1971, pág. 342.

del para qué de la materia social que la integra, hay un para qué de la forma que recoge esa materia social y que la convierte o transforma en necesaria, que es el propósito del resultado jurídico total” (2). Para el caso materia de estudio, la legislación del contrato de opción debe servir para algo (ser útil), porque de lo contrario no respondería a los fines del Derecho, en este caso del Derecho Civil peruano regulado en su correspondiente Código.

Como se puede apreciar, lo que en suma vienen a ser los fines del Derecho no es otra cosa que la finalidad de la norma jurídica. Así, LUIS RECASENS SICHES, ilustre teórico del Derecho, señala respecto a dicha finalidad lo siguiente: “Hoy casi todos los teóricos de lo jurídico están de acuerdo en que la finalidad es el motivo que estimula la creación de todo Derecho, y afirman que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, al intento de satisfacción de una necesidad práctica” (3). Para luego seguir afirmando: “En fin, la finalidad, el propósito, consiste en producir en la realidad social unos determinados efectos, los efectos que son deseados por considerarlos valiosos: justos, convenientes, adecuados” (4).

Pero para poder saber cuál es la utilidad de esta figura contractual, considero que es conveniente precisar primero la naturaleza jurídica de esta institución toda vez que muchos autores confunden esta modalidad contractual con la oferta de carácter obligatorio o irrevocable. Es decir, consideran equivalentes al contrato de opción y la oferta de tal naturaleza. Así, JAIME SANTOS BRIZ señala por ejemplo lo siguiente: “Si estructuramos la oferta contractual como una declaración de voluntad vinculante para el que la formula por un cierto plazo, durante el cual puede aceptarla o no la persona quien va designada, prácticamente hemos descrito el denominado contrato de opción” (5). Asimismo, MANUEL DE LA

---

(2) Ibid, pág. 342.

(3) Recasens Siches, Luis. “Introducción al Estudio del Derecho”. México 1970. pág. 121.

(4) Ibid, pág. 121.

(5) Santos Briz, Jaime. “La Contratación Privada”. Madrid 1966, pág. 119.

PUENTE Y LAVALLE afirma lo siguiente: “En realidad, el contrato de opción tiene como efecto el que una de las partes formule a la otra una oferta de contrato, de tal manera que, en este sentido no cabe distinguir entre oferta de contrato y contrato de opción, tan es así que se ha sugerido en este trabajo designar el segundo con el nombre de contrato de ofertar” (6).

Como puede apreciarse, tal equivalencia y equiparación se debe a que tanto el contrato de opción como la oferta irrevocable producen los mismos efectos jurídicos. Es decir, producen efectos jurídicos idénticos.

Sobre el particular, considero que, como puede comprobarse, la única diferencia pero de total importancia, es que el contrato de opción, como tal, es un acuerdo de voluntades y la oferta irrevocable, como tal a su vez, es sólo una declaración unilateral de voluntad. Es decir, en pocas palabras, tal única diferencia estriba en que la primera institución jurídica es un contrato y la segunda no. Y esto se debe pues a que, como puede apreciarse, el primero es un acto jurídico plurilateral y el segundo un acto jurídico unilateral.

La diferencia pues, es una diferencia de estructura. Es decir, son dos supuestos de hecho diferentes (acuerdo de voluntades/declaración unilateral de voluntad) los que configuran a estas dos instituciones jurídicas. Poseen pues dos “fatti pecie” diferentes como dirían los italianos.

Tal diferencia la concibe y la explica bien LUIS DIEZ-PICAZO de la siguiente manera: “Desde el punto de vista de su finalidad, el contrato de opción guarda una cierta semejanza como ya vimos con la oferta irrevocable, pero se diferencia de ella en que en la oferta hay sólo una declaración unilateral de voluntad, la del oferente, y por consiguiente una única vinculación, la suya, mientras que en la opción hay un negocio bilateral, que obliga a ambas par-

tes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario unos específicos deberes, como es, en su caso, el pago del premio” (7).

Es importante en consecuencia aclarar y remarcar bien esta importante diferencia que descubre de esta manera la naturaleza jurídica de esta institución en el sentido de que se trata o es un contrato. No cabe, por lo tanto, igualar o equiparar jurídicamente a este contrato con la oferta obligatoria. El hecho de que ambas instituciones produzcan los mismos efectos jurídicos no significa o quiere decir que éstas sean iguales o las mismas jurídicamente.

Ahora bien, la determinación de la naturaleza de esta institución no se agota en señalar que se trata de un contrato, sino que es necesario además señalar qué caracteres revisten a esta institución jurídica como contrato. Tal necesidad se hace en realidad imperiosa por cuanto existe también una errada confusión en gran parte de la doctrina contractualista sobre uno de los caracteres de este contrato. Esta errada confusión consiste en señalar que el contrato de opción es “unilateral” entendiendo este término en referencia al número de partes que intervienen en la celebración del contrato. RODOLFO SACCO pone en evidencia esta errada confusión, integrándose en ella, de la siguiente manera: “La opción es definida por todos como un contrato unilateral. Deberá, pues, perfeccionarse cuando se perfeccione la declaración a la cual se sujetta, sin necesidad de aceptación por parte del opcionista” (8).

Resulta obvio darse cuenta que esta apreciación es totalmente equivocada, por cuanto de la denominación misma de “contrato unilateral” —entendiéndose este término en referencia al número de partes— ésta resulta totalmente contradictoria ya que, como es elemental conocimiento, todo contrato sólo puede darse entre más de una parte, es decir, necesariamente tiene que ser entre dos o más partes, es jurídicamente imposible que un contrato pueda celebrarse entre sólo una parte. Por tal razón, es completamente sabido que parte de la esencia del contrato es que éste es un acto jurídico “plurilateral” como ya anteriormente se ha mencionado.

---

(7) Diez-Picazo, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo I Madrid 1979, pág. 217.

(8) Sacco, Rodolfo “Il Contratto”. Torino 1975, pág. 710.

Por ser esta situación de la “unilateralidad” del contrato de opción jurídicamente imposible, es menester, en consecuencia, corregir este error con su necesaria y correspondiente aclaración que descubra y demuestre su inexactitud así como la situación que ha de ser la exacta y correcta.

En primer lugar, es necesario indicar que el contrato en el cual para su perfeccionamiento sólo es necesario la voluntad del optante es, evidentemente, el contrato definitivo y no el de opción que es el contrato preparatorio de aquél. Esto si bien viene a ser una verdad de perogrullo, aun así es necesario remarcarla por cuanto hay quienes no perciben bien esta distinta situación incurriendo en otra errónea e indebida confusión. Tal es el caso, precisamente, de RODOLFO SACCO. Dicho autor, como puede apreciarse en el último texto doctrinario que se ha citado, llega a afirmar, después de definir al contrato de opción como contrato unilateral, que este contrato se perfecciona —vale decir se celebra— cuando se perfecciona la declaración a la cual se sujetta, sin necesidad de aceptación por parte del opcionista. En realidad, nada es más inexacto en cuanto al contrato de opción, aquí RODOLFO SACCO incurre en un grave error. En el contrato de opción, como en todo contrato, es necesario el concurso de las voluntades de todas las partes contratantes y no se perfecciona con la sola voluntad de una de ellas. En un contrato de opción entre sólo dos partes contratantes por ejemplo, tal contrato se perfeccionará con la declaración del opcionista u oferente de querer conceder una oferta irrevocable, por un determinado período de tiempo, de celebrar en el futuro un contrato definitivo al optante o beneficiado con la oferta, y con la declaración de éste aceptando que le otorguen dicha concesión. Es pues, necesario el concurso de las dos voluntades, por cuanto si la persona a quien se desea otorgar esa concesión no desea que se la otorguen, simplemente rechazará dicha oferta; con lo cual, no se habrá celebrado el contrato de opción.

Por lo tanto, el contrato de opción no se perfecciona pues con la voluntad de una sola de las partes. Esta situación se presenta más bien, como se ha señalado anteriormente, en la celebración del contrato definitivo, por cuanto, como se sabe, en virtud del contrato preliminar o preparatorio de opción, el optante ha

quedado habilitado para por su sola voluntad, celebrar el contrato definitivo.

Ahora, esta situación llevaría a pensar que en el caso del contrato definitivo éste sí sería entonces un contrato “unilateral” o de una sola parte, por cuanto si para su perfeccionamiento sólo basta la declaración de voluntad del optante, esto en consecuencia, supuestamente querría decir que el contrato definitivo se estaría celebrando con la intervención de una sola parte. Pero en realidad dicha situación no quiere decir tal cosa, por cuanto como se sabe muy bien eso no puede darse jurídicamente. Lo que pasa en realidad es que la declaración de voluntad del opcionista u oferente para la celebración del contrato definitivo ya ha sido emitida anticipadamente en el contrato de opción y no se necesita, en consecuencia, que la declare nuevamente en la celebración del contrato definitivo.

Y la demostración de esta situación se puede apreciar claramente porque ella se encuentra en el consentimiento contractual. Como se sabe, el contrato se forma cuando se produce el consentimiento contractual y éste consiste en la coincidencia de la oferta y la aceptación. Esto quiere decir que todo contrato debe formarse con la conjunción o coincidencia de oferta y aceptación. De ahí deriva el hecho de que el contrato sea un acto jurídico plurilateral, porque para que se produzca la coincidencia de oferta y aceptación necesariamente tiene que haber, por lo tanto, por lo menos dos voluntades. En consecuencia, tanto en el contrato de opción como en el contrato definitivo debe producirse esta coincidencia de oferta y aceptación o consentimiento contractual. El contrato de opción, como ya se ha señalado anteriormente, se forma con la oferta del concedente u opcionista consistente a su vez en querer conceder u otorgar una oferta de carácter irrevocable a favor del optante para la celebración de un contrato definitivo, y con la aceptación del optante sobre dicha concesión. Ahora, una vez formado o celebrado este contrato, —el contrato de opción—, resulta obvio darse cuenta que con este contrato ya surge o se produce la oferta irrevocable de celebrar el contrato definitivo por parte del opcionista, y ésta es ya, en consecuencia, la declaración de voluntad de esta parte —el contrato definitivo—. El opcionista ha emitido entonces su voluntad anticipadamente para la celebración del contrato definitivo tal como ya se había indicado antes.

Pues bien, como ya hay oferta para la celebración del contrato definitivo, sólo falta entonces la aceptación de ella para que llegue a producirse el consentimiento contractual y se perfeccione así el contrato definitivo. Y dicha aceptación, obviamente, depende única y exclusivamente del optante; en tal medida, con su sola y entera voluntad podrá celebrar o no el contrato definitivo. Por eso es que se llega a afirmar que el contrato definitivo se perfecciona con la sola voluntad del optante. Pero, como ha quedado demostrado en base a todo lo expuesto, eso no quiere decir que el contrato definitivo se celebre con la intervención de una sola parte y sea pues, en ese sentido, "unilateral". El contrato definitivo, como todo contrato, se perfecciona con la participación o con las voluntades de todas las partes contratantes. El hecho de que en el perfeccionamiento de dicho contrato oferta y aceptación no coincidan simultáneamente sino que anticipadamente se formule la oferta y estando ésta vigente el optante pueda con su sola voluntad perfeccionar el contrato con la aceptación, no quiere decir pues que este contrato sea perfeccionado "unilateralmente". Intervienen, pues, en la formación de este contrato tanto la voluntad del opcionista como la del optante y no la de uno solo.

Esta es entonces la verdadera situación que acontece en el perfeccionamiento del contrato definitivo. El optante, para la celebración de este contrato, ya no necesita nuevamente del concurso de la voluntad del opcionista porque dicho concurso ya ha sido dado pues en la oferta que se formula en el contrato de opción. Tal situación la describe GIUSEPPE TAMBURRINO de la siguiente manera: "El destinatario de la opción no tiene necesidad de comeler a la otra parte para que preste su consentimiento en el contrato definitivo, ya que con su simple aceptación el contrato está..." (9). De igual forma, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE dice al respecto lo siguiente: "..., de tal manera que el contrato definitivo se celebrará cuando se acepte la oferta que se formula mediante el contrato de opción" (10).

---

(9) Cita de Fernando Fueyo, "Derecho Civil". Tomo V, Vol. II-2, Santiago de Chile, 1963, pág. 39.

(10) De la Puente y Lavalle, Manuel. "Estudios del Contrato Privado". Tomo I, Lima 1983, pág. 437.

Habiendo ya resuelto esta errónea confusión, se puede ahora ya señalar los verdaderos caracteres que revisten a esta institución jurídica del contrato de opción. Tres son los principales caracteres de este contrato, caracteres que se infieren de la descripción dada en el artículo 1419º del Código Civil de 1984. En primer lugar, es preparatorio; es decir, se celebra para en el futuro celebrar otro contrato. En ese sentido el contrato de opción es preparatorio de otro contrato, el definitivo. Asimismo, este contrato tiene la principal característica de que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no tal como exactamente lo describe el artículo 1419º del vigente Código Civil. Y, en tal virtud, el contrato de opción puede ser tanto de prestaciones recíprocas como de prestación unilateral. Será de prestaciones recíprocas si existe, por haberse pactado así, a cargo del optante una contraprestación recíproca de la prestación del opcionista que es la oferta irrevocable. Y será de prestación unilateral si simplemente no existe contraprestación alguna a cargo del optante.

Esta es, en consecuencia, la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, la de ser un contrato, de carácter preparatorio,

Esta es, en consecuencia, la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, la de ser un contrato, de carácter preparatorio, mediante el cual una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo (oferta irrevocable) y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no, pudiendo ser en tal virtud tanto de prestaciones recíprocas como de prestación unilateral.

Ahora que ya se ha precisado y determinado bien la naturaleza jurídica de esta institución, corresponde ahora sí entonces determinar la utilidad de la misma en el Código Civil Peruano.

Como puede apreciarse de su naturaleza jurídica, la característica principal de esta institución, es decir, la situación que más la caracteriza, es la consistente en que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. JOSE PUIG BRUTAU describe esta principal característica en los siguien-

tes términos: “La parte que se compromete a permanecer vinculada durante algún tiempo queda enfrentada con otra que está en libertad para dejar perfeccionado el contrato o para desistir de hacerlo durante el tiempo señalado. Esto es lo que propiamente caracteriza a la opción...” (11). Y esta situación no es otra cosa que la formulación de una oferta de carácter irrevocable por parte del opcionista. En tal medida, se debe concluir pues, como ya resulta obvio darse cuenta, que el contrato de opción tiene por finalidad la formulación, por parte del opcionista, de una oferta irrevocable a favor del optante. O dicho en términos técnicamente jurídicos: el objeto del contrato de opción es la obligación, por parte del opcionista, de formular una oferta irrevocable a favor del optante.

En tal virtud, surge entonces de inmediato la formulación de la siguiente pregunta: ¿tiene algún sentido y utilidad el contrato de opción en las legislaciones civiles en las que se ha adoptado el régimen de obligatoriedad o irrevocabilidad de la oferta? La respuesta, obviamente, aplicándose el razonamiento lógico jurídico, es negativa. No tiene ningún sentido y utilidad del contrato de opción en aquellos ordenamientos civiles que han adoptado dicho régimen, porque, como resulta obvio darse cuenta de acuerdo al objeto o finalidad de este contrato, los mismos efectos jurídicos que se consiguen con un contrato de opción se pueden conseguir con la mera formulación de una oferta.

La demostración de esta situación es por demás totalmente evidente, pues si se tiene que la finalidad del contrato de opción es la formulación de una oferta irrevocable y que de acuerdo al régimen que se ha adoptado la oferta es de por sí irrevocable, resulta evidente darse cuenta entonces que en ambos casos los efectos jurídicos que se producen son los mismos. Estos son, en el contrato de opción como se aprecia, los efectos que produce la oferta irrevocable surgida de este contrato (vinculación del oferente de celebrar el contrato ofertado y el derecho exclusivo del destinatario de la oferta de celebrarlo o no); y, en la oferta irrevocable, los efectos que produce la oferta de tal naturaleza (vinculación del oferente de celebrar el contrato ofertado y el derecho exclusivo del destina-

---

(11) Puig Brutau, José. “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo II, Vol. II. Barcelona 1956, pág. 51.

tario de la oferta de celebrarlo o no). En consecuencia, se puede apreciar claramente que en ambos casos los efectos jurídicos son los mismos, pues son los efectos que producen la oferta de carácter irrevocable u obligatoria, sin que esto signifique que ambas instituciones sean lo mismo, cosa que ya se ha demostrado al inicio de este trabajo. En tal medida, pues, queda bien demostrado que los mismos efectos jurídicos que se consiguen con un contrato de opción se pueden conseguir con la formulación de una oferta, porque ambas instituciones producen los mismos efectos jurídicos. Dicho lo cual, la mejor manera en que se ha de concluir este razonamiento es repitiendo las mismas palabras con las que RODOLFO SACCO se pronuncia al respecto: "Y ahora no se comprende más la copresencia de estas dos instituciones en un solo ordenamiento" (12).

En efecto, no resulta coherente que en un mismo ordenamiento civil se regulen a la oferta irrevocable y al contrato de opción.

El contrato de opción, en consecuencia, sólo tiene sentido y utilidad en aquellos ordenamientos civiles en los que se ha adoptado el régimen de la no obligatoriedad de la oferta o libre revocación de ella. Pues sólo en estas legislaciones con este contrato se podrán alcanzar efectos jurídicos distintos a los alcanzados o producidos con la oferta, revistiendo estos efectos, por lo tanto, una gran utilidad. Esta situación, al igual que la creada adoptándose el régimen contrario (obligatoriedad de la oferta) resulta ser totalmente lógica y evidente por cuanto resulta ser la situación inversa. Lógicamente, si adoptándose el régimen de la obligatoriedad de la oferta el contrato de opción resulta inútil y sin sentido porque los mismos efectos que se consiguen con este contrato se pueden conseguir con una simple oferta, resulta evidente advertir entonces que todo lo contrario resulta adoptándose el régimen opuesto, el régimen de libre revocación o no obligatoriedad de la oferta. En este régimen, el contrato de opción sí reviste una gran utilidad porque, como se sabe, la finalidad de este contrato es la formulación de una oferta de carácter irrevocable. En tal sentido, mediante este contrato se conseguirá que el oferente formule su oferta de

---

(12) Sacco, Rodolfo. "Il Contratto". Torino 1975, pág. 710.

esa manera, irrevocablemente; es decir, se obtiene que el oferente se obligue a mantener su oferta sin poder y tener derecho a revocarla, como normalmente hubiera podido hacer en vista que la oferta es de por sí libremente revocable por haberse adoptado dicho régimen.

En los ordenamientos civiles en los que se ha adoptado el régimen de la libre revocabilidad de la oferta entonces, el contrato de opción sí es muy útil y si resulta coherente su regulación, por cuanto sirve de mucho para el destinatario de la oferta, ya que éste obtiene seguridad respecto a la vigencia de la oferta que le han otorgado en virtud de tal contrato, seguridad que no la tiene con la simple formulación de una oferta a su favor ya que ésta puede ser libremente revocada perdiendo en consecuencia su vigencia.

Habiéndose ya explicado y demostrado esta carencia de sentido y utilidad del contrato de opción en las legislaciones civiles que han adoptado el régimen de la obligatoriedad de la oferta, se debe señalar entonces, inexorablemente, que en tal caso se encuentra el vigente Código Civil Peruano. Pues, como se sabe, dicho Código Civil ha adoptado el régimen de la obligatoriedad de la oferta. Así lo establece en su artículo 1382 que prescribe textualmente lo siguiente: “La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso”. Tal régimen es confirmado, asimismo, por el propio legislador en la exposición de motivos correspondiente en los siguientes términos: “El artículo bajo comentario sanciona la obligatoriedad de la oferta, . . .” (13).

La regulación del contrato de opción en el vigente Código Civil peruano, en consecuencia, no resulta coherente, por lo cual, deviene en principio en una institución inútil y carente de sentido.

Ahora, resulta sumamente sorprendente, que el legislador llegue a sostener lo contrario en su exposición de motivos en la que incluso expone un ejemplo. Se procederá en seguida a repro-

---

(13) Arias Schreiber, Max. “Exposición de Motivos y Comentarios”. En: Revoredo de Debakey, Delia. “Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios”. Tomo VI, Lima 1985, pág. 42.

ducir textualmente las argumentaciones del legislador, para luego pasar a demostrar su inexactitud. Sostiene el legislador lo siguiente: “La utilidad del contrato de opción es notoria. Existen, en efecto, circunstancias en que no es posible o conveniente celebrar un contrato definitivo, pero sí resulta provechoso dejar sembrada la posibilidad de que se concrete, en la hipótesis de que así lo decide quien tiene el derecho de ejercitárolo. Así, es contrato de opción aquél por el cual “A” le otorga a “B” el derecho de adquirir un inmueble determinado, al precio que se pacta, dentro de un plazo establecido y que no exceda del límite fijado por el artículo 1423. Dentro de estas circunstancias puede suceder que:

- a. “B” decida ejercitar la opción en el plazo previsto, con lo que queda perfeccionada la compraventa; y,
2. “B” deje vencer el plazo de la opción sin ejercitárla o antes de ello renuncie a dicho ejercicio. En uno u otro caso, “A” quedará libre de disponer a su criterio del inmueble que fue materia de la opción y “B” no tendrá obligación de responder frente a “A” por no haber ejercitado la opción o dejado vencer el plazo” (14).

Pero, como se puede apreciar, es evidente y sumamente claro que esa conveniencia que señala el legislador de dejar sembrada la posibilidad de que se contrate en aquellas circunstancias en que no es posible o conveniente celebrar de una vez un contrato se obtiene o alcanza igualmente, en el vigente Código Civil peruano, con la simple formulación de una oferta. Así, en el ejemplo dado por el legislador, “A” podrá igualmente mediante una oferta otorgarle a “B” el derecho de adquirir un inmueble determinado, por un precio determinado y dentro de un plazo que se establece también, resultando en este último punto mucho más ventajoso por cuanto la oferta puede formularse por cualquier plazo no existiendo límite para ello.

Resulta claro entonces que esta conveniencia que señala el legislador (de dejar sembrada la posibilidad de que se contrate en aquellas circunstancias en que no es posible o conveniente celebrar de una vez un contrato) se puede obtener igualmente con la for-

---

(14) Ibid., págs. 80 y 81.

mulación de una simple oferta, sin que sea necesario en consecuencia la celebración de un contrato de opción, debiéndose esto a que la oferta, para el vigente Código Civil peruano, es de carácter obligatorio.

Asimismo, las dos posibilidades que señala el legislador que pueden darse celebrándose un contrato de opción, pueden darse igualmente con la formulación de una simple oferta. Analizando una por una tenemos lo siguiente:

1. "B" decide aceptar la oferta en el plazo previsto, con lo que, obviamente, queda perfeccionada la compraventa; y,
2. "B" deja vencer el plazo de la oferta sin aceptarla o antes de ello renuncia a dicha oferta, es decir, la rechaza. En uno u otro caso, "A" quedará libre de disponer a su criterio del inmueble que fue materia de la opción y "B" no tendrá obligación de responder frente a "A" por no haber aceptado la oferta o dejado vencer el plazo.

Queda bien demostrado entonces la inexactitud de lo señalado por el legislador en cuanto a la notoriedad de la utilidad del contrato de opción. Todo lo contrario, lo que resulta notorio es la inutilidad de este contrato de acuerdo a todo lo explicado y demostrado.

Es más, la notoriedad de dicha inutilidad se encuentra en realidad bien acentuada debido a que la mencionada conveniencia que esgrime el legislador (que no es otra cosa que los efectos que produce una oferta obligatoria) resulta más ventajosa si se obtiene mediante una oferta que mediante un contrato de opción, ya que ésta puede formularse por cualquier plazo no existiendo límite para ello como sí lo hay en el contrato de opción. Y sobre todo porque también resulta más económico obtener esta conveniencia mediante una simple oferta que mediante un contrato de opción. En efecto, con una oferta, para que ella se dé, simplemente habrá pues que formularla sin que ello implique los gastos y tributos que origina la celebración de un contrato, sobre todo porque generalmente, para efectos de probanza, éstos se celebran por escrito. Esta ventaja económica resulta más trascendente aún en el caso en que el destinatario de la oferta llegue a aceptar y se celebre con ello el

contrato ofertado. Efectivamente, en el caso de la oferta si el destinatario de ésta llega a aceptarla el resultado de esto es la celebración de un contrato; a diferencia del contrato de opción en el que si el optante llega a aceptar la oferta irrevocable el resultado de esto es la celebración de otro nuevo contrato. En otras palabras, se puede apreciar que en ambos casos se llega al mismo resultado, pero que en el caso de la oferta para alcanzar ese resultado se ha necesitado la celebración de un solo contrato, mientras que en el caso del contrato de opción se ha necesitado la celebración de dos contratos. Lo que implica pues que con una oferta habría un solo gasto y tributación, mientras que con un contrato de opción habrá doble gasto y tributación.

De acuerdo a todo lo obtenido hasta el momento en todo este estudio y análisis, se debe llegar a concluir que el contrato de opción de acuerdo a los motivos que tuvo el legislador para regularlo no ofrece ninguna utilidad dentro del vigente Código Civil peruano. Y habiéndose ya demostrado muy bien que los motivos que esgrime el legislador no son exactos, con lo cual carecen de justificación alguna, es evidente apreciar entonces que su legislación según esos motivos no tiene pues justificación.

Ahora, al no tener justificación por esos motivos la legislación del contrato de opción en el Código Civil de 1984, se está suscitando entonces la situación que se ha precisado en el inicio de este trabajo en el sentido de que esta institución no responde a los fines del Derecho Civil peruano regulado en éste su correspondiente Código.

En efecto, y un último análisis demostrará la validez de esta conclusión, si se tiene que el Código Civil de 1984 ha adoptado el régimen de la obligatoriedad de la oferta, es porque se ha querido alcanzar con ello la finalidad o el fin que ello conlleva, el cual es, que el oferente quede vinculado a su oferta. Con lo cual, para el Derecho Civil peruano, para que se consiga esa finalidad, bastará pues con formular una oferta. Por lo tanto, se puede apreciar claramente que uno de los fines del Derecho Civil peruano es que se obtenga la vinculación del oferente con una simple oferta, sin que se requiera en consecuencia de otra institución jurídica más compleja. Razón por la cual, al regularse el contrato de opción en este mismo Código, ello significa que para alcanzar también la obliga-

toriedad de la oferta, exista también otra institución jurídica más compleja (pues ella demanda un acuerdo de voluntades), lo cual contradice pues a uno de los fines del Derecho Civil peruano, el cual es en este caso, como se ha demostrado, que se obtenga dicha obligatoriedad con una simple oferta.

Se puede apreciar claramente entonces, que la legislación del contrato de opción en el Código Civil de 1984 no responde a los fines del Derecho Civil peruano, sino por el contrario los contradice.

Sin embargo, resulta que si bien el contrato de opción no responde, como se ha demostrado, a este determinado fin del Derecho Civil peruano; a la postre, sólo por una eventual situación jurídica, este contrato si llega alcanzar a tener una utilidad. Dicha eventual situación jurídica es la posibilidad que consagra el vigente Código Civil peruano de inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble los contratos de opción. Tal posibilidad se encuentra regulada en el inciso 2) del artículo 2019 de dicho Código Civil.

La utilidad que se obtiene entonces con esta situación consiste en que, como se sabe, la inscripción confiere al acto inscrito efectos de erga omnes, es decir, el acto inscrito puede ser oponible a terceros. Así pues, el contrato de opción inscrito, por el cual está latente la celebración de un contrato definitivo que va a versar sobre un bien inmueble; podrá ser oponible frente a terceros que hayan contratado sobre ese mismo inmueble. Esto quiere decir que si el contrato de opción —que ha sido inscrito— de compraventa de una casa por ejemplo, por el cual el propietario opcionista le ofrece irrevocablemente por el plazo de 6 meses la venta de dicha casa al optante, de aceptar la oferta el optante; y, por lo tanto perfeccionarse la compraventa, es éste el único acto válido y eficaz no afectándole ningún acto que se haya constituido con anterioridad. De suceder esto, no tendrán pues validez alguna los actos por los cuales se afecte de alguna manera ese inmueble y que pudieran haber desconocido o perjudicado el contrato definitivo resultante del contrato de opción que fue inscrito.

La utilidad que llega a ofrecer el contrato de opción, en consecuencia, consiste en la posibilidad de inscripción de éste en el Registro de la Propiedad Inmueble, inscripción por la cual el con-

trato puede ser oponible frente a terceros por conferirle ésta efectos erga omnes. Utilidad que no se obtiene con una oferta.

Ahora bien, como se puede apreciar, esta utilidad que llega a ofrecer el contrato de opción sólo la puede ofrecer cuando este contrato es preparatorio de la celebración de un contrato definitivo que va a versar sobre bienes inmuebles; y no, obviamente, cuando el contrato definitivo va a versar sobre bienes muebles. Dicho en términos técnicamente jurídicos: el contrato de opción sólo ofrece esta utilidad cuando el objeto de la prestación materia de la obligación que va a crear el contrato definitivo sean bienes inmuebles. En tal medida, la utilidad que ofrece este contrato es sólo parcial. Es decir, se da sólo limitadamente, porque sólo sirve para una sola clase de bienes, los inmuebles. La utilidad sería plena y total, obviamente, si se diera para toda clase de bienes y no para sólo una clase de ellos.

Por razón de todo lo expuesto y demostrado, cabe en consecuencia finalizar este trabajo concluyendo que la única utilidad que ofrece el contrato de opción en el Código Civil de 1984 es la posibilidad, cuando el objeto de la prestación materia de la obligación que va a crear el contrato definitivo sean bienes inmuebles, de inscribir dicho contrato en el Registro de la Propiedad Inmueble; razón por la cual, dicha utilidad es sólo parcial. Utilidad que asimismo, como se puede apreciar, no fue precisamente la que tuvo o invocó el legislador para incorporar esta institución en el vigente Código Civil Peruano. De esta manera, fuera de esta única, eventual y parcial utilidad, el contrato de opción dentro del Código Civil de 1984 no ofrece en realidad ninguna utilidad.

## DERECHO, ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y CAMBIO SOCIAL\*

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

### *I. Breve historia*

La preocupación por desentrañar la inter-relación entre Derecho y cambio social es relativamente nueva en la historia de las ideas. Es un fenómeno de los años sesenta, vinculado a los proyectos de desarrollo iniciados en América Latina, África y Asia, así como a los esfuerzos de teorización emprendidos paralelamente por las Universidades e instituciones internacionales.

A partir de entonces el mundo ha presenciado esfuerzos conscientes por utilizar el derecho como herramienta de cambio social, tal como ocurrió en Etiopía con la creación de sus Códigos básicos. También se ha trabajado en la reforma de la enseñanza del Derecho, como fue el caso de Perú, Chile, Costa Rica y Brasil en América Latina. Los procesos de reforma agraria y reforma urbana atrajeron a los juristas quienes trabajaron en el diseño de normas y en la evaluación de su aplicación.

En cuanto al trabajo de instituciones internacionales, es de destacar la labor que realizó el International Legal Center, con sede en New York, el cual formó dos comisiones de trabajo, una sobre enseñanza del derecho y otra sobre investigación jurídica, integradas por juristas de todas partes del mundo, y que constituyeron verdaderos foros de diseminación de ideas y de integración de una visión común sobre los problemas básicos del rol del derecho en los procesos de cambio.

---

\* Ponencia presentada en el Foro organizado por la Corte Suprema de Justicia en el marco del Convenio Perú-AID para el fortalecimiento del sistema judicial peruano, Sub-Proyecto Academia de la Magistratura. Lima, octubre de 1988.

El intento de teorización más importante se debió a la Universidad de Stanford, la cual emprendió un vasto proyecto de investigación sobre derecho y cambio social en América Latina y Europa Mediterránea.

La década de los ochenta ha impreso características tan especiales en algunos países, como es el caso del Perú, que algunas de las ideas que se elaboraron en las dos primeras décadas de este movimiento deben revisarse, a la vez que es imperativo trabajar específicamente en la reforma de una serie de instituciones jurídicas, como el sistema de administración de justicia.

## *II. El Derecho como sistema*

Para entender la interrelación entre derecho y sociedad, es necesario entender primero que el derecho está integrado por un conjunto de partes que interactúan entre sí, y que los procesos de cambio legal deben tener en cuenta el comportamiento de todas las partes y debe evaluarse la necesidad de realizar cambios en todas a la vez. Esta concepción sobre el derecho como sistema la han tomado los juristas de las ciencias naturales y se ha extendido a otras ciencias sociales, como a la ciencia política, donde destaca el trabajo de David Easton (1965). Uno de los pioneros en el campo del Derecho ha sido Lawrence Friedman (1977) para quien el sistema jurídico está compuesto por tres elementos integrantes:

- Estructuras (organismos, personal)
- Normas (Códigos, leyes)
- Cultura (creencias, valores, aspiraciones)

Cambiar la ley orgánica del poder judicial se ubica en el campo de las estructuras, pero las normas y la cultura influyen en las estructuras. Para lograr un cambio integral habría que trabajar en forma adicional y simultánea sobre el código de procedimientos civiles y sobre la cultura de los jueces.

La cultura es elemento de primera importancia. Cuando hablamos de cultura no nos referimos a conocimientos técnico-jurídicos ni a lo que se entiende usualmente por cultura, es decir, conocimientos generales e integrados sobre el hombre, la sociedad, la

historia, el arte, etc. Nos referimos a la autopercepción que tienen los jueces sobre su ubicación en el país, a la manera cómo perciben la importancia de la labor judicial, a lo que piensan de la incidencia de su trabajo en la problemática nacional, a lo que opinan sobre los valores del derecho, sobre su independencia, sobre la superioridad de su rol sobre los roles ejercidos por el personal de los otros poderes del Estado. Finalmente, a la manera cómo conciben el perfil de su vida privada.

Es imprescindible trabajar radicalmente en este rubro. La mejor ley orgánica y el mejor código de procedimientos no lograrán sus objetivos de brindar una justicia alerta a los valores del derecho, rápida, simple y limpia, si los jueces no modifican sus valores, actitudes y creencias.

Existen trabajos que comparan la autopercepción, así como la percepción social (punto que trataremos más adelante) sobre los jueces, en diversos países. Veamos este ejemplo: “A punto de jubilarse, un juez norteamericano se describía a sí mismo como guía y líder de sus conciudadanos” (Toharia, 1975). Merryman nos dice: “Los que vivimos en el mundo del derecho común anglosajón sabemos lo que es un juez. Es un héroe de la cultura, incluso es algo así como un padre. Muchos de los nombres famosos en nuestro derecho son los de los jueces Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo” (Merryman, 1971).

### *III. Inserción del derecho en la sociedad*

El derecho es una parte de las diversas estructuras sociales y está en una relación doble, de recibir y dar, respecto a las otras.

El derecho recibe influencias de la estructura social. En una buena medida es una plasmación del equilibrio alcanzado en un momento dado en una sociedad, de las ideologías prevalecientes. “El ejemplo demostrativo quizás más macroscópico —nos dice Mauro Cappelletti (1974)— puede colegirse del estudio de los sistemas feudales, en los cuales los institutos del derecho sustancial reflejaban con bastante claridad una concepción o ideología diferenciada, jerárquica, antiigualitaria de la sociedad. Esta ideología antiigualitaria penetraba en el proceso bajo formas diversas y múlti-

ples. Baste recordar el sistema de las pruebas judiciales, en las cuales aquella concepción ideológica significaba por ejemplo prevalencia del testimonio del noble sobre el del no noble o menos noble, del eclesiástico sobre el del laico, del rico sobre el del pobre, del hombre sobre el de la mujer, del viejo sobre el del joven, etc., etc.". Completemos la idea citando nada menos que la autoridad de Santo Tomás de Aquino, quien proclamaba que "mulier est minoris virtutis et dignitatis quam vir" (la mujer es de menor virtud y dignidad que el hombre) (Cappelletti, 1974).

El derecho también actúa sobre la realidad social. Esto lo hace de dos maneras:

- 1) Siendo el vehículo o el medio de los proyectos específicos de acción social.
- 2) Siendo escogido como instrumento de cambio en una estrategia en la cual se recurre a lo típicamente jurídico para lograr la transformación.

Respecto a lo primero, casi todos los aspectos de la vida de los individuos y de los grupos, de las instituciones, de las estructuras, del proceso económico, de las relaciones humanas y de la tutela e impulso que corresponde al Estado deben ser incorporados en leyes. Esto es así por diversas razones:

- a) Porque la ley es una norma y como tal una propuesta de comportamiento a la que deben someterse sus destinatarios. Es el instrumento más idóneo para obligar a aquellos a quienes se dirige.
- b) Porque la ley contiene una característica muy importante que es su legitimidad. Es elaborada por los órganos designados en la Constitución, a través de procedimientos predeterminados, con participación de los diversos sectores políticos representados en el Congreso, y admite pronunciamientos e, incluso, la presión de los diversos grupos de interés.
- c) Porque la ley tiene la característica de la publicidad, lo que permite que los medios de comunicación se encarguen de hacerla conocer, sobre todo en los casos socialmente más sensibles.

d) Porque la ley induce a las personas a pensar que deben someterse a ella. Se trata de un elemento psicológico por el cual las leyes tienden a ser aceptadas y obedecidas, salvo los casos especiales que veremos más adelante.

Estamos frente a la manera normal de acción estatal, en la cual, la elaboración de la ley es la etapa final, después de haberse tomado la decisión política. El derecho, sin embargo, tiene elementos propios, esa especificidad de que hablan algunos autores, que pueden ser decisivos para el éxito o fracaso de la medida. Su actuación se puede apreciar en dos frentes:

— En el diseño de la norma. La norma debe traducir a categorías jurídicas algunos aspectos del proyecto social que se trata de implementar, a la vez que debe integrarse en todo el orden jurídico de la nación de una manera fluida, sin colisionar con otras normas, y sin hacer que otros aspectos del orden normativo puedan, eventualmente, anular lo que ella pretende. Este es un delicado trabajo de tipo técnico jurídico que puede ser determinante para los resultados que se pretende obtener.

— En el proceso de aplicación de la norma. Una norma puede fracasar cuando pasa a manos de los funcionarios administrativos encargados de su aplicación, o cuando la administración de justicia, en los casos que llegan ante ella, resuelve siguiendo una línea antagónica.

Todo lo que hemos visto hasta aquí se refiere al derecho como herramienta técnica para cualquier proceso de cambio, pensemos en una ley de educación, de regionalización o de fomento al deporte.

Pero también hemos hecho referencia a la posibilidad de utilizar lo que es típicamente jurídico para lograr cambios sociales, como por ejemplo, modificar radicalmente el sistema de administración de justicia; o crear nuevos remedios jurídicos, como podría ser la “class action” del derecho procesal norteamericano; o imponer determinados tipos de comportamiento, como la revisión técnica de los vehículos, confiando en los modos usuales de acción del derecho: conocimiento de la norma, cumplimiento espontá-

neo, diseminación del cumplimiento, internalización, aplicación de sanciones cuando es procedente. Por cierto que ocasionalmente la policía puede realizar campañas o “batidas”, sobre todo en los primeros momentos —para seguir con este ejemplo—, pero debe confiarse en que en un momento dado, al cabo de cierto tiempo, la norma debe haber sido internalizada y debe ser cumplida espontáneamente por la gran mayoría de sus destinatarios. Si esto no ocurre, si es necesario utilizar la fuerza del Estado permanentemente, incluso después de años de promulgada la norma, como en efecto ocurrió en el caso de las revisiones técnicas, ello significa que la norma nunca fue internalizada, que fracasó.

Muchos factores pueden haber contribuido a este fracaso. En términos generales pueden darse ciertas condiciones para el éxito de una norma, aplicables no sólo a este segundo caso de utilización consciente de lo que es típicamente jurídico, sino también al primer caso, de simple plasmación en una norma de una determinada política pública:

- a) La norma debe estar técnicamente bien diseñada. Sobre este punto me remito a lo ya tratado.
- b) La norma requiere un cierto grado de compromiso con los valores existentes en la comunidad, un cierto grado de aceptación o aquiescencia.
- c) La norma debe tener una partida de nacimiento legítima. Esto quiere decir que debe provenir de la institución indicada y haber seguido los trámites regulares para su aprobación.
- d) El gobierno debe creer en la reforma que propone y comprometerse a llevarla a cabo. La norma no debe haber sido dada simplemente para cumplir un fin simbólico.
- e) Los funcionarios encargados de aplicar directamente la norma deben creer en ella y actuar en concordancia con sus disposiciones.
- f) Debe garantizarse que la norma sea conocida, no solamente por sus destinatarios, sino también por los funcionarios de los di-

versos escalones del aparato estatal y por el público en general (Cf. William M. Evan, 1965; John P. Roche y Milton J. Gordon, 1955).

Es muy importante agregar que cuando se escoge el derecho como herramienta de cambio se debe respetar su ritmo. Las normas no son conocidas y aceptadas de la noche a la mañana, los procedimientos judiciales que pueden reforzar la norma con su eventual respaldo toman tiempo, los procedimientos administrativos suelen tardar. Si el gobierno empieza a cambiar las normas cada vez que se observan obstáculos en su aplicación, a destituir a los jueces que son adversos a la medida, a impedir determinados tipos de acciones judiciales, estamos frente a la impaciencia política que echa al derecho por la borda. Esto ha ocurrido especialmente en procesos revolucionarios radicales. Pero si lo que se quiere es realizar cambios en un ambiente de libertad, buscando que sean aceptados como legítimos y que sean internalizados por los obligados, a fin de que la norma sea obedecida por convicción y no por temor, el uso del derecho es lo más idóneo, pero debe respetarse su ritmo y su tiempo.

#### *IV. Derecho y cultura general*

Hemos visto cómo el derecho está interrelacionado con las demás estructuras sociales y cómo recibe influencias de aquellas y, a su vez, puede modificarlas. Quisiera detenerme brevemente en la relación con la cultura general.

Los esfuerzos de modificación del derecho para hacerlo más sensible a la realidad y para actuar sobre ella, así como los intentos por reformar el sistema de administración de justicia, se enfrentan con una cultura global de falta de confianza y falta de respeto en las instituciones del derecho, en especial del Poder Judicial. En un sondeo de opinión hecho público muy recientemente se aprecia que una gran mayoría de la población no tiene confianza en el Poder Judicial. En los programas cómicos de la televisión es de notar la constante burla a que son sometidos los jueces y la presentación constante de situaciones en las que se ve al juez claudicar frente al dinero o a los encantos de una mujer, en una total oposición a lo que se aprecia en programas de televisión que proceden de otros países.

Es absolutamente imperativo que cualquier estrategia de modificación de los aspectos vinculados con el derecho en la sociedad, incluyan una verdadera cruzada para erradicar la mala imagen de las instituciones del derecho. Por cierto que la mala imagen se alimenta no sólo de prejuicios, sino de lo que el público experimenta cuando está frente a estas instituciones, por lo que volvemos, una vez más, a la necesidad de hacer corresponder esta cruzada con una reforma interna del sistema jurídico, que comprenda la cultura interna del personal que opera estas instituciones del derecho.

#### *V. El rol del juez en el proceso de cambio social*

La visión del rol pasivo del juez, tan precisamente graficada en la frase de Montesquieu que dice que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, ha sido superada. Hoy se sabe que el juez tiene un amplio margen de acción social, a través de los siguientes medios:

- declaración de inconstitucionalidad de las leyes, en los países en que está dotado de esta facultad, como en los Estados Unidos.
- anulación de actos administrativos y de gobierno a través de sus pronunciamientos en la acción de amparo.
- creación de doctrinas de profundo impacto social, como ocurrió en los Estados Unidos con la famosa decisión de la Corte Suprema en *Brown vs. Board of Education of Topeka* sobre desegregación escolar, en la cual se concluyó “que en el terreno de la educación pública la doctrina de separados pero iguales no tiene lugar. Facilidades educacionales separadas son desiguales inherentemente” (1954). De este modo, se rechazó la doctrina establecida por la propia Corte Suprema a finales del siglo XIX en el caso de *Plessy vs. Ferguson*, en el sentido que establecer facilidades separadas no violaba la Constitución, con la condición que dichas facilidades fueran iguales.
- protección de valores, intereses, grupos, principios, en las labores cotidianas de aplicación, interpretación e integración del

derecho. En este punto es de notar la gran tarea de creación judicial en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, como ocurre con la protección del medio ambiente, del consumidor, del paciente de los médicos y aún de los clientes de los abogados. En la segunda edición de su *Civil Law Tradition*, Merryman (1985) presenta un panorama de los cambios más recientes que percibe en los países de tradición romanista, y nos dice: "Paralelo al crecimiento de microsistemas legislativos se observa el crecimiento de sistemas igualmente importantes de derecho creado por los jueces. El derecho de la responsabilidad civil extracontractual bajo los Códigos de estilo francés es un ejemplo prominente, al que nos hemos referido previamente. Las provisiones del Código son tan rudimentarias y tan vacías de sustancia que los jueces han tenido que crear el derecho aplicable sobre la base de caso por caso. El derecho de la responsabilidad civil extracontractual efectivo no se encuentra, en consecuencia, en el Código sino fuera de él, en las ampliamente publicadas, consultadas y citadas decisiones de las cortes".

Este tema nos sugiere una vez más la necesidad de una permanente capacitación judicial, para evitar que por incompetencia o interés se lleguen a desnaturalizar determinadas instituciones, como lo que está ocurriendo actualmente en el Perú con la acción de amparo.

#### *VI. Contribución a la solución de problemas sociales*

Una de las maneras específicas como el Poder Judicial contribuye a la solución de los problemas sociales es a través del ejercicio de su función jurisdiccional de manera eficiente, limpia, rápida y barata. Ello es así por los siguientes motivos:

a) Diversos estudios realizados en los últimos años en países tan diversos como Italia, España, el Japón y los Estados Unidos demuestran que se está produciendo un fenómeno que los especialistas han dado en llamar la fuga de la justicia, entendiendo por ella que los conflictos no llegan al Poder Judicial. El fenómeno se aprecia si se pone en relación el número de juicios llevados a los tribunales con el crecimiento de la población, lo que arroja una disminución año tras año. Se ha descartado definitivamente la posibilidad de explicación que dice que hay menos conflictos. La medi-

ción de determinados hechos, como la actividad notarial, la constitución de sociedades mercantiles, los protestos, las migraciones del campo a la ciudad, el aumento de la población, etc. hacen presumir que la conflictividad ha aumentado, pero que las personas en conflicto no van al Poder Judicial, sino que buscan medios alternativos de solución de conflictos. Toharia (1974), estudiando el caso español, nos dice que los conflictos jurídicos civiles, en una sociedad en trance de desarrollo, presentan las siguientes características:

“—tener como presupuesto que lo justo no está totalmente del lado de ninguna de las partes y que, por tanto, ambas tienen algo de razón;

—no precisar una separación tajante y clara entre las peticiones de las partes contendientes, pues lo que en el fondo se debate no es algo rígido (una norma), sino eminentemente flexible y pactable (un interés común). De ahí que lo que se precise no sea tanto un definidor del Derecho como un coordinador de intereses;

—atender fundamentalmente no a cuestiones abstractas o de principio, sino a aspectos prácticos, dando pruebas a la vez de flexibilidad y adaptación a los intereses de las partes.

Esto es: lo que la naturaleza del nuevo tipo de conflicto que aparece con el proceso de desarrollo reclama es un mediador, pero lo que se le ofrece es un juez”.

Para el autor citado, en España este rol mediador estaría siendo ejercido por los abogados.

b) No creo que en el Perú los abogados estén ejerciendo el rol de mediadores. Por lo demás, un gran sector de la población no tiene acceso ni siquiera a un abogado. Lo que sí debe estar ocurriendo es el fenómeno de la fuga de la justicia, pero por otras causas y con otras consecuencias que lo que acontece en España,

Italia o los Estados Unidos. Lo que pasa en el Perú es una severa dificultad de acceso a la justicia debido a múltiples causas, desde la necesidad de trasladarse de un sitio a otro, lo que supone un gasto en movilidad que mucha gente no puede afrontar, hasta los costos del abogado, los del escribano, los aranceles, las tasas. A todo esto se agrega la duración interminable de los procesos, los pagos informales, la incertidumbre, etc. En el Perú habría una falta de acceso, una gran cantidad de procesos que se abandonan y una inexistencia absoluta de medios alternativos de solución.

No es difícil ver que esta situación conduce a la búsqueda de la justicia por mano propia, a la autotutela, con toda la secuela de violencia que esto implica. Pero de la misma o de mayor gravedad es la resignación, la falta de reclamación, el aceptar las dificultades como derrotas de antemano, el aceptar los agravios como parte de la dureza de la vida, porque esto significa aumentar aún más el costo de ser pobre y de ser débil, lo que también tiene su secuela de cobijo de tensiones sin válvula de escape, de violencia familiar y social.

c) Hoy en día la justicia es un fenómeno social de masas. En una sociedad donde los bienes son escasos y mal distribuidos, se acude al Poder Judicial para defender lo poco que se tiene o expectativas que pueden ser cruciales para las partes involucradas: se defiende el trabajo; la vivienda, ya sea como propietario o como inquilino; el derecho al sustento, que se reclama en los juicios de alimentos; la paz y la integridad personales, manifiestas en los juicios de tipo familiar y de responsabilidad extracontractual. En el campo penal se defiende la libertad, el honor y la dignidad.

Hoy en día la administración de justicia es un servicio público dispensado a grandes números de personas. Estas ventilan, como acabamos de precisar, asuntos de la mayor importancia personal y social. La administración de justicia tiene la obligación de pronunciarse de acuerdo a derecho, en la forma más rápida posible y tratando de permitir el mayor acceso posible a sus servicios, atenuando, adicionalmente, las desigualdades sociales. Sobre esto último se ha dicho que no puede haber nada más injusto que tratar como iguales a quienes son de hecho desiguales.

## *VII. Conclusión*

El Derecho y la administración de justicia son pilares de la vida civilizada. Los muchos males que hoy aquejan a las instituciones del Derecho se han gestado a lo largo de muchos años y tomará mucho, quizás los 15 años que Ortega y Gasset pensaba que separaban a una generación de otra, para realizar una obra de renovación integral. En concordancia con las ideas expresadas en este trabajo, en el sentido que una transformación del Derecho exige acción sobre sus elementos componentes y sobre aspectos de la sociedad en general, se pueden enumerar las siguientes acciones:

- una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, para actuar en el nivel que hemos denominado estructural.
- un nuevo Código del Proceso Civil, para contar con un instrumento moderno en el terreno que hemos denominado sustantivo.
- una modificación del sistema de nombramientos, para evitar en lo posible la injerencia de factores políticos.
- una redistribución de prioridades por parte del gobierno central, que permita aumentar sustantivamente el presupuesto del Poder Judicial.
- una modificación de la cultura legal de los jueces y, en general, de todos los que integran la profesión legal: fiscales, abogados, estudiantes de derecho, notarios. Se requeriría en este punto una acción concertada de las facultades de Derecho, los Colegios de Abogados y el propio Poder Judicial. En este punto utilizo la expresión cultura legal para referirme a los valores y actitudes.
- una mejora de los niveles técnicos y culturales (entendiendo por cultura, en este caso, conocimientos generales sobre el hombre, la ciencia, la tecnología, la sociedad, el arte) de los jueces en ejercicio.

Tanto este punto como el anterior deben ser materia de la labor sostenida de una academia de la magistratura.

— una permanente campaña de educación del pueblo en general respecto a la importancia y dignidad de las instituciones del Derecho en general y de la administración de justicia y de la figura del juez en particular.

— una modernización de los sistemas y condiciones de trabajo de los magistrados.

Si podemos hacer esto en una generación, los niños que hoy nacen, cuando tengan 15 años podrán disfrutar, entre otras cosas, de un Poder Judicial que los proteja, que los guíe, y que esté integrado por hombres y mujeres ilustres e incorruptibles.



## **CRONICA DEL CLAUSTRO**



## CRONICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dentro del curso de las actividades académicas de la Facultad, durante 1988, ocurrieron acontecimientos especiales que dada su trascendencia cabe registrarlos:

La aprobación del Nuevo Reglamento de la Facultad por el Consejo de Facultad, que integra la normatividad dispersa en una serie de reglamentos, la definición de nuestra enseñanza legal, el régimen flexible de estudios, el plural sistema de evaluación, la incorporación de prácticas, la precedencia de los jurados para los exámenes de las tesis de Bachiller y de Título profesional; todo ello conducente a una mejor administración de la Facultad.

La imposición de la medalla y entrega de credenciales como Profesor Extraordinario en la categoría de Emérito al doctor Héctor Cornejo Chávez, como reconocimiento a sus treinta años de brillante actividad docente en nuestra Facultad. En la ceremonia el doctor Cornejo realizó una magistral disertación acerca de la noción de Justicia y Derecho.

Gracias al concurso de profesores de esta Facultad que han canalizado los aportes de un conjunto de empresas hacia la Facultad se vio necesario crear Pro-Derecho a cargo del doctor Hugo Guerra Arteaga, a fin de recaudar los fondos necesarios que reforzencen el proyecto de levantar el Pabellón Nuevo de Derecho; el mismo que ya comienza a convertirse en realidad, con el inicio de la construcción de un Pabellón de ocho aulas.

En cuanto a las graduaciones, durante 1988, recibieron el Grado de Bachiller 103 egresados y el Título de Abogado 78 Bachilleres; lo cual nos ubica entre las primeras Facultades con mayor cantidad de graduados y titulados de la Universidad.

Todas estas actividades son producto del esfuerzo de la comunidad de autoridades, profesores, alumnos y personal administrativo de Derecho, que celebraron las Bodas de Plata de Filiberto

Tarazona Flores. “FILI” constituye un personaje infaltable para el regular funcionamiento de la Facultad, por eso le expresamos nuestro más fraternal saludo.

*NOTAS Y COMENTARIOS*



## LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: EL SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO CIVIL DE 1984

Fernando Vidal Ramírez

El Código Civil de 1984, a tenor de sus arts. 1969 y 1970, y porque así lo ha dejado explicado el maestro León Barandiarán, ha adoptado como criterios informantes de la responsabilidad extracontractual, el de la responsabilidad subjetiva y el de la responsabilidad por riesgo (1).

Como se sabe, la materia tuvo como ponente ante la Comisión Reformadora al Dr. Fernando de Trazegnies y, finalmente, ante la Comisión Revisora al maestro José León Barandiarán.

El Anteproyecto de Trazegnies dio acogida al sistema que su autor dejó expuesto, el cual, sin abandonar el criterio de la culpa, se orientaba a la distribución social de los riesgos individuales y a propugnar la creación de un seguro obligatorio (2).

El principio general propuesto por Trazegnies, y que fue modificado en el Proyecto de la Comisión Reformadora decía: "Todo aquel que sufra un daño material por acto de otro tiene derecho a ser resarcido dentro de las circunstancias y los límites establecidos por el presente título y por las leyes que se promulguen sobre la materia, salvo que el daño se derive de dolo o culpa inexcusable de la propia víctima". La modificación introducida por la Comisión Reformadora y plasmada en el art. 2028 del Proyecto, dejó establecido: "Todo aquel que sufra un daño económico por acto de otro tiene derecho a ser resarcido dentro de las circunstancias

---

(1) Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Compilación de Delia Revoredo de DeBakey, T. VI, págs. 799 y sgtes.

(2) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T. II, pág. 345 y sgtes.

y los límites establecidos en el presente Título y por las leyes que se promulguen sobre la materia”, con lo que la modificación no sólo se hacía en el texto sino también en el criterio informante, al sustraerle el de la culpa y adoptando el de la responsabilidad objetiva, pero manteniendo el sistema recomendado por Trazegnies. La Comisión Revisora no aceptó el principio general propuesto por la Reformadora y, en el art. 1927, de su Proyecto, desestimó el criterio de la difusión social del riesgo y la propugnación del seguro obligatorio, adoptando el sistema de la responsabilidad objetiva sin alternativa alguna: “Aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo” (3).

Ante las críticas al Proyecto de la Comisión Revisora, que ya estaba sometido al debate nacional, y a las discrepancias surgidas con la Comisión Reformadora, se decidió por la dirimencia del maestro León Barandiarán, que propuso la norma que a la postre es el principio general adoptado por el Código Civil en su art. 1969: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. El sistema subjetivo adoptado, lo comparte el Código con el de la responsabilidad por riesgo al que da contenido el art. 1970: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El sistema adoptado por el Código Civil de 1984 hace necesario recurrir a sus antecedentes legislativos en nuestras codificación civil.

El Código Civil de 1852 (4) legisló sobre la responsabilidad extracontractual bajo el epígrafe de las “obligaciones que nacen de delitos o de quasi delitos”. Los primeros, según el art. 2189 eran los hechos practicados intencionalmente contra la ley; los quasi delitos, según el art. 2190, eran los hechos ilícitos cometidos sólo

---

(3) El tenor de las normas han sido tomadas de la compilación de Delia Revoredo de DeBakey, T. II, págs. 687 y 688.

(4) Código Civil. Anotado y concordado por Miguel Antonio de la Lama, Lima, 1905.

por culpa y sin dolo. El principio general estaba contenido en el art. 2191, que establecía que “cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo”.

Creo que haber traído a colación el Código del siglo pasado tiene particular trascendencia, no sólo por constituir el ancestro jurídico del Código de 1984, sino porque la norma del art. 2191, palabras más, palabras menos, fue reiterada en el art. 1136 del Código de 1936 y lo ha sido también en el art. 1969 del Código vigente.

Romanista o napoleónico, el Código de 1852 no pudo sustraerse, como es obvio, a la influencia francesa y, por ello, fue un código eminentemente subjetivista cuyo sistema de responsabilidad extracontractual estaba fundado en la culpa. Pero como bien lo ha expuesto Josserand (5), el sistema francés de la culpa fue evolucionando y, en su evolución, objetivándose. La jurisprudencia francesa concibió la responsabilidad por riesgo como respuesta a los peligros que comenzaba a ofrecer la vida moderna y el progreso. Y es en esta transición que se plantea la reforma del Código de 1852, iniciada en 1922 y concluída en 1936.

Pero la reforma del Código de 1852 queda planteada cuando ya había iniciado su vigencia el Código Alemán, el cual se afilió al sistema subjetivo, manteniendo el criterio de la responsabilidad fundada en la culpa y sólo excepcionalmente sin ella y por disposiciones paralelas al Código Civil se dio lugar también a la responsabilidad por riesgo (6). Y también el Código Brasileño, de notoria influencia en nuestro ordenamiento civil de 1936, cuyo sistema se basa también en el principio de la culpa (7).

Pero por aquellos años, la doctrina había ganado importante

---

(5) Derecho Civil, T. II, Vol. 1º, págs. 291 y sgtes.

(6) Ennecerus. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T. I, 2da. Parte, Vol. 2, págs. 852 y sgtes.

(7) Aguiar Dias, José. Tratado de la Responsabilidad Civil, T. II, págs. 7 y sgtes.

terreno en cuanto a fundar una responsabilidad sin culpa, esto es, ante la emergencia del daño y sin requerirse de la imputabilidad del agente del daño.

Es este contexto, que el Código de 1936, sin perder de vista la norma del art. 2191 del de 1952, estableció el principio de la responsabilidad extracontractual, que denominó “acto ilícito” en el art. 1136: “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”. Olaechea (8), ponente de la norma y ganado por la doctrina que propugnaba la responsabilidad objetiva, la explicó en el sentido de que pretendía coordinar en prudentes proporciones los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad, en cuanto que tales elementos no eran incompatibles sino que se complementaban. “Sin embargo —escribió— el problema de la responsabilidad civil tiende a ser cada día más objetivo, procurando la ley suprimir las dificultades derivadas del proceso psicológico constitutivo de la culpa. El principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause daño. Se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho, o que no se hayan practicado en legítima defensa, o que no hubieren sido dirigidas a evitar un peligro inminente de deterioro o destrucción de las cosas. La responsabilidad no se deriva en toda circunstancia de la capacidad jurídica o moral del agente del daño. Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad: se observa este elemento en las reglas que la imponen aún tratándose de incapaces que han procedido sin conciencia de sus actos, o de algunos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otras personas. Estos casos —concluyó Olaechea— miran a un interés social y están inspirados por una profunda exigencia de equidad”.

Como se recuerda, el Código de 1936 pretendió ser eminentemente técnico y por ello, deliberadamente, omitió las definiciones. Al principio general del art. 1136 no lo siguió disposición alguna

---

(8) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, págs. 11 y sgtes.

que, más allá de la exposición de motivos de Olaechea, permitiera considerar asentado el criterio de la responsabilidad por riesgo. Y a la misma responsabilidad objetiva se le pretendió sustentar en el art. 1136 (9).

León Barandiarán (10) interpretó el art. 1136 en el sentido de que conservaba la idea de culpa (culpa en sentido estricto y do-  
lo) como requisito fundamental de la responsabilidad y consideró que la idea de culpa seguía siendo la idea capital de la responsabilidad extracontractual en el Código de 1936 y que el principio de riesgo y de la culpa objetiva intervenían, pero sólo en determinados casos. Consideró el maestro el antecedente constituido por el art. 2191 del Código de 1852 respecto del art. 1136, y que, por ello, el principio general del Código de 1936, cuando hablaba de “hechos”, no se refería a un hecho cualquiera, sino a uno intelectual, correspondiendo el “descuido o imprudencia” a la culpa propiamente dicha. La responsabilidad objetiva sólo la encontró en el art. 1140, que permitía accionar contra el incapaz, si el resarcimiento no era posible obtenerlo de sus padres, tutores o curadores. Y, en cuanto a la responsabilidad por riesgo, la encontró en los arts. 1145 y 1146, referidos a daños causados por cosas, y, con algunas dudas, en el art. 1144, referido a la responsabilidad del empleador por los hechos de sus dependientes.

Planteada la reforma del Código de 1936 al sistema de la responsabilidad subjetiva y de la responsabilidad por riesgo se llega de la manera que he dejado ya expuesta. Debo agregar ahora, que pese a la gravitación del Código Italiano de 1942 en la reforma, en materia de responsabilidad extracontractual no ha tenido incidencia alguna. Del Anteproyecto de Trazegnies se llegó a la propuesta de León Barandiarán adoptada por la Comisión Revisora.

La propuesta de León Barandiarán fue consecuente con la po-

---

(9) Para una mayor comprensión del alcance que Olaechea pretendió darle al art. 1136, véase del comentario publicado en la Revista de Jurisprudencia Peruana de Junio de 1944, así como el del Dr. Eduardo Zuleta Angel y la respuesta de Olaechea, en la misma Revista, Noviembre de 1944.

(10) Comentarios al Código Civil Peruano. T. I, págs. 396 y sgtes.

sición que había asumido en sus Comentarios al Código Civil de 1936 en cuanto fundar la responsabilidad extracontractual en el sistema subjetivo o de la culpa (11) y precisar la idea de la responsabilidad por riesgo, distinguiéndola de la responsabilidad objetiva. Esta no requiere de la culpa, a la que considera un elemento intrascedente, bastando la presencia del daño para determinar la responsabilidad y que la indemnización le sea exigible a quien por sus hechos lo haya causado, requiriéndose, tan sólo, de un nexo causal, entre el actuar y el resultado dañoso. La responsabilidad fundada en la culpa requiere, además del nexo causal, de la imputabilidad del agente del daño.

En cuanto a la responsabilidad por riesgo, León Barandiarán (12) explicó que frente a la concepción subjetiva extrema (que requiere culpa en todo caso), puede haber la concepción objetiva extrema (que prescinde de la culpa en todo caso), y una tesis intermedia conforme a la cual es necesaria la culpa pero que ella en algunos casos es irrelevante. León Barandiarán fue enfático en la distinción de la responsabilidad por riesgo de la responsabilidad por culpa y de la objetiva: aquélla es, como bien lo precisó el maestro, un sistema distinto e inconfundible con los otros dos. Y, así, consecuente con la posición asumida en la exégesis del Código de 1936, el maestro elevó a la Comisión Revisora los dos sistemas que consideraban los adecuados a los requerimientos de una sociedad como la nuestra, pero haciendo prevalecer el de la culpa.

El sistema adoptado por el Código Civil de 1984 es, pues, el de la responsabilidad subjetiva y el de la responsabilidad por riesgo como complemento necesario. Pero el sistema propuesto como el informante es, en lo fundamental, el subjetivo, no resultando así por las enmiendas de la Comisión Revisora a la propuesta de León Barandiarán. Así, ad exemplum, en el tenor del art. 1970 se eliminó el párrafo referido a la posibilidad del imputado de causar el daño de invocar y probar las causales eximentes contenidas en el art. 1971 (13). Sin embargo, debo reconocer que existen ambigüe-

---

(11) Ibidem.

(12) Ibidem, págs. 393 y sgtes.

(13) Compilación de Delia Revoredo de DeBakey, T. II, págs. 688.

dades y que, incluso, se ha repetido el mismo caso de responsabilidad objetiva que previó el Código de 1936, en el art. 1977, al establecerse la indemnización a cargo de incapaz cuando no se ha podido obtener de sus representantes legales. Y, por último, que no se ha descartado el régimen del seguro obligatorio propugnado por el Anteproyecto de Trazegnies.



## LOS AUTORES

Manuel Aguirre Roca es magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales de la República.

Carlos Cárdenas Quirós es profesor ordinario del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Civil, fue miembro de la promoción que cursó el Magíster de Derecho Civil entre los años 1987 y 1988.

Víctor Ferro Delgado es profesor ordinario del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Laboral y ha cursado el Magíster en Derecho Civil durante los años 1987-1988.

Guillermo Figallo es profesor principal del Departamento de Derecho. Ha sido Presidente del Tribunal Agrario y vocal de la Corte Suprema de Justicia. Dicta los cursos de Derecho Agrario y Derecho Urbano.

Domingo García Belaunde es profesor principal del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Constitucional.

César Luna Victoria León es profesor ordinario del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Mercantil y siguió el Magíster en Derecho Civil durante los años 1987-1988.

Nora Olivero Pacheco es abogada. Cursó el Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil durante los años 1987-1988.

René Ortiz Caballero es profesor ordinario del Departamento de Derecho. Dicta en las áreas de Teoría General y Derecho Civil. Cursó el Magíster en Derecho Civil entre los años 1987 y 1988.

Mario Pasco Cosmópolis es profesor principal del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Laboral.

Roger Rodríguez Iturri es profesor principal del Departamento de Derecho, desempeñando su cátedra en el área del Derecho Civil, y asimismo es Director de Estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad. Ha cursado el Magíster en Derecho Civil en los años 1987-1988.

María Cecilia Tello es bachiller en Derecho y egresada de la Maestría en Sociología de la Universidad Católica. Publicamos un artículo basado en su tesis de bachillerato que fue considerada como la mejor en el área de Derecho Internacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, institución que le otorgó el premio CONCYTEC 88 “Víctor Andrés Belaunde”.

Miguel Torres Méndez es profesor del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Civil.

Fausto Viale Salazar es profesor ordinario del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Procesal Civil. Cursó el Magíster en Derecho Civil durante los años 1987-1988.

Fernando Vidal Ramírez es profesor principal del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Civil. A fines de 1988 fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Lorenzo Zolezzi Ibárcena es Profesor principal del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Procesal Civil. Ha sido Jefe del Departamento de Derecho entre 1973 y 1988.

*Derecho N° 42 se terminó de imprimir el mes de enero de 1990, en los talleres de Editorial e Imprenta Desa (R.I. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú.*



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
REVISTAS

EDICIONES ANUALES

*Anthropologica*

Suscripción	US\$ 8.00
Número suelto	US\$ 10.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$ 4.50
Canadá y U.S.A.	US\$ 7.50
Europa	US\$ 8.00
Asia y África	US\$ 10.00

*Boletín del Instituto Riva-Agüero*

*Debates en Sociología*

*Derecho*

Suscripción	US\$ 6.40
Número suelto	US\$ 8.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$ 3.50
Canadá y U.S.A.	US\$ 4.00
Europa	US\$ 4.50
Asia y África	US\$ 5.00

EDICIONES SEMESTRALES

*Areté*

*Economía*

*Espacio y Desarrollo*

*Histórica*

*Lexis*

*Pro Mathematica*

*Revista de la Universidad Católica / Nueva serie*

*Revista de Psicología*

*Revista de Química*

Suscripción	US\$ 12.80
Número suelto	US\$ 8.00

Envío aéreo certificado:

	Suscripción	Número suelto
América Latina	US\$ 3.00	US\$ 1.50
Canadá y U.S.A.	US\$ 4.00	US\$ 2.00
Europa	US\$ 5.00	US\$ 2.50
Asia y África	US\$ 6.00	US\$ 3.00

