

DERECHO

Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984

CARLOS ENRIQUE BECERRA PALOMINO

Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho

BEATRIZ BOZA DIBOS

Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984

JACK BIGIO CHREM

Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble

ALFREDO BULLARD GONZALES

La transferencia de propiedad de los bienes muebles incorporales en el Código Civil

MIGUEL TORRES MENDEZ

La naturaleza jurídica de los intereses

GASTON FERNANDEZ CRUZ

La oferta al público: razones para una discrepancia

HUGO FORNO FLOREZ

La doctrina de los actos propios en el Derecho civil peruano

RENE ORTIZ CABALLERO

El Derecho civil ante la post-modernidad

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

La controversia sobre el aborto en los Estados Unidos

ROBERT S. BARKER

Acerca de los decretos llamados de urgencia

LUIS FELIPE CANTUARIAS Y SERGIO OQUENDO

Formas de participación en negocios ajenos

WILFREDO GARCIA NORIEGA

La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y libertad

CESAR LANDA ARROYO

Formación del abogado y sociedad: balance y perspectivas

LORENZO ZOLEZZI IBARCENA

FACULTAD DE DERECHO/PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU



Suscripciones

Para las tarifas de suscripciones véase la última página de la revista.

El contenido de los artículos publicados en *Derecho* es responsabilidad exclusiva de sus autores.

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 1991
Derechos Reservados

ISSN 0251-3412

**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU**

DERECHO

NUMERO 45

DICIEMBRE 1991

CONTENIDO

Cuadro de las autoridades de la Facultad de Derecho	5
Dedicatorio	11
De los Editores	13

SECCION: *DERECHO CIVIL*

Carlos Enrique Becerra Palomino Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984..	19
Beatriz Boza Dibós Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la "Reproducción Humana Asistida"	71
Jack Bigio Chrem Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984.....	111
Alfredo Bullard Gonzales Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble.....	131
Miguel Torres Méndez La transferencia de propiedad de los bienes muebles incorporales en el Código Civil	159
Gastón Fernández Cruz La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía	177
Hugo Forno Flórez La oferta al público: razones para una discrepancia.....	215

René Ortiz Caballero	
La doctrina de los actos propios en el Derecho civil peruano	265
Fernando de Trazegnies Granda	
El Derecho civil ante la post-modernidad	287
SECCION: VARIA	
Robert S. Barker	
La controversia sobre el aborto en los Estados Unidos: las dimensiones constitucionales.....	337
Luis Felipe Cantuarias Salaverry y Sergio Oquendo Heraud	
Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional	351
Wilfredo García Noriega	
Formas de participación en negocios ajenos	419
César Landa Arroyo	
La Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los Principios de Igualdad y Libertad.....	433
Lorenzo Zolezzi Ibárcena	
Formación del abogado y sociedad: balance y perspectivas.....	449
CRONICA DEL CLAUSTRO	465
LOS AUTORES	469

CONSEJO EDITORIAL

Dr. César Landa Arroyo	: Director. Profesor Auxiliar
Dr. Jorge Avendaño Valdez	: Profesor Principal
Dr. Francisco Eguiguren Praeli	: Profesor Asociado
Srta. Giovana Yataco	: Representante estudiantil

CUADRO DE AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano	: Dr. Jorge Avendaño V. (1990-1993)
Jefe de Departamento	: Dr. Armando Zolezzi M. (1990-1992)
Director de Estudios	: Dr. Roger Rodríguez Iturri
Secretario Académico	: Dr. César Landa Arroyo

MIEMBROS DEL CONSEJO DE FACULTAD (1990 - 1993)

Dr. Jorge Avendaño Valdez	: Profesor Principal
Dr. Enrique Lastres Berninzon	: Profesor Principal
Dr. Fernando De Trazegnies Granda	: Profesor Principal
Dr. Guillermo Velaochaga Miranda	: Profesor Principal
Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena	: Profesor Principal
Dr. Baldo Kresalja Roselló	: Profesor Asociado
Dr. Fausto Viale Salazar	: Profesor Asociado
Dr. Javier Neves Mujica	: Profesor Asociado
Dr. Carlos Cárdenas Quirós *	: Profesor Auxiliar
Sr. César Arbe Saldaña	: Representante estudiantil
Srta. Patricia Crosby Crosby	: Representante estudiantil
Sr. Oscar González Uría	: Representante estudiantil
Sr. Paúl Sumar Gilt	: Representante estudiantil
Dr. César Landa Arroyo	: Secretario Académico

* Profesor Asociado a partir del 5 de octubre de 1990.

CUERPO DE PROFESORES 1991

Profesores Principales

Dr. Fernando Alvarez Ramírez
Dr. Jorge Avendaño Valdez
Dr. Juan Luis Avendaño Valdez
Dr. Miguel de Althaus Guarderas
Dr. Javier de Belaunde López de Romaña
Dr. Manuel de la Puente y Lavalle
Dr. César Delgado Barreto
Dr. Enrique Elías Laroza
Dr. Carlos Espinoza Villanueva
Dr. César Fernández Arce
Dr. Carlos Fernández Sessarego
Dr. Eduardo Ferrero Costa
Dr. Guillermo Figallo Adrianzén
Dr. Domingo García Belaunde
Dr. Enrique Lastres Berninzon
Dr. Humberto Medrano Cornejo
Dr. Enrique Normand Sparks
Dr. Felipe Osterling Parodi
Dr. Mario Pasco Cosmópolis
Dr. Remigio Pino Carpio
Dr. Roger Rodríguez Iturri
Dr. Marcial Rubio Correa
Dr. Fernando De Trazegnies Granda
Dr. Ricardo Váscones Vega
Dr. Jorge Vega Velasco
Dr. Guillermo Velaochaga Miranda
Dr. Fernando Vidal Ramírez
Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Dr. Armando Zolezzi Möller

Profesores Asociados

Dr. Fernando Barco Saravia
Dr. Julio César Barrenechea Calderón
Dr. Jack Bigio Chrem
Dr. Carlos Blancas Bustamante

Dr. José Alberto Bustamante Belaunde
Dr. Carlos Cárdenas Quirós
Dr. Miguel de la Lama Eggerstedt
Dr. Francisco Eguiguren Praeli
Dr. Guillermo Gulman Checa
Dr. Luis Hernández Berenguel
Dr. José Hurtado Pozo
Dr. Baldo Kresalja Roselló
Dr. Sergio León Martínez
Dr. César Luna Victoria León
Dr. Rogelio Llerena Quevedo
Dr. José Morales Urresti
Dr. Francisco Moreyra García Sayán
Dr. Javier Neves Mujica
Dr. René Ortiz Caballero
Dra. Beatriz Ramacciotti de Cubas
Dr. Jorge Ramírez Díaz
Dra. Delia Revoredo Marsano
Dr. César Valega García
Dr. Fausto Viale Salazar
Dr. Federico Zegarra Garnica

Profesores Auxiliares

Dr. Benjamín Julio Aguilar Llanos
Dr. Walter Jorge Albán Peralta
Dr. Luis Felipe Almenara Bryson
Dr. Pedro Arnillas Gamio
Dr. Jack Batievsky Spack
Dr. Carlos Enrique Becerra Palomino
Dr. Guillermo Bettocchi Ibarra
Dr. Raúl Canelo Rabanal
Dr. Luis Alberto Chirinos Segura
Dr. Jorge Danós Ordóñez
Dr. Guillermo Fernández Maldonado Castro
Dr. Víctor Ferro Delgado
Dra. Lourdes Flores Nano
Dr. Hugo Forno Flórez
Dr. Albert Alex Forsyth Solari
Dr. Diego García Sayán Larrabure

Dr. Juan Garland Combe
Dr. César Guzmán Barrón Sobrevilla
Dr. Iván Jara Flores
Dr. César Landa Arroyo
Dr. Fabricio Medrano García
Dr. Jorge Melo-Vega Castro
Dra. Elvira Méndez Chang
Dr. Edgardo Mercado Neuman
Dr. Carlos Montoya Anguerry
Dr. Jorge Muñiz Ziches
Dr. Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Dr. Jorge Price Masalias
Dr. Aníbal Quiroga León
Dr. Víctor Raúl Ramírez Vásquez
Dr. Rafael Roselló de la Puente
Dr. Julio Salas Sánchez
Dr. César Eugenio San Martín Castro
Dr. Tomás Sobrevilla Enciso
Dr. Lizardo Taboada Córdova
Dr. José Ugaz Sánchez Moreno
Dr. Felipe Villavicencio Terreros
Dra. Susana Zusman Tinman

Profesores Contratados

Dr. Samuel Abad Yupanqui
Dr. Javier Aguirre Chumbimuni
Dr. Fernando Alvarez R. de P.
Dr. Julián Alberto Navarro
Dr. José Marcelo Allemant
Dra. Carmen Arana
Dr. Francisco Avendaño Arana
Dra. Leonor Avendaño Arana
Dr. Enrique Bernales Ballesteros
Dr. Guillermo Boza Pró
Dr. Alfredo Bullard Gonzales
Dr. Fernando Cantuarias Salaverry
Econ. Carlos Carrillo
Dra. Ana María Cogorno

Dr. Ernesto Coz Ramos
Dr. Carlos Chipoco
Dra. Margott de la Cruz
Dra. María del C. Delgado
Dr. Alonso Núñez del Prado Simons
Dr. Francisco Dumler Cuya
Dr. Oscar Ermida Uriarte
Dr. Gastón Fernández Cruz
Dr. Mario Ferrari
Dr. Rogelio Flores Hidalgo
Dr. Gonzalo García-Calderón
Dr. Wilfredo García Noriega
Dr. Alfredo Gildemeister Ruiz-Huidobro
Dr. Robinson Gonzales
Dra. Isabel Herrera G.P.
Dr. Francisco Interdonato S. (+)
Dra. Patricia Iturregui Byrne
Dr. Víctor Humberto Lazo
Sr. Ricardo León Pastor
Dr. David Lobatón
C.P.C. Graciela Marín Chávez
Dr. César Ochoa Cárdich
Dra. Carmen Padrón
Dr. Valentín Paniagua
Dra. Luz María Pedraza
Dr. César Pérez Vásquez
Dr. Nelson Ramírez Jiménez
Dr. Adrián Revilla
Dra. Ana Teresa Revilla
Dr. Juan Rivadeneyra S.
Dr. Erik Yong Ruestas
Dr. Francisco Ruiz de Castilla
Dr. Alejandro Solís
Dra. Martha Souza Calle
Dr. César Talledo Mazú
Dr. Miguel Torres Méndez
Dra. Ana Velazco Lozada
Dr. Javier Villagarcía V.
Dr. Luis Vinatea Recoba
Dra. María Elena Vivar

Econ. Kathleen Vizcarra Bicellach
Dr. Oscar Zegarra Guzmán
Felipe Zegarra Russo S.J.

Profesores Eméritos

Dr. Jorge Avendaño Hubner
Dr. Héctor Cornejo Chávez
Dr. Domingo García Rada
Dr. Carlos Rodríguez Pastor

DEDICATORIO

Dos queridísimos profesores de nuestra Facultad no nos acompañarán más en el quehacer cotidiano de la vida universitaria.

Uno de ellos, el profesor Alfredo Ostojá López-Alfaro, a quien va dedicado muy especialmente este número de DERECHO, nos dejó en 1990 debido a una penosa enfermedad. Muy joven supo, pudo y logró alcanzar un sólido prestigio en su actividad profesional, y reconocimiento y aprecio en sus facetas de jurista y profesor universitario, particularmente en el campo del Derecho del Transporte. Fue miembro del Consejo Editorial de nuestra revista durante un largo periodo (1971-1981), a la que distinguió con el aporte de varios trabajos. Perteneció como profesor principal al Consejo de Facultad. Formó parte de la generación de profesores que impulsó la reforma en la enseñanza del derecho en nuestra Facultad, a fines de la década del sesenta y comienzos de la del setenta. Desempeñó la cátedra universitaria en ésta su alma mater, con dedicación, eficiencia y brillantez, y fueron casi dos décadas de enseñanza su aporte en la formación de hombres de derecho, no pocos de los cuales, ex-alumnos suyos, se desempeñan hoy como profesores de diversas disciplinas del Derecho aquí y en otras universidades.

Otra enfermedad nos privó, en julio último, del Padre Francisco Interdonato S.J., profesor de Teología en nuestra Facultad y profesor principal del Departamento de Teología. Doctor en Filosofía y Doctor en Teología, dictó en nuestra Facultad desde 1970 de manera ininterrumpida, y también en otros centros superiores de estudios, aquí y en el extranjero. Autor de numerosas publicaciones, colaboró permanentemente en el diario "El Comercio" de Lima, y sólo dejó su cátedra semanas antes de fallecer, en un hermoso ejemplo de entrega a su vocación docente.

DERECHO rinde homenaje póstumo a ambos Maestros en este número, con trabajos de quienes fueron sus condiscípulos o sus alumnos; casi todos colegas suyos en la digna y esforzada tarea de transmitir conocimientos y de prolongar una tradición jurídica siempre en movimiento.

DE LOS EDITORES

La promulgación del Código Civil de 1984 tuvo por virtud estimular la producción intelectual referida al área del Derecho Civil. Un año antes de la promulgación del nuevo Código, DERECHO le dedicó (No. 39, diciembre de 1983), a esta tradicional disciplina, la mayor parte de sus páginas. Este año DERECHO procede de manera similar y presenta en su sección central un conjunto de trabajos que estudian aspectos e instituciones del Derecho Privado por excelencia.

Como no podía ser de otro modo, el nuevo Código Civil marca la impronta de estos trabajos, que no descuidan la doctrina o los antecedentes jurídicos ni, sobre todo, el esfuerzo de reflexión personal que individualiza el aporte y que desemboca en la asunción de una posición frente a lo consagrado en el Código, algunas veces disonante con éste.

Desde el Derecho de las Personas, Enrique Becerra Palomino, continuando con anteriores aportes suyos sobre el tema, revisa de manera exhaustiva el tratamiento de la ausencia y la muerte presunta en el actual Código Civil, así como de sus efectos en las esferas patrimonial y familiar, no sin extender su análisis a la desaparición y el reconocimiento de existencia. El autor define cada figura recurriendo a la doctrina y hace una breve visita al Derecho Comparado. También presenta un panorama completo de sus antecedentes legislativos en el Derecho Civil peruano.

En un trabajo que atañe también a la dimensión axiológica del Derecho, Beatriz Boza Dibos, retomando la problemática presentada por Carlos Cárdenas Quirós en DERECHO No. 42, reflexiona sobre el impacto de los avances científicos en materia de Reproducción Humana Asistida, en el espectro de valores y fines a los que debe servir el Derecho. Plantea la necesidad de que el Estado reglamente la producción y el uso de las tecnologías de reproducción asistida, así como la de que el legislador norme sobre los riesgos que su uso ocasiona tanto al nuevo ser como a los donantes y a los padres "sociales". Esta regula-

ción no deberá descuidar valores implicados en la protección de la vida humana, los fines del matrimonio, el papel de la familia y la naturaleza de un derecho de pareja en la procreación. A este respecto la autora no esconde su posición: el Derecho debe permitir el acceso a estas tecnologías sólo a las parejas casadas; es una opción por la familia encuadrada jurídicamente para garantizar su protección como "célula básica de la sociedad".

Tres trabajos se ubican en el campo de los derechos reales. Jack Bigio Chrem ofrece un conjunto de reflexiones que dilucidan la forma cómo el Código Civil ha regulado la hipoteca en sus notas características, enfatizando que esta regulación, protegiendo tanto al deudor como al acreedor hipotecarios, es funcional a un estímulo al crédito y a la inversión de capitales, necesarios en la actual situación económica que atravesamos. Alfredo Bullard Gonzales, partiendo de la trascendencia económica del derecho de propiedad, realiza una disección de nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble, señala su falta de coherencia con la función económica de la propiedad (el registro debiera otorgar a ésta una facultad de exclusión absoluta y no lo hace del todo) y cuestiona su capacidad para eliminar la incertidumbre en la transferencia. Miguel Torres Méndez intenta determinar cuál sería el posible régimen de transferencia de propiedad de los bienes muebles incorporales en nuestro Código, a partir de situarlos en el ámbito del artículo 947 mediante interpretación del término "cosa" como "bien"; recorre las modalidades de tradición ficta reguladas en el Código en procura de hallar aquella que transfiera su propiedad, y propone como la adecuada a la tradición documental.

Desde el Derecho de las Obligaciones, en su segunda entrega para DERECHO, Gastón Fernández Cruz nos adelanta parte de lo que sería su tesis de Magister: la referida a la naturaleza jurídica de los intereses. Revisando doctrina extranjera propone una terminología referida a las clases de interés y señala los defectos de la empleada en el Código. En lo que atañe a la naturaleza jurídica del interés, discute que éste constituya un fruto, y acudiendo a un concepto económico de capital, entendido más como valor de cambio que como un conjunto de bienes, postula que el interés constituye un rédito.

Desde el área de los contratos, Hugo Forno Flórez, también en permanente diálogo con la doctrina extranjera, aborda el problema

de la naturaleza jurídica de la oferta al público, recordando la importancia de esta figura en el comercio masivo actual; examina el tratamiento que ha recibido en el Código y no puede menos que plantear su cambio en una futura reforma, en una opción por la protección del interés y la buena fe del público que acude a contratar. Cuestiona que el Código la considere una invitación a ofrecer y sólo excepcionalmente como una oferta al público, y que le establezca exigencias reiterativas e ilógicas. Asimismo, revela el vacío que existe en el Código respecto de normas supletorias del plazo en la oferta al público.

Completan la sección central de este número dos trabajos. René Ortiz Caballero toca un punto probablemente novedoso en la doctrina nacional: la doctrina de los actos propios, buscando elucidarla y rescatarla para nuestro Derecho Civil. El autor la recupera como un criterio de aplicación del principio general de la buena fe, entendido éste en su sentido objetivo, en un proceso de análisis que la depura y la distingue de otros institutos jurídicos; detecta su presencia en un grupo de normas del Código y propone núcleos temáticos en los que puede aplicarse esta doctrina. Finaliza enfatizando la necesidad de usar criterios o directivas (v.g. la doctrina de los actos propios) para encauzar los estándares jurídicos, es decir el principio general de la buena fe, en la interpretación y resolución de casos concretos.

Con una entrega que termina con una década de ausencia en DERECHO, Fernando de Trazegnies cierra la sección central con un trabajo elaborado en ocasión del centenario del Código Civil de Puerto Rico (1989). En él destaca Trazegnies el papel activo del Derecho Civil en varios procesos de modernización, en diferentes épocas, y analiza la relación de lo que llama "modernidad" con un Derecho Civil que le fue funcional para fundar un sistema sustentado en el individuo, la libertad y la capacidad de reflexión. Pero con el último siglo viene la crisis de este derecho formal en el contexto de lo que el autor denomina la "post-modernidad". Aquí, postula él, el Derecho Civil podrá sobrevivir debido a su razonamiento riguroso y al tipo de relaciones que regulan sus instituciones, siempre que cumpla con ciertas condiciones que lo conviertan en la base del pensamiento jurídico que regule las relaciones horizontales dentro de la sociedad. Al final el autor presenta las características de este Derecho Civil de la post-modernidad.

Cerrando este número, DERECHO presenta, en su sección varia, un texto de Robert Barker sobre la interpretación que da la Suprema Corte de los Estados Unidos al aborto desde su Constitución; un ensayo conjunto de los alumnos Luis Felipe Cantuarias Salaverry y Sergio Oquendo Heraud sobre los Decretos de Urgencia y su posibilidad de reglamentación, obviando el camino de la reforma constitucional; un texto de Wilfredo García Noriega sobre las formas de participación en negocios ajenos reguladas por nuestra legislación mercantil; un trabajo de César Landa Arroyo referente al pronunciamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo; y un trabajo de Lorenzo Zolezzi Ibárcena sobre el proceso de reforma de los estudios en nuestra Facultad, del que hace un balance y muestra sus perspectivas.

El Consejo Editorial agradece a los profesores y demás miembros de nuestra comunidad universitaria que, como en anteriores ocasiones, con sus trabajos y su aporte desinteresado hacen posible otro número de DERECHO. En particular expresamos nuestro reconocimiento al egresado de nuestra Facultad, Sr. Antonio Luya Ciertó, quien ha tenido a su cargo la supervisión de la edición.

SECCION DERECHO CIVIL

AUSENCIA Y MUERTE PRESUNTA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

Carlos Enrique Becerra Palomino

INTRODUCCION

En los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936 se había regulado el régimen de la ausencia y la muerte presunta, aunque no diferenciando claramente las etapas. El Código Civil de 1984 considera dos etapas tratándose de la ausencia: a) desaparición, y b) declaración de ausencia. (Libro I, Título VI). Fernández Sessarego afirma que se trata de una innovación sistemática en nuestra normatividad civil y que obedece en "alguna medida a una inspiración nativa"; no obstante, reconoce las influencias externas, como lo veremos en el desarrollo del presente ensayo (*). Es importante señalar la posición singular que tiene este cuerpo de leyes frente a la legislación comparada ya que regula la declaración de muerte presunta en el mismo título que trata de la muerte real (Título VII).

Asimismo, es pertinente hacer notar la explicación dada por la Comisión Revisora en la Exposición de Motivos, tratándose de la muerte presunta: "Esta regulación se hace aún más necesaria si se tiene en cuenta el agreste territorio patrio, la circunstancia de que en nuestro País se producen cada cierto tiempo desastres naturales y la eventual situación de operaciones bélicas" (**).

(*) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Librería Studium, Lima, Perú, p. 115.

(**) *El Peruano*. Separata especial, martes 12 de marzo de 1991, p. 5.

Este ensayo consta de tres capítulos: el primero trata los aspectos generales acerca de la ausencia y la muerte presunta, el segundo sobre los antecedentes en nuestra legislación, y el tercero se orienta hacia un análisis del Código Civil de 1984.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1. Ausencia

1.1 Noción y contenido

En sentido material o común la ausencia es una falta de presencia. Sin embargo, jurídicamente, tiene otra connotación. Serrano y Serrano la define como "un estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida sin haberse vuelto a saber más de ella". Dicho autor señala que la verdadera esencia de la ausencia radica en la incertidumbre acerca de la persona ausente (1). Rescigno tiene idéntico parecer: "Es decisiva —dice— la ignorancia sobre el hecho mismo de la existencia de la persona, más que la ignorancia del lugar donde ella se encuentra" (2).

Diez-Picazo y Gullón niegan que se trate de un estado civil, ya que la ausencia no modifica la capacidad del ausente, pero están de acuerdo en la duda sobre la existencia de la persona: "El ausente,

(1) SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho Español*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943. p. 1 y p. 86. Moisset de Espanés recalca que frente al concepto amplio de ausencia tenemos la ausencia en sentido técnico: "calificada por alguna circunstancia particular, en virtud de la cual la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas". MOISSET DE ESPANES, Luis. *Ausencia y desaparición*. En: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1975. Junio 12, p. 1.

(2) RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli, Casa Editrice Eugenio Jòvene, 1984, p. 133.

jurídicamente expresado, es una persona que no sabemos si existe ni donde existe". Para los Mazeaud, "es el individuo del que no se sabe si está vivo o muerto (3). Espín asevera que ausente, en sentido técnico, "es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona (*an sit et ubi sit*) (4). Ogáyar y Ayllón descarta la idea de peligro tratándose de la desaparición e incide en que ésta se haya producido en circunstancias normales. Albaladejo menciona la carencia de noticias y Castán señala que la ausencia propiamente dicha "es la del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia" (5).

A lo expuesto debe agregarse el hecho de que no exista representante con facultades suficientes, ya que de haberlo se presume que la persona previó su alejamiento por alguna circunstancia especial.

En consecuencia, tal como lo hemos señalado en otra oportunidad (6), la ausencia se refiere a la situación de una persona que:

-
- (3) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 302.
MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1965. P. I, Tomo I, Vol. II, p. 13.
 - (4) ESPIN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen I - Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982. P. 351.
 - (5) OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *La Ausencia en Derecho Sustantivo y Adjetivo*. Madrid, Editorial REUS S.A. 1936, p. 6. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Introducción y Parte General. Barcelona, Bosch, 1983. CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español y Foral*. 14a. edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Madrid. REUS S.A. 1987. Tomo I. Vol. II. pp. 32-321. Véase también OGAYAR Y AYLLON, Tomás y LETE DEL RIO, José Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Segunda Edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado 1985. Tomo IV, p. 2.
 - (6) Véase nuestro artículo: *La ausencia y sus efectos en relación con la*

- a) No se encuentra en el lugar de su domicilio,
- b) Se ignora su paradero,
- c) Carece de representante suficientemente facultado; y
- d) Respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo.

1.2. *Etapas*

La doctrina y la legislación comparada no son uniformes en el tratamiento de la ausencia: las etapas o períodos varían en número y denominación. Como asevera Marinella Essu, la doctrina predominante considera a la declaración de ausencia como situación de derecho, frente a la desaparición que es entendida como situación de hecho (7). En lo que se refiere a la desaparición, existen diversas concepciones doctrinarias considerándola como institución independiente vinculada a las situaciones de catástrofe o de peligro para la vida, asimilándola a la ausencia, utilizándose ambos términos indistintamente, y como una etapa de la ausencia pero diferenciada de la declaración de la misma (este criterio es seguido por la mayoría de autores contemporáneos y es la tendencia de la legislación comparada más reciente).

Los elementos de la desaparición son, en resumen: a) falta de presencia en el lugar del domicilio o residencia; b) ignorancia del paradero de la persona o carencia de noticias; y c) inexistencia del representante con facultades suficientes.

familia. En: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; RODRIGUEZ ITURRI, Roger; CARDENAS QUIROS, Carlos; GARIBALDI, José Alberto (Editores). *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1990. pp. 481 y sgts.

(7) ESSU, Marinella. *L'Assenza e la Dichiarazione di Morte Presunta*. En: *Tratatto di Diritto Privato*. D. RESIGNO, Pietro. Torino: Utet, 1982. Tomo 2, pp. 435-436.

La desaparición no requiere una declaración judicial, sino que configurada ésta, de acuerdo a los elementos antes señalados, se procede al nombramiento de alguien que se haga cargo de los asuntos de la persona desaparecida.

Tratándose de la Declaración de Ausencia, la mayoría de los autores se refieren a ella como el segundo período de la institución de la ausencia, en la cual adquiere su sentido técnico.

Dicha declaración de ausencia se configura, en síntesis: a) por la desaparición, b) la incertidumbre sobre la existencia (por el transcurso del tiempo); y c) la resolución judicial (8).

Como puede apreciarse en el CODE, el BGB, el Código Civil y Comercial italiano y otros códigos europeos, así como en los códigos chileno, argentino, brasileño y otros códigos latinoamericanos, el tratamiento es dispar, como lo veremos a continuación.

El CODE distingue tres períodos: la presunción de ausencia, la ausencia declarada y la posesión definitiva. Sin embargo, en el modelo francés el desaparecido es aquél cuya desaparición se produjo en circunstancias de grave peligro para su vida (por lo cual "existe casi la certeza de que ha muerto"), en tanto que el ausente es "el individuo que no se sabe si está vivo o ha muerto", como aseveran los Mazeaud (9).

El BGB o Código Civil alemán prevé: a) curatela de ausentes (art. 1911), según la cual "el mayor de edad ausente cuyo paradero es desconocido tendrá un curador para sus asuntos patrimoniales siempre que sea necesario ocuparse de éstos"; y b) declaración de muerte por razón de ausencia, en la que cabe distinguir la ausencia en general, derivada de la carencia de noticias durante un lapso prolon-

(8) Para mayor información sobre este particular, véase nuestro citado artículo de la nota 6, parágrafos 1.2.1 y 1.2.2., así como las notas.

(9) MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I. Buenos Aires. Ed. Jurídicas Europa América, 1965, Vol. II, pp. 12 y ss.

gado (art.14), y la ausencia calificada (arts. 15 al 17) en los casos de desaparición en circunstancias de peligro para la vida (10).

El Código Civil y Comercial italiano de 1942 considera tres etapas: desaparición (cuyo efecto es el nombramiento de un curador), la declaración judicial de ausencia (que determina la posesión temporal de los bienes del ausente a sus sucesores) y la declaración de muerte presunta (que les concede el ejercicio de los derechos sucesorios) (11).

En el Código Civil español puede observarse tres etapas: la ausencia de hecho, la ausencia legal y la declaración de fallecimiento. El texto original del Título VIII de dicho código, de 1889, fue modificado por las leyes de 8 de setiembre de 1939, No. 11/1981, de 13 de mayo, y No. 30/1981, de 7 de julio. El Código Civil suizo contempla la curatela en caso de ausencia (arts. 392 y 393) y la declaración de desaparición, según la cual es posible hacer valer los derechos derivados de la muerte del desaparecido como si ésta hubiese sido probada (arts. 35 a 38). El Código Civil portugués norma la ausencia en tres períodos: curatela provisoria, curatela definitiva y muerte presunta (arts. 89 a 121).

El Código chileno regula la ausencia dentro de la "Presunción de muerte por desaparecimiento", distinguiéndose la mera ausencia, la posesión provisoria y la posesión definitiva. El Código Civil argentino, según la modificación de la Ley 14.394, distingue: un período de declaración de ausencia, en el que se designa curador de bienes al desaparecido (arts. 15 al 21), y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, cuyo efecto principal es dar lugar a la apertura de sucesión del ausente (arts. 22 al 33). El Código brasileño establece: curatela de ausentes (nombramiento de curador de bienes), sucesión provisoria (apertura provisoria de sucesión con prestación de garantías) y sucesión definitiva (se levantan las garantías).

(10) ENNECERUS, KIPP Y WOLF. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona. Bosch, 1979. T. IV - 2. p. 448 y ss.

(11) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América, 1979. Tomo II, pag. 136.

Respecto a otros códigos de latinoamérica, quisiéramos hacer mención a los siguientes: el Código Civil **boliviano** regula dos situaciones: la declaración de ausencia (que incluye el nombramiento de curador) y la declaración de fallecimiento presunto. El Código Civil de Costa Rica prevé medidas provisionales anteriores a la declaración de ausencia (nombramiento de un curador), la declaración de ausencia (posesión provisional de bienes), y la presunción de muerte (permite la posesión definitiva de los bienes). Los códigos más recientes, como el de Paraguay (1987) y el de Cuba (1988), consideran: el primero, curatela de bienes para la persona que se ausente o desaparezca de su domicilio (art. 272) y la declaración de desaparición con presunción de fallecimiento, que da lugar a la posesión definitiva de los bienes (arts. 63 a 72); y el segundo, la declaración judicial de ausencia (que da lugar a la designación de un representante) y la declaración de muerte presunta (que permite a los interesados ejercitar los derechos que les correspondan a la muerte del desaparecido, con las particularidades inherentes al sistema jurídico vigente en Cuba) (12).

En el Perú, tal como lo hemos señalado, tratándose de la ausencia el Código Civil prevé dos etapas: a) desaparición; y b) declaración de ausencia. La muerte presunta está regulada en el Título relativo a la muerte.

2. Declaración de muerte presunta

2.1. Concepto

La primera regulación sistemática sobre la declaración de muerte presunta —también denominada declaración de fallecimiento, ausencia con presunción de fallecimiento o presunción de muerte por desaparecimiento— la hace el Código Civil alemán (BGB), que prevé

(12) BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. *“La Ausencia y la Declaración de Fallecimiento en el Código Civil Español y en la Codificación Latinoamericana”*. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Código Civil Español como puente de unión entre el derecho europeo y el derecho latinoamericano. Burgos, 1989 (en prensa).

dicha declaración tanto para el caso de ausencia prolongada de una persona, cuanto para el de su desaparición en circunstancias de peligro grave para la vida (13).

Para García Amigo, la declaración de muerte presunta “es una resolución judicial obtenida al final de un expediente o procedimiento de jurisdicción voluntaria y que crea la situación jurídica de muerte presunta —no la muerte real”. Albaladejo entiende por declaración de fallecimiento, “al auto judicial que reputa muerto a un desaparecido”. Díez Picazo y Gullón señalan que la declaración de fallecimiento “es aquella situación jurídica, creada por medio de una resolución judicial, por virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, se expresa la fecha a partir de la cual se considera ocurrida la muerte de la persona, y se abre la sucesión de la misma” (14).

De lo antes expuesto, podemos definir a la declaración de muerte presunta como la resolución judicial por la cual, verificada la ocurrencia de ciertos hechos expresamente señalados en la ley, se tiene por muerta presuntamente a una persona, del mismo modo que si se hubiera comprobado su muerte, mientras no sea destruída la presunción.

(13) Somarriva Undurraga asevera que el Código Civil chileno de 1855 fue el precursor en materia de muerte presunta, pues siendo anterior al Código alemán reguló esta figura en forma muy completa. Señala además que Bello se inspiró, conforme a la nota a los arts. 83 a 85 de su Proyecto de 1853, en el Código Civil austríaco, aunque este último tenía una reglamentación muy incompleta. (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Evolución del Código Civil Chileno*. Bogotá. Editorial Temis Librería. 1983. p. 12).

(14) GARCIA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho civil. I. Parte General*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1979. p. 355. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español*. Barcelona. Librería Bosch. T. I. p. 206. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Tecnos. 1980. Vol. I. p. 338.

2.2. Contenido y efectos

Michele Giorgianni afirmaba que "... los efectos de la declaración de muerte presunta son perfectamente idénticos, ya sea en cuanto al contenido, ya sea en cuanto a la estructura, que los de la muerte natural". Messineo expresa que ella tiene efectos provisionales pero de naturaleza análoga a los que se tendrían en caso de la muerte comprobada. Somarriva Undurraga asevera que la declaración de muerte presunta "pone fin a la personalidad produciendo los mismos efectos de la muerte real" (15).

Fernández Sessarego dice que "la declaración de muerte presunta produce todos los efectos jurídicos de la muerte natural" (16). Tobias señala que "una muy firme probabilidad (que no es certeza) es valorada como elemento de juicio que permite 'considerar' al sujeto en la condición de muerto para la ley" (17), y estimando que la sentencia que declara la muerte presunta afecta la existencia misma de la persona: "un ser humano determinado que hasta entonces era persona de derecho, deja de serlo" (18).

Cabe tener presente, sin embargo, que el sujeto declarado presuntamente muerto puede encontrarse con vida en otro lugar (gozan-

-
- (15) GIORGIANNI, Michele. *L'a Dichiarazione di Morte Presunta*. Milano. Dott. A. Giuffrè - Editore. 1943. pag. 196. MESSINEO, Francesco. *Ob. Cit.* T. II. pag. 141. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Ob. Cit.* pag. 11.
- (16) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Ob. Cit.* p. 134. Jack Bigio, por su parte, ha afirmado que "la muerte presunta, como efecto principal pone fin a la persona". BIGIO CHREM, Jack. *Declaración de Muerte Presunta y Reconocimiento de Existencia en el Código Civil de 1984*. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1988, p. 63.
- (17) TOBIAS, José W. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires 1988, p. 108.
- (18) TOBIAS, José W. *Ob. Cit.* p. 108. SALVAT, Raymundo. *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*. 11a. ed., actualizada por J.M. López Olaciregui. Tea. Buenos Aires, 1964. T. I, No. 96-A. p. 895.

do de plena capacidad), pues, como asevera Albaladejo, la declaración de fallecimiento “afecta a la situación jurídica del sujeto, no en el lugar en el que, si vive, está, sino en el círculo jurídico de donde falta” (19).

En cuanto al aspecto patrimonial el principal efecto de la declaración de muerte presunta es la apertura de la sucesión, aunque algunas legislaciones prefieren referirse a una “posesión definitiva” de bienes. En cuanto a la esfera familiar, es necesario destacar las diferentes soluciones dadas por las legislaciones respecto del vínculo matrimonial del declarado muerto presunto, como podrá observarse más adelante.

La declaración de muerte presunta se sustenta en una presunción “juris tantum”, que puede ser enervada. En primer lugar, es posible que quien se consideraba muerto no lo esté en realidad y que, luego de la declaración, reaparezca o dé muestras inequívocas de su existencia (aun estando en lugar lejano). En segundo lugar, la presunción puede ser destruida por la comprobación de la muerte real, sea en la misma fecha o en una distinta a la señalada en la resolución que declara la muerte presunta.

CAPITULO II: ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL

El Derecho Civil peruano ha regulado a través de todas sus codificaciones el régimen de la ausencia y la presunción de muerte, aunque no se diferenciaba claramente las etapas.

1. Proyecto de Vidaurre (20)

El proyecto en varios artículos se refiere directa e indirecta-

(19) ALBALADEJO, Manuel. *Ob. Cit.* T. I. p. 208.

(20) El Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre es de fundamental importancia como el primer intento codificador de la vida republicana en el Perú. Este proyecto se originó a raíz de un

mente a la ausencia y a la presunción de muerte, pero carece de una regulación sistemática sobre estas materias.

La curatela de bienes del ausente (entendiéndose que carece de representante) está prevista en el art. 27 del Título 14: "se dará un curador a los bienes de los ausentes e intestados, si se hallan en abandono" (21). Las facultades de dicho curador son idénticas a las de los tutores (art. 26, título 14), es decir, guardar y defender la persona y los bienes del sujeto a curatela (art. 1, título 14), evitar con el mayor esmero su ruina y detrimento (art. 13, título 14). Asimismo, estaba prohibido de enajenar tales bienes, salvo el caso de necesidad absoluta, previo informe del consejo de familia, dictamen fiscal y orden judicial (art. 16, título 14).

El término ausencia es empleado en el artículo 25 del título 1º denominado "De esponsales": se rompen los esponsales "por ausencia de uno de los contrayentes, sin aviso y permiso del otro, pasados dos años" (22).

Vidaurre expresa haber tomado esta norma de las Siete Partidas. En efecto, en la Partida Cuarta, Título I, Ley VIII, se establece como una de las causales para "embargar o desfazer los Desposorios": "quando alguno dellos desposados se va a otra tierra, e non lo pueden

artículo de la Constitución de 1834 que facultaba a la Corte Suprema a presentar proyectos de Códigos, empezando por el Civil. Vidaurre, calificado como un "personaje indudablemente exótico, contradictorio, con una vida intensa" (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1979. P. 155), presidía la Corte Suprema en ese momento y, según Basadre, "conocía a fondo, como los jurisconsultos surgidos en la época de los códigos no han conocido, el Derecho Romano, el Canónico y el español". BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. II Edición. Lima. Edigraf S.A. 1984. P. 330.

(21) VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil Peruano*. Lima. Imprenta del Constitucional por Lucas Lama. 1834. Tomo I. P. 278.

(22) *Ibidem*. P. 4.

fallar, nin saber do es". En tal caso el otro debía esperar tres años para pedir la licencia que le permita casarse. Vidaurre recalca que él ha considerado dos años. Asimismo, afirma que "por su literal sentido la ausencia, sin previa noticia, es razón suficiente para disolver el pacto" (23).

En el Título Segundo, denominado "De Matrimonio", el art. 33 está relacionado con la ausencia y la muerte presunta: "no se puede proceder a un segundo matrimonio sin prueba completa de la muerte del cónyuge" (24). Vidaurre afirma que "si los matrimonios se tienen por absolutamente indisolubles, cualesquiera que sea el tiempo de la ausencia, ella no habilita para proceder a un segundo matrimonio" (25).

En el Título Cuarto, denominado "Dotes, donaciones, propter nupcias, arras gananciales", el art. 25 establece que "el marido puede ser separado de la administración de los bienes por impedimentos morales o físicos".

El autor señala haber tomado su proyecto de las leyes de la Novísima, copiadas de las de Toro y Castilla. Al respecto, expresa que "como sea justo que la muger sea habilitada a contratar y administrar en caso de resistencia o ausencia del marido, mucho más lo será cuando su estado no le permita encargarse de ningún negocio interior o exterior de la familia" (26).

En el Título Noveno, denominado "Procedimientos en causas de filiación", encontramos el término ausencia en el art. 9o., que establece: "los términos para la demanda contra la filiación son perentorios.

(23) *Ibidem.* p. 25. LOPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas del muy Noble Rey don Alfonso El Sabio*. Tomo II. Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino. 1843, p. 473.

(24) VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Ob.Cit.* P. 31.

(25) *Ibidem.* P. 83.

(26) VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Ob.Cit.* P. 143.

Para que concluidos se admita, ha de darse prueba completa de ausencia o ignorancia”.

Lamentablemente este título del proyecto no ha sido comentado por el autor. Sin embargo, puede apreciarse que se considera a la ausencia (debidamente probada) como una excepción en cuanto al cómputo de los plazos establecidos para contestar la paternidad, en razón de la imposibilidad del ausente para accionar.

El artículo 6o. del Título 12, denominado “De la potestad en la familia, derechos y obligaciones del padre, de la madre, de los hijos: de la ex-heredación: del tribunal de la familia: de los domésticos”, establece, como regla general, que la autoridad de la madre está subordinada al padre mientras éste se encuentre con vida y en ejercicio de sus derechos. Pero, “muerto el padre o impedido por obstáculos físicos o morales, la autoridad queda íntegra en la madre” (27).

Aunque Vidaurre no lo dice expresamente, la ausencia del padre sería un obstáculo que le impediría ejercer su autoridad y, en consecuencia, ésta pasaría a la madre.

Como puede observarse, el Proyecto Vidaurre hizo referencia a la ausencia a través de su articulado aunque sin hacer una regulación específica de la institución ni establecer en qué casos debe considerarse a una persona como ausente.

2. *El Código Civil Nor Peruano de 1836* (28)

El Código de Santa Cruz trata en forma amplia la materia que estamos estudiando: 28 artículos, desde el artículo 55 hasta el 83,

(27) *Ibidem*. P. 221.

(28) Durante la Confederación Perú-Boliviana, Andrés de Santa Cruz, por Decreto de 1º de noviembre de 1836, puso en vigencia el Código Civil, que conjuntamente con los Códigos Penal y de Procedimientos fueron calificados como “Códigos Bolivianos” y no tuvieron aceptación en el

dentro del Título IV denominado “De los Ausentes”, en el Libro I “De las Personas”.

Este código contempla dos momentos: la ausencia presunta y la declaración de ausencia, así como algunos efectos de la muerte presunta tales como la posesión definitiva de los bienes, extinción de la fianza, etc. Podemos afirmar, en consecuencia, que está regulada la ausencia en tres fases —aunque no explícitamente determinadas—: la presunta ausencia (desaparición), la declaración de ausencia y la muerte presunta.

El código no define la ausencia presunta, simplemente alude a la necesidad de nombrar administrador de bienes, de no existir apoderado. Esta designación se hace por el juez de oficio o a pedido de los interesados (artículo 55). Asimismo, a pedido de la parte más diligente se nombra “apoderado” que represente al presunto ausente en inventarios, cuentas, particiones, y liquidaciones (artículo 56). Estos procedimientos se deben realizar con participación del Ministerio Público, según lo señala el artículo 57.

Este código contempla expresamente la declaración de ausencia, estableciéndose en el artículo 58 los presupuestos necesarios, esto es, que “una persona no aparezca en el lugar de su domicilio, o en el de su residencia, y después de cuatro años no haya noticias acerca de ella (...)”.

El efecto de esta declaración es dar en posesión provisional los bienes del ausente si no hay administrador de bienes nombrado por éste. Pero si existe apoderado deben transcurrir diez años para poder solicitar la declaración de ausencia (ya que la existencia de apoderado implica que la persona ha previsto su ausencia). Otro efecto es la apertura del testamento del ausente, con la finalidad de que todos

Perú, para ser derogados por Orbegoso por decreto del 31 de julio de 1838. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ob.Cit.*, pag. 159 y 160. Refiriéndose al Código Civil dice Basadre, “Este Código viene a significar, en su mayor parte, una recepción mecánica del Código Francés. No lo es, sin embargo, en varios títulos fundamentales”. BASADRE, Jorge. *Ob.Cit.* P. 345.

aquellos que tengan derechos a partir de la muerte de éste obtengan la posesión provisional de los bienes. El cónyuge podrá oponerse a esta posesión, y los que la adquieran tendrán que hacer inventario y sólo podrán enajenar los bienes con autorización del juez.

Cabe resaltar que de acuerdo al artículo 61: “no se pronunciará el juicio de ausencia, sino después que hubiese ordenado y verificado la información”.

El artículo 67 establece que la posesión provisional no será sino un depósito sobre los bienes sujetos a administración. Sin embargo, en el artículo 69 se permite la posibilidad de disfrute, pues se refiere a “los que a consecuencia de la misión hubiesen disfrutado de los bienes del ausente”. En tal caso, éstos sólo estarán obligados a devolver un quinto de los frutos si el ausente aparece a los 15 años y un décimo si aparece con posterioridad. Luego de 30 años sólo deberán devolver los bienes, sin obligación de devolver los frutos.

Si el ausente reaparece durante la posesión provisoria cesan los efectos del juicio de declaración de ausencia (art. 74).

Si la ausencia ha continuado durante 30 años desde la misión provisoria o de la administración de los bienes del ausente por su cónyuge, o si han transcurrido 100 años desde el nacimiento del ausente, terminan las fianzas y quienes tienen derecho pueden pedir la partición de los bienes y solicitar la misión posesoria definitiva (art. 71).

No obstante, se establece que la sucesión del ausente tendrá lugar el día que se pruebe su muerte (art. 72), lo cual indica que en este Código no se llega nunca a presumir la muerte de una persona ausente (como ocurre en el Código Napoleón, cuya influencia es notoria).

En la hipótesis de la reaparición del ausente, o de la prueba de su existencia, éste recobra sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que hubiesen sido enajenados, o los bienes provenientes del empleo que se hubiese hecho del precio de sus bienes vendidos (art. 75).

3. *El Código Civil de 1852* (29)

La ausencia se encuentra regulada en el Libro 1 "De las Personas y sus Derechos", en el Título III denominado "De los vecinos y ausentes", desde el artículo 56 al 82 (26 artículos). Para Javier de Belaunde, este Código "traía un tratamiento de la materia bastante sistemático y ordenado que explica el tratamiento de los ausentes y los guardadores de bienes de ausentes que trae el Código de Procedimientos Civiles de 1912" (30).

Angel Gustavo Cornejo (31) expresa que de acuerdo a estas normas pueden distinguirse cuatro períodos en la ausencia:

- a) Presunción de ausencia.
- b) Ausencia legal.
- c) Presunción de vida.
- d) Presunción de muerte.

(29) Este Código se originó con una ley promulgada por el Presidente Castilla el 9 de octubre de 1845, en la cual se creaba una comisión codificadora, siendo su texto final el fruto de tres comisiones, el cual fue promulgado el 28 de julio de 1852, durante el gobierno de Echenique. Con relación a las ideas que inspiraron este Código, Basadre señala, en primer lugar, la influencia romanista que atribuye al movimiento filosófico "jus naturalista"; en segundo lugar, la influencia española, primordialmente de la antigua legislación castellana; asimismo, destaca la influencia francesa, expresando que si bien para algunos hay una "recepción mecánica" del Código francés, las diferencias entre ambos "son resaltantes en múltiples tópicos", entre los cuales menciona el caso de la ausencia; finalmente, se refiere a la influencia del derecho canónico y del Código Santa Cruz. BASADRE, Jorge. *Ob.Cit.* Pp. 362-373.

(30) DE BELAUNDE, Javier. *Exposición del Doctor Javier de Belaunde López de Romaña sobre el Libro I del Código Civil de 1852; Derecho de las Personas*. En: *El Derecho*. Arequipa. Organó del Colegio de Abogados de Arequipa. 1985. P. 120.

(31) CORNEJO, Angel Gustavo. *Comentario al Código Civil de 1852*. Chiclayo, Dionisio Mendoza, 1921. P. 69.

El Código de 1852 no se refiere expresamente a la desaparición, pero el período de la presunción de ausencia es el que está relacionado con esta figura.

En este período se emplea el término ausente tanto en el sentido de “no presente”, como en su sentido jurídico. Esto lo podemos apreciar en los artículos 56, 57 y 58. En ellos se habla del ausente sin existir ignorancia sobre el paradero de la persona (artículo 56), siendo mas bien conocido su paradero. En un caso dentro de la República (artículo 57), y en otro fuera de ella.

El artículo 58 sí se refiere al ausente en sentido jurídico, tal como se aprecia de su parte final: “Lo mismo se verificará con el ausente cuyo domicilio se ignora”.

Para Toribio Pacheco resulta cuestionable el criterio de este Código de distinguir entre tres tipos de ausencia: 1) los que se hallen fuera de su domicilio ordinario, pero dentro de la República y en lugar conocido; 2) los que se hallen fuera de la República en lugar también conocido; y 3) aquellos cuyo domicilio se ignora absolutamente, dentro o fuera de la República. He aquí las palabras del destacado jurista:

“Esta distinción no puede apoyarse en ningún fundamento plausible, que no se alcanza la razón por qué el ausente fuera de la república, pero cuyo punto de residencia se conoce, ha de ser peor o mejor condición que el ausente que se halla dentro del territorio de la república” (32).

Pacheco califica de “injustificable y absurda” la asimilación que se hace entre el ausente que se encuentra fuera de la República sin apoderado, cónyuge, ni hijos, con el ausente propiamente dicho, debido a que se confunde “a un individuo cuya existencia es un hecho real, positivo y notorio, con otro cuya vida o muerte son, por lo menos, problemáticas (...)” (33).

(32) PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. Lima, Imprenta del Estado. 1872. Tomo I. P. 139.

(33) *Ibidem*. P. 142.

Cornejo, igualmente, critica el empleo del término “ausente”, señalando que “si uno se aleja del lugar de su domicilio pero se sabe donde está, no debe considerársele ausente (...). La distinción entre ausente dentro de la República y ausente fuera de ella, no tiene importancia alguna” (34).

Los únicos casos en los que cabe la designación de guardador son los previstos en el art. 58. En primer lugar, cuando el ausente está fuera de la República sin apoderado, cónyuge ni hijos. En segundo lugar, en el caso del ausente cuyo domicilio se ignora, es decir, el ausente en sentido estricto.

Las facultades del guardador están señaladas en el art. 62 y son puramente de administración, con la prohibición de enajenar los inmuebles. Tratándose de muebles éstos sólo podrán enajenarse con autorización judicial.

Como puede apreciarse, no se contempla la posibilidad de enajenar o gravar los inmuebles ni aun con autorización judicial por necesidad o utilidad. Esta prohibición absoluta no está justificada.

La terminación del cargo de guardador se produce, según el artículo 65:

1. Cuando vuelve el ausente o constituye apoderado.
2. Cuando se da la posesión provisional a los herederos del ausente.
3. Cuando renuncia o es removido.

El Código Civil de 1852, si bien no prescribe una declaración de ausencia expresamente en la regulación de esta institución, en el artículo 67 establece el otorgamiento de la posesión provisional de los bienes del ausente a sus herederos testamentarios o legales, cuando no se tiene, durante diez años, noticia alguna de aquél.

La posesión provisional implica la partición de bienes de la sociedad conyugal (artículo 68).

(34) CORNEJO, Angel Gustavo. *Ob.Cit.* P. 70.

Se establece que quienes reciben la posesión temporal deben practicar el inventario y tasación de los bienes, dar fianza por su valor y están prohibidos de enajenar e hipotecar los inmuebles, (artículo 69). Los poseedores provisionales pueden gozar de la mitad de los frutos, debiéndose reservar la otra mitad (artículo 70).

La posesión provisional se puede hacer definitiva a solicitud de los herederos en dos casos: si se tiene la prueba de la muerte del ausente, o si transcurriese el tiempo suficiente para que el ausente hubiere cumplido ochenta años (artículo 71).

Obtenida la posesión definitiva, el heredero entra en el “goce de todos los derechos de sucesión” (art. 72); asimismo, los legatarios y todos aquellos que por el fallecimiento del ausente tuvieran algún derecho a sus bienes, podrán hacerlo valer contra el heredero que ha obtenido la posesión definitiva (art. 77).

Los efectos de esta posesión cesan cuando se tiene noticia de que vive el ausente (art. 79).

Es importante destacar que se presume la vida del ausente, y por tanto tiene derecho a adquirir por cualquier título, mientras no se haya dado posesión definitiva de sus bienes (art. 81). Tal disposición lleva a considerar que, si se presume la vida del ausente hasta la posesión definitiva, se presume su muerte a partir de ella.

Como podemos observar, en los artículos 71, 72 y 81 subyace la institución de la muerte presunta.

4. *Proyecto de 1890*

El Proyecto del Código Civil de 1890 contiene un título denominado “De los Ausentes”, que regula este tema en 28 artículos y en el que puede apreciarse tres etapas.

Por un lado, se establece la administración de los bienes del ausente, lo cual tiene lugar cuando un mayor de edad se halla fuera de su domicilio seis meses cumplidos o más y no hay apoderado, no exigiéndose que se carezca de noticias sobre su paradero (art. 183).

Por otro lado, se establece la posesión de los bienes del ausente a sus herederos testamentarios o legales en dos casos: cuando no se tiene noticia de éste durante cinco años (art. 192) y cuando la persona ausente está incurso en situaciones de peligro para su vida (art. 193).

Finalmente, alude a la muerte presunta al disponer que el poseedor de los bienes del ausente puede pedir se le declare dueño condicional de los mismos, para lo cual debe acreditar que, sin tenerse noticia cierta del ausente, ha transcurrido el tiempo suficiente para que éste haya cumplido ochenta años (art. 203).

Es importante mencionar que en este proyecto se ha previsto el caso de ausencia del menor de edad (art. 185).

5. *El Código Civil de 1936*

Con relación a los Códigos examinados anteriormente, el de 1936 es pobre en cuanto al tratamiento de la ausencia y la muerte presunta. La terminología empleada era confusa y la regulación asistemática.

La doctrina peruana es concorde en la crítica. En opinión de Rómulo Lanatta: "No se llegó por consiguiente a estructurar un sistema integral. Los artículos 590, 611 y 612 (...), son insuficientes para configurar el régimen sustantivo de la ausencia". Para Javier de Belaunde: "el tratamiento del tema de la ausencia y la desaparición y de la muerte presunta en el Código Civil del 36 es verdaderamente caótico" (35).

Fernández Sessarego señala que:

"El Código Civil de 1936 no distinguía ni los alcances ni las consecuencias jurídicas de la desaparición y de la ausencia. (...) Si, de una parte, existía en el Código Civil abrogado, con-

(35) LANATTA, Rómulo. *Derecho de Sucesiones*. Lima, Editorial Desarrollo S.A. 1983. P. 160. DE BELAUNDE, Javier. *Ob.Cit.* P. 120.

fusión en el tratamiento de la desaparición y la ausencia, de otra, se atribuía a ambas situaciones la misma consecuencia jurídica". (36).

La desaparición se regulaba en el artículo 590 (ubicado en el libro de Derecho de Familia, en la sección de curatela, Título VI), según el cual cuando una persona se hubiere ausentado o desaparecido de su domicilio, sin conocerse su paradero y sin que exista mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de éstos. Podemos observar que se toma como equivalentes los términos desaparición y ausencia, asignándoles los mismos supuestos y consecuencias. Sin embargo, este artículo está referido a lo que se entiende como "desaparición" en el Código vigente (art. 47).

Los elementos configurativos que contiene el artículo 590 son los siguientes:

1. Falta de presencia en el domicilio.
2. Ignorancia sobre el paradero.
3. Carencia de mandatario designado o extinción del mandato.

El efecto jurídico es la curatela sobre los bienes de la persona desaparecida, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 559 y 563, relativos a las personas que deberán ejercer el cargo.

Las facultades del curador están señaladas en los artículos 587, 596 y 599. Según ellos corresponde al curador realizar en principio actos administrativos de custodia y conservación, requiriendo autorización judicial para cualquier acto adicional, según las circunstancias.

La curatela del "ausente o desaparecido" termina en los siguientes casos:

1. Al extinguirse los bienes o desaparecer los motivos que la originaron (art. 610).

(36) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Lima, Lib. Studium. 1986. P. 267.

2. Al otorgarse el goce de los derechos de sucesión a sus herederos. (arts. 611 y 612).

El Código de 1936 no contenía una regulación de la declaración de ausencia. Sin embargo, el artículo 9, inciso cuarto, señala que son absolutamente incapaces: “los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada”.

Pretendiendo justificar esta norma, Rodríguez Llerena expresa:

“El incapaz está presente sin que pueda realizar actos jurídicos. El ausente no puede realizarlos por sí, ni jurídica ni materialmente, no por falta de aptitud esencial, como los incapaces propiamente dichos, sino porque se parte del supuesto de que es incierta su existencia y el de que todos ignoran el sitio en que se halla. (...) Declarada así la ausencia, el ausente es estimado un incapaz”. (37)

León Barandiarán la critica en los siguientes términos:

“Es ésta una disposición que puede ser calificada de exótica (...) Sólo se trata de una situación especial: el ausente por el hecho de estar en tal situación, no puede ejercitar por sí mismo los actos de la vida civil, y hay que proveerlo de un representante legal” (38).

En nuestra opinión, en este artículo se comete dos errores. En primer lugar, hacer referencia a la ausencia declarada, situación que no está regulada por el Código. En segundo lugar, señalar como

(37) RODRIGUEZ LLERENA, Darío. *Código Civil*. Chiclayo, Librería e Imprenta Mendoza. 1937. Tomo I. P. 460.

(38) LEON BARANDIARAN, José. *Manual de Derecho Civil. Derecho de las Personas*. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. P. 45.

incapaz absoluto al declarado ausente, lo cual, como ya hemos expuesto, es un error.

CAPITULO III: CODIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil peruano de 1984 en el Libro I, Título VI, divide la ausencia en dos etapas: desaparición y declaración de ausencia. Tal como lo hemos mencionado anteriormente, Fernández Sessarego afirma que se trata de una innovación sistemática en nuestra normatividad civil (39), y que "el Título Sexto responde, en alguna medida, a una inspiración nativa", si bien reconoce la influencia principal de los códigos italiano de 1942 y portugués de 1967, así como del Anteproyecto del Código brasileño de 1963 (40).

1. Desaparición.-

1.1. Elementos configurativos

La situación de desaparición se configura (art. 47):

a. Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio.

(39) Cabe observar, sin embargo, que la terminología relativa a la ausencia que se emplea a través del articulado del Código vigente no es coherente con la sistemática adoptada al regular esta institución. Así, puesto que el Título VI del Libro I se denomina "Ausencia" y su primer capítulo "Desaparición", debe interpretarse que el término "ausencia" es el género y "desaparición" la especie. No obstante, en el mismo Título VI puede apreciarse que se emplea el término "desaparecido" como genérico (arts. 49, 63, 64 y 65). Asimismo, se emplean los términos "ausencia", "ausente" y "desaparecido" muchas veces como equivalentes, dando lugar a confusión, como luego se verá al revisar los efectos de la ausencia en la esfera familiar. Véase igualmente los artículos 334, 364, 637, 987, 1307, 1651, entre otros.

(40) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las... Ob.Cit.* P. 115.

- b. Se carece de noticias sobre su paradero.
- c. No existe mandatario con facultades suficientes. La redacción del Código, de usar el término "mandatario" en vez de "representante" o "apoderado", no es la más conveniente.

1.2 Titularidad de la acción y competencia

Están facultados para solicitar el nombramiento de curador de bienes para el desaparecido, la parte interesada o el Ministerio Público (art. 47).

En virtud de lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar, cualquier persona que tenga legítimo interés podrá solicitar el nombramiento de curador. También podrá hacerlo el Ministerio Público en razón de representar el interés social (ya que la desaparición afecta no solamente a los familiares del desaparecido sino a la comunidad en general).

Sobre la competencia jurisdiccional podría crearse problemas de interpretación, puesto que según el artículo 47 sería competente al juez del lugar donde se encuentren "sus bienes" y según el artículo 609 el del lugar donde se hallen "todos o la mayor parte de sus bienes". Creemos que el art. 601 no debió hacer referencia a la competencia (por estar ya regulada) y coincidimos con Cornejo Chávez respecto de la aplicación del art. 47, por ser específico sobre la materia y a la vez tener mayor amplitud (41).

1.3 Efectos patrimoniales: curatela de bienes

El efecto de la desaparición es la designación judicial de un curador de bienes para el desaparecido (arts. 47 y 597).

El ejercicio del cargo de curador tiene carácter interino y corresponde que lo ejerzan (art. 597), en primer lugar, las personas

(41) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima. Studium S.A. 5ta. Ed. 1985. Tomo II. P. 442.

llamadas a la curatela legítima (art. 569); en segundo lugar, a falta de curador legítimo corresponderá el cargo al curador nombrado por testamento o por escritura pública (art. 572); de no existir ninguno de los anteriores, será designado por el consejo de familia (art. 573), y de no ser ello posible, lo nombrará el juez (art. 597).

En principio, las facultades del curador del desaparecido son: a) la custodia y conservación de los bienes; b) el cobro de créditos y el pago de las deudas; y, c) la representación en juicio del desaparecido.

Como excepción a este principio, los actos prohibidos para el curador pueden ser válidos cuando, probada la necesidad o utilidad, son autorizados por el Juez con la previa audiencia del Consejo de Familia (art. 602). Adicionalmente, el Juez señalará al curador sus facultades y obligaciones, según las circunstancias (art. 605), lo cual es acertado, puesto que las relaciones jurídico-patrimoniales del desaparecido pueden requerir de facultades mayores que las conferidas como regla general, y, en consecuencia, esta norma permite una mejor protección de los bienes del desaparecido.

Cabe hacer notar que el artículo 597 incurre en el mismo error advertido en el Código de 1936 (artículo 590), cuando trata como equivalentes los términos “ausencia” y “desaparición”. En este artículo ha debido omitirse la mención a la ausencia (puesto que regula la curatela del desaparecido).

Dicha curatela cesa, según el art. 616, por el retorno del desaparecido y al declarársele ausente o muerto presunto. Se ha omitido mencionar expresamente dos supuestos obvios: su muerte real y el hecho que designe representante con facultades suficientes con posterioridad al nombramiento del curador.

La resolución que nombra curador de bienes al desaparecido se inscribe en el Registro Personal, (artículo 2030, inciso 2). Incurre en error el legislador al expresar “... resoluciones que declaren la desaparición...”, ya que esta es una situación de hecho y lo que existe es una resolución designando un curador interino (42).

(42) En esta crítica coincidimos con Fernández Sessarego, quien expresa

1.4 Efectos con relación a la familia

Los efectos de la desaparición en la esfera familiar son los siguientes:

- a) En lo referente a la invalidez del matrimonio, se establece que en caso que el cónyuge de un desaparecido contrajera nuevo matrimonio, esta nueva unión sólo puede ser impugnada por el nuevo cónyuge, mientras dure la ausencia y no se declare la muerte presunta, y siempre que hubiere procedido de buena fe (art. 274, inc. 3º). Sobre éste punto trataremos con mayor detalle al analizar los efectos de la declaración de ausencia en relación con la familia.
- b) Las facultades de dirección, representación y administración de la sociedad conyugal las asume uno de los cónyuges cuando "se ignora el paradero del otro" o éste se encuentra en lugar remoto (arts. 294, inc. 2º, y 314). Al mencionarse la ig-

que la Comisión Reformadora no previó un Libro sobre Registros Públicos, de allí que exista contradicción entre este artículo y el artículo 47. Véase: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *La Desaparición. en el nuevo Código Civil de 1984*. En: Pontificia Universidad Católica del Perú. *Para leer el Código Civil*. Lima, 1985, publicado como Apéndice en *Derecho de las...* pags. 272-273. Crítica que se reitera en: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y CARDENAS QUIROS, Carlos. *Estudio Preliminar Comparativo de algunos aspectos del Código Civil Peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942*. En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima. Cultural Cuzco, 1986. Pags. 115, 116 y 147. La Comisión Revisora, según la Exposición de Motivos del Libro IX del Código Civil, elaborada por Jack Bigio Chrem y Victor Raúl Ramírez, admite la posibilidad del cuestionamiento en lo que se refiere a la resolución de la desaparición, pero justifica el texto tal como está redactado en vista que el nombramiento del curador "resulta siendo, aunque el artículo 47 no lo señale, una declaración tácita de la desaparición, por cuanto si esta última no se produjera como tal carecería de objeto la designación de curador interino". Comisión Revisora del Código Civil. *Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil*. En: Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 19 de julio de 1987. Separata especial, p. 29.

norancia del paradero se alude tácitamente a la desaparición (en virtud de lo previsto en el artículo 47). Aunque el código no lo señala expresamente, se entiende que esta situación es provisional y debe cesar del mismo modo en que cesa la curatela del desaparecido.

- c) Respecto a la unión de hecho, el código establece que ésta termina por “ausencia”. En vista que bajo el título de ausencia se regulan tanto la desaparición cuanto la declaración de ausencia, podría afirmarse que la unión de hecho termina por la desaparición de uno de los concubinos. Sin embargo, dado que de lo que se trata es de proteger el patrimonio del desaparecido ante su desaparición imprevista, no creemos que afecte su status personal, y por ende, que sea causa de término de la unión de hecho. Consideramos más bien que aquí el término “ausencia” está referido a la declaración de ausencia.
- d) La desaparición del marido es causa de negación de la paternidad matrimonial (art. 363, inc. 2do.), en tanto que implica una imposibilidad manifiesta de cohabitación (43).
- e) En cuanto a la acción de separación de cuerpos, se señala que ésta corresponde a los cónyuges, pero los ascendientes pueden accionar si alguno “es incapaz, por enfermedad mental o ausencia” (art. 334). (Cabe apreciar la errónea consideración del ausente como incapaz) (44).

En tal virtud, la desaparición de uno de los cónyuges faculta a los ascendientes a interponer la acción de separación de cuerpos.

(43) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Ob.Cit.* T. II. P. 38.

(44) La redacción de esta norma no es acertada, pues se está entendiendo a la ausencia como causal de incapacidad, lo que no guarda coherencia con la concepción de ausencia contenida en la parte pertinente del Código Civil vigente. Como ya hemos observado al referirnos a los antecedentes en nuestra legislación sobre la ausencia, su inclusión entre las causales de incapacidad constituyó una notoria inexactitud del Código Civil de 1936.

- f) En lo relativo a la Patria Potestad, ésta se suspende cuando se comprueba que el padre o la madre se hallan “impedidos de hecho para ejercerla” (art. 466). Por tanto, se suspende por la desaparición de alguno de ellos.

2. *Declaración de ausencia*

2.1 *Elementos configurativos*

Los elementos que configuran la declaración de ausencia (art. 49) son: 1. El hecho de la desaparición; 2. El transcurso de dos años desde las últimas noticias; y 3. La resolución judicial.

El segundo elemento caracteriza a esta figura jurídica. El transcurso del tiempo da lugar a que, al no reaparecer la persona desaparecida, se llegue a tener una incertidumbre respecto de su existencia.

El Código no establece un plazo mayor para la declaración de ausencia cuando el desaparecido tiene apoderado con facultades suficientes. Consideramos que este caso debió contemplarse puesto que los intereses del desaparecido están debidamente protegidos y puede presumirse que el sujeto previó su alejamiento (45).

En concordancia con la posición de que procede declarar la ausencia aunque exista apoderado facultado del ausente, se establece la inscripción de la declaración de ausencia en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente (art. 53).

(45) Al respecto, el Code establece que si el ausente ha dejado poder, los presuntos herederos no podrán pedir la declaración de ausencia sino transcurridos diez años desde la desaparición de aquél o después de sus últimas noticias (artículo 121); siendo necesario, para el supuesto del ausente sin apoderado que lo represente, el transcurso de cuatro años (artículo 115).

2.2 Titularidad de la acción y competencia

Están legitimados para solicitar la declaración de ausencia (art. 49), en primer lugar, cualquiera que tenga legítimo interés (conforme el artículo VI del Título Preliminar), y el Ministerio Público (por existir un interés social).

El juez competente es el del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre “la mayor parte de sus bienes” (art. 49).

Como puede apreciarse, se ha adoptado un criterio distinto al previsto para el caso de desaparición, que se refiere —como ya hemos señalado—, al juez del “lugar donde se encuentren sus bienes”. Si bien ambas etapas son independientes, por cuanto no se requiere que se haya nombrado curador al desaparecido para declarar la ausencia, creemos debió seguirse un mismo criterio en ambas situaciones para determinar la competencia jurisdiccional.

2.3 Efectos patrimoniales: posesión temporal de bienes

El efecto de la declaración por ausencia, con relación al patrimonio, es el de dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos en el momento de la declaración (art. 50): es decir, a sus descendientes, ascendientes o cónyuge (art. 724) (46).

En caso de que el declarado ausente no tuviera herederos forzosos, “continuará” la curatela establecida en el artículo 47 (art. 50 in fine). En concordancia con Javier de Belaunde consideramos que el empleo del término “continuará” no es acertado, por cuanto

(46) Según el ponente, se ha señalado a los herederos forzosos porque: “El Código contempla el interés de aquellos que forman el núcleo íntimo de la familia, es decir de los que presumiblemente han dependido económicamente del ausente y que, en cierta manera, han coparticipado de la posesión de sus bienes”. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Ob.Cit.* P. 1129.

sugiere que el nombramiento de curador del desaparecido es necesario para la declaración de ausencia (47).

Entendemos que, de no existir herederos forzosos del declarado ausente, deberá continuarse con la curatela establecida por el artículo 47, siempre que se hubiera nombrado curador. De no ser así, se declarará la ausencia y deberá nombrarse un curador como en el caso de la desaparición.

Es conveniente destacar el criterio seguido por el Código, según el cual la declaración de ausencia no origina la apertura de los actos de última voluntad del ausente (48). Consideramos que este criterio es acertado, pues durante la declaración de ausencia, pese a crearse ya una incertidumbre sobre la existencia del ausente, se debe presumir la vida de éste hasta que se compruebe su muerte o sea declarada judicialmente. Coincidimos con la opinión de Lanatta, ya que no se justifica que la declaración de ausencia "ponga en funcionamiento prematuramente el mecanismo sucesorio" (49).

En cuanto a los derechos sucesorios del declarado ausente, puesto que de acuerdo a nuestro Código Civil el ausente no es considerado un incapaz, Augusto Ferrero Costa dice que al "no haberse declarado su muerte (sólo es ausente), puede recoger bienes hereditarios" (50).

(47) DE BELAUNDE, Javier. *Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, Tres años después*. En: *Themis. Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, 1988. N° 10, P. 67.

(48) Contraria es la posición del Código italiano (artículo 50), que dispone la apertura de los actos de última voluntad del ausente, si existen, al quedar ejecutable la sentencia que declara la ausencia. Este último criterio está contenido asimismo en el Código de Portugal (artículos 100 a 103), y también en el Código de Brasil, en lo que denomina la "sucesión provisoria".

(49) LANATTA, Rómulo. *Ob.Cit.* P. 162.

(50) FERRERO, Augusto. *El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil peruano*. Lima. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. 1987, P. 45.

La terminación de la situación de ausencia declarada se produce por las siguientes causales (art. 59): 1. Regreso del ausente. 2. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración. 3. Comprobación de la muerte. 4. Declaración judicial de muerte presunta.

Las consecuencias jurídicas originadas por las causales de cese son dos (art. 60):

1. La restitución de su patrimonio al ausente, si es que regresa o designa apoderado suficiente con posterioridad a la declaración.
2. La apertura de sucesión, si se comprueba su muerte o se declara su muerte presunta.

Por razones de sistemática (51) habría sido mejor ubicar la referencia a la apertura de la sucesión en el título VII del Libro I (Declaración de Muerte Presunta), que es donde corresponde.

2.4 *Efectos en relación con la familia*

a) Invalidez del matrimonio

El Código Civil señala que es nulo el matrimonio del casado (artículo 274, inciso tercero). Establece, sin embargo, que si el primer cónyuge ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que haya actuado de buena fe y dentro del plazo de un año contado a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

“Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido —dice el Código en el párrafo que nos interesa comentar— sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de

(51) SOLARI AGUELA, Giancarlo. *Causas y Efectos de la Apertura de Sucesión*. Tesis de Bachiller. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1987. P. 245.

ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe”.

En nuestra opinión, la norma no tiene un texto claro por cuanto, por un lado, hace mención al cónyuge del “desaparecido”, y por otro, establece que la impugnación sólo cabe “mientras dure el estado de ausencia”. Esta redacción puede originar problemas de interpretación por cuanto la expresión “estado de ausencia” puede ser entendida como comprendiendo tanto a la desaparición cuanto a la ausencia declarada (dada la denominación genérica del Título VI del Libro I), o sólo como ausencia declarada (si se considera que la naturaleza de ésta es la de estado civil). En esta última hipótesis, tratándose de un desaparecido al que no se ha declarado ausente, no podría plantearse la nulidad del matrimonio, pues aún no hay estado de ausencia, lo cual implicaría que sería necesario esperar por lo menos dos años para plantear la acción de invalidez.

Consideramos que, en el inciso tercero del artículo 274, los términos “desaparición” y “estado de ausencia” se refieren a la ausencia en general; es decir, que el segundo cónyuge puede impugnar el nuevo matrimonio tratándose de desaparición o de declaración de ausencia.

Creemos, pues, que la intención del legislador de 1984, en el párrafo que es objeto de nuestro análisis, ha sido proteger al nuevo cónyuge de buena fe, otorgándole el derecho de proceder a la impugnación mientras no se haya producido el retorno del desaparecido o del declarado ausente y no se haya declarado su muerte presunta.

b) Dirección, representación y administración de la sociedad conyugal

Como veremos, al declararse la ausencia la sociedad de gananciales fenece (art. 318, inc. 4to.) y, en consecuencia, no habrá bienes comunes que administrar, pasando los bienes propios del cónyuge declarado ausente en posesión temporal a los presuntos herederos de éste (arts. 50 y 51). Por consiguiente, al cónyuge presente únicamente le corresponderá la administración de los bienes propios de su cónyuge ausente, en el supuesto de ser único heredero forzoso.

c) Sociedad de gananciales

La declaración de ausencia está considerada (art. 318, inciso 4to.) como causal de fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales.

Fenecida por esta causal la sociedad de bienes, y practicada su liquidación, “el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados con las mismas características de un régimen de separación de patrimonios en tanto que la parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos” (52).

El momento en que se considera fenecido el régimen de sociedad de gananciales es regulado en dos niveles por el artículo 319 del código vigente.

En un primer nivel, respecto a la relación entre los cónyuges, la sociedad de gananciales se considera fenecida en la fecha de la declaración de ausencia. En un segundo nivel, respecto a terceros, se considera fenecido dicho régimen en la fecha de la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Personal.

Es importante destacar la innovación contenida en el tercer párrafo del artículo 323, en el que se establece que al fenecer la sociedad de gananciales por declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el cónyuge presente tiene derecho preferencial para la adjudicación de la casa en que habita la familia, y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Esta norma es concordante con el artículo 731 del Código Civil vigente, que concede al cónyuge sobreviviente el derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la casa en que existió el hogar conyugal.

(52) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Ob.Cit.* T.I, p. 310.

d) Separación de patrimonios

Al declararse la ausencia, los bienes propios del cónyuge declarado ausente pasarán en posesión temporal a sus presuntos herederos forzosos (art. 50), entre los cuales está el cónyuge presente.

e) Decaimiento y disolución del vínculo matrimonial

Nos parece importante comentar el artículo 334 relativo a la acción de separación de cuerpos. En este artículo se señala que la acción de separación corresponde, por regla general, a los cónyuges. Sin embargo, en forma excepcional se faculta para accionar a los ascendientes si alguno de los cónyuges “es incapaz, por enfermedad mental o ausencia”.

Como ya hemos observado al referirnos a los antecedentes en nuestra legislación sobre la ausencia, su inclusión entre las causales de incapacidad constituyó una notoria inexactitud del Código de 1936.

En cuanto al sentido en que debe interpretarse el término “ausencia” en este artículo, consideramos que se refiere tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia.

f) Unión de hecho

El Código vigente regula lo concerniente a la unión de hecho en el artículo 326. En su tercer párrafo señala como una de las causas de su terminación a la “ausencia”.

El empleo del término “ausencia”, como ya lo hemos expresado, puede referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia. Podría considerarse que, no habiendo distinguido el legislador, debe interpretarse que la unión de hecho termina al producirse cualesquiera de ellas.

Ahora bien, cabe hacer notar que, como ya expresáramos, la curatela de bienes del desaparecido tiene lugar ante una emergencia, cual es que los bienes de una persona desaparecida

queden abandonados, siendo la designación del curador la consecuencia jurídica de la desaparición. Así, esta situación que tiene carácter provisional o transitorio, no afecta el status personal del desaparecido y, en consecuencia, no puede producir el fin de la unión de hecho.

Debe tenerse presente que, de existir bienes que cautelar, podría solicitarse el nombramiento de curador con el exclusivo fin de proveer al cuidado de tales bienes y no con la voluntad de poner fin al concubinato, de modo que al retornar el desaparecido sería necesario que transcurrieran nuevamente dos años para que se constituya la sociedad de bienes.

Un argumento que podría esgrimirse para afirmar que con la desaparición de uno de los concubinos termina la unión de hecho, es que tratándose ésta de una situación de convivencia habitual o posesión continua de estado, al no encontrarse alguno de los concubinos la unión de hecho debe llegar a su fin.

En consecuencia, tratándose de la causal de ausencia a la que alude el Código, consideramos que sería excesivo poner fin a la unión de hecho con la sola desaparición; más bien, el término ausencia al que se refiere el artículo 326, debe ser entendido en sentido restrictivo, esto es, como declaración de ausencia, pues el transcurso de dos años es un plazo prudencial para poner fin a la unión de hecho, y por tanto, a la sociedad de bienes correspondiente.

En cuanto al momento en que debe tenerse por disuelta la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, coincidimos con Cornejo Chávez, quien, al referirse a las normas de la sociedad de gananciales aplicables a la sociedad de bienes (primer párrafo del art. 326), considera que para determinar la fecha de fenecimiento de esta última es aplicable el artículo 319 (que señala el fenecimiento en la fecha de la declaración de ausencia) (53).

g) Filiación

Como ya mencionáramos, el inciso segundo del artículo 363 faculta al marido a negar la paternidad del hijo de su mujer

(53) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Ob.Cit.* T. I. P. 315.

cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con ésta en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo.

Cornejo Chávez considera, dentro de las circunstancias de imposibilidad manifiesta de cohabitación, a la ausencia (54). Coincidimos con esta apreciación y entendemos que el término “ausencia” debe interpretarse en forma genérica, es decir, que comprende a la desaparición y a la declaración de ausencia (e inclusive como falta de presencia).

El artículo 364, relativo al plazo para interponer la acción contestatoria de paternidad, señala que éste es de 90 días y se cuenta desde el día siguiente del regreso del marido, si estuvo “ausente”.

En cuanto a la filiación extramatrimonial, en tanto que para ella se requiere del reconocimiento del padre o de la sentencia declaratoria de la paternidad (art. 387), en este último caso no prosperará la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial si el presunto padre se hubiera encontrado desaparecido o declarado ausente durante la época de la concepción, pues no habría sido posible que éste hiciera vida en común con la madre (art. 402 inciso tercero) (55).

h) Patria potestad

El artículo 466 en su inciso tercero prescribe que la patria potestad se suspende “cuando se comprueba que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla”; en consecuencia, la declaración de ausencia es un supuesto por el que el ejercicio de aquella se suspende.

(54) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Ob.Cit.* T. II, p. 38.

(55) Respecto a la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, véase: CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *La Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial*. En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1985. Pp. 59 a 74.

i) Consejo de familia

En la parte relativa al Consejo de Familia, encontramos que los artículos 637, 638, 653 y 654 están vinculados a la ausencia.

El art. 637 señala a la “ausencia sin dejar apoderado” como uno de los casos en los que, por no quedar cuatro miembros hábiles, el número de miembros del consejo de familia debe completarse.

Creemos que esta norma debe referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia, dado que en esta última etapa, aun cuando existiera apoderado nombrado, de acuerdo al Art. 53 la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes de la resolución que declara la ausencia extingue los otorgados por el ausente.

El artículo 638 establece que el consejo se forma para que ejerza sus atribuciones en favor de los “ausentes”.

Consideramos que en este artículo el término “ausentes” únicamente tendrá efectos respecto a la situación de desaparición, específicamente sobre la curatela de bienes del desaparecido, siendo irrelevante en lo que se refiere a la declaración de ausencia.

3. Muerte presunta

El Código Civil de 1984 regula la declaración de muerte presunta independientemente de la ausencia, en el Título VII del Libro I denominado “Fin de la persona”, conjuntamente con la muerte natural. Constituye una de las innovaciones del nuevo Código a nivel de la legislación comparada.

3.1 Elementos configurativos

Los elementos configurativos de la declaración de muerte presunta son los siguientes:

1. "Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad" (art. 63, inc. 1ro.).

Este supuesto está referido al hecho de la desaparición prolongada de una persona. Se establece un plazo abreviado de cinco años desde las últimas noticias del desaparecido cuando éste tuviere más de ochenta años de edad, lo cual se justifica en opinión de Fernández Sessarego "en tanto que no es infrecuente que la desaparición ocurra en edad muy próxima a los ochenta años o, simplemente, con posterioridad al cumplimiento de tal hecho" (56).

El Código no señala expresamente desde qué fecha se deben considerar las últimas noticias del desaparecido para efectos del cómputo de los plazos. Cabrían dos interpretaciones: tomar como fecha de las últimas noticias la de la emisión de éstas, o tomar como fecha la de su recepción.

Consideramos que debe entenderse como fecha de las últimas noticias la de la emisión de éstas, puesto que hasta esa fecha se tiene la certeza de que el desaparecido está con vida, lo cual no ocurre de tomarse como fecha la de la recepción, ya que en el lapso entre la emisión y la recepción no es posible determinar hasta qué momento el desaparecido se encontraba con vida (57).

2. "Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso" (art. 63, inc. 2do.).

Este inciso está referido al supuesto en que la desaparición de una persona haya ocurrido en circunstancias de peligro de tal naturaleza que lleven a presumir la muerte de ésta, razón por la cual el plazo establecido por la ley es de sólo dos años.

(56) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Librería Studium. Lima, 1988. P. 133.

(57) SOLARI AGUELA, Jorge Giancarlo. *Ob.Cit.* Pp. 240-241.

Dentro de este supuesto se inscriben eventos como guerras, terremotos, incendios, naufragios y otros accidentes similares, que en el derecho alemán (arts. 15 a 17) constituyen los supuestos de hecho de la denominada “ausencia calificada” (58).

3. “Cuando existe certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido” (art. 63, inc. 3ro.).

Este supuesto está referido a los casos en que, por diversas circunstancias, puede afirmarse que una persona ha fallecido, pero no puede extenderse el certificado de defunción, ya sea porque no se encontró el cadáver o porque éste no pudo ser reconocido.

Cabe mencionar que la declaración de ausencia no es requisito para que proceda la declaración de muerte presunta (art. 63, primer párrafo).

3.2 *Titularidad de la acción y competencia*

Están legitimados para pedir la declaración de muerte presunta de una persona, en primer lugar, cualquier interesado y, en segundo lugar, el Ministerio Público (art. 63, primer párrafo).

La expresión “cualquier interesado”, concordada con lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar, implica que la acción puede ser ejercitada por quienes tengan legítimo interés económico o moral.

La norma concede asimismo el ejercicio de la acción al Ministerio Público (al igual que para pedir el nombramiento de curador de bienes para el desaparecido y para solicitar la declaración de ausencia). En el caso particular de la declaración de muerte presunta, creemos que la intervención del Ministerio Público para ejerci-

(58) ENNECCERUS, Kipp y Wolf. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona. Bosch, 1955. T. I. Vol. I. P. 331.

tar la acción está justificada en el deber de representar a la sociedad en juicio y en el de defender el interés social (art. 250, inciso tercero de la Constitución, y art. 1ro. del Decreto Legislativo No. 52), en tanto que a la sociedad interesa que no existan en forma indefinida situaciones jurídicas de incertidumbre con relación a la familia y al patrimonio de una persona.

El Código Civil, a diferencia de los casos de desaparición y de declaración de ausencia, no regula lo concerniente al Juez competente para declarar la muerte presunta. Sin embargo, tal regulación la podemos encontrar en las normas procesales aplicables.

De acuerdo al inciso primero del artículo 7 del D.Leg. 310, la tramitación de la declaración de muerte presunta se rige por lo dispuesto en los artículos 1284 a 1287 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto fueren aplicables, normas que regulan la “posesión de los bienes del ausente”.

El artículo 1285 del Código adjetivo, para efectos de la sustanciación de la solicitud, remite a las normas relativas a la guarda de los bienes del ausente (arts. 1272 a 1283 del C. de P.C.). Dentro de estas normas, el artículo 1274 señala como juez competente al del último domicilio o residencia del ausente, o el de aquél en que se encuentren sus bienes.

3.3 Momento en que surte efecto la resolución que declara la muerte presunta

Un aspecto de suma importancia para entrar al análisis de los efectos de **la declaración de muerte presunta**, es el de precisar desde cuándo rigen los efectos de la resolución respectiva. Ni el Código Civil ni el Código de Procedimientos Civiles se refieren a este punto expresamente, por lo que debe atenderse al tipo de sentencia que declara la muerte presunta.

Una de las clasificaciones de las sentencias es aquella que las divide según sus efectos en constitutivas y declarativas.

La sentencia constitutiva crea una situación jurídica

hasta entonces inexistente, o modifica o extingue la situación jurídica que ya existía, de modo que sus efectos se proyectan hacia el futuro, ya que la nueva situación nace de la propia sentencia.

La sentencia declarativa, por su parte, tiene por objeto la mera declaración sobre una situación de hecho o de derecho, sin llegar a producir efecto constitutivo; la sentencia no crea nada sino que reconoce algo preexistente, por lo que sus efectos se retrotraen al momento de producirse la situación de hecho o de derecho que declara.

La resolución que declara la muerte presunta debe indicar la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido (art. 65). El sentido de esta norma es determinar el momento que debe tomarse como punto de partida para los efectos de la declaración judicial de muerte presunta, pues como bien dice Fernández Arce:

“La resolución judicial no hace sino dar alcance jurídico al hecho presunto declarado, de modo que sus efectos se retrotraen al momento de esa fecha probable” (59).

Así pues, podemos afirmar que en el caso de la declaración judicial de muerte presunta, estamos ante una sentencia de tipo declarativo, cuyos efectos rigen no desde que se dicta sino que se retrotraen a la fecha que se señala en dicha resolución como aquella en que se produjo la muerte.

3.4 *Efectos de la declaración de muerte presunta*

El efecto fundamental de la resolución que declara la muerte presunta es poner fin a la persona. Aunque el Código Civil no lo diga expresamente, ello se deduce de la ubicación de las normas

(59) FERNANDEZ ARCE, César. *Las Acciones Reales en el Derecho Sucesorio*. En: Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem. Lima. Cultural Cuzco S.A. 1986. Pp. 189-190.

que la regulan (conjuntamente con la muerte comprobada, dentro del Título “Fin de la Persona”).

En tal sentido, sus efectos jurídicos serán los mismos que los derivados de la muerte comprobada. Esta ha sido la posición que nuestro Código ha adoptado.

3.5 *Efectos patrimoniales*

En la esfera patrimonial, el efecto más importante es dar lugar a la apertura de sucesión de la persona declarada muerta presuntamente (Art. 60 in fine) (60).

La resolución que declara la muerte presunta —como ya hemos expresado—, debe indicar la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte (Art. 65), ya que como bien observa Fernández Sessarego:

“La fijación de una probable fecha, en la situación prevista, permite conocer el instante a partir del cual se origina la transmisión sucesoria y sus efectos consiguientes” (61).

Así pues, los efectos de la resolución que declara la muerte presunta se retrotraen a la fecha indicada en ella como de la muerte probable, la cual marcará el momento de apertura de sucesión.

Otro efecto de contenido patrimonial es el de dar lugar al cese de la curatela de bienes del desaparecido, de haberse nombrado

(60) Aunque constituye un acierto del Código establecer de manera clara que en virtud de la declaración de muerte presunta se produce la apertura de sucesión, esta norma debió estar ubicada dentro del capítulo de la declaración de muerte presunta y no en el de la declaración de ausencia, para conservar la sistemática del Código. SOLARI AGUELA, J. Giancarlo. P. 245.

(70) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las* P. 135.

curador (art. 616). Del mismo modo, en su caso, hará cesar los efectos de la declaración de ausencia (art. 59 inciso 4o.).

Un aspecto importante que merece destacarse es el referido a la escisión que se produce en el patrimonio del presunto muerto en el supuesto de que éste se encontrara con vida en otro lugar, en el cual pudiera haber constituido un patrimonio personal distinto al que dejó en el lugar donde no se encuentra y en el que se le presume muerto. Ello se debe al hecho de que la declaración de muerte presunta, si bien determina una situación jurídica en el círculo socio-jurídico donde se le considera muerto, no afecta la situación jurídica que pudiera tener en una esfera ajena e ignorada en la anterior.

3.6 *Efectos en relación con la familia*

a) Matrimonio

La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido (art. 64). Ello significa que el cónyuge presente queda facultado plenamente para contraer nuevo matrimonio.

Como puede observarse, esta norma es coherente con el criterio asumido por el Código, según el cual la declaración de muerte presunta produce los mismos efectos que la muerte comprobada.

El Código no señala expresamente en qué fecha se tiene por disuelto el vínculo matrimonial. Sin embargo, de acuerdo a lo expresado con relación a los efectos de la sentencia que declara la muerte presunta, la disolución del vínculo matrimonial se producirá en la fecha de la muerte probable, pues, como ya vimos, se trata de una sentencia declarativa cuyos efectos son retroactivos.

b) Sociedad de gananciales

Otro efecto importante es el relativo al feneamiento de la sociedad de gananciales o comunidad de bienes. De ser éste el régimen vigente adoptado, fenece por la declaración de muerte presunta (art. 318, inciso quinto).

Cabe precisar que este efecto no tiene lugar cuando la declaración de muerte presunta ha sido precedida de una declaración de ausencia, ya que en tal hipótesis ésta última habría determinado ya el fenecimiento de la sociedad de gananciales (art. 318, inc. 4).

El Código contempla lo relativo a la fecha en la cual se tiene por fenecida la sociedad de gananciales, estableciendo que para las relaciones entre los cónyuges es la fecha de la declaración de muerte presunta (art. 319, primer párrafo). Empero, respecto de terceros, la fecha en que se considera fenecido el régimen de sociedad de gananciales será la fecha de inscripción de la sentencia en el registro personal, a fin de proteger a los terceros que realicen actos con la sociedad.

Sobre este tema, Cornejo Chávez expresa que “para las relaciones entre los mismo cónyuges, el fenecimiento se considera producido en la fecha de la muerte (real o presunta) ...” (62).

c) Separación de patrimonios

En forma similar a lo que ocurre en el régimen de sociedad de gananciales, el régimen de separación de patrimonios llegará a su fin con la declaración de muerte presunta, pues así lo preceptúa el artículo 331 que remite a lo dispuesto por el art. 318.

d) Unión de hecho

El Código señala como una de las causas por las que termina la unión de hecho, a la muerte (art. 326, tercer párrafo).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, al producir la declaración de muerte presunta los mismos efectos que la muerte comprobada, la unión de hecho y, por consiguiente, la socie-

(62) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Ob.Cit.* Tomo I. P. 310.

dad de bienes que ella origina, termina por la declaración de muerte presunta de alguno de los concubinos.

Respecto al momento en que debe considerarse terminada la unión de hecho, dado que la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho debe sujetarse al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable (art. 326 primer párrafo), debe tomarse como fecha de terminación la de la declaración de muerte presunta.

e) Alimentos

En cuanto a la obligación de prestar alimentos, dado que ésta se considera extinguida por la muerte del obligado (art. 486), se extinguirá igualmente por la declaración de muerte presunta.

Sin embargo, en el caso de existir algún hijo alimentista del declarado muerto, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplir con el pago de la pensión respectiva (art. 728).

En el supuesto de que el presunto muerto fuera el alimentista, cesará asimismo el derecho de éste de recibir alimentos (art. 486).

Igualmente se extingue la pensión alimentaria que hubieren obtenido el cónyuge u otros herederos forzosos (art. 58), ya que esta pensión supone aún la existencia del ausente y, al ser declarada su muerte presunta, ya no existe más el sujeto obligado a prestar la pensión alimentaria. Además, al producirse como efecto de la declaración de muerte presunta la transmisión sucesoria de los bienes, tanto el cónyuge cuanto los demás herederos forzosos ya no requieren de tal pensión, pues pasarán a ser propietarios en su porción respectiva de los bienes que fueron del causante.

f) Patria potestad

Respecto a los efectos de la declaración de muerte presunta con relación a la patria potestad, consideramos necesario distinguir algunos supuestos.

En la hipótesis de que el presunto muerto sea un menor sujeto a la patria potestad, la patria potestad terminará, pues ella ya no es necesaria (art. 461, inc. 1ro.).

Distinto es el caso en el cual la declaración de muerte se produce respecto de una persona que ejerce la patria potestad. En esta hipótesis hay que distinguir dos situaciones.

Por un lado, cuando el presunto muerto ejerce la patria potestad en forma exclusiva y el otro padre ha muerto o es incapaz para ejercerla, la patria potestad termina definitivamente aun cuando el menor requiriera todavía del cuidado de una persona capaz, en cuyo caso se procederá al nombramiento de un tutor.

Por otro lado, en el supuesto de que uno de los padres fuera declarado presuntamente muerto y el otro pudiera ejercer efectivamente la patria potestad, ésta subsiste; lo que se produce es el cese del ejercicio de la patria potestad por parte del presunto muerto.

g) Tutela

En la parte relativa a la tutela nos referiremos a dos situaciones: el fin de la tutela y el cese del cargo de tutor.

Respecto del fin de la tutela, una de las causas que ponen fin a esta institución es la muerte del menor (art. 549). Como ya hemos expuesto, al tener la declaración de muerte presunta los mismos efectos de la muerte comprobada, de ser declarada la muerte presunta de un menor sujeto a tutela, ésta llegará a su fin.

Una de las causas por las que se prevé el cese del cargo de tutor es la muerte del tutor (art. 550). En tal virtud, el cargo de tutor cesará al ser declarada la muerte presunta de quien lo ejerce, debiendo continuar los herederos del tutor con la gestión de su causante, si ellos son capaces, mientras se nombra al nuevo tutor (art. 551).

h) Curatela

El Código Civil no regula en forma específica

la terminación de la curatela ni el cese del cargo de curador (art. 568), siendo de aplicación las normas ya comentadas relativas a la tutela (arts. 549, 550 y 551).

En consecuencia, la curatela terminará al ser declarada la muerte presunta de quien se encuentra sujeto a curatela y, asimismo, el cargo de curador cesará al ser declarada la muerte presunta de quien se encuentra ejerciendo dicho cargo.

Cabe mencionar que el Código contempla expresamente a la declaración de muerte presunta como causal de terminación de la curatela de bienes del desaparecido (art. 616).

i) Consejo de familia

En lo concerniente al consejo de familia, tienen relación con la declaración de muerte presunta los artículos 637, 657 y 658 del Código Civil.

En caso de haberse declarado la muerte presunta de alguno de los miembros hábiles para asistir al consejo, el número de miembros deberá completarse según las reglas relativas a su formación (art. 637).

Uno de los casos en que se produce la terminación del cargo de miembro del consejo es por la muerte de éste (art. 657). Así, de ser declarada la muerte presunta de uno de los miembros del consejo de familia, éste cesará en el cargo.

Finalmente, el consejo de familia cesa en los mismos casos en que acaba la tutela o la curatela (art. 658). De modo que, remitiéndonos al artículo 549 que regula el fin de la tutela (y por remisión del artículo 568 también de la curatela), la declaración de muerte presunta del menor o del incapaz respecto del cual se ha formado el consejo de familia dará lugar a su terminación.

4. Reconocimiento de existencia

La declaración de muerte presunta está sustentada, como ya

hemos expresado, en una presunción "iuris tantum", que puede ser enervada por el "Reconocimiento de Existencia", cuando se acredita la supervivencia de la persona cuya muerte presunta fue declarada (art. 67 del C.C.).

Están legitimados para solicitar dicho reconocimiento la persona que fue declarada presuntamente muerta, cualquier interesado y el Ministerio Público (art. 67).

El trámite es sumarísimo, pues se sigue en el mismo procedimiento de declaración de muerte presunta y no hay más requisitos que la citación a quienes intervinieron en este proceso y la prueba de la supervivencia.

Entendemos que tal prueba no se circunscribe a la presencia física de quien fue declarado muerto sino a cualquier medio que permita establecer de manera indubitable que la susodicha persona se halla con vida.

Cabe acotar, asimismo, otro hecho que también destruye la presunción de muerte: la comprobación de muerte en fecha distinta a la indicada en la resolución que declara la muerte presunta (aspecto no contemplado expresamente en el Código).

La importancia de ello estriba en que pueden existir herederos distintos a quienes tenían tal calidad en la fecha declarada en la muerte presunta. De darse tal caso, quienes resultaran ser herederos a la muerte comprobada podrán ejercitar la acción petitoria de herencia (art. 664), la misma que es imprescriptible (63).

El efecto de reconocimiento de existencia en cuanto al patrimonio es facultar a la persona cuyo reconocimiento ha sido declarado para reivindicar sus bienes "conforme a ley" (artículo 69), expresión genérica que no establece en forma precisa los alcances de tal reivindicación.

(63) SOLARI AGUELA, Jorge G. *Ob.Cit.* Pp. 251 y 326.

En la legislación comparada existen normas específicas que regulan con mayor claridad la reivindicación de bienes de aquél cuya existencia ha sido reconocida. Por ejemplo, las legislaciones civiles argentina (art. 32 de la Ley 14394), española (art. 197 del Código Civil) e italiana (art. 66 del Código Civil y Comercial), coinciden en establecer que los bienes se recuperan en el estado en que se encuentren y, además, que el reaparecido tiene derecho a obtener el precio de los bienes enajenados o los bienes adquiridos con aquél. El Código Civil español señala adicionalmente que el reaparecido "no podrá reclamar de sus sucesores los frutos, rentas o productos... sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto" (art. 197).

De modo, pues, que sería más acertada la redacción del artículo 69 de nuestro Código Civil si se hubiera señalado en forma clara a qué bienes se extiende la reivindicación.

Sin embargo, para este efecto podrá aplicarse analógicamente el artículo 60, según el cual al cesar los efectos de la declaración de ausencia, se restituye a su titular el patrimonio en el estado en que se encuentre.

Los efectos más importantes del reconocimiento de existencia en relación con la familia son:

a) Matrimonio

El Código establece expresamente que el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge (art. 68).

Como puede apreciarse, se reafirma el carácter definitivo de la disolución del matrimonio derivada de la declaración de muerte presunta. Esta posición, incorporada al Código Civil por la Comisión Revisora, ha sido objeto de muchas críticas y de un intenso debate.

El Anteproyecto, según refiere Fernández Sessarego, tenía una posición contraria, pues disponía que al reconocerse la existencia del declarado presuntamente muerto el nuevo matrimonio que hubie-

re contraído su cónyuge quedaba automáticamente nulo, aunque surtía los efectos del matrimonio nulo contraído de buena fe (64).

La Comisión Reformadora introdujo una variante al criterio del Anteproyecto en el artículo 173 del Proyecto. De acuerdo al segundo párrafo de este artículo, el reconocimiento de existencia origina la nulidad del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge, considerándose sin embargo a éste como contraído de buena fe, debiendo decidir el cónyuge del reaparecido entre el primer y segundo cónyuge, a fin de contraer un nuevo matrimonio.

Esta posición fue desestimada por la Comisión Revisora pues, como expresa Jack Bigio, "repugna al sentimiento jurídico la idea de que el viudo presunto deba escoger entre dos personas con quienes se casó, para contraer uno nuevo, y además, porque "resulta evidente que no habría ningún medio legal para obligarlo". (65)

Quienes se oponen a la posición asumida en el Código Civil sostienen que si la persona reaparecida puede reivindicar sus bienes de acuerdo al artículo 69, debería recuperar también su estado matrimonial (66).

No coincidimos con este último fundamento, ya que la reivindicación tiene lugar solamente respecto a bienes y el matrimonio es una institución que involucra a personas, no a bienes.

Creemos que este problema debe enfocarse desde una perspectiva no sólo jurídica sino humana y, en este sentido, debe considerarse que:

"... por respetable y digna de consideración que sea la situación de aquél a quien se tuvo por fallecido, lo es en mayor medida, la del segundo

(64) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las... Ob.Cit.* P. 137.

(65) BIGIO CHREM, Jack. *Ob.Cit.* p. 68.

(66) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las... Ob.Cit.* P. 138.

hogar formado bajo el amparo de una presunción legal razonable y prudente que permite a cualquiera de los cónyuges rehacer su vida y reencontrar en el seno de una nueva familia la felicidad a que todo ser humano tiene derecho" (67).

De los argumentos señalados por Jack Bigio al fundamentar la tesis incorporada al Código Civil por la Comisión Revisora, nos parecen esenciales los siguientes:

1. El hecho de que el cónyuge del declarado muerto contraiga nuevo matrimonio hace suponer, con toda razón, la terminación del vínculo afectivo que lo unía a su anterior cónyuge y la voluntad de iniciar una nueva vida.
2. Que el matrimonio es un acto jurídico puro y simple. De modo que de poder ser invalidado el nuevo matrimonio del cónyuge presente por el reconocimiento de existencia, este matrimonio sería celebrado bajo la condición resolutoria de la reaparición del declarado presuntamente muerto.
3. Es preferible que el derecho mantenga una situación actual antes que provocar su destrucción por una relación matrimonial que en los hechos y en el tiempo ha terminado (68).

En nuestra opinión, la posición incorporada por la Comisión Revisora al Código Civil es acertada por enfocar el problema de manera integral.

Sin embargo, el Código Civil no contempla el caso en que, habiendo contraído nuevo matrimonio el cónyuge presente, existiera mala fe (saber que el declarado muerto se encontraba con vida), en uno o en ambos contrayentes (69).

(67) SOLARI AGUELA, Giancarlo. *Ob.Cit.* P. 250.

(68) BIGIO CHREM, Jack. *Ob.Cit.* Pp. 67-68.

(69) EYZAGUIRRE MACCAN, Rolando. *La Declaración de Muerte Pre-*

Creemos que debió haberse dispuesto que, de existir mala fe, el reconocimiento de existencia invalida el nuevo matrimonio contraído por el cónyuge del reaparecido.

b) Patria Potestad

El reconocimiento de existencia permite al reaparecido recuperar el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores que tuviera, salvo el caso en que se probara que hubo voluntad de abandono de parte del reaparecido. En tal caso perdería su ejercicio, pues una de las causales de pérdida de la patria potestad la constituye el abandono del hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono excede de este plazo (art. 462).

sunta y el Reconocimiento de Existencia en el Código Civil de 1984.
Tesis de Bachiller. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
1988. Pp. 64-65.

LOS ADELANTOS DE LA CIENCIA Y LA PERMEABILIDAD DEL DERECHO: REFLEXIONES EN TORNO A LA "REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA"

Beatriz Boza Dibos*

¡Eureka! exclamó Arquímedes cuando descubrió el método para determinar la pureza del oro. ¡Eureka! dijo Newton al establecer el principio de la gravedad. ¡Eureka! exclamaron Einstein, Pasteur y Von Braun, expresando de esa manera su satisfacción por haber logrado un descubrimiento científico. Desde épocas remotas los científicos han sorprendido al mundo entero con sus descubrimientos, contribuyendo de una u otra forma al desarrollo y progreso de nuestra civilización. La medicina, en tanto busca proteger la salud de los seres humanos, ocupa, sin duda, un lugar privilegiado en esta evolución.

¡Quién hubiera jamás imaginado la posibilidad de fertilizar un óvulo humano en probeta! ¡Hoy la placenta artificial, la "procreación por correo" y el embarazo masculino han dejado de ser fantasía! "Desde 1944 en que los científicos por primera vez observaron por el microscopio la unión del esperma humano con el óvulo, la Fisiología, la Genética, la Embriología y Obstetricia se han desarrollado de manera vertiginosa. Hoy en día los médicos pueden estimular el proceso de ovulación, extraer el óvulo, fertilizarlo fuera del cuerpo

(*) Las reflexiones aquí vertidas se inspiran en el Seminario "The New Reproductive Technologies and the Law" dictado por el profesor Dr. Jay Katz en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, EE.UU. en el año académico 1987/1988 y están dedicadas al Dr. Katz, ejemplo de vida, guía y amigo, con estima y admiración. Un agradecimiento especial merece la doctora Anne C. Reichman, Asesora de la Comisión de Bioética del Estado de Nueva Jersey, EE.UU. por sus invalores aportes en nuestros constantes intercambios de ideas.

humano, e implantar el embrión en el útero de quien donó el óvulo o de una tercera persona. Los médicos pueden observar directamente al feto a lo largo del embarazo, pueden diagnosticar y tratar sus enfermedades en el útero; e incluso pueden removerlo temporalmente para su curación". (1)

Estos adelantos que se han venido en denominar lo que se conoce hoy bajo el término "Reproducción Humana Asistida", permiten separar los aspectos genético, gestacional y social de la procreación (2) recombinándolos de las más diversas maneras (3). Así como la "píldora" contribuyó a disociar el vínculo sexualidad-procreación en el sentido de impedir la concepción, las nuevas técnicas de "Reproducción Humana Asistida" permiten engendrar un bebé sin necesidad de coito sexual. (4)

La supervivencia de nuestra especie sobre la faz de la tierra está íntimamente ligada a la procreación de nuevas generaciones. En este sentido la reproducción de la especie humana es vital a todo orden social. No sólo satisface la necesidad socio-cultural de perpetuar la especie sino también necesidades biológicas y psicológicas del individuo: su instinto natural de subsistencia.

-
- (1) ROBERTSON, John. *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*. 69 Virginia L. Rev., 1983. p. 407 (Traducción libre).
 - (2) Los padres genéticos son quienes procuran los gametos, la madre gestacional es quien gesta a la criatura desde la concepción hasta su alumbramiento, y quienes crían y educan al niño son los padres sociales.
 - (3) ROBERTSON, *Op.Cit.* p. 420 y s. explica que hasta seis personas distintas pueden participar en la procreación, esto sin contar al personal médico. Los seis involucrados serían: la mujer que provee el óvulo, la mujer que gesta, el varón que provee el espermatozoide, la pareja que cría al niño y el esposo de la mujer gestante.
 - (4) KASS, Leon. *Making Babies Revisited*. 54. Public Interest, 1979, p. 48, nota no. 10, atribuye a la píldora la fórmula "sex without babies", mientras que las nuevas técnicas permiten tener "babies without sex".

Los adelantos de la ciencia en materia de procreación humana despliegan un abanico de posibilidades, inquietudes y situaciones nunca antes imaginados, que nos confrontan con cuestiones éticas legales, sociales y morales de las que difícilmente nos podremos deshacer.

La ciencia nos ha aventurado hacia nuevas áreas del saber. La tarea de quienes nos desenvolvemos en el campo de las Humanidades, consiste en estudiar con detenimiento cada uno de estos adelantos, sus bondades e implicancias, los riesgos a que nos exponen y el precio que la sociedad en su conjunto tendrá que pagar por ello. Debemos proyectarnos al futuro a fin de establecer cómo y cuáles de nuestros valores podrían resultar afectados. Teólogos, juristas, filósofos, sociólogos y antropólogos deben contribuir a informar las decisiones del legislador y del gobernante. Tal vez hubiésemos evitado Hiroshima y Nagasaki si Truman hubiese contado con estudios al respecto. Por lo menos habría pensado dos veces antes de ordenar la detonación de la bomba atómica. No obstante, grandes errores también contribuyen a nuestra evolución. Ahora, como en ese entonces, la tecnología está al alcance de nuestras manos. Antes de decidir qué hacer con ella, debemos reflexionar con detenimiento el destino que nos depara. Asumiendo este imperativo nos avocamos al estudio de tan controvertido tema.

1. Las nuevas tecnologías

La Reproducción Humana Asistida engloba diversos procedimientos y tecnologías, entre los que se destacan la inseminación artificial, fertilización in vitro, transferencia de embriones, cesión de vientre, y la preservación de gametos y embriones.

Antes de explicar en qué consiste cada uno de estos avances de la ciencia moderna es conveniente definir qué se entiende por fertilización y cuándo estamos ante una "*fertilización natural*". La fertilización es el proceso por el cual el óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino, fusionándose así el pronuclei masculino y femenino en una nueva unidad, con información genética propia.

Este proceso se desarrolla durante varias horas (5). La relación sexual entre dos adultos fecundos da lugar a una "fertilización natural".

Ahora bien, en el caso de la *inseminación artificial* (en adelante "IA") se toma del esperma masculino el semen necesario para hacerlo llegar al óvulo femenino, facilitando así la fecundación en el vientre materno. Es artificial en tanto la introducción del semen en el útero obedece a causas distintas a la "natural". El semen utilizado puede ser del cónyuge —en cuyo caso estamos ante la inseminación artificial homóloga (IAH)— o de un tercero. Este último tipo se denomina inseminación artificial heteróloga o por donación (en adelante IAD).

La *fertilización in vitro* (FIV), como su nombre lo indica, supone que el proceso de fertilización ocurre en probeta. El procedimiento es bastante complejo, pero en términos generales supone (6): a) Superovulación (7) (las posibilidades de embarazo son escasas si sólo se transfiere un embrión al útero, de ahí que sea necesario obtener varios óvulos); b) Intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros (8); c) Fertilización in vitro con semen previamente analizado y preparado para la inseminación; d) Incubación por algunos días

-
- (5) GROBSTEIN, Clifford. *The Early Development of the Human Embryo*, en 10. J. Med. & Phil., 1985, p. 214.
- (6) Ontario Law Reform Commission: *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Ministry of the Attorney General 1985 (en adelante Ontario Report); Department of Health & Social Security: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, Her Majesty's Stationary Office Cmnd. 9314, Londres 1984, p. 29: (en adelante Warnock Report); ROBERTSON, John: *Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, 59 So. California L.R., 1986, p. 947 y ss; Aaron Liffchez en Smith v. Harting, 566 F. Supp. 157, 1983, nota nr. 4.
- (7) El Dr. Alan Trounson de Melbourne, Australia, ha desarrollado la técnica de superovulación comúnmente utilizada en FIV, en virtud de la cual se estimulan artificialmente los ovarios. (ROBERTSON, *op.cit.*, p. 948).
- (8) Esta técnica se conoce como "laparoscopy" y se practica bajo anestesia

a fin de constatar su normal desarrollo; y e) Implantación de varios embriones en el útero femenino.

Este último paso constituye una modalidad de la *transferencia de embriones* (en adelante TE). La otra forma de transferencia de embriones se conoce como "lavage" y supone la fertilización in vitro del óvulo mediante inseminación artificial y luego de tres o cuatro días, justo antes de la implantación, se remueve el óvulo fertilizado para transferirlo al útero de otra mujer, cuyo ciclo menstrual ha sido sincronizado con el del donante (9).

A su turno, lo que se ha venido en denominar "*madre sustituta*", o "*cesión o alquiler de vientre*", no es propiamente una forma de concepción artificial sino la gestación de un embrión en el vientre de otra persona. La madre sustituta gesta a la criatura desde la concepción hasta el alumbramiento. Podríamos decir que funge en última instancia a manera de incubadora (10).

Otro de los adelantos en este campo es la posibilidad de preservar semen y óvulos fecundados mediante el proceso de "*cyropreservation*" o congelación. Si bien la ciencia no ha logrado detener el transcurso del tiempo, por ejemplo congelando a una persona, es posible congelar embriones humanos para su uso futuro. En junio de 1986 se registró en Los Angeles, USA, el primer nacimiento de una persona humana cuyo embrión habría sido sometido a este tratamiento (11).

Las posibilidades que brinda la ciencia son infinitas. Cada una

total. Otra técnica es la de "ultrasound-guided transvaginal aspiration" que si bien no requiere anestesia, es menos efectiva que la primera (ROBERTSON, *op.cit.*, p. 948 y nota 26).

- (9) Ontario Report vol. I, p. 28; Warnock Report punto 7.1, p. 39. California Civil Code s. 7005.1 In Vitro Fertilization and Embryo Transfer (a) (2). ROBERTSON, *op.cit.*, p. 950 y s.

- (10) Ontario Report, vol. II, p. 218.

- (11) ROBERTSON, *op.cit.*, p. 450, nota nr. 34.

de estas técnicas puede combinarse con las demás. Según Weaver y Escobar, existen ahora veinticuatro modos de poder traer hijos al mundo (12).

2. *Ventajas que procuran: el tratamiento de la infertilidad*

En 1985 la Comisión de Ontario encargada de evacuar un informe acerca de los nuevos adelantos en materia de procreación humana estimó que en Canadá más del 15 a 20% de las parejas eran infértiles (13). Aunque aún no se ha llegado a un consenso acerca de las causas y naturaleza de la infertilidad (14), podríamos decir que es la condición de una pareja que pese a repetidos intentos de concebir no está en aptitud de procrear, ya sea por oligospermia, azoospermia, baja densidad o ausencia de esperma, esterilidad a causa de una vasectomía, bloqueo o ausencia de las trompas de falopio, ausencia o útero defectuoso, ausencia de gametos, imposibilidad de quedar en cinta, endometriosis u otros (15).

Tradicionalmente algunos casos de esterilidad han sido tratados con hormonas, otros mediante intervenciones quirúrgicas y muchos sencillamente no tienen cura. Quienes, pese a ello, anhelaban tener una familia para realizarse y vincularse con el futuro, tenían que recurrir a la adopción.

La adopción no sólo daba respuesta a los casos de infertilidad

(12) WEAVER, David y ESCOBAR, Luis. *Twenty-Four Ways to Have Children*, 26 Am. J. Medical Genetics, 1987, Carta al editor, p. 737 y ss.

(13) Ontario, p. 10.

(14) ROBERTSON, John. *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy & Childbirth*, 69. Virginia. L. Rev., 1983, p. 430, nota nr. 67, sostiene que la fertilidad no es sólo una condición objetiva y cierta sino, en cierto modo, basada en factores sociales y económicos. KASS, Leon. *The New Biology and the Old Morality*, 26 Public Interest, 1972, p. 20, considera que la infertilidad es tanto una relación como una condición.

(15) Ontario Report.

sino a todos aquellos casos de enfermedades genéticas hereditarias, tales como la hemofilia, anormalidades cromosomales, Tay-Sachs o Huntington. Además aquellos casos en que la mujer de factor Rh negativo está Rh-isomunizada y el padre es Rh positivo, o aquellos matrimonios en que la mujer, por su edad, tiene escasas posibilidades de salir encinta. La necesidad de encontrar un alivio a estas situaciones motivó el adelanto de la ciencia que hoy conocemos como Reproducción Humana Asistida.

Las nuevas técnicas proporcionan un tratamiento eficaz para la gran mayoría de parejas infértiles, permiten que quienes temen transmitir malformaciones genéticas puedan tener hijos que están biológicamente relacionados por lo menos a uno de los padres, y otorgan a la pareja un mayor control sobre su actividad procreativa.

Sin embargo, los "beneficios" derivados de estos adelantos van más allá: permiten controlar las características del embrión (sexo, color de los ojos, contextura), manipular el material genético para satisfacer el gusto de sus progenitores, traer hijos genéticamente relacionados a uno sin tener que participar en su concepción, gestación y/o alumbramiento, hacen posible el "clonning" (16) y responden al pedido de los solteros, así como de las parejas homosexuales, de tener descendientes genéticamente vinculados a ellos. Para quienes a pesar de no haber podido encontrar una pareja con quien compartir su futuro deseen concebir, gestar y alumbrar un hijo, para quienes quieran experimentar la satisfacción de transmitir su material genético sin tener que asumir las responsabilidades inherentes a la gestación o paternidad, para quienes, por cualquier otro motivo, quieran participar de una u otra forma en la procreación, la Reproducción Humana Asistida les permite realizar sus tan anhelados objetivos (17).

(16) El "clone" es un individuo genéticamente idéntico a su progenitor. Tiene un único progenitor. En 1952 el Instituto para la Investigación del Cáncer en Philadelphia produjo clones de sapos (TRIBE, Laurence: *Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: the limits of Instrumental Rationality*, 46 Southern Cal. L.R. 1973, p. 617 y ss).

(17) Así también ROBERTSON, *op.cit.*, p. 424.

3. *Regulación permisiva*

El abanico de posibilidades que ofrece la ciencia no se agota en esta enumeración; rebasa todas las previsiones que pudiésemos haber imaginado. ¿Significa esto que su uso debe ser ilimitado? ¿No deben, acaso, regularse bajo ciertos criterios e imponerse standars para la aplicación de estos métodos? Aun quienes propugnan la mayor liberación en esta materia reconocen la necesidad de su control.

a) ¿Quién debe reglamentar?

El abogar por la reglamentación no desconoce la importancia y autonomía que la procreación tiene en el seno familiar. Nada por el estilo. Como veremos más adelante al ocuparnos del llamado "derecho a procrear", la intervención estatal no es deseable ni posible en el caso de la "procreación natural". Dada la complejidad de este tema, pospondremos su estudio por un momento.

La pregunta inicial es quién debe tomar cartas en el asunto, ¿no son acaso las partes involucradas quienes mejor que nadie pueden velar por sus intereses? ¿Hasta qué punto podemos confiar en la profesión médica para que adopte las normas del caso? Dejar todo en manos de los científicos resulta riesgoso y cuestionable, no sólo porque operan de acuerdo a sus propios criterios, sino porque, además y sobre todo, no están preparados ni legitimados para tomar decisiones que afectan a la sociedad en su conjunto. Los colegios profesionales pueden —y deben— sancionar normas de conducta aplicables y controladas al interior del gremio. Es, por el contrario, tarea del legislador sentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad (18). Dejar todo en manos de las partes involucradas impor-

(18) Ontario Report, Vol. I, p. 118-22. Incluso los abanderados del Feminismo, que propugnan la autonomía en materia de decisiones relativas a la procreación, entre ellos Rowland, aplauden la intervención estatal a fin de proteger los intereses de las mujeres en tanto grupo. (WIKLER, Norma: *Society's Response to the New Reproductive Technologies: The Feminist Perspectives*, 59, South Col. L.R., 1986).

taría desconocer la responsabilidad y función tuitiva del Estado, en materias tales como la paternidad, patria potestad y explotación de la parte débil en la relación (19).

b) Alcances de la reglamentación

Ahora bien, la misión del legislador no se agota promulgando una norma técnicamente perfecta, declarando su rechazo a ciertos actos repugnantes y deplorables o pontificando acerca de la naturaleza humana, sino que debe velar por la aplicabilidad del principio enunciado, por la eficacia y vigencia social de la norma, por su cercanía con la realidad. De nada sirve una ley que, aunque vigente, no sea acatada ni aplicada; poco útil resulta un Código de Ética Profesional, si la "coima" está a la orden del día. Por algo se dice que el Derecho además de coerción es la expresión de los valores socio-culturales que imperan en una nación. Las costumbres pueden tornar en inoperante, e incluso obsoleto, un dispositivo legal. A su vez, una norma rígida o idealista, pese a sus bondades, puede imponer en muchos el costo de la clandestinidad.

En este sentido, el informe preparado por la comisión inglesa presidida por Mary Warnock (de ahí que se le conozca como el "Informe Warnock"), luego de estudiar la problemática de la inseminación artificial por donación (IAD), concluye que la práctica de IAD va a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial (20).

Debemos, pues, proceder con cautela. La prudencia en temas como el que nos ocupa es aconsejable y obligatoria, ya que la reglamentación que se adopte cumplirá un rol directriz en el desarrollo de esta rama de la ciencia y la conducta de los

(19) HOLLINGER, Joan Heifetz. *From Coitus to Commerce: Legal and Social Consequences of Noncoital Reproduction*, 18. U. Michigan J. Law Reform, 1985, p. 896.

(20) Warnock Report, punto 4.16.

ciudadanos; pero, además, porque debemos proceder inspirados con la razón mas que por emoción. Entre los dos extremos, un sistema prohibitivo en que excepcionalmente se autoriza el uso de estas técnicas y un sistema liberal que las prohíbe en casos excepcionales, la gama de alternativas a disposición del legislador es muy rica.

A fin de no apresurar un juicio que pague de prematuro, trataremos de imaginar una sociedad que permite el uso casi irrestricto de estos adelantos científicos para poder, ante este cuadro, detectar los valores que deben motivar la regulación. En tal virtud abordaremos el tema en dos etapas. En una primera construiremos este sistema flexible y permisivo en materia de Reproducción Humana Asistida, donde en principio el Derecho franquea el acceso a todos y cada uno de sus métodos, restringiéndolos sólo en casos excepcionales. Allí evaluaremos los riesgos y problemas que estos avances tecnológicos suscitan, cómo prevenirlos y reducirlos o, en su caso, obviarlos. A la luz de este panorama liberal nos preguntaremos en la segunda parte acerca de las consecuencias o efectos que una solución así acarrearía para la humanidad, concluyendo de esta forma con una respuesta acerca de la posibilidad o prohibición de los adelantos en materia de procreación asistida. Aboquémonos, pues, a edificar este mundo de fantasía...

c) Riesgos, problemas y posibles soluciones

Por más liberal, permisivo y flexible que sea un ordenamiento legal, los riesgos que amenazan la integridad física o moral del individuo hacen imperiosa la intervención estatal. Las nuevas tecnologías imponen graves riesgos a todas las partes involucradas, esto es: a la criatura, a los donantes y a la pareja infértil.

1. Para la criatura

Lo primero que se ha alegado es que estos adelantos científicos afectan sustancialmente la *salud* de la criatura, en

particular la FIV y TE. Datos recolectados durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre FIV en Melbourne, Australia, en noviembre de 1985, demuestran que hasta esa fecha habían nacido tres mil niños gracias a estas técnicas, sin más problemas que los resultantes del embarazo natural (21). Un legislador extremadamente cauto podría, en estos casos, limitar el tiempo en que un embrión pueda estar fuera del vientre materno.

También se ha alegado el *daño moral o psíquico* que pudiera sufrir el niño al enterarse cómo fue procreado. El mismo problema se presenta con la adopción. Los especialistas aconsejan en todos estos casos se informe al niño desde temprana edad acerca de su origen. El legislador podría hacer suya esta recomendación.

Otro problema es el relativo a la *filiación*, particularmente en los casos en que quien piensa fungir de padre o de madre no proporciona el material genético sino que éste es de un tercero (ej. caso típico el donante anónimo a un banco de espermatozoides, o la donante que no sólo cede su vientre sino que provee el óvulo). Más aún, ¿cuál será la situación del menor frente a sus padres homosexuales? En este contexto toda la serie de presunciones legales con que tradicionalmente el Derecho tutela el bienestar del menor, resultan inoperantes. A manera de ejemplo, basta pensar en el caso de la mujer casada que decide fungir de "madre sustituta": la criatura si bien genéticamente no es hijo de su marido, sino de un tercero (ya que fue inseminada artificialmente), en virtud de la presunción *pater is* legalmente resulta siendo hijo del marido (art. 361 del Código Civil peruano de 1984). Es más, la mujer no puede demostrar lo contrario (art. 362). La dificultad no se acaba aquí sino que también involucra a la mujer. Supongamos que ella sólo alquiló su vientre, es decir, que le implantaron un embrión ya concebido sólo para que lo gestara durante los nueve meses del embarazo. Cuando da a luz, ¿a quién se reputa madre de la criatura? El legislador tradicionalmente ha tenido en mente a la mujer que alumbró, ¿y ahora?

(21) ANDREWS, Lori B. *The Legal Status of the Embryo*, 32 Loyola L. Rev., 1986, p. 365.

Es importante tener presente que la filiación impone deberes y responsabilidades frente al menor. El vínculo paterno/materno-filial, que sancionó la ley, además de proteger al menor tiene por objeto proteger a la sociedad, evitando así el incesto! Esta dimensión de las relaciones familiares es de vital importancia. Vayamos por partes.

Tomando en cuenta el bienestar del menor, lo más adecuado sería reconocer a los "padres sociales" (o sea, a quienes "encargan el bebé") como padres legítimos, pues son ellos quienes estuvieron interesados en traer esa criatura al mundo, para incorporarla a su familia. En tal virtud, el/la donante no tendría vinculación legal alguna con el menor. Esta es la solución que recogen la mayoría de los informes y proyectos legislativos del mundo (22). Con esto por lo pronto se garantiza un hogar para el menor.

El legislador también tendrá que tomar las previsiones del caso tratándose de personas solteras y homosexuales. Un sistema liberal les reconocería también a ellos "el derecho" a formar una familia. Así como un soltero puede recurrir a la adopción (art. 378 del Código Civil), el Derecho debería franquearle el acceso a la Reproducción Asistida.

Sin embargo, queda el otro tema en el tintero: ¿cómo proteger a la sociedad en general frente a la eventualidad del incesto? Dicho en otros términos, ¿quién debe aparecer en el Registro como progenitor de la criatura? Una solución podría ser obligar a que en el certificado de nacimiento aparezca quien "encargó" al bebé como padre y que el/la donante aparezca como progenitor(a) (23). Esta disposición —como veremos más adelante— contraviene el interés del donante por mantenerse en el anonimato.

(22) ROWLAND, *The Social and Psychological Consequences of Secrecy in Artificial Insemination by Donor (AID) Programmes*, manuscrito no publicado, 1986.

(23) ROWLAND, *op.cit.*, alerta para que no se falsee el certificado de nacimiento en el sentido de inscribir al "padre social" como progenitor de la criatura.

Otro medio para reducir el riesgo del incesto sería limitar el número de veces que un/una donante puede intervenir en estos casos, es decir, que sólo haya un determinado número de niños engendrados con gametos del/de la donante. Distintos proyectos legislativos limitan esta cantidad a diez . El legislador deberá tomar estas precauciones.

Antes de pasar al siguiente punto, es conveniente mencionar que pese a las ventajas de las soluciones propuestas, éstas sólo procuran cierta claridad y certeza en las relaciones de parentesco, pero que están lejos de proveer la solución perfecta. De adoptarse esta salida el legislador tendría que crear todo un nuevo sistema de presunciones y pruebas tendientes a acreditar la filiación (por ejemplo, la prueba de los grupos sanguíneos carecería de eficacia).

Asimismo, cabe destacar que los derechos hereditarios del menor se refieren a sus "padres sociales", mas no al donante.

Otro de los riesgos que la ciencia aún no puede evitar es el del nacimiento de los *niños lisiados o deformes*. Incluso para los matrimonios más estables una criatura así es causa de sufrimiento, costo y preocupación. Lo más posible es que quien "encargara" el bebé no quiera recibirlo por ser una "carga". Ciertamente que si la criatura lleva los genes del padre social, el rechazo podría verse aminorado, pero no queda descartado. El legislador debe tomar las precauciones del caso, ya sea imponiéndole a los padres sociales la responsabilidad de esta criatura, asumiendo él mismo esta tarea (sería algo así como un "orfanato para lisiados"), o flexibilizando las reglas sobre el aborto, solución ésta que algunas naciones están prontas a sancionar.

También debería tomarse precauciones para aquellos casos en que surjan desavenencias en la pareja que "encargó" el bebé, fallezca uno de los padres o sea declarado interdicto.

Por último, y no por ello menos traumático, queda el problema de la *manipulación y experimentación con embriones*. Este tema nos lleva a todo el campo relacionado con la "ingeniería

ría genética", que hoy en día permitiría a Hitler culminar su sueño de la raza perfecta. Escapa a los alcances de este estudio profundizar en este fenómeno apasionante desde el punto de vista científico, pero espeluznante a la luz de la Ética, Moral y Derecho. Sólo mencionaremos algunas de las posibilidades que se presentan: determinar el sexo, color de ojos, nivel intelectual (IQ), contextura, estatura y raza del embrión, amén de toda la gama de posibles combinaciones entre gametos humanos y animales, gestación de embriones humanos en el útero de un animal, granjas de órganos con material embrionario (conocidos como "organ farms"), en que se podría producir hígados, tejidos cerebrales y riñones para curar casos de cáncer de hígado, enfermos de parkinson o a quienes perdieron un riñón. El legislador, aunque permitiendo el uso casi irrestricto de las nuevas técnicas de Reproducción Humana Asistida, debería proscribir la Ingeniería genética.

En términos generales, vemos pues cómo el legislador podría tomar las provisiones del caso para asegurar la situación del menor. Analicemos, ahora, la situación del/ la donante.

2. Para el/la donante

En el caso de los donantes también se presenta el riesgo de *daño físico o moral*, no tanto en el varón como en la mujer que tiene que ser sometida a la intervención quirúrgica y/o al embarazo (24). El legislador debería imponer la contratación de un seguro de enfermedad y de vida en favor de la donante, así como atención médica antes, durante y después del alumbramiento. El daño moral que el renunciar a la criatura que uno ha gestado trae consigo, puede ser traumático. De allí que la mujer que desee fungir como madre sustituta deba ser asesorada y avisada sobre estos traumas y consecuencias. En caso de gestar y proveer además el material genético (vg. óvulo), podría reco-

(24) Todo embarazo trae consigo graves trastornos físicos y psíquicos para la mujer, además del riesgo de perder o dañar alguno de sus órganos reproductivos.

nocérsele el derecho a ser informada acerca de la salud y bienestar de la criatura.

El proceso de *selección* de donantes acarrea, asimismo, diversas dificultades. ¿Quiénes son elegibles? ¿Qué criterios usar para la elección? ¿Cómo garantizar que el gameto no padezca ningún mal? Uno de los mecanismos que tiene el legislador a su alcance es el de sancionar la obligatoriedad de determinados exámenes y test médicos que le permitan al especialista detectar cualquier anormalidad genética, física o fisiológica en el donante, así como llevar a cabo los exámenes necesarios para determinar las características del esperma donado. Queda a discreción del legislador decidir a quién le atribuye la facultad de vincular al donante con la persona interesada en su donación.

Una de las preocupaciones más graves, especialmente tratándose de cesión de vientres, es el referido a la *comercialización y explotación* del donante, que está a merced de los grupos económicos de poder, particularmente si pertenece a uno de los sectores marginales de la población. Para evitar esto el legislador deberá prohibir la intermediación de empresas con fines de lucro (v.gr. S.A., S.C.R. Ltda.).

Además, tal como ocurre para el matrimonio, deberá establecerse una edad mínima para ser donante. En igual sentido deberían establecerse programas educativos para informar a los distintos sectores de la población acerca de las ventajas y desventajas de estas técnicas y de intervenir como donantes.

Estrechamente vinculado con el tema de la explotación está aquél relativo a la *remuneración* del donante, o si se quiere a la manera cómo se reclutan donantes. ¿Su participación debe ser gratuita o a título oneroso? En última instancia lo que se está decidiendo es la naturaleza de los "servicios" que presta el donante. Algunos, basándose en la inalienabilidad de los órganos y material humano, propugnarán la gratuidad de esta operación; otros le asignarán al donante el derecho a los costos incurridos; y, por último, otros considerarán justo se pague un precio por el beneficio procurado. Es de imaginar que si el

"servicio" es a título gratuito, pocos, particularmente pocas mujeres serían voluntarias como donantes. Por otro lado, el pago de una remuneración podría inducir a muchos a ocultar ciertos datos acerca de su estado físico y pasado clínico. Parece-ría que la solución intermedia (pagar sólo los costos incurridos) podría ser muy favorable (25).

A fin de evitar cualquier tipo de explotación o aprovechamiento por una parte en desmedro de la otra, el legislador podría proponer contratos modelo o exigir la aprobación administrativa o judicial del mismo. Los colegios profesionales quedarían encargados de esta autorización, así como de la reglamentación necesaria.

En este punto, es conveniente reflexionar acerca de los *especialistas* que asisten a las partes con auxilio de la nueva tecnología. La complejidad de algunos de estos procesos (no tanto la inseminación artificial, pero sí en los demás) y los riesgos que ellos acarrearán ameritan la intervención de personal calificado. Hace poco en los Estados Unidos un grupo de médicos, especialistas en endocrinología reproductiva e infertilidad, llamó la atención sobre este punto (26). En su opinión, para poder ejercer en esta área de la medicina debía exigirse un entrenamiento supervisado, así como la obtención de un título y certificado de especialización.

Otro de los puntos que tiene que evaluar el legislador es el de la *anonimidad* y confidencialidad acerca de la identidad del/ de la donante. Ellos, por temor a verse envueltos en juicios de filiación o resultar responsables por la salud y educación del

(25) Los franceses tienen un sistema especial para obtener semen en los casos de IAD: Los interesados en recibir este servicio deben persuadir a algunos amigos para que hagan una donación al banco de esperma. De esta forma se distribuye en la sociedad el riesgo de tener pocos donantes, enfatizando asimismo el carácter gratuito de la operación. (Warnock Report, punto 4.27).

(26) BLACKWELL, Richard y otros. *Are We Exploiting the Infertile Couple?*, 48 *Fertility and Sterility*, 1987, p. 735.

menor, abogan por quedar en el anonimato. Sin embargo, como hemos visto hace un momento al ocuparnos de los riesgos que afectan al menor, el legislador debe cuidar las relaciones de parentesco a fin de evitar, en lo posible, el incesto. Ante este evidente conflicto de intereses, el legislador puede optar por: a) revelar el nombre del/de la donante en la partida de nacimiento, garantizándole que esa inscripción no acarreará ningún tipo de derechos y obligaciones para con el menor (situación análoga a la del padre del hijo dado en adopción); o b) mantener absoluta reserva acerca de la identidad del/de la donante, limitando al máximo las veces que pueden fungir como donantes. En este último caso el riesgo se habría minimizado, pero no obviado. Además, en esta línea, debería tomarse las precauciones necesarias para que el niño en su mayoría de edad pueda tener acceso a la información relativa a las características genéticas e historial clínico de su progenitor/a.

Con las previsiones expuestas a groso modo, los intereses del/de la donante estarían salvaguardados. Nos queda por estudiar la situación de la persona o de la pareja que tendrá a su cargo la crianza del bebé.

3. Los padres

"No es padre quien engendra, sino quien cría": con estas palabras la cultura popular ha sabido valorar a quien tiene a su cargo a un niño desde pequeño hasta su mayoría de edad. La persona, la pareja que, por infertilidad u otra causa, no quiere o no puede engendrar, gestar, y alumbrar un bebé, pero desea poder criarlo y tenerlo a su cargo, es el "padre social o la madre social" (en contraposición a la madre genética y/o gestacional). El/ella es quien "encarga" el niño que será concebido y/o gestado mediante algunas de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Como en los demás casos, aquí también tenemos que ocuparnos de la *salud física y mental* de los interesados. Si alguno de los padres sociales contribuye además con el material genético o participa en la gestación de la criatura, los riesgos y

problemas a que está expuesto son idénticos a aquéllos inherentes a la "procreación natural", en virtud de la cual todos hemos sido engendrados. La integridad psíquica, en cambio, puede verse sustancialmente alterada si las expectativas son demasiado grandes y no se ven colmadas. Esto último puede deberse a que los padres estaban mal informados acerca de las tecnologías y sus posibilidades de éxito. En uno u otro caso el legislador debería cuidar porque se divulgue la información exacta, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que estas técnicas traen consigo (vgr. posibilidades de un niño lisiado). Los padres, además, deberían recibir asesoramiento psicológico que los prepare para cualquier eventualidad.

Los padres también están expuestos a la explotación por parte de quienes intermedian y asisten en estos casos de procreación. Para ello, como ya se ha sostenido, debe prohibirse la participación de personas jurídicas con fines de lucro en estas operaciones. Asimismo, debería tratar de disminuirse el costo de estos procedimientos mediante la cobertura del seguro.

Por último, para garantizar el normal desenvolvimiento de esta práctica, ante la eventualidad de un incumplimiento por parte del donante (vgr. de la mujer que cede su vientre), debería otorgarse la custodia de la criatura a los padres sociales, tal como acordaron las partes en un principio. De esta manera se aminorarían los riesgos de que pudiesen verse frustradas las expectativas e integridad psíquica de los padres, permitiéndose el uso generalizado y pacífico de estas técnicas.

4. La función del Derecho ante el avance tecnológico

En este "mundo de fantasía" que hemos descrito, en que la ciencia provee los medios necesarios para aliviar el "sufrimiento" de todo aquél que, por una u otra causa, no está en aptitud de procrear pero desea formar una familia; en esta sociedad, en que el Estado sólo interviene para evitar la explotación del débil, proteger al menor o salvaguardar la integridad físico-mental de las partes, ¿qué habría cambiado? ¿Qué valores hubiesen resultado afectados? ¿Qué hubiésemos ganado? En última instancia, ¿queremos una sociedad así? ¿Estamos dispuestos a pagar el precio que ella impone?

El Dr. Allan Leal, Vicepresidente de la Comisión de Reforma Legislativa de Ontario, hizo constar su discordia respecto de la admisibilidad de algunas técnicas de reproducción asistida, enfatizando que todos los adelantos de la ciencia no acarrearán su propio imperativo categórico. Muchos de los avances de la medicina son aplaudidos porque promueven el mejoramiento de la condición humana, sostiene. Aceptamos otros bajo ciertos controles que aseguren este resultado. Y otros, concluye, tendrán que ser descartados, por lo menos temporalmente, hasta que acomodemos nuestra concepción de lo que es una sociedad aceptable, justa y realista (27).

a) Desmitificación y soberbia científica

Una de las críticas centrales que se esgrimen contra las nuevas técnicas de Reproducción Asistida, es su total desprecio por la vida humana. ¡Se ha reducido la procreación a un mero proceso tecnológico! Rasgándose las vestiduras, se objeta la "cosificación" del embrión; no es más que un producto con un precio determinado, se alega (28). Se ha llegado a decir que el embrión constituye una nueva forma de propiedad, un bien de consumo que puede ser producido a satisfacción del comitente y vendido en el mercado donde los futuros padres son los consumidores de servicios altamente especializados (29). El profesor Kass habla de la despersonalización de la procreación. Invocando un cambio de actitud, afirma que estamos viendo deteriorarse la imagen del ser humano como algo espléndido y divino. El

(27) Allan Leal's Dissent en Ontario Report.

(28) El Vaticano, a través de la Congregación para la Doctrina de la Fe, ha publicado recientemente la *Instrucción sobre el Respeto por la Vida Humana en sus orígenes y sobre la dignidad de la procreación* (1987), en que proscribe toda intervención en el proceso natural de la procreación (en adelante "Instrucción sobre Bioética"). Asimismo, enfatiza la "cosificación" a que se somete el embrión.

(29) OVERALL, Christine. *Pluck a Fetus from its Womb: A Critique of Current Attitudes Toward the Embryo/Fetus*, 24 U. Western Ontario L.R., 1986, p. 7.

precio que tendremos que pagar, agrega, por bebés perfectos es transferir la procreación del hogar al laboratorio y su consiguiente transformación en mercancía. Nos estamos deshumanizando, concluye (30).

El hecho de que los médicos desempeñen un rol activo en la procreación, develando todo el misterio que la cubría, pone en tela de juicio la presencia invisible de un Ser Supremo, cuestiona la omnipotencia del Creador. Ahora, sostiene Overall, podemos decidir, si queremos procrear, cuándo, qué y qué cantidad de niños queremos traer al mundo —una responsabilidad cuasidivina (31). ¿Qué nos está pasando? Parecería que le hemos perdido todo el respeto a la naturaleza. Ahora que nos podemos procrear artificialmente ya no la veneramos ni consideramos como antes. Ha cambiado nuestra relación hacia ella. Los adelantos científicos han desmitificado el proceso natural de la reproducción humana. Eso que creíamos intrínsecamente "natural", innato al ser humano, constante a lo largo de la historia y ajeno a toda intervención tecnológica, ya no lo es. Ya no se requiere el encuentro físico del varón y la mujer; es más, las nuevas técnicas pueden suplir su ausencia.

El proceso desmitificador es irreversible, la ciencia ya nos reveló el secreto. Por más que se prohíban todas y cada una de las modalidades de la Reproducción Asistida, el origen de la vida ha sido desmitificado. Estamos ahora en un proceso de cambio y adaptación, en que somos conscientes de estos adelantos pero no los llegamos a aprehender totalmente. Nos causa estupor, nos afecta la sola idea de pensar en la intromisión de la ciencia en aquello que considerábamos sacro. Somos testigos del cambio y aunque quisiésemos desconocerlo y nos cueste adaptarnos, tenemos que convivir con esta nueva realidad. La necesidad de vivir en función de determinadas creencias es

(30) KASS, Leon. *The New Biology: What Price Relieving Man's Estate?*, 174 Science, 1971, p. 784 y s.

(31) OVERALL, Christine. *Pluck a Fetus from Its Womb: A Critique of Current Attitudes Toward the Embryo/Fetus*, 24 U. Western Ontario L.R., 1986, p. 6 y s.

inherente al ser humano. Nuestra propia naturaleza es temporal y efímera. Indefectiblemente vamos a morir. La muerte es una realidad común a todos los hombres; para salvarnos de ella tenemos que creer en un ser o fuerza suprema que en caso de una tragedia nos pueda salvar, ya sea de manera práctica o por lo menos que nos sirva de consuelo. En este afán de alcanzar lo absoluto, de atrapar lo inatrapable, el hombre crea mitos (v.gr. el mito de la eterna juventud, el mito del origen de la civilización). Mediante ellos tratamos de dar una explicación que nos consuele y ayude a entender eso que parece inalcanzable.

El mito no es más que una metáfora, cuyo contenido y explicación varía a lo largo de la historia. Tan pronto cambia nuestra relación para con esa realidad que creíamos sagrada, el mito deja de ser tal, se desmitifica. Pero, a su vez, al desmitificar una realidad mistificamos otra. El proceso de desmitificación supone también la mitificación del elemento que nos sirvió para conseguir lo primero. Así, por ejemplo, los indios pielrojas bailaban de cierta forma para atraer la lluvia. Ellos creían que su baile causaba la lluvia. La ciencia nos enseña que es la naturaleza quien determina la lluvia. Al desmitificar el baile de los pielrojas estamos, a nuestra vez, mitificando la ciencia, a través de la cual entendimos la lluvia.

En igual sentido se desmitificó la ley de la gravedad cuando el hombre pudo volar. Antes de ese momento la idea del "hombre volador" resultaba inverosímil. Ahora nos parece evidente e indispensable. Tanto antes como ahora la ley de la gravedad existe y despliega su total eficacia; lo que ha cambiado es nuestra relación para con ella: la ley de la gravedad no es invencible; podemos vencerla en ciertas circunstancias y con ciertas limitaciones.

Cada mito se explica dentro de un contexto temporal aplicado a un grupo determinado (a los ojos de quien cree en él, el mito cumple una función dentro del sistema y es perfectamente racional). Cada vez que cambia la relación de las personas respecto del elemento mitificado, el sistema sufre un reajuste. Todo cambio causa conflicto. Somos seres de costumbres y nos cuesta adaptarnos. Nos aterra la posibilidad de un cambio

porque termina con el sistema que teníamos pre-establecido. Pero, lo que hoy es bueno, ayer era malo; sin ir muy lejos, basta imaginar los trastornos que causó Galileo al sostener que la tierra no era el centro del Universo, o Jesucristo al propugnar la igualdad de los hombres, o la Revolución Francesa al guillotinar a Luis XVI acabando así con la monarquía.

Durante el cambio las emociones se enardecen, el sistema amenaza con desmoronarse y el fin de los tiempos parece estar cerca. Pero luego, cuando nos familiarizamos con el cambio, después de rescatar los valores que parecían esenciales y reconstruir nuestra "Weltanschauung", los ánimos vuelven a su estado normal y la barca del progreso zarpa nuevamente hacia mares aún no navegados. Cuando las aguas se calman, las emociones pasan al olvido. Hoy, por ejemplo, al estudiar la Historia, esos acontecimientos que en su momento encendieron los sentimientos más controvertidos son simples datos que el alumno debe aprender. Sabemos lo que ocurrió, pero no lo sentimos.

La década de los 80 nos ha llevado a la cima del cambio. Los adelantos de la ciencia en materia de procreación asistida nos han dejado a todos estupefactos. En estos momentos nos parece que los avances científicos van a transtornar nuestras vidas, porque estamos viviendo el cambio. La nueva tecnología nos toca íntimamente en lo más profundo de nuestras convicciones y valores. Presenciamos la desmoronación de todo un sistema, nos sentimos personalmente atacados, somos partes del cambio, con el agravante que los medios de comunicación imponen. Lo que antaño hubiera terminado en una reforma, hoy adquiere dimensiones revolucionarias por la difusión y participación de los medios de comunicación. El reto y la responsabilidad del legislador y de quienes contribuyen con su pluma al desarrollo y adecuación de las instituciones sociales, es doble: la complejidad del fenómeno que nos ocupa y la premura porque el Derecho cumpla una función catalizadora.

Debemos enfatizar que lo expuesto no afecta ni modifica la responsabilidad de los científicos y de la sociedad en su conjunto por tratar de poseer lo inalcanzable. Al desmitificar la procrea-

ción humana, al alterar el curso "natural" de los acontecimientos, nos revelamos contra el orden preestablecido, tratamos de controlar la naturaleza e imponer nuestras propias reglas. Nuestra ansia de poder es insaciable. ¿A dónde queremos llegar? ¿Cuál es el límite? En honor a la verdad, no es la ciencia quien impone el curso de su evolución; es más bien la sociedad la que determina el destino de la ciencia (32). Sembramos demasiadas expectativas en los avances científicos y nos autoconvencemos de necesidades inexistentes. Ya no nos contentamos con personajes como "Superman" —ni qué decir de un Ser Supremo—; nuestra ambición es ser nosotros mismos los "héroes de la película", olvidar nuestras limitaciones y desconocer nuestra condición humana. Pero, por más que queramos, ¡no somos seres divinos!

Desde nuestros orígenes hemos tenido estos sueños de grandeza. Adán y Eva comen del fruto del Arbol del Bien y del Mal porque querían igualar a Dios, y precisamente al hacerlo ratifican su condición humana, sus limitaciones y ambiciones. En la mitología griega, Prometeo personifica nuestra soberbia; robó el fuego del Olimpo para entregárselo a los mortales. Zeus lo hizo castigar por creerse superior a los dioses. Los bancos de esperma nos permiten eternizarnos; la reproducción in vitro y el alquiler de vientres por conveniencia establecen una relación de dominación sobre nuestro origen y destino, evidenciando una vez más nuestra soberbia y vanidad. Pero, precisamente, al tratar de hacernos divinos nos hacemos más humanos, porque queremos ser dioses cuando en realidad no lo somos. Quizás debemos ser conscientes de nuestro destino y preguntarnos qué somos en realidad: ¿inferiores a los ángeles o superiores a los simios?

(32) Así también OAKLY, Anne: *Fertility Control - A Woman's Issue*, 4 J. Obstetrics & Gynaecology (Supp. 1), 1984, p. 5 y ss. WIKLER, Norma Juliet: *Society's Response to the New Reproductive Technologies: The Feminist Perspectives*, 59 Southern Cal. L.R., 1986, p. 1043 y ss.

b) *¿Degradación de la persona humana?*

Retomemos el punto de partida. ¿Qué otros cambios trae esta cajita de Pandora bautizada con el nombre de Reproducción Asistida? Sus detractores destacan la comercialización de la vida, el hecho de que el embrión puede ser producido y "vendido" en el mercado, la deshumanización de la procreación y despersonalización de la vida. Pero, ¿hemos llegado a estos extremos? Y si así fuera, ¿queremos pagar su precio?

Respecto del embrión se pueden decir muchas cosas, pero algo es cierto: que no es un mero conglomerado de átomos o material biológico. Si bien no tenemos rituales especiales para lamentar la pérdida de la mujer que aborta, ni consideramos la muerte de un embrión como la de cualquier persona (33), sí valoramos el feto humano más que a un animal o que una cosa cualquiera. Aun cuando alguien descubriese un manjar especial, nos repugnaría la sola idea de comer embriones humanos. Un embrión de pocos días no tiene forma humana; sin embargo, en su origen es humano y potencialmente —si todas las circunstancias le son favorables— terminará siendo una persona humana (34). De ahí que merezcan respeto y consideración. Desde el momento de la concepción nace un nuevo ser humano con material genético propio, perfectamente individualizado, cuyo metabolismo respira y responde a los cambios de su medio ambiente. El óvulo una vez fecundado adquiere vida propia, distinta y diferente a los gametos que la originaron. El embrión es humanamente "algo"; posee el poder de convertirse en una persona como nosotros (35).

En esta línea de pensamiento, la FIV no sólo es inmoral sino

(33) KASS, Leon. *Making Babies Revisited*, 54 Public Interest, 1979, p. 38.

(34) KASS, *op.cit.*, p. 39 y s.

(35) Esta es la posición que defiende Kass a lo largo de sus distintas publicaciones, asimismo la Iglesia Católica se adscribe a esta tesis enfatizando que la dignidad de la vida humana empieza con la concepción.

que debería prohibirse, ya que supone la destrucción de los embriones concebidos que no se implantan en el útero femenino. Por otro lado, se alega, si la vida humana comienza con la concepción, debe ser protegida desde ese momento. Además, se agrega, el embrión cumple una función simbólica. Su destrucción por causas económicas o de conveniencia puede afectar nuestra conducta respecto de los demás seres humanos. La deliberada aniquilación de embriones, en tanto símbolos de vida, puede llevarnos a que tratemos lo simbolizado de la misma forma con que tratamos al símbolo (36).

Pero, ¿estamos convencidos de querer llevar este planteamiento hasta sus últimas consecuencias? Reflexionemos. Respeto al embrión, sí, pero ¿tanto como a un niño? ¿Podemos equiparar un óvulo fertilizado con un adulto? ¿Merece un embrión la tutela y protección propia de toda persona? Parecería que ésa no ha sido la intención declarada por el legislador. El art. 1 del Código Civil de 1984, dispone que "la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionado a que nazca vivo". De la lectura de este dispositivo podemos colegir que: a) el concebido tiene vida humana, pero no es persona; b) sólo para lo que lo favorezca se le imputará como sujeto de derecho. Nuestro ordenamiento legal parece, pues, proponer una solución diferente a la expuesta en los párrafos anteriores. Tratar de leer algo distinto de esta norma sería violentar su espíritu. ¿Es que el legislador ha querido realmente marcar una diferencia entre el "concebido" y el "nacido"? ¿Por qué habría querido el codificador del '84 distinguir entre persona humana y vida humana? ¿No será que el problema central no gira en torno a definiciones filosóficas acerca del comienzo y naturaleza de la vida, en tanto tal, sino que más bien es una opción jurídica, parafraseada en términos de preguntarse: ¿desde qué momento tiene la vida significado jurídico? ¿En qué momento ocurre algo que el Derecho decide

(36) Así KASS, *op.cit.*, p. 43. David Ozar citando ROBERTSON, John. *Ethical and Legal Issues in Cryopreservation of Human Embryos*, 47 *Fertility and Sterility*, 1987, p. 371 y ss. Nota. nr. 15.

proteger? Parece un juego de palabras pero en ella se esconde un sentido revolucionario.

Las palabras del británico Harris (37) plasman con sencillez el meollo del problema. En efecto, él sostiene lo siguiente:

Los gametos son portadores de vida mucho antes de la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón, son ambos células vivas, células humanas. El óvulo, por ejemplo, sufre un proceso de crecimiento y maduración. La vida es un proceso continuo e ininterrumpido que se desarrolla de generación en generación. No es, pues, la vida la que comienza con la concepción (38). Pero si no es así, se pregunta Harris, ¿no será que un nuevo individuo nace con la fertilización, que un ser potencialmente humano comienza a existir? El mismo se responde: varias "cosas" pueden comenzar con la concepción. Esta puede dar lugar a un quiste, a un tumor, a dos individuos, o a un futuro ser.

Refiriéndose a la idea del ser humano en potencia, Harris afirma que el hecho que algo pueda volverse "X" (incluso de manera inevitable, cosa que no ocurre necesariamente con el óvulo fecundado), no es razón suficiente para tratarlo como si fuese "X". Todos vamos inevitablemente a morir un día, pero ello no es razón suficiente para que tratemos a otras personas como si estuviesen muertas. Por otro lado, agrega, no es cierto que el óvulo fertilizado sea potencialmente un ser humano. El óvulo virgen y el semen son potencialmente tan humanos como el embrión. Sostener que el óvulo fertilizado es un ser humano en potencia, no es otra cosa que decir que si ciertos hechos ocurren (como su implantación) y otros no (como un aborto espontáneo) se convertiría eventualmente en un ser humano.

(37) HARRIS, John. *In Vitro Fertilization: The Ethical Issues*, 33 *Philosophical Quarterly*, 1983, p. 222 y s.

(38) El biólogo Clifford GROBSTEIN en su detenido estudio *The Early Development of Human Embryos* 10, *J. Med. & Phil.*, 1985, p. 234 y s. concluye que la concepción da origen a una nueva generación desde el punto de vista genético pero no al comienzo de la vida.

Precisamente lo mismo se puede decir del óvulo y del semen (39). Si ciertos hechos le ocurren al óvulo (vgr. encontrarse con el semen) y ciertos hechos le pasan al semen (vgr. encontrarse con el óvulo) y otras cosas no ocurren (vgr. tropezarse con un anti-conceptivo), eventualmente se convertirán en un nuevo ser humano. Todo lo que puede decirse acerca del óvulo fertilizado es que el tejido humano vivo o la vida en sí no comienzan con la concepción, tampoco la vida humana; *ambas continúan...* No necesitamos determinar cuándo comienza la vida sino desde cuándo importa moralmente y por qué. Dicho en otras palabras, ¿desde qué momento tiene la vida un significado moral? (40) ¿Qué trato merecen los embriones? ¿Cómo debe proteger el Derecho al óvulo fecundado? Algunas veces el saber frasear la pregunta aclara el paso para arribar a una respuesta.

Nuestro legislador no ha querido equiparar el embrión con un niño ni con un adulto casado (41). Tampoco el feto viable tiene rango de persona —a menos que nazca vivo—. El embrión sólo es una vida en potencia que el Estado protege en la medida que estime conveniente (42). La personería, y con ella la imputación

Este punto también aparece en KUHSE, Helge y SINGER, Peter. *The Moral Status of the Embryo: Two Viewpoints*, en *Test-Tube Babies*, eds. William Walters y Peter Singer, Oxford University Press. Melbourne, 1984. p. 57 y ss.

- (40) Mary Warnock, Catedrática de Oxford y Presidente de la Comisión Británica, comentando el artículo de Harris, comparte su planteamiento. WARNOCK, Mary, *In Vitro Fertilization: The Ethical Issue*, 33, *Philosophical Quarterly*, 1983. p. 238.
- (41) Así también ANDREWS, *op.cit.*, p. 561. CAHILL, Lisa Sowle. *In Vitro Fertilization: Ethical Issues in Judaic-Christian Perspective*, 32 *Loyola L.R.*, 1986. p. 348 y ss.
- (42) Burt VAN DE WEGHE, en su análisis de la jurisprudencia norteamericana titulado *Waller, Warnock and Roe v. Wade: Variations on the Status of the Orphan Embryo*, 2 *J. Contemporary Health, Law & Policy*, 1986. p. 242, demuestra que la Corte Suprema norteamericana no le ha reconocido al feto viable la protección garantizada por la Constitución a las personas.

de derechos y obligaciones, responde a un criterio netamente formal. Aquél a quien se le pone la "máscara" (43) es persona a la luz del Derecho. El legislador no desconoce la naturaleza especial del óvulo fertilizado, ni de los gametos por separado; sólo establece un orden de prelación, una escala de graduación que comienza con los gametos y termina con el que ha nacido. No es que uno sea más humano que el otro ni cosa por el estilo. Ambos son humanos, ambos "viven". Lo que ocurre es que uno ha ingresado a la comunidad jurídica con absoluto e irrestricto goce de derechos y obligaciones, mientras que el otro está "en vías de".

A lo largo de la historia la fecha cierta del nacimiento ha marcado un hito en cuanto a goce de derechos se refiere, así como la certeza de la mayoría de edad acarrea el beneficio de otros derechos. En igual sentido, desde la concepción hasta la muerte, pasando por el nacimiento y la mayoría de edad, el Derecho gradúa el tipo y los alcances de la protección que proporciona. El concepto de la "viabilidad" no es más que otro hito en esta escala de tutela a la vida humana. Antes de ese momento, nadie discute la existencia de "vida humana"; lo distintivo es que se vuelve imperativa desde ese instante (44).

La persona humana sigue siendo el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo preceptúa nuestra Constitución en su

(43) Por algo el vocablo griego "personare" significa disfrazarse, hablar a través de una máscara, hacerse persona.

(44) Incluso aquellos ordenamientos que consagran el derecho de aborto lo restringen considerablemente luego del momento de viabilidad del feto. A su turno, Santo Tomás de Aquino, en la línea aristotélica, habla de un plazo de formación del feto (40 días si fuese varón y 90 si es mujer) antes del cual la terminación del embarazo no era considerada aborto (CAHILL, *op.cit.*, p. 352). Andrews concluye que el embrión no es ni una persona ni una cosa, su tratamiento legal depende del tipo de Derecho que se alegue: una será la solución en caso de Derecho Sucesorio, otra en materia de Responsabilidad Extracontractual y otra en Derecho Penal (ANDREWS, Lori, *The Legal Status of the Embryo*, 32 Loyola L.R., 1986. p. 367).

primer dispositivo. Los adelantos de la ciencia no han desvalorizado la persona ni han mellado su humanidad. Cada ser humano merece respeto y protección, todo lo que de él se derive recibirá una cuota de tutela legal, pero él es el único acreedor a la totalidad.

c) *Sexualidad y procreación: ¿una unidad?*

Otro fenómeno que ha sorprendido al mundo entero es la posibilidad de engendrar una criatura sin necesidad de coito sexual. Con este paso la ciencia culmina la evolución iniciada con los anticonceptivos, en el sentido de separar la sexualidad de la procreación. El debate que suscitó la "píldora" cobra vigencia, reclutando entre sus filas, ya no sólo a los seguidores de San Pedro, sino a grupos feministas y público en general. El divorcio entre la sexualidad y la procreación se extiende más allá de la participación familiar y tratamiento de la infertilidad, desplegando cuestiones de singular envergadura.

¿Qué sentido tiene separar la procreación humana de la sexualidad?, se pregunta el médico-filósofo Kass (45). Ser varón o mujer, prosigue, sólo tiene sentido en relación al otro y, con ello, en la posibilidad de procrear a través de esa unión. La procreación es, a juicio de este autor, la actividad humana por excelencia, pues nos involucra tanto corporal y espiritual como racionalmente. A su turno, la Iglesia Católica enseña que la sexualidad y la procreación están íntimamente ligadas al compromiso matrimonial. En esta línea, la procreación es fruto de la entrega mutua de los cónyuges dentro del matrimonio (46).

Pero, ¿qué es "natural"? ¿Nuestra percepción de lo que es la "procreación" no está, acaso, determinada por convicciones morales, religiosas y culturales? Ante los avances de la ciencia,

(45) KASS, Leon. *The Meaning of Life in the Laboratory*, 1-2 Bioethics Reporter, 1985, p. 235 y s.

(46) Así enseña el Vaticano en la Instrucción sobre Bioética (1987).

¿podemos seguir hablando de una única forma de procreación humana?

1. Del control de la natalidad a la planificación familiar

La realidad en que vivimos ha sufrido un cambio dramático en las últimas décadas. La familia tradicional, estable y armoniosa, ha dejado de ser la regla, viéndose amenazada por la escalada de divorcios, aumento de hijos concebidos fuera del matrimonio, profesionalización de la mujer y desarrollo de la sociedad de consumo. En la medida que la mujer ingresa a la vida profesional, pospone el matrimonio y la crianza de los hijos, la necesidad de planificar el número y oportunidad de cada embarazo adquiere una importancia singular (47).

Del control de la natalidad motivado por el interés estatal de limitar el aumento poblacional, hemos pasado a la planificación familiar. Más que el Estado, son los ciudadanos en general, la pareja en particular, y la mujer en especial, los interesados en poder adecuar la procreación a su ritmo de vida y planes futuros.

Como hemos explicado, la equiparación de la mujer en los distintos campos de la actividad humana —desafortunadamente aún más a nivel teórico que real— ha modificado los esquemas tradicionales de la procreación y de la familia.

Desde antaño, relata la feminista Wikler (48), la mujer ha tenido la posibilidad de inseminarse artificialmente. Los medios estaban allí, pero por siglos nunca se le ocurrió utilizarlos. A juicio de la citada estudiosa, el meollo del asunto para entender el sentido de las nuevas tecnologías radica en comprender por qué las antiguas no las usaron y por qué quienes estaban en

(47) Así también ROBERTSON, John, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, 69 Virginia L. Rev., 1983, p. 406.

(48) WINKLER, *op.cit.*, (*Society's Resp. ...*), p. 1043 y ss.

aptitud de usarlas no las tomaron en cuenta. Este análisis, agrega, demuestra que la pista central no nos lleva del laboratorio al cambio social, sino en sentido inverso. El auge de esta nueva rama de la ciencia, concluye, responde a los cambios en la relación varón-mujer, moralidad-sexualidad, y el nuevo rol y status de la mujer, así como al creciente número de parejas infértiles que desean formar una familia.

2. *La familia: un valor*

Pese a todos estos cambios la familia sigue siendo, como diría Chestertone, "una célula de resistencia contra la opresión". La familia es la unidad mínima, esa micro-sociedad donde el hombre se siente acompañado, protegido, valorado por lo que es y no por lo que sabe o tiene (49). La familia vincula a sus miembros con el pasado dándoles, además, un sentido de continuidad hacia el futuro. Sin la familia, afirma Kass, no tendríamos incentivos para interesarnos por lo que ocurra después de nuestra muerte. Al eliminar esta comunidad, estaríamos a merced de un presente solitario e impersonal (50). La familia tiene una estructura esencialmente personal, en que cada uno ocupa un lugar privilegiado.

Si bien los matrimonios estables han dejado de ser la regla, en occidente la familia sigue siendo un valor. Para muchos, el término engloba la pareja y los hijos, para otros se limita a la pareja, otros hablan de familias homosexuales y otros de la "gran familia". El término familia hace referencia a una realidad socio-cultural que tiene un significado ético y dimensiones morales. Podemos discrepar acerca del sentido que le atribuimos pero, como tal, la familia es un valor. Así lo ha entendido el Constituyente de 1979 al declarar en el Preámbulo de la Constitución Política del Estado, que "la familia es la célula básica de

(49) KASS, Leon, *The New Biology: What Price Relieving Man's Estate*, 174 Science, 1971, p. 784 y s.

(50) Así S.S. Juan Pablo II en *Be not Afraid* de Andre FROSSARD, Image Books, Nueva York, 1985, p. 111 y s.

la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y cultura". En nuestra sociedad la familia cumple, aún hoy, un rol estelar.

Ahora bien, ¿qué entendemos por "familia"? En términos generales, podría decirse que es la célula básica que está conformada por los padres y los hijos; los abuelos, tíos, primos y sobrinos constituyen la familia en un sentido más amplio. En nuestro medio, pues, se descarta toda unión homosexual.

Si bien tradicionalmente la familia giraba en torno al matrimonio, distinguiéndose entre hijos legítimos e ilegítimos, actualmente se ha liberalizado la institución. Los cambios a que hemos hecho referencia en relación al rol de la mujer, desarrollo de la sociedad de consumo y adelantos tecnológicos, han influido en la regulación familiar. El legislador no sólo ha equiparado a todos los hijos (art. 235 y 2116 C.C.), sino que además reconoce la igualdad del varón y la mujer en los quehaceres del hogar (art. 234, 290 y 292 del C.C.) y faculta (no le impone) a la mujer para llevar el apellido del marido (art. 293 y art. 24 C.C.).

El Derecho promueve y aplaude la regularización de los "matrimonios irregulares"; éstos, sin embargo, también caen bajo la protección de la familia. La unión del varón y la mujer que voluntariamente hacen vida en común merece tutela legal. La comunidad familiar se yergue así como pieza clave en la gestación, crianza y formación de las futuras generaciones. Es en este sentido que la Iglesia Católica santifica el matrimonio. La estabilidad de la sociedad requiere que los niños nazcan en el seno familiar (51).

Pues bien, precisamente porque queremos proteger la familia necesitamos aliviar el problema de las parejas infértiles y de quienes temen transmitir algunas malformaciones genéticas. La ciencia no nos ha creado necesidades artificiales; es

(51) Y que la familia se base en el matrimonio, enseña la última Instrucción de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre Bioética (1987).

nuestra sociedad quien motiva los avances tecnológicos. Los científicos simplemente se han limitado a recoger nuestro clamor. Incluso quienes reprueban las bondades de estos adelantos admiten que a "estas alturas" hay un consenso en nuestra sociedad; que las parejas infértiles deben tener acceso a la fertilización in vitro (52).

La planificación familiar es una faceta más en el quehacer diario de las amas de casa. Ella debe estar, también, en la agenda del legislador. La gama de alternativas que brinda la ciencia moderna es muy amplia: desde la esterilización hasta la legalización del aborto, pasando por los anticonceptivos y las nuevas modalidades de procreación asistida.

Mientras que la esterilización anula por completo las facultades reproductivas de la persona y el aborto termina con la vida del embrión, los anticonceptivos y las técnicas de reproducción asistida se limitan a separar temporalmente la sexualidad de la procreación. La píldora marcó el primer hito en la historia de esta evolución al permitir el coito sexual sin procreación. Luego la fertilización in vitro cierra el círculo haciendo posible la concepción sin sexualidad. La "reproducción en el laboratorio", como se suele denominar, es querida, elegida, intencionada y controlada —características todas ellas que distinguen al homo sapiens de los demás animales. Esto ha llevado a decir que la reproducción asistida es, incluso, más racional y humana que la llamada procreación natural, porque es producto de una elección y no de una mera coincidencia (53).

3. La procreación como derecho de dos personas

A este cambio debemos agregarle la creciente demanda

-
- (52) CAHILL, Lisa Sowle, *In Vitro Fertilization! Ethical Issues in Judaeo-Christian Perspective*, 32 Loyola L.R., 1986, p. 356 (traducción libre).
- (53) Así, OVERALL, Christine, *Pluck a Fetus from its Womb: A critique of Current Attitudes toward the Embryo/Fetus*, 24 U. Western Ontario L.R., 1986, p. 6.

por tener descendencia de "la misma sangre". Como sostienen Robertson (54) y Hollinger (55), la sociedad moderna no considera la adopción como una solución deseable. Actualmente, el mayor anhelo del individuo no se circunscribe a la crianza de la prole (que de ser así podría ser adoptada), sino a transmitir sus genes, entablar vínculos sanguíneos y compartir el mismo material genético con la generación futura. Este deseo no es innato ni está determinado biológicamente, afirma Hollinger, sino que obedece a necesidades culturales.

Pero ¿qué significa "tener un hijo propio"?, pregunta Kass. En tanto "lo mío" no es lo propio de uno sino de dos, el deseo de tener un hijo que sea de uno es el deseo de la pareja de engendrar mediante la unión conyugal una criatura que es producto de dos personas hechas una. La procreación, concluye, es por definición un acto de dos (56).

4. El "derecho" de los solteros

¿Podría entonces una mujer soltera reclamar el auxilio de la ciencia para engendrar un hijo? ¿Debe el Derecho extender el uso de las nuevas técnicas a los solteros? ¿El hecho de que se necesiten gametos masculinos y femeninos debe verse reflejado en la reglamentación que se adopte? En última instancia, ¿hasta qué punto puede el ordenamiento jurídico permitir la deliberada concepción de un ser que tendrá un solo padre? Los bancos de esperma existen (57) y los solteros pueden recurrir a la adopción. ¿Por qué no habría de franqueárseles el acceso a los adelantos de la medicina? Sin afán de desconocer la "validez" de

(54) ROBERTSON, *op.cit.*, p. 423.

(55) HOLLINGER, Joan Heifetz, *From Coitus to Commerce: Legal and Social Consequences of Noncoital Reproduction*, 18 J. Law Reform, 1985, p. 870 y ss.

(56) KASS, Leon, *Making Babies Revisited* 54 Public Interest, 1979, p. 44.

(57) En los EE.UU. distintos grupos feministas han constituido bancos de

estas demandas, creemos que confunden algunos términos. Una cosa es la adopción y otra la Procreación Asistida. En la adopción se busca proteger a una persona ya nacida, darle la oportunidad de tener un padre, educarse, desarrollarse e integrarse a la sociedad. Es por el bien del menor que el Estado en determinada circunstancia permite la participación de un soltero en la adopción. La situación es diametralmente opuesta en el caso de las nuevas técnicas procreativas. Aquí se engendra una nueva vida humana para satisfacer las necesidades de quien solicita este "servicio".

Los distintos ordenamientos y comisiones que han abordado el tema excluyen a los solteros como beneficiarios de la nueva tecnología (58). Robertson, que se ha ocupado en extenso de estos temas, enseña que las personas solteras tienen el derecho a no ser esterilizadas, el de poder usar anticonceptivos, concebir, gestar, dar a luz, así como a criar y educar a sus hijos, pero no tienen el "derecho a procrear", porque la procreación cae bajo la protección legal del matrimonio (59). El Estado no persigue a las madres solteras; por el contrario, debe brindarles protección y asistencia médica. Ello, empero, no significa que deba incluir a los solteros como beneficiarios de las nuevas tecnologías. Para tal propósito los solteros tienen abierta la vía de la adopción.

esperma en Vermont (1975), Los Angeles (1979) y Oakland (ver CO-REA, Gene, *The Machine Mother: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Harper & Row, Perennial Library ed., Nueva York, 1986, p. 44 y s.). Las estadísticas revelan que hasta 1978 alrededor de 6 mil a 20 mil niños habían nacido por IAD (HOLLINGER, *op.cit.*, p. 870).

- (58) Así, por ejemplo, en los EE.UU. el *Uniform Parentage Act* de 1973, Oregon Revised Statute de 1977, restringe el uso de IAD a personas casadas. La American Fertility Society en sus *New Guidelines for the Use of Semen Donor Insemination* de 1986 (46 Fertility & Sterility, Supplement 2, 1986, pp. 955-1035), sólo se refiere al uso de IAD por una pareja. El Warnock-Report opina en igual sentido.
- (59) ROBERTSON, John, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, 69 Virginia L. Rev., 1983, p. 432 y s., así como p. 419 nota nr. 36.

Cualquiera podría cuestionar nuestra posición alegando que no hay ninguna diferencia entre el hecho que una persona soltera tenga relaciones extramatrimoniales o que recurra a un banco de esperma. Es más, en la primera hipótesis la mujer se estaría prostituyendo con el fin de salir encinta, mientras que en el segundo mantendría incólume su dignidad. En este orden de ideas, se concluye, la situación del menor sería exactamente la misma. En efecto, en ambos casos estaríamos ante la figura de una madre soltera con un hijo "sin padre", situación ésta que no encaja dentro del ideal familiar que el Derecho quisiera garantizar. Sin embargo, hay una diferencia sustantiva. Mientras en el primer caso el legislador está con los brazos atados, no pudiendo hacer nada al respecto (quizás, invocar a las partes por el bienestar del menor o declarar la legitimidad de la familia), teniendo que ver cómo se erosiona y desestabiliza la unidad familiar, en el segundo supuesto el legislador puede encausar con carácter imperativo la conducta de los particulares. Amén de proscribir estas prácticas, puede imponerles sanciones disciplinarias —hasta criminales— a los profesionales y a todo aquél que intervenga, asista o promueva el uso por los solteros de cualquiera de las técnicas de procreación asistida. El personal especializado por llevar a cabo la inseminación in vitro, los encargados de los bancos de esperma y los médicos en general serían los responsables de hacer cumplir los objetivos trazados por el legislador.

5. *¿Un "derecho a procrear"?*

Descartados los solteros y excluidos los homosexuales, nos queda por analizar el caso de los casados y de las uniones de hecho. ¿Pueden ellos acceder a estos adelantos tecnológicos? ¿Tienen, acaso, un derecho a procrear? De ser así, ¿abarca este derecho las técnicas de procreación asistida?

Como es sabido, uno de los derechos fundamentales de la persona es el de la privacidad. Todo individuo es autónomo. La Constitución le reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad (art. 2, inc. primero) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art 2, inc. quinto). La persona es libre de

decidir cuándo, cómo y con quién desea procrear. En un campo tan íntimo y personal como es la procreación, el Estado no debe, en principio, ejercer ningún tipo de ingerencia a no ser por razones que amenacen la salud de los propios individuos o el bienestar general.

La libertad del individuo en materia de procreación y sexualidad está íntimamente ligada al matrimonio. En la medida que la procreación escapa al ámbito netamente personal para engendrar a un nuevo sujeto de derecho distinto e independiente de quienes lo procrearon, la acción individual adquiere una nueva dimensión, que el Estado debe tutelar. La Constitución consagra la importancia de la familia como célula básica de la sociedad. El Derecho no sólo protege a la familia sino que garantiza su continuidad. En tal virtud, el art. 289 C.C. sanciona el débito sexual de los cónyuges, así como la obligación de fidelidad y asistencia que se deben recíprocamente (art. 288 C.C.). Los casados tienen, pues, el derecho de hacer vida en común, de cohabitar y como fruto de tal relación traer un nuevo ser al mundo.

El punto materia de estudio es si este derecho se extiende, también, a la procreación asistida (60). Dos conceptos entretienen el discurso: el débito sexual y la procreación. Tradicionalmente uno condicionaba el otro, pero ahora que la ciencia los ha podido divorciar debemos esclarecer cuáles son sus alcances. Ingresamos a terrenos inexplorados. Las ideas que arriesgaremos sólo son los primeros pasos reconociendo el terreno en un campo aún no explorado.

Imaginemos el caso de una pareja en que uno de los cónyuges es estéril. Con ayuda de la ciencia esta pareja podría ver realizado el sueño de su vida: tener una familia. Pongámonos en el supuesto más extremo aún en que ambos cónyuges, perfectamente sanos y fértiles en potencia, son incapaces de procrear en su unión mutua. ¿Debe esta dificultad física ser obstáculo a que la pareja cumpla el mandato "creced y multipli-

(60) Así también ROBERTSON, *op. cit.*, p. 427.

caos", considerando que con auxilio de la medicina podrían ver sus sueños hechos realidad? Con Robertson (61) estimamos que las limitaciones físicas sólo deben impedir participar en la concepción, gestación y alumbramiento en la medida que la ciencia o la sociedad no pueda superar esas limitaciones. Cosa distinta ocurre con limitaciones psíquicas o mentales, porque en esos casos el individuo no puede ser consecuente con la responsabilidad que sus actos le imponen. Si la inteligencia humana provee los medios para aliviar y liberar a los esposos de sus limitaciones reproductivas sin causar ningún daño a otros bienes jurídicamente tutelados, creemos que el Derecho no debe ser obstáculo sino, más bien, debe facilitar el camino.

Alguien podría alegar que en esta línea de argumentación los únicos beneficiarios de las técnicas de procreación asistida deben ser los esposos y, más en concreto, parejas infértiles. Quisiéramos compartir este raciocinio, pero al hacerlo nos topamos con dificultades prácticas. La infertilidad, como se sabe, no es tanto una condición objetiva, una enfermedad, sino una situación basada en condiciones sociales y también económicas. El profesor Robertson (62) explica de manera muy ilustrativa esto. Supongamos, dice, el caso de un varón cuyo esperma es capaz de fertilizar un óvulo. ¿Si es impotente o su esperma es de baja densidad, debe considerarse infértil, no obstante que con la ayuda de la inseminación artificial y concentración de esperma podría culminarse la fecundación? ¿Es la mujer, cuyas trompas de falopio están bloqueadas, infértil, pese a que una operación quirúrgica ayudaría a evitar la obstrucción? ¿Es una mujer que está a punto de sufrir una pérdida, estéril si se niega a hospitalizarse por cinco meses para poder salvar su embarazo? ¿Es infértil quien no desea tener relaciones heterosexuales? Además de la dificultad de definir la fertilidad, concluye, hay que considerar lo que implicaría tener que demostrar, en ciertos casos, la infertilidad de la pareja. El proceso sería sumamente "intrusivo" y de difícil fiscalización. Además, resulta poco pro-

(61) ROBERTSON, *op.cit.*, p. 411y 429.

(62) ROBERTSON, *op.cit.*, p. 430, nota nr. 67.

bable que una pareja fértil quiera recurrir a estas técnicas. También hay que tener presente que, además de las parejas infértiles, todo aquel que padezca de un defecto congénito hereditario podría acceder a la procreación asistida.

La idea de limitar el acceso a las parejas casadas resulta pertinente. En efecto, a lo largo de esta exposición hemos demostrado la importancia de la familia en nuestra cultura y la protección que ella merece. Nadie duda que lo ideal sería partir de una relación matrimonial estable, reconocida y legitimada por la autoridad civil, y en su caso, religiosa; que los hijos se críen y desarrollen en el seno de la unión familiar; y que la familia gire en torno al matrimonio. La crisis por la que atraviesa la sociedad ha afectado a la familia, haciendo que este panorama familiar sea difícil de emular. Pues bien, si este cuadro ideal sigue teniendo vigencia, si las bondades de una unión estable y legitimada apelan aún hoy a nuestros más nobles ideales, el legislador no sólo puede, sino que debe recoger estas inquietudes y, plasmándolas en disposiciones imperativas, debe limitar el acceso a las técnicas de procreación asistida a las parejas casadas.

6. Los acreedores de estos adelantos

Entonces, sólo las personas casadas (fértils e infértiles) podrán beneficiarse de los adelantos de la ciencia. Ni los solteros, ni las parejas homosexuales gozarían de este privilegio. ¿Esto quiere decir que un matrimonio podría procrear de manera natural, por medio de una de las modalidades de inseminación artificial (IAH o IAD), fertilización in vitro (FIN), transferencia de embriones (TE), cesión de vientres, y en todo caso, siempre tendría abierto el camino de la adopción? No vayamos tan de prisa. La AIH no ofrece mayores dificultades; la propia Iglesia reconoce la bondad del procedimiento (63). Los casos de AID son más delicados pues involucran a una tercera persona en la relación: el donante. Sin embargo, creemos que cuidando a

(63) Vaticano Instrucción sobre Bioética (1987).

la sociedad de los riesgos que acarrea el incesto, podría admitirse esa técnica. En ese sentido se inclinan la mayoría de informes y proyectos legislativos de la materia.

La FIV presenta una variante distinta. A fin de evitar la inútil destrucción de embriones no implantados debería invocarse al cuerpo médico y científico, para que perfeccionen el procedimiento. Mientras tanto, sólo debería permitirse un uso restringido. La TE, a diferencia del "alquiler de vientre", no ofrece mayores dificultades. Los convenios de "cesión de vientres" son más controvertidos. Si bien los casos en que una mujer por motivos altruistas interviene para gestar el bebé de otra resultan conmovedores, la comercialización y explotación a que estarían expuestas la mayoría de madres sustitutas deja mucho que desear. Si bien creemos que la experiencia del embarazo no debe ser desvinculada de los demás aspectos procreativos —¡y menos aún por mera conveniencia!— el Derecho debería permitir actos de entrega personal, como el de la hermana que se ofrece a gestar el hijo de su hermana, o la madre que hace lo propio respecto de su hija. Fuera de estos casos, el legislador, en caso decida legitimar la cesión de vientres, debería sancionar los mecanismos necesarios para evitar la sumisión de la madre sustituta.

Por último, en todas las hipótesis analizadas el legislador debería tomar en consideración las precauciones sugeridas en este trabajo, así como responsabilizar al cuerpo médico por el debido cumplimiento de estos objetivos. Sin perjuicio de lo expuesto, debería constituirse una comisión encargada de estudiar el adelanto e impacto de las nuevas tecnologías en nuestro medio, para poder así, al cabo de un plazo prudencial, evaluar el rumbo trazado y, si fuera el caso, darle a nuestra nave el destino acertado.

REFLEXIONES EN RELACION A LA HIPOTECA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

Jack Bigio Chrem

I. FUNCION ECONOMICA DE LA HIPOTECA

El legislador, dadas las limitaciones de recursos económicos del país, es consciente del importante rol que tocará desempeñar a la hipoteca en los años venideros.

Esta se concibe como un eficaz medio de garantía para el acreedor y como un instrumento que permita al deudor acceder al crédito.

El legislador tiene la convicción que una sólida garantía para el acreedor contribuirá al otorgamiento de créditos y alentará la inversión de capitales, todo lo cual redundará en beneficio del desarrollo económico del país.

Con este propósito, la regulación de la hipoteca se orienta a vigorizar el derecho del acreedor hipotecario, otorgándole los derechos de persecución, preferencia y venta judicial. Con esta misma línea de pensamiento se introduce el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud la totalidad del inmueble garantiza el saldo del crédito por diminuto que sea el importe de éste que aún subsista.

Al mismo tiempo, le interesa que el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien inclusive no pierde la facultad de enajenarlo. Igualmente, el propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Asimismo, el legislador se preocupa de los terceros a través de la inscripción constitutiva de la hipoteca en el registro, evitando así la inseguridad que conllevan las hipotecas ocultas, e introduciendo el principio de la especialidad, en cuya virtud deben estar claramente determinados el bien hipotecado así como la obligación garantizada. De ese modo se desechan las hipotecas generales, repudiadas por la doctrina y la legislación nacional y extranjera.

Es de notar que el código introduce reglas a fin de evitar los abusos en que podría incurrir el acreedor, en consonancia con el artículo 2 de la Constitución, inciso 12, según el cual se establece que "toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho".

En esta línea de pensamiento, se incluye en el artículo 1109 del Código Civil una última parte destinada a poner límite a la facultad del acreedor de elegir cualquiera de los bienes hipotecados para su realización judicial. De consiguiente, el juez por causa fundada puede establecer un orden para su venta judicial distinto del propuesto por el acreedor.

Asimismo, se consagra el derecho del constituyente de la hipoteca para solicitar judicialmente la reducción del monto del gravamen hipotecario, cuando disminuya el importe de la obligación. La norma tiene por finalidad establecer una coincidencia entre la realidad y lo que expresa el respectivo asiento del registro. De modo que, si el acreedor se niega a la reducción voluntaria, la inexactitud registral podrá desaparecer por mandato judicial.

II. CLASES DE HIPOTECA

El Código Civil de 1984, al igual que el código anterior, no reconoce más hipotecas que la voluntaria y la legal.

El legislador no encuentra motivo para reimplantar la hipoteca judicial, que estuvo normada por el Código Civil de 1852. En este sentido, la Comisión Revisora hizo suyos los fundamentos del ilustre jurista doctor Manuel Solf y Muro, contenidos en su memorándum fechado en setiembre de 1927, que a la letra dice:

"La hipoteca judicial es una institución vieja, que
"ya no tiene defensores".

"Nuestro Código Civil de 1852 (art. 2036) reconoce
"la hipoteca judicial en tres casos: cuando a mérito
"de una controversia se declara que existe la
"hipoteca, cuando por alguna causa el acreedor
"teme no ser pagado de su crédito, y cuando el juez
"al imponer una obligación la asegura con hipote-
"ca".

"El caso primero es el de una sentencia que inter-
"preta un contrato o una ley, y en tal supuesto no
"hay creación de hipoteca. El segundo caso no debe
"dar lugar sino al ejercicio de la acción por parte
"del acreedor para el cumplimiento de la obliga-
"ción. El tercero otorga al juez una facultad excesi-
"va, esto es, la de constituir derechos reales sobre
"los bienes del deudor".

III. DEFINICION

Artículo 1097.- "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garan-
tía del cumplimiento de cualquier obligación,
propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión
y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y
venta judicial del bien hipotecado".

Siguiendo el criterio general de definir en lo posible las institu-
ciones del Código Civil, el precepto se encarga de hacerlo con la
hipoteca, cubriendo así el vacío que en este aspecto presentaba el
régimen anterior.

De dicha definición se desprenden, básicamente, las siguientes
notas componentes:

1. La Hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles

La hipoteca es un derecho real de garantía que sólo puede
versar sobre inmuebles.

El legislador no ha creído conveniente, como lo hace el Código Civil boliviano (artículos 1395 y siguientes), regular la hipoteca sobre bienes muebles sujetos a registro.

Durante los debates para la aprobación de las normas relativas a la regulación de la hipoteca y de la prenda, quien escribe expresó que estando acordado por la Comisión Revisora que los bienes se clasifiquen en muebles e inmuebles, considerando entre éstos a algunos bienes movibles y habiéndose adoptado el acuerdo de regular la prenda con entrega jurídica, o sea sin entrega física, no consideraba apropiado regular la hipoteca mobiliaria, a fin de evitar posibles confusiones.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlanini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Bigio Chrem, acordó por unanimidad que la definición de este precepto establezca que la hipoteca sólo verse sobre inmuebles.

Por consiguiente, y como queda dicho, se estima inconveniente regular la hipoteca sobre bienes muebles sujetos a registro y se ha establecido que la hipoteca sólo pueda referirse a inmuebles y no que recaiga sobre bienes registrados, como se proponía en el artículo 1117 del Proyecto de Código Civil de 1981.

Por consiguiente, y como quiera que la hipoteca debe recaer sobre un inmueble determinado, es jurídicamente posible que puedan constituirla, por ejemplo, el propietario, el nudo propietario, el superficiario, y el titular del suelo.

2. La Hipoteca es un derecho real accesorio

La hipoteca se constituye en respaldo de una obligación. De modo que la hipoteca es un derecho accesorio que, como regla general, supone la existencia de una obligación.

Por consiguiente, la hipoteca subsiste y se extingue con el crédito.

En relación a la accesoriedad de la hipoteca, Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill, prestigiosos juristas españoles especialistas en derecho hipotecario, sostienen lo siguiente:

"La hipoteca no es un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito; por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta de la del titular del crédito garantido y, por tanto, que pueda transferirse independientemente del crédito. Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción, con el crédito. Por tanto, la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte".
(*Derecho Hipotecario*, tomo IV, página 273).

De modo que la extinción de la obligación por pago, condonación, compensación, prescripción, etc., determina la extinción de la hipoteca. De la misma manera que si la obligación garantizada es declarada anulable, igualmente se extingue la hipoteca que la asegura. Ello no es sino la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

3. La Hipoteca puede ser constituida por el deudor o por un tercero

El numeral deliberadamente alude a la posibilidad de que la hipoteca sea constituida por el deudor o por un tercero.

En efecto, nada impide que un tercero ajeno a la relación obligatoria afecte un bien de su propiedad en garantía del cumplimiento de una obligación asumida por otra persona.

Sin embargo, es preciso hacer una distinción entre la situación del deudor hipotecario y la del tercero que constituye hipoteca por deuda ajena (al que la doctrina suele llamar, indistintamente, como dador de hipoteca o hipotecante no deudor), por cuanto su responsabilidad es diferente frente al acreedor.

El deudor hipotecario responde con todos sus bienes si el precio de realización del bien hipotecado no fuere suficiente; en cambio, la responsabilidad del dador de hipoteca se limita al bien que sirve de garantía. El dador de hipoteca no se convierte en deudor de la obligación por consentir en la constitución de hipoteca, sino solamente tiene la calidad de responsable y esa responsabilidad tiene su expresión concreta en el valor de realización del inmueble afectado.

Por consiguiente, el acreedor frente al deudor hipotecario puede hacer ejercicio de la denominada prenda genérica sobre sus bienes (conocida también como responsabilidad universal de sus bienes), si la venta del bien hipotecado no alcanzare para cubrir su crédito. Por el contrario, el acreedor carece de dicho derecho ante el hipotecante no deudor, que precisamente limita su responsabilidad al bien hipotecado.

En relación a la hipoteca constituida por un tercero, Guillermo A. Borda sostiene:

"Puede ocurrir que la garantía hipotecaria no sea dada por el deudor mismo sino por un tercero. Este tercero puede intervenir en el contrato como fiador obligándose personalmente o bien puede gravar un inmueble que le pertenece en garantía de la deuda del tercero sin obligarse personalmente (art. 3121). En este último caso, el tercero no tiene el carácter de fiador; no hace otra cosa que otorgar una caución real en cumplimiento de la obligación contraída por otro. Por eso mismo, no es personalmente responsable..".
(*Tratado de derecho civil*, derechos reales, tomo II, pág. 288).

4. La Hipoteca puede garantizar el cumplimiento de cualquier obligación

La hipoteca, como regla general, se constituye en respaldo de una obligación presente del deudor.

Sin embargo, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil, y como excepción, es posible constituir hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual (ver Exposición de Motivos de dicho artículo).

La obligación garantizada generalmente es de dar una suma de dinero, aunque no hay obstáculo para que se constituya en seguridad de una obligación de hacer, de una abstención o de la entrega de una cosa mueble, sólo que en éstos últimos casos el monto del gravamen debe expresarse en dinero.

5. Naturaleza jurídica: La Hipoteca como Derecho Real

La hipoteca no conlleva el traspaso posesorio del inmueble afectado. A diferencia de la anticresis, por la hipoteca no se concede al acreedor el uso ni el disfrute del inmueble otorgado en garantía.

Al respecto, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón afirman:

"La hipoteca no exige, como otros derechos reales de garantía, que se produzca un desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado. Por el contrario, su característica sustancial es que los bienes queden en poder del hipotecante a fin de que pueda continuar utilizándolos y sirviéndose de ellos, explotándolos y obteniendo sus frutos y sus rentas. La hipoteca tampoco coarta ni limita el poder dispositivo del propietario, que puede enajenar la cosa, si bien el adquirente, al que se suele llamar "tercer poseedor", recibirá, en su caso, el bien transmitido con la afección o carga real en que la hipoteca consiste y se verá en la necesidad de soportar el posible ejercicio del derecho de realización del valor por parte del acreedor hipotecario" (*Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Derecho de cosas, pág. 547).

No siendo requisito de la hipoteca el traspaso posesorio al acreedor, el deudor conserva el uso, disfrute y el poder de disposición y administración sobre el bien, toda vez que la hipoteca no constituye una desmembración de la propiedad.

Siendo el derecho real un poder jurídico inmediato que ejerce directamente el titular sobre la cosa, a primera vista pareciera que la hipoteca no sería un derecho real.

Sin embargo, debe expresarse que la hipoteca no deja de ser un derecho real por la circunstancia de que el bien permanezca en posesión del deudor y no sea entregado al acreedor.

El legislador considera suficiente conferir al acreedor hipotecario los derechos de persecución, de preferencia, y de venta del inmueble afectado, así como la publicidad obligatoria para su validez como derecho real, y no exige como requisito para su perfeccionamiento la entrega del inmueble al acreedor (situación que sólo se establece para la constitución de la anticresis).

Guillermo A. Borda sintetiza con claridad los fundamentos por los cuales considera a la hipoteca como derecho real, de la siguiente manera:

"En suma, pensamos que no puede dudarse que "la hipoteca es un derecho real. Aunque hay que "reconocer que se trata de un derecho real de "naturaleza peculiar, desde el momento que no "brinda ni la posesión ni el goce de ella. Es un "derecho real de naturaleza refinada, en donde el "poder o señorío sobre la cosa se ejerce, no a través "del contacto con ella, sino del juego de institucio- "nes jurídicas que equivalen a que el acreedor la "tenga en su poder para cobrarse de ella".
(*Op.cit.*, Derechos Reales, tomo II, pág. 220).

6. *Derecho de persecución*

La hipoteca otorga al acreedor un derecho persecutorio. De modo que si el constituyente de la hipoteca procede a enajenar

el inmueble a tercero, el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien cualquiera sea su tercer adquirente y para hacerse pago con su precio de realización.

Guillermo A. Borda, al tratar el derecho de persecución, expresa:

"Lo que verdaderamente define el derecho del "acreedor hipotecario es la posibilidad de perseguir el bien hipotecado, cualquiera sea su actual titular, hacerlo vender y cobrarse con preferencia "a los demás acreedores del producto de la venta". (*Op.cit.*, tomo II, pág. 300).

Es de notar que el hipotecante tiene el derecho irrestricto de enajenar el inmueble, no obstante que éste soporte una hipoteca. Por consiguiente, el pacto en cuya virtud se establece el vencimiento anticipado de la obligación si se transfiere la propiedad del inmueble hipotecado, es nulo por atentar contra la norma imperativa contenida en el artículo 882 del Código Civil, según la cual se establece: "No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".

7. Derecho de preferencia

La hipoteca también confiere al acreedor el derecho de preferencia, esto es, que se consagra el derecho del acreedor a una prelación frente a otros acreedores que intentaran cobrar sus créditos con el precio de subasta del inmueble hipotecado.

Marcelo Planiol y Jorge Ripert, respecto del derecho de preferencia, manifiestan:

"La cuestión del derecho de preferencia consiste "en saber en qué orden han de ser pagados los "acreedores que tengan una hipoteca sobre un "inmueble determinado. Surge una vez vendido el "inmueble, cuando se trata de proceder a la distri-

"bución del precio de la venta sobre los acreedores.
"El Derecho de preferencia supone, por tanto, un
"conflicto entre los acreedores del deudor y se
"ejercita sobre el precio del inmueble".
(*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo
XIII, Garantías Reales, pág. 216).

El derecho de preferencia se hace valer en relación a otros acreedores que pretendan concurrir al precio de realización del inmueble gravado. Por consiguiente, si sólo existiese un crédito a cargo del deudor al tiempo de la subasta, no tiene relevancia referirse a este derecho.

El derecho de preferencia está regulado por el artículo 1112 del Código Civil, a cuya Exposición de Motivos cabe referirse.

8. Venta judicial del bien gravado

La hipoteca permite al acreedor solicitar en el respectivo proceso de pago de la obligación respaldada con hipoteca, el derecho de subastar el bien gravado.

Sin embargo, es preciso destacar que la venta sólo es procedente cuando media proceso judicial y no puede ser efectuada sin que se haya debatido y reconocido debidamente el derecho del acreedor respecto de la obligación principal. Por consiguiente, en este precepto no se reconoce el derecho del acreedor a la venta extrajudicial del bien hipotecado, ni a la venta judicial sin que se discuta previamente si la obligación es exigible, si es nula, o si se encuentra extinguida o si está prescrita.

Eleodoro Romero Romaña, distinguido jurista peruano, expresa una tesis que ha servido de guía al legislador para consagrar expresamente el derecho del acreedor a la venta judicial del inmueble hipotecado.

"El código (se refiere al de 1936) guarda silencio sobre el derecho de hacer vender el inmueble
'no habiendo reproducido el artículo 2078 del código

"go derogado, que hacía mención a la subasta pública. La Exposición de Motivos explica la supresión diciendo que era innecesaria la disposición, por tratarse de un derecho elemental que tiene todo acreedor. La argumentación no satisface, porque de ser así, ¿qué explicación puede tener el artículo 996 del código que refiriéndose a la prenda, señala el derecho de pedir la venta judicial de la cosa? ¿Por qué la diferencia? Lógicamente no existe motivo que la justifique, debiendo haberse consignado la disposición en el caso de la hipoteca, si se consideró necesaria tratándose de la prenda.

"La venta judicial debe hacerse de acuerdo con los trámites que señala el Código de Procedimientos Civiles, para el juicio ejecutivo (arts. 590 y siguientes). Se entabla el juicio ejecutivo con el testimonio de la escritura de constitución de hipoteca. Se traba embargo sobre el bien. El juicio termina con la sentencia que manda llevar adelante la ejecución y, como consecuencia, se lleva a cabo el remate del inmueble".

(entre paréntesis agregado). (*Los Derechos Reales*, tomo II, pág. 462).

Es necesario precisar que la venta judicial del bien gravado puede ser promovida por cualquier acreedor hipotecario, independientemente del rango de preferencia que ostente.

Finalmente, es importante advertir que los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial no son derechos actuales del acreedor hipotecario. Dichos derechos se encuentran latentes, a la espera del vencimiento e incumplimiento de la obligación. Por tanto, no hay razón para alegar el derecho de preferencia, ni para ejercitar el derecho de persecución ni se podrá solicitar la venta judicial del bien, si la obligación no está impaga.

La situación del acreedor hipotecario, en cuanto a los derechos referidos, es distinta, por ejemplo, a la del comprador de un

inmueble, a quien le asiste el derecho a la entrega del bien, de sus accesorios y de los títulos del bien vendido, derecho que surge inmediatamente con el perfeccionamiento del contrato y no requiere de incumplimiento del vendedor.

A propuesta del doctor Roger Cáceres Velásquez —quien advirtió que sí se reconocía en la última parte del precepto el derecho del acreedor a vender judicialmente el bien hipotecado— el legislador resolvió no mantener el artículo 1010 del Código Civil de 1936, según el cual se establecía que "Pueden hipotecarse los inmuebles que pueden venderse". Dicha regla estaba reproducida en el artículo 1117 del Proyecto de Código Civil de 1981.

IV. DERECHO DE PREFERENCIA

Artículo 1112.- "Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro, salvo cuando se ceda su rango".

La regla tiene como antecedente el artículo 1015 del Código Civil de 1936, luego de la modificación que en su texto introdujo el Decreto Supremo N° 015-68-JC, de 9 de agosto de 1968, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Poder Ejecutivo por la ley 17044.

En realidad este precepto constituye una expresión concreta del principio general contenido en el artículo 2016 del Código Civil, según el cual se establece la prioridad de rango, que es la que se produce respecto de derechos sucesivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. (Ver Exposición de Motivos del artículo 2016 del Código Civil).

Si bien es verdad que cuando se trata del derecho de propiedad no pueden concurrir válidamente dos personas que aleguen derecho de propiedad sobre el mismo bien, ya que se excluyen, tal situación no sucede con la figura de la hipoteca.

En efecto, está permitido, ya que no hay impedimento legal para

ello, que el deudor hipotecario constituya dos o más hipotecas sobre el mismo bien. Igualmente y por la misma razón, pueden coexistir una hipoteca voluntaria y otra legal.

Sin embargo, es preciso destacar que los acreedores tienen prelación según la antigüedad de los asientos de inscripción de las respectivas hipotecas, y tal preferencia determina que del precio de realización del bien se pague preferentemente al primer acreedor y luego a los sucesivos.

Si el deudor constituye primera hipoteca en favor de "A" por I/. 100,000.00; segunda hipoteca a favor de "B" por I/. 300,000.00; tercera hipoteca en favor de "C" por I/. 600,000.00; y cuarta hipoteca en favor de "D" por I/. 300,000.00; y el inmueble hipotecado se realiza en subasta pública en I/. 500,000.00, debe procederse del siguiente modo:

- a) Se paga íntegramente el crédito de "A" consistente en I/. 100,000.00.
- b) Se cubre totalmente el crédito de "B" ascendente a I/. 300,000.00.
- c) Se cancela parcialmente en I/. 100,000.00 el crédito de "C", quien podrá obtener la satisfacción de la diferencia insoluta que alcanza a I/. 400,000.00 con el precio de realización de los demás bienes del deudor, si los hubieran.
- d) La obligación a favor de "D" queda insatisfecha, dada la desventaja que significa encontrarse en el último lugar y que el precio de subasta del inmueble no alcanza para cubrir todas las deudas garantizadas con hipoteca. También podrá dirigirse contra los demás bienes del deudor.

Sobre este particular es interesante reproducir la doctrina que formulan Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill:

"Principio básico en materia de hipotecas —que de tan natural lo presupone el legislador— es que sobre un bien hipotecable pueden constituirse tantas hipotecas sucesivas cuanto se quiera. Jurídicamente no existe obstáculo o tope alguno acerca del número de hipotecas que puede sopor-
tar una cosa, pues la hipoteca, como derecho real

"que no implica posesión, tenencia o contacto
"material, hace que puedan coexistir sobre una
"misma cosa multiplicidad de hipotecas, inscritas
"unas después de las otras. Si algún obstáculo
"existe es de índole práctica, puesto que no tratán-
"dose de hipotecas legales, no es de esperar que el
"propietario de una cosa gravada con hipotecas
"que absorban su valor, encuentre quien admita
"esta misma cosa en garantía hipotecaria".
(*Op.cit.*, tomo IV, pág. 491).

Debe tenerse presente que la prelación no se determina por la antigüedad de la obligación, ni por la antigüedad de la fecha del acto constitutivo de la hipoteca, en su caso, sino que la preferencia se establece por la de la fecha de su inscripción en el registro.

De otro lado, la hipoteca no adquiere el rango por la designación de primera o segunda hipoteca que se efectúe en los respectivos contratos.

De consiguiente, la llamada por las partes "primera y preferencial hipoteca", prevista en escritura pública no inscrita, no tendrá esa condición si se adelanta otro acreedor hipotecario e inscribe su hipoteca con anterioridad a aquélla.

Sin embargo, es importante tener presente que la segunda hipoteca, a pesar de inscribirse en primer lugar, puede ser considerada como segunda, si se hubiese establecido expresamente la reserva de rango a favor de otra que se inscriba con posterioridad (figura que si bien no se encuentra normada en el Código Civil está permitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad).

En doctrina se acepta la reserva de rango, siempre que:

- a) Se cuente con el consentimiento del acreedor hipotecario.
- b) Se determine el importe de la hipoteca posterior, materia de la reserva.
- c) Se inscriba en el Registro.

Debe advertirse que si bien los distintos acreedores tienen

preferencia de acuerdo a la fecha de las inscripciones de sus respectivas hipotecas, en relación al precio que se obtenga por la venta judicial del bien, el deudor no está obligado a efectuar un pago voluntario siguiendo el citado orden. De modo que puede pagar indistintamente a cualquiera, sin observar la prioridad que establezca el registro.

En lo que respecta a la cesión de rango, cuya posibilidad admite expresamente el numeral, procede remitirse a las Exposiciones de Motivos de los artículos 1114 y 1120 del Código Civil.

Finalmente, es preciso tener presente que el legislador no ha establecido excepciones al principio que consagra este precepto. Por tanto, no se ha considerado, como lo hace el Código Civil boliviano en su artículo 1394, la preferencia de la hipoteca en favor del arquitecto o contratista sobre la del vendedor o copartícipe, aunque la hipoteca de éstos se hubiera constituido con anterioridad.

V. IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A CONSTITUIR NUEVAS HIPOTECAS

Artículo 1113.- "No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas".

Este precepto tiene por objeto favorecer el estímulo al crédito y guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil, en el cual se prescribe que "no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".

Ambas normas se inspiran en la libertad de comercio consagrada en el artículo 131 de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se establece:

"El Estado reconoce la libertad de comercio e industria".

El precepto consagra, pues, el derecho del deudor a solicitar nuevos créditos con la garantía del mismo bien.

Sobre este particular Luis Díez-Picazo sostiene:

"La regla es, pues, que el derecho anterior es "preferente y de mayor rango que el posterior y "que la constitución posterior de un derecho real "de idéntica naturaleza, si bien no queda impedi- "da, y puede válida y eficazmente hacerse, no puede "limitar el derecho más antiguo".

(Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, volumen II, págs. 717 y 718).

Por consiguiente, el pacto en cuya virtud el hipotecante renuncia a su derecho de volver a hipotecar el bien es nulo en cuanto atenta contra la posibilidad de acceso al crédito, propósito que el legislador desea vigorizar, haciéndolo prevalecer, incluso, sobre la autonomía de la voluntad. Por este motivo este precepto es de carácter imperativo y no admite pacto en contrario.

VI. CESION, COPARTICIPACION Y PERMUTA DE RANGO

Artículo 1114.- "El acreedor preferente puede ceder su rango a otro acreedor hipotecario. Para que la cesión produzca efecto contra el deudor se requiere que éste la acepte o que le sea comunicada fehacientemente".

La norma contenida en el artículo 1112 del Código Civil, según la cual se establece el orden de preferencia de las hipotecas de acuerdo a la fecha de su ingreso al registro, no es de rigor absoluto ya que, dentro del libre juego de la autonomía de la voluntad, los distintos acreedores pueden efectuar convenios relativos a los rangos que respectivamente les corresponden.

De modo que el acreedor hipotecario de primer orden, esto es, el que ocupa el primer rango por haber registrado primeramente su hipoteca, puede ceder su preferencia al que ocupa un segundo lugar.

Igualmente, el primer acreedor puede ceder su jerarquía al tercer acreedor hipotecario, con el consentimiento del acreedor de

rango intermedio, o sea del segundo titular del crédito hipotecario. La permuta de rango, como es obvio, no puede perjudicar al acreedor de rango intermedio. Por ejemplo, supóngase que "A" es titular de una hipoteca por I/. 100,000.00; "B" tiene constituida a su favor una hipoteca por I/. 400,000.00; y "C" es acreedor hipotecario hasta por I/. 500,000.00, y la permuta de rango se realiza entre "A" y "C". Como quiera que tal cambio de rango importa un serio perjuicio para "B", el crédito de "C" sólo tiene preferencia ante "B" hasta por I/. 100,000.00 que era el importe de la hipoteca constituida a favor de "A". Todo ello independientemente de que en la relación interna entre "A" y "C" sea éste preferente frente a aquél.

Debe hacerse hincapié que no hay inconveniente en que la cesión de rango se pueda efectuar entre un acreedor con hipoteca legal y un acreedor con hipoteca convencional, o viceversa.

Es preciso tener en cuenta que respecto de la cesión de rango y de la permuta de rango, en su caso, no se requiere el consentimiento del constituyente de la hipoteca, por cuanto dichos actos no importan modificación alguna en el contrato de hipoteca y además porque resulta indiferente para el deudor el orden de preferencia en caso de realización del bien hipotecado.

Luis Díez-Picazo, a propósito de la cesión del rango hipotecario, expresa:

"El orden o jerarquía con que los derechos reales compatibles entre sí figuran en el registro, determinan una evidente ventaja en favor del derecho real que cuenta con un superior rango. Por ello, se ha dicho que esta ventaja tiene un valor o consistencia económica que le permite funcionar en el tráfico como un bien negociable. Se considera que el rango puede ser objeto de derechos o, por lo menos, materia sobre la que versen determinados pactos y contratos celebrados entre los particulares".
(*Op.cit.*, pág. 723).

Es interesante reproducir la doctrina de Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill, quienes afirman:

"De aquí que pueda decirse que la hipoteca "primera actúa, respecto de la segunda o posterior-
"res, a modo de una condición resolutoria, consti-
"tuyendo ello una restricción bajo la cual nace o
"surge la hipoteca de bienes anteriormente hipote-
"cados. El rango preferente de la hipoteca anterior
"provoca, pues, una importante limitación para
"las hipotecas posteriores, las cuales quedan a
"merced de las vicisitudes de aquella".
(*Op.cit.*, tomo IV, pág. 492).

La cesión del rango o del lugar de preferencia puede ser un contrato gratuito u oneroso. Aunque es preciso indicar que generalmente la cesión reporta un beneficio o ventaja económica para quien sacrifica el lugar de preferencia que le corresponde de acuerdo al registro.

Aunque la ley no regula la solemnidad escrituraria para hacer constar el contrato por el cual se transmite el orden de preferencia hipotecaria, a fin de inscribirlo en el registro deberá otorgarse escritura pública, salvo que la ley autorice lo contrario. Por consiguiente, la cesión de preferencia no será oponible a tercero si no está inscrita, en virtud del principio de publicidad negativa conforme al cual lo no publicado por el registro no perjudica a tercero.

Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle hizo llegar una sugerencia a la Comisión Revisora a fin de que la norma regule también la posibilidad de que, por acuerdo de partes, se pueda compartir el rango.

Quien escribe estas líneas expresó, en cambio, que la posibilidad de compartir el rango estaba sobreentendida en el texto del precepto aprobado, en virtud del aforismo jurídico según el cual "quien puede lo más, puede lo menos". Sostuvo que si se puede ceder el lugar de preferencia, no hay inconveniente en compartir el rango, lo que constituye un acto dispositivo menor, ya que el cedente no pierde su jerarquía sino que sólo la comparte.

De otro lado, el Presidente de la Comisión Revisora, doctor Javier Alva Orlandini, expresó que si bien estaba de acuerdo con el

convenio que podían celebrar los acreedores a fin de compartir el rango, tal acuerdo no podía perjudicar, en su caso, al acreedor de rango intermedio.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Bigio Chrem, acordó por unanimidad dejar constancia de los puntos de vista expresados por los doctores Bigio Chrem y Alva Orlandini en la Exposición de Motivos de este numeral.

La norma establece que la cesión del rango surte efecto respecto del deudor cuando es aceptada por éste o cuando le ha sido comunicada fehacientemente. Por comunicación fehaciente debe entenderse que se pone en conocimiento del deudor la cesión de forma inequívoca.

Es importante destacar que, siendo la cesión de rango un acto dispositivo, se requiere que el representante del acreedor cedente esté debidamente facultado para ello.

Si se trata de una sociedad conyugal acreedora, a cuyo favor se ha constituido una hipoteca, es imprescindible que la cesión de rango sea consentida por ambos cónyuges, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil.

Finalmente, cabe indicar que en cualquier caso que se extinga una primera hipoteca, la segunda hipoteca automáticamente adquiere el primer lugar y las hipotecas de rango posterior avanzan sucesivamente.

UN MUNDO SIN PROPIEDAD
(Análisis del Sistema de Transferencia
de la Propiedad Inmueble)

Alfredo Bullard G.

Al Dr. Jorge Avendaño V., con aprecio y admiración

1. *¿Por qué algunos deben excluir a los otros?*

En Africa, en las regiones del sur del Sahara viene desarrollándose una tragedia de dimensiones colosales. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado amenazando, en palabras del ex-Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, "... con borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos", trayendo hambre y desolación. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Pero esto no siempre fue así. Durante el Imperio Romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. No existen variaciones climáticas que puedan explicar la desertización producida desde la época romana (1).

Este cambio es atribuido por Burton a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. En la actualidad, como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes. La consecuencia final es el avance imparable del desierto. Por el contrario, durante la invasión romana existió un régimen de propiedad privada donde cada titular podía excluir a los demás del uso de la porción de tierra que se le asignaba.

(1) BURTON, John, en el prólogo de *El Mito del Costo Social*, Steven Cheung. Unión Editorial. Madrid, 1990.

Así, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba que el sobrepastoreo convirtiera su tierra en inservible (2).

¿A qué atribuir los diferentes efectos entre la propiedad común y la propiedad privada? Para ello es preciso recurrir a un concepto económico: la externalidad.

¿Qué son las externalidades? Algunos las llaman "efectos no contratados". En toda actividad humana hay ciertos costos y beneficios que son directamente asumidos por el agente del comportamiento específico. Así, cuando un agricultor cultiva la tierra recibe a cambio el beneficio de la venta de la producción que obtiene. Cuando alguien sale de cacería y por el mal manejo de su arma sufre él mismo un accidente, recibe los costos de su acción. Pero no todo costo o beneficio es asumido directamente por el agente de un comportamiento. Imaginemos una fábrica de caucho que produce llantas y que por ello contamina el ambiente ocasionando daños directos a sus vecinos. Este costo generado no es asumido por el propio agente sino por quienes sufren los daños derivados de la contaminación. Por otra parte podría suceder que un agricultor construya un canal para desviar un río, para irrigar sus tierras, y que el agua obtenida beneficie también a sus vecinos, que no han hecho ninguna inversión para ello. Estos costos y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son lo que llamamos externalidades.

No cabe duda que la interacción de la vida social hace que a cada paso nos encontremos con externalidades: mirar una mujer bonita, perder tiempo porque el carro que va delante nuestro se detiene a recoger pasajeros, el ruido que ocasiona un avión supersónico, un accidente de tránsito, el perder una función de cine porque los revendedores se nos adelantaron en comprar las entradas, etc. Casi cualquier cosa que hagamos genera beneficios y costos para terceros.

En ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes. Así, las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado.

(2) *Ibid, loc.cit.*

Pongamos el ejemplo de quien contamina con humos el ambiente para poder producir llantas. Este agente recibe un beneficio de su acción, que difiere del costo que su acción genera. Al no asumir los daños que la contaminación ocasiona a terceros habrá una tendencia a producir más llantas. Podría llegarse al caso de que el valor del daño supere el valor del beneficio que se obtiene. Imaginemos que por cada llanta producida, la fábrica recibe I/. 100,000 en beneficios pero genera I/. 150,000 en daños. Lo deseable es que no se produzcan llantas, pues cada una determina una pérdida social de I/. 50,000. Sin embargo, como el productor no asume las pérdidas producirá de todos modos las llantas sin importarle que éstas tengan un efecto social negativo al hacer el balance final. Esto es, a todas luces, ineficiente.

Como puede el lector imaginar, el Derecho puede resolver este problema. Para ello bastaría hacer responsable al productor de los daños que ocasiona. Si este último recibe beneficios por I/. 100,000 pero se ve obligado a pagar indemnizaciones por I/. 150,000, lo que antes era costo social se convierte también en costo privado. Entonces el productor sufrirá pérdidas por I/. 50,000 por cada llanta que produzca. Ello lo llevará a tomar las medidas necesarias para que los daños no se produzcan (colocará, por ejemplo, un filtro en la chimenea, que reduzca el impacto dañino de los humos), o simplemente dejará de producir las llantas.

El proceso que hemos descrito es conocido como la internalización de externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente. Regresemos al Sahara. Uno de los efectos de la propiedad común es, precisamente, el de no permitir internalizar ciertas externalidades. Esto puede ser visto desde dos perspectivas.

La primera ha sido graficada por Garret Hardin, en un trabajo titulado: *The Tragedy of the Commons*, (*La Tragedia de lo Común*). Nos pone el caso de una llanura abierta al uso de todos (es decir, sin propietario, o de propiedad de todos, que para estos efectos es lo mismo). Así, cada pastor tratará de traer a la llanura todo el ganado posible. Esto no generará problemas mientras las dimensiones de la

llanura soporten todas las necesidades del nuevo ganado. Pero conforme aparezcan más pastores comenzará a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, que los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos). El pastor tratará de maximizar sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se preguntará cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tendrá un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él se deriven, como carne, leche, cuero, etc.), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite (en un mundo que es por definición limitado). El destino es la ruina (3). Lo que sucede es que al llevar el ganado a pastar, se toma en cuenta el beneficio pero no el costo. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común (como el que existe al sur del Sahara) lleva a que los individuos usen como un bien infinito (los pastos) un bien que es finito, es decir, escaso. Así, el comportamiento no se condice con el nivel de escasez del bien.

La segunda perspectiva (y que, bien vista, no es sino la otra cara de la moneda), es descrita por Richard Posner. En un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor, que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz está listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que él pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad (4). Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad. En este caso el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) en favor de terceros y que él no va a gozar.

(3) HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. En: *Economic Foundations of Property Law*, Bruce Ackerman. Little Brown and Company. Boston and Toronto, 1975. p. 4.

(4) POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company. Boston y Toronto. 3ra. ed. 1986. p. 30.

Son varias las conclusiones que podemos extraer. La propiedad se presenta como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos. Así, por ejemplo, no existe propiedad sobre el aire porque su abundancia no lo justifica. Hay tanto, que en principio su uso no genera ninguna externalidad respecto de terceros. Esto, sin embargo, ha comenzado a cambiar. La contaminación ambiental comienza a tornar en escaso el recurso y comienza a pensarse en la necesidad de regular su uso. Ya en algunas ciudades de Japón existen casetas en las calles, en las que alguien puede "comprar", depositando algunas monedas, unas bocanadas de aire puro. Casos similares son los de la pesca o la caza, cuando la actitud depredatoria pone en riesgo de extinción ciertas especies. En realidad esto es producto de no internalizar los costos de la actividad de pescadores y cazadores, pero sí sus beneficios.

Como bien dice Demsetz, la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes. Así, la aparición de nuevas formas de derechos de propiedad puede ser asumida como la aparición de nuevos efectos beneficiosos o dañinos. Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al costo mismo de la internalización (es decir, el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad) (5). Como hemos dicho, la internalización es necesaria porque crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, el justificativo de todo sistema de propiedad.

El problema del sur del Sahara es que el sistema de propiedad vigente (es decir la propiedad comunal) no incentiva un uso eficiente de los recursos. Al actuar los habitantes de estas zonas, consideran sus beneficios pero no los costos. En términos sencillos, se comportan sin tomar en consideración el nivel de escasez de los recursos que utilizan, derivándose de ello su sobreexplotación.

De lo dicho hasta aquí podría pensarse que la propiedad privada es el sistema más deseable, pero ello no es necesariamente cierto.

(5) DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En *American Economics Review*. No. 57. mayo 1967. p. 347.

Existen sistemas de regulación social que permiten un uso eficiente de los recursos sin basarse, en sentido estricto, en la propiedad privada, por lo menos tal como la conocemos.

Por ejemplo, en las comunidades campesinas, donde gran parte de los recursos están sujetos a un uso común, se consigue un aprovechamiento eficiente de los recursos a través de mecanismos sociales, culturales y hasta familiares, de regulación de conducta. Estos mecanismos internalizan las externalidades, creando sistemas alternativos de sanción (normalmente sociales) que crean los incentivos necesarios para comportarse eficientemente. Sin embargo, este último tema, que resulta de por sí sumamente interesante, no es materia del presente trabajo.

Lo único que buscamos es analizar cuál es la regulación en nuestro sistema de propiedad privada, y cómo éste cumple o no la función de internalización de externalidades que ya hemos señalado.

2. *¿Cómo se debe excluir a los demás?*

De hecho, la existencia de externalidades es una de las preocupaciones principales frente a las que, conciente o inconcientemente, se enfrenta el Derecho y, en concreto, frente a las que se encuentra el legislador. Si las externalidades han sido definidas como los efectos no contratados de la conducta humana, y es la función del Derecho regular dicha conducta, toda decisión legal determina cómo se manifiestan las externalidades y cuáles de ellas son efectivamente internalizadas.

Uno de los errores más comunes radica en el hecho de que cuando el legislador o quien diseña alguna política gubernamental se encuentra frente a una externalidad no deseada entiende que la única forma de resolverla es a través de la intervención estatal directa. Esto, que es cierto en muchas ocasiones, no es cierto siempre. Muchas veces la intervención estatal genera costos mayores que los que genera la propia externalidad que pretende eliminar. En ocasiones una correcta asignación de derechos de propiedad hace innecesaria la intervención estatal, pues internaliza la externalidad a un costo menor. No pretendemos, sin embargo, hacer un estudio valora-

tivo sobre la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Las variables son demasiadas para ser desarrolladas en un trabajo tan simple como éste. Nuestro objetivo es más humilde: ¿es nuestro sistema coherente con la función que la propiedad privada debe desarrollar según su propia concepción? El presente trabajo se limitará, como veremos más adelante, al análisis de este aspecto en el sistema peruano de transferencia de la propiedad inmueble.

Como ya hemos visto, y en concordancia con lo que señalan Furoboth y Pejovich, un punto central es darse cuenta de que los derechos de propiedad no son relaciones entre los hombres y las cosas, sino regulaciones de las relaciones de conducta entre los hombres, que aparecen como consecuencia de la existencia de cosas y del problema de cómo deben ser éstas usadas. Los derechos de propiedad determinan normas de conducta respecto de las cosas que todas y cada una de las personas debe respetar en su interacción con otras personas. De lo contrario, se deberá soportar el costo de su inobservancia. Así, el sistema de propiedad puede ser definido como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos (6).

Torres López señala las tres características esenciales que debe cumplir el sistema de derechos de propiedad para desarrollar la función a la que ha sido llamado:

- a) Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo, el caso del aire):
- b) Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad sólo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

(6) FUROBOTH, Eirik y PEJOVICH, Svetozar. *Property Rights and Economic Theory: a Survey of Recent Literature*. En *Journal of Economics Literature*. Diciembre 1972. Vol. X, N° 4. p. 11.

- c) **Transferibilidad:** se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos (7).

Nos interesa concentrar la atención del lector en las dos últimas características. En lo que concierne a la exclusividad, ésta no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter "erga omnes", es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.

Como señala Demsetz, la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores que el costo mismo de la internalización (8). Como podemos ver, el costo de internalizar es en realidad el costo que impone el desarrollo de un sistema que permite excluir a los demás. En aquellos casos donde el costo de excluir sea superior al beneficio derivado de la propia exclusión no habrá propiedad, pues ésta se tornaría en irracional. Así sucede, a título de ejemplo, en el siguiente caso, enunciado por Burton. Si bien ha sido posible establecer un sistema privado de derechos sobre peces y otros animales marinos en criaderos artificiales, en especies como las ostras, las langostas, los robalos y lenguados (pesca cara y sedentaria), esto ha sido completamente imposible respecto de bancos de peces migratorios (9). Pensar el día de hoy en derechos de propiedad sobre este tipo de especies es una ilusión.

Como contrapartida a lo dicho, tenemos que el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible. Ello convertirá a la oponibilidad en un mecanismo más eficiente.

(7) TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987. p. 49.

(8) DEMSETZ, *op.cit.*, *loc cit.*

(9) BURTON, *op.cit.*, p. 32,

Prueba de lo dicho hasta aquí es que el grado de exclusión de la propiedad determinará que el bien adquiera un mayor valor. Si la propiedad se basara en contratos (es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir a 1,000 personas tiene un bien más valioso que aquél que sólo puede excluir a 100. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquella que permite excluir a todos los demás.

De la misma manera, también aumenta el valor del derecho de propiedad cuando éste me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Así, un derecho que permita sólo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir de ambos aspectos. Por eso, el derecho de propiedad tiene un valor superior al que tiene un derecho real de uso. En este sentido se pronuncia Pejovich, quien dice que el valor de los bienes depende del contenido de los derechos de propiedad que recaen sobre estos bienes. Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre ésta permite excluir la instalación en el barrio de estaciones de gasolina, plantas químicas, industrias molestas, etc. (10).

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que se derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta, y por lo tanto se torna en menos eficiente. La propiedad tiene que ser conocible por aquéllos que son precisamente los excluidos. Dentro de esta línea, un sistema de publicidad basado, por ejemplo, en un sistema de notificaciones a todos los demás es absurdo, sumamente costoso y por tanto indeseable. Así, surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo

(10) PEJOVICH, Svetozar. *Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property Rights*. En *Review of Social Economics*. Vol. XXX, setiembre 1972. Número 3.

en bienes de fácil identificación y de un valor significativo (como un inmueble por ejemplo). En otro tipo de bienes (como un lapicero o una camisa), pensar en un registro es irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada.

La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.

3. *¿Cómo se transmite la posibilidad de excluir?*

Hemos visto que el "quid" de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos. Aquí entra a tallar aquel carácter del sistema de derechos de propiedad que íbamos a relacionar con la exclusividad: la transferibilidad.

Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de "seguridad jurídica". Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de "compra" de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos).

En términos económicos, la seguridad en el tráfico está íntimamente vinculada con los conceptos que hemos venido desarrollando. La decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. Siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de

decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de mercado), el sistema debe estar orientado a eliminar el azar.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos (por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con un derecho real de garantía o sobre la que recaiga un usufructo y que no permitiría excluir en ciertas circunstancias al acreedor o al usufructuario, respectivamente). Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiriera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias:

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recur-

sos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.

- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propia titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Estas consecuencias de un sistema de transferencia ineficiente generan costos no deseados. Estos costos se ven a su vez maximizados por una característica típica del comportamiento económico de los individuos: la aversión al riesgo. El concepto de aversión al riesgo se contrapone con el de neutralidad al riesgo. Como señala Polinsky, la aversión al riesgo significa que los individuos toman en cuenta no sólo el valor esperado del riesgo sino la magnitud absoluta del mismo. Así, por ejemplo, una persona con aversión al riesgo, a diferencia de una persona neutral al mismo, no va a ser indiferente entre una pérdida cierta de I/. 5'000,000 y el 10% de posibilidades de perder I/. 50'000,000. En este caso quien tiene aversión al riesgo preferirá perder I/. 5'000,000 con certeza, a correrse el riesgo de estar en la situación de perder I/. 50'000,000. Para el neutral al riesgo, esto es totalmente indiferente (11). Esta característica del individuo se refleja claramente en la formación y entrenamiento que recibimos los abogados. En general estamos preparados para comportarnos como si tuviésemos una exagerada aversión al riesgo cuando aconsejamos a un cliente. Por ejemplo, cuando hacemos un estudio de títulos antes

(11) POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown and Company. Boston and Toronto. 6ta. reimpresión, 1983. p. 51.

de una compraventa solemos "asustar" a nuestro cliente, mostrándole las posibles consecuencias de una imperfección en los títulos, por más que la posibilidad que la eventualidad que pueda generar el riesgo se presente, pueda casi ser reducida al absurdo. Incluso, en estas circunstancias muchas veces aconsejamos que no se realice la compra hasta que los títulos no hayan sido saneados. Ello ha hecho que nos ganemos la fama de "trabar" las operaciones de intercambio comercial e inmobiliario.

La aversión determina que el individuo no tome en cuenta la magnitud racional del riesgo, sino que tienda a exagerarlo, deformando los presupuestos de base mediante los cuales se orientan las decisiones económicas. Grafiquemos esto con un ejemplo. "X" es propietario de una casa que es deseada por "A" y "B". "A" es neutral al riesgo y "B" tiene aversión al mismo. "A" valoriza la casa en 90 y "B" en 100. En este sentido lo deseable, por ser lo económicamente eficiente, es que sea "B" el que la compre, pues valoriza el bien más que "A" (y por tanto, se puede presumir que habrá una asignación del recurso a su uso más valioso). Imaginemos ahora que el precio fijado por "X" sea igual a 60. Imaginemos también que no existe un registro público que de certeza a nuestra adquisición, por lo que existe estadísticamente un 30% de posibilidades que la transferencia de propiedad no sea perfecta (porque, por ejemplo, no tenemos cómo saber si "X" le vendió previamente la casa a un tercero). Tanto "A" como "B" van a "castigar" su valorización de la casa si es que se comportan como individuos económicamente racionales. Este "castigo" es producto de la incertidumbre que la adquisición del inmueble genera.

El resultado es que "A" estará dispuesto a pagar como precio 63 ($90 - 27 = 63$, siendo 27 el 30% de la valorización de 90 hecha por "A"). Siendo esta cifra mayor que el precio fijado por "X", habrá acuerdo ("A" estaría ganando 3, es decir $63 - 60 = 3$), y por tanto se concretará la operación de compraventa. El comportamiento de "A" grafica claramente su neutralidad al riesgo: el "castigo" en su valorización refleja la magnitud estadística del riesgo asumido. Pero veamos que pasa con "B". Por efecto de la aversión al riesgo va a castigar el precio en un porcentaje mayor a la magnitud estadística del riesgo. Digamos que sólo estaría dispuesto a comprar el inmueble si el precio resulta siendo inferior a un "castigo" de su valorización en 45%. Los 15

puntos porcentuales adicionales al castigo que hace "A", reflejan el costo de su riesgo, o dicho de otra forma, cuánto estaría dispuesto a recibir por correr un riesgo de 30% de quedarse sin su adquisición. El resultado es que sólo estará dispuesto a pagar 55 ($100-45=55$, siendo 45 el 45% de la valorización de 100 hecha por "B"). Siendo esta cantidad menor al precio fijado por "X" (y a lo que está dispuesto a ofrecer "A"), "B" no comprará el bien, pues esta operación le significaría a "X" una pérdida estimada de 5 ($60-55=5$), a pesar que en términos absolutos pudo ser la solución más eficiente.

Cambiamos ahora uno de los supuestos. Asumamos que existe un sistema registral confiable que nos da un 100% de certeza. La propiedad de "X" aparece inscrita en Registros Públicos, y el sistema legal le garantiza tanto a "A" como a "B" que si compran el inmueble su adquisición será inatacable, es decir, podrán excluir efectivamente a todos los demás. En este supuesto, el hecho que "A" sea neutral al riesgo y "B" tenga aversión al mismo no tiene ningún efecto. Esta situación nos es indiferente. Hay seguridad, desaparece la incertidumbre, y el azar deja de ser un mecanismo de asignación de recursos. La decisión económica se torna completamente racional. Así, será "B" (quien valoriza más la casa) quien finalmente la comprará. Esta solución es la más eficiente, pues lleva a una correcta asignación de los recursos, permitiendo que la propiedad cumpla la función que le corresponde e internalice las externalidades.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

- a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivados del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Sólo a partir de que el adquirente

recibe la facultad plena de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en ciertos criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien), y de un relativo bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

4. *¿Transmite el sistema peruano la facultad de excluir?*

Un mundo en el que nadie puede excluir a nadie es un mundo sin propiedad. Es un mundo plagado de externalidades no internalizadas, y por tanto un mundo económicamente ineficiente y disfuncional. Nuestro Código Civil ha tomado como punto de partida la necesidad de la existencia de derechos de propiedad y, por tanto, ha asumido darle a la propiedad la función descrita hasta este punto. La pregunta que cabe hacerse es si la regulación del Código es coherente con la ideología que lo inspira. Podríamos embarcarnos en una inacabable discusión en torno a la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Para unos, la propiedad privada es la clave en la solución de todos los problemas económicos que la convivencia humana plantea. Para otros, el diseño liberal de propiedad privada tiene una serie de limitaciones para resolver muchos de nuestros problemas, e incluso nos plantea problemas nuevos, pero no dejan de

reconocer que es un sistema que puede tornarse en deseable si es que se toman ciertas medidas correctoras y se es conciente de las limitaciones que tiene. Finalmente, para otro grupo la propiedad privada es la fuente de todos los males de la sociedad moderna. Esta discusión, plagada de determinantes valorativos y no exenta de dogmatismo, es ajena a la intención de este trabajo. Sólo buscamos hacer un análisis de la coherencia (o incoherencia) que tiene nuestro sistema. Este parte de ciertas premisas y asigna ciertas funciones a determinadas instituciones. Pero en el "camino" legislativo estas funciones se disipan en una serie de discusiones "kafkianas", de doctrinas confusas y abstractas, de razonamientos circulares y conceptos sobrenaturales que cobran inusitada vida propia. Nuestro propósito es buscar, de una manera concientemente superficial, cuánto de coherencia se ha perdido en este tránsito por el "Paraíso de las Ideas Jurídicas" y que se encuentra, como todo paraíso, tan lejos de la realidad.

Nuestro Código Civil habla de la propiedad, dedicándole el Título II del Libro V (artículos 923 a 998), sin perjuicio de otros varios artículos dispersos en otras partes del mismo cuerpo legal. Además existen innumerables disposiciones contenidas en una serie de otras normas (leyes urbanas, reglamento general de construcciones, leyes agrarias, normas sobre propiedad horizontal, etc.). Así, la propiedad atraviesa nuestro sistema y es quizás la columna vertebral del derecho patrimonial privado.

Uno de los puntos más importantes es el que concierne a los bienes inmuebles. Toda actividad humana requiere de un ámbito, de un espacio geográfico donde llevarse a cabo. La vivienda, la producción industrial, la agricultura, la educación, la recreación, etc, requieren de inmuebles y, por tanto, de derechos de propiedad que por medio de la facultad de exclusión permitan a los individuos asignar estos recursos escasos (que son la tierra y las edificaciones) a sus usos más valiosos. Esto nos lleva a aplicar el marco general desarrollado en los puntos anteriores al régimen de transmisión de la propiedad inmueble.

En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

Artículo 949 .- La sola obligación de enajenar un inmueble

determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para excluirlos de la relación. Si el artículo 949 fuese el único referido para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Imaginemos al cliente que acude a un estudio de abogados y le pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario del inmueble que desea comprar. Imaginemos que el abogado se limita a leerle y explicarle el texto del artículo 949. El cliente, confiado en que el simple contrato lo hará propietario, sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el poder judicial le da la razón a la otra parte.

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcio-

namiento del Derecho en la realidad. En el transfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado "propiedad"? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama "propiedad", que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta "propiedad" es una propiedad relativa (lo que en sí mismo es un contrasentido), pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un "adquirente" posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta (y que se grafican claramente en la expresión "esto es mío", lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más) y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código.

No quisiéramos desarrollar aquí toda la controversia surgida alrededor del llamado concurso de acreedores (en particular al alcance del artículo 1135 del Código Civil), ni de la aplicación de las normas registrales pertinentes (en especial los artículos 2014, 2016 y 2022). Sólo quisiéramos dar un panorama general a fin de determinar lo relativo de su aplicación y, por ende, de su eficacia.

A nuestro entender las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta con un signo de cognoscibilidad objetivo que indique con claridad el momento en que la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. Este signo es, tratándose de bienes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el 949 se refería a una "propiedad relativa", pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

Algunos tratan de identificar en el artículo 1135 una relación de preferencias hechas por el legislador para premiar la diligencia. Esta es una verdad a medias. Veamos el texto del artículo 1135:

Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Si bien es cierto que el sistema está diseñado para proteger el comportamiento racional del individuo, su función principal es determinar un marco de seguridad jurídica a terceros (potenciales adquirentes), sobre todo en lo que respecta a la protección del primero que inscribe el bien. Así se elimina el riesgo y con ello se facilita la transmisibilidad del derecho a excluir. Gracias a este artículo (y a algunos otros del Código), la transferibilidad le da la mano a la exclusividad (características infaltables para internalizar las externalidades y permitir que la propiedad cumpla su función económica y social). El segundo de los criterios escogidos (documento de fecha cierta anterior) se refiere a un valor distinto. Cuando ninguno de los acreedores en conflicto ha alcanzado a constituir un signo de cognoscibilidad, el Código acude a la certeza en la antigüedad del título. Esto tampoco se relaciona directamente con la diligencia. La fecha cierta podría aparecer como consecuencia de un hecho ajeno a las partes (por ejemplo, la muerte de uno de los otorgantes del instrumento, que le da fecha cierta al momento de la muerte; la incorporación del documento a un expediente; etc.) y no necesariamente como efecto de un comportamiento diligente de uno de los acreedores. Por tanto, el problema es otro.

El artículo 1135 tiene innumerables defectos (que son más una consecuencia de la incoherencia y falta de concordancia en el sistema) y que no es el caso enumerar. Sólo quisiéramos destacar que este artículo nos deja en la incertidumbre de cuál es el signo de cognoscibilidad que nos permite transmitir la facultad de exclusión de los inmuebles no registrados. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que uno de los argumentos utilizados para descartar el proyecto planteado por Avendaño (respecto a la distinción entre bienes

registrados y no registrados), fue la gran cantidad de bienes inmuebles no registrados que existen en el Perú. El proyecto mencionado daba precisamente la solución a este problema: concedía el carácter de signo de reconocibilidad a la posesión. El sistema tal como quedó planteado olvida por completo a los propietarios de los inmuebles no registrados.

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto por el artículo 1135. Así, conceden a la inscripción la calidad de signo de cognocibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos:

Artículo 2014 .- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Artículo 2016 .- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

Artículo 2022 .- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

No quisiéramos extender demasiado este trabajo analizando de manera exhaustiva las contradicciones y problemas que estos artículos plantean. Sólo nos interesa graficar la idea general: a fin de cuentas es la inscripción del derecho lo que le da a la propiedad (y por tanto a la facultad de exclusión) el carácter absoluto. Es a partir de este momento que las externalidades son internalizadas, surgiendo los incentivos necesarios para explotar productivamente el bien sin llegar a una sobreexplotación del mismo. Es recién entonces donde el

sistema logra que deje de existir, de alguna manera, "un mundo sin propiedad".

Sólo quisiéramos mencionar un problema de interpretación del artículo 2014. Este exige buena fe, pero cabe preguntarse hasta cuándo es exigible esta buena fe: ¿hasta el momento de celebración del contrato o hasta el momento de la inscripción? Algunos se han inclinado por esta última interpretación que nosotros no compartimos. La buena fe, en este sentido, es el conocimiento de la inexactitud del registro. Lo que puede suceder, por ejemplo, es que Pedro acude al registro y constata que Juan aparece inscrito como propietario, sin tener conocimiento que el propio Juan vendió el mismo inmueble a Federico con anterioridad. Confiando en la información con la que cuenta Pedro, celebra el contrato de compraventa, teniendo en este momento buena fe. Resulta que momentos después de celebrar el contrato (e incluso de pagar el precio), el propio Juan le cuenta acerca del contrato que tenía celebrado con Federico. A pesar de ello, Pedro consigue inscribir su derecho antes que Federico. Si interpretamos que la buena fe debía subsistir hasta la inscripción, Federico podría hacer primar su adquisición argumentando que Pedro tuvo mala fe al momento de la inscripción. A nuestro entender, esto es irracional. Un sistema coherente que dé seguridad a los adquirentes, eliminando como consecuencia los efectos de la aversión al riesgo, debe dar esta seguridad al momento en que se adopta la decisión económica. Es en ese momento donde el individuo hace la evaluación de sus costos y beneficios y puede predecir las consecuencias de sus actos. Y es en ese momento donde su ignorancia de una compraventa anterior resulta trascendente. De lo contrario, tendríamos nuevamente que su decisión queda sujeta al azar de enterarse o no, incluso de manera accidental, de la existencia de una compraventa anterior, con posterioridad a la celebración del contrato.

Queremos destacar que la buena fe al momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho, y podría ser que un tercero logre esto antes. Pero éste ya es un riesgo calculable. Corresponde al interesado tomar las medidas necesarias para garantizar su derecho. Pero el conocimiento de la inexactitud del registro (que, en sentido estricto, no es tal, pues el registro nos da siempre información exacta respecto de quien puede transmitir la facultad de exclusión absoluta), no puede

cambiar las bases racionales de la decisión económica del adquirente. Hacerlo implicaría cerrarle la puerta principal a la irracionalidad, pero dejarla entrar por la ventana.

De esta somera revisión parecería que, sin perjuicio de algunas imperfecciones, el sistema de transferencia de propiedad inmueble parece coherente con la función económica de la propiedad privada. Ello es, sin embargo, sólo un espejismo.

5. *La posesión como vehículo de la facultad de excluir*

Como vimos en el punto 3 del presente trabajo, existían tres requisitos que debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad:

- a) Que la propiedad esté reconocida objetivamente en el derecho positivo.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva de un titular a otro la posibilidad de excluir a todos.
- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognocibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir.

De la revisión del punto 4 de este trabajo parece deducirse que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble cumple con los tres requisitos. La propiedad aparece reconocida expresamente en el artículo 923 como aquel derecho que faculta al titular a excluir a los terceros del uso, disfrute y disposición del bien. Por otra parte, la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 parecería cumplir con los otros dos requisitos. Así, se designa como signo de reconocibilidad al registro y se concede a éste el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros. El sistema parece haber cerrado el círculo.

Imaginemos nuevamente al cliente que acude al abogado para preguntarle desde cuándo será propietario del inmueble que preten-

de comprar. El abogado, conocedor del rol meramente decorativo del artículo 949, le indica a su cliente que recién podrá sentirse seguro de su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, previo estudio de títulos a fin de verificar que no existan causales de anulación, rescisión o resolución que consten en registros públicos (siguiendo lo que indica el artículo 2014). Para ello el abogado obtiene copia de los respectivos asientos registrales, así como de todos los demás títulos y documentos pertinentes. Luego de un cuidadoso estudio determina que no existe vicio alguno en los últimos 30 años (período establecido para la prescripción larga, de acuerdo al artículo 950 que deberá concordarse con el artículo 2122 hasta el 14 de noviembre de 1994), por lo que aconseja a su cliente que proceda a la compra del inmueble, recomendándole ciertas medidas contractuales a fin de garantizar su derecho hasta la inscripción (12). Efectivamente, el cliente celebra el contrato de compraventa, consigue inscribirlo y en consecuencia se siente totalmente seguro con su adquisición. Cuando acude a ocupar el inmueble se encuentra que el mismo está ocupado por un tercero, el mismo que le indica que vive ahí hace más de 30 años. Cuál no será la sorpresa del cliente cuando unos días después de su compra recibe una notificación judicial en virtud de que el ocupante ha iniciado un procedimiento a fin de que se declare que ha adquirido por prescripción el inmueble. El juez finalmente le da la razón al ocupante, en virtud a lo que dispone el artículo 952:

Artículo 952 .- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

El segundo párrafo de este artículo es central en lo que concier-

-
- (12) Debe tenerse en cuenta que el plazo de treinta años (o diez, a partir del 14 de noviembre de 1994) se explica porque, en caso que en la cadena de transmisiones de propiedad aparezca algún vicio anterior al inicio de este plazo, esto poco importaría, pues el poseedor actual igual hubiese adquirido ya por prescripción, saneándose cualquier deficiencia. Así se evita lo que se conoce como la "prueba diabólica" y que no es otra cosa que la necesidad de probar una cadena incuestionable de adquisiciones desde los orígenes del bien para legitimar al propietario.

ne al sistema de transferencia de propiedad. Los abogados, al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble, revisamos la información que consta en Registros Públicos en los últimos treinta años, y si no encontramos ningún defecto consideramos que la adquisición que se haga será perfecta. Esto es un error. No podemos confundir treinta años (a partir de noviembre de 1994 serán sólo 10) de *posesión*, con treinta años de mantener un determinado status registral. Se adquiere por prescripción cuando alguien ha poseído por treinta años un inmueble, es decir, cuando se ha comportado como propietario por todo este período de tiempo. Para comportarse como propietario (es decir, para ejercer de hecho uno o más de los atributos de la propiedad) no bastan meros actos de disposición inscritos en los registros públicos. De lo contrario, el segundo párrafo del artículo 952 carecería por completo de sentido. Así, no cabe argumentar que la celebración de contratos constituyen en sí actos posesorios (ejercicio de la facultad de disposición). Hacerlo implicaría aceptar que si treinta personas celebran contratos sobre un mismo inmueble tendremos treinta poseedores. La posesión implica una inmediatez física o jurídica al bien, que no se da por la simple inscripción de una transferencia.

Existen básicamente dos tipos de relaciones que se establecen entre la prescripción y la inscripción registral. Podemos estar frente a una prescripción "*secundum tabulas*" o a una "*contra tabulas*". La prescripción "*secundum tabulas*" se da cuando el poseedor que arguye haber adquirido por prescripción no sólo ha tenido la posesión física del inmueble (sea por propia posesión o utilizando la facultad contenida en el artículo 898 para sumar los plazos posesorios), sino lo que podríamos llamar una "*posesión*" registral. Así, la historia registral coincide con la historia de los antecedentes de las operaciones de transferencia mediante las cuales llegó a poseer. Ello, obviamente, sólo será importante si el poseedor actual tiene mala fe. Si el poseedor actual tuvo al momento de su adquisición buena fe, estará amparado, según el caso, por el 1135 o por el 2014. Cuando la prescripción sigue la misma línea posesoria que aparece descrita en registros públicos, los estudios de títulos tal y como fueron efectuados por el abogado de nuestro último ejemplo serán útiles. El problema es cuando nos encontramos con una prescripción "*contra tabulas*", es decir, una línea posesoria completamente distinta a la línea de transferencia de propiedad que aparece en los Registros Públicos.

Esto es lo que le pasó al cliente de nuestro ejemplo. En este caso los estudios de títulos, tal como se hicieron, carecen de toda utilidad. El registro nos lleva a una conclusión equívoca si tenemos en cuenta que el segundo párrafo del artículo 952 consagra en nuestro sistema la adquisición "contra tabulas". Este equívoco es atribuible a que el registro sólo nos cuenta una parte de la historia, pero no nos cuenta lo más importante: quién está poseyendo efectivamente el inmueble. El efecto final es que el registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado treinta años de posesión (directamente o por suma de plazos posesorios), o que a partir del 14 de noviembre de 1994 ha sumado diez años. Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognocibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto.

Consecuencia de lo dicho es que en una transferencia de propiedad puede ser que la tradición sea un hecho mucho más importante que la inscripción. Si alguien tiene la posesión actual del inmueble y puede sumar treinta años para atrás, podrá siempre argumentar que ha adquirido por prescripción. Puede darse el caso de que alguien, amparándose en el registro, inscriba su adquisición con posterioridad a la fecha en que el poseedor pueda argumentar que ya adquirió por prescripción. Algunos pueden pensar que ello convierte en propietario a quien inscribe su derecho (al amparo del artículo 2014), y que, por tanto, el poseedor pierde la propiedad que adquirió por "usucapion". Esto, a nuestro entender, es un error. Quizás en el preciso instante de la inscripción tengamos un nuevo propietario, pero inmediatamente después, en el instante siguiente, el poseedor actual vuelve a adquirir por prescripción, pues puede volver a sumar treinta años.

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción "contra tabulas" son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognocibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema. Esto no sólo puede tener un costo en términos de eficiencia sino, incluso, en términos de equidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 952 nos dice es que, al adquirir un inmueble,

debemos preocuparnos más por quien esté poseyendo que por quien aparece con derecho inscrito en los Registros Públicos e, incluso, debemos dar más importancia a la tradición que a la inscripción de nuestra transferencia. Así, si otro subadquirente inscribe antes que nosotros podremos, como último recurso, argumentar que hemos adquirido por prescripción, pues podremos recurrir a la suma de plazos posesorios.

Algunas legislaciones han podido conciliar la prescripción "contra tabulas" con la seguridad registral, relativizando este "efecto fantasma" (13) que el segundo párrafo del artículo 952 ha traído a nuestro sistema. Tal es el caso del sistema español. Producida la inscripción de una transferencia en los Registros Públicos, se suspende inmediatamente, y por el plazo de un año, el efecto de la prescripción. Así, el nuevo adquirente tiene un año para interponer las acciones pertinentes contra el poseedor. Pasado este plazo la prescripción retoma sus efectos y, por tanto, el poseedor actual podrá solicitar que se le declare propietario, acceder al registro y cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. En nuestro sistema esto no existe, por lo que debemos entender que no se da el efecto suspensivo y, en consecuencia, quien adquiere por prescripción tiene siempre un mejor derecho que quien adquiere por registro.

El efecto final es que el registro no concede una facultad de exclusión absoluta pues, a fin de cuentas, no permite excluir al poseedor actual, que puede sumar plazos posesorios para completar el período requerido para adquirir por prescripción. Por el contrario, se sobredimensiona el rol de la posesión como signo determinante de seguridad en toda operación de transferencia.

6. *Reflexión final*

El Derecho está, sin duda, atravesado por complejos debates

(13) Le damos esta denominación (efecto fantasma) para ilustrar el hecho de que fue incorporado inconcientemente por el legislador. Evidentemente, no era parte del diseño general del sistema de transferencia de propiedad inmueble el darle a la posesión un efecto de oponibilidad superior al que tiene el registro, pero éste fue el resultado final del segundo párrafo del artículo 952, concordado con las demás normas pertinentes.

valorativos, por dogmas que se discuten y por discusiones que se convierten en dogmas. Ello hace que en su seno no existan respuestas únicas y que, por regla general, el Derecho sea el campo de lo opinable. Estamos, pues, ante un instrumento puesto al servicio del hombre para alcanzar la convivencia con otros hombres. Evidentemente la idea que tengamos de lo que puede ser convivencia será distinta según sean distintos los valores que nos inspiren. Pero existe un criterio del que nadie podrá escapar y al que no se puede renunciar. Ese criterio es la coherencia.

El Derecho debe ser un sistema coherente. A veces eso es difícil si tomamos en cuenta que el Derecho no es sino un reflejo de la realidad social y, por tanto, es complejo, cambiante y muchas veces impredecible.

Un sistema que consagra formalmente la propiedad pero que en su diseño determina la existencia de "un mundo sin propiedad", es una incoherencia. Nuestro sistema peca de una incoherencia menor pero que no por ello deja de ser grave. Se relativiza un, de por sí, ya débil sistema registral, y con ello se introduce incertidumbre y falta de seguridad al mercado inmobiliario de bienes. Las ventajas que tiene la propiedad como mecanismo de internalización de externalidades se desperdician sin que exista otro objetivo que lo explique y justifique. Quizás aquí podamos encontrar una de las tantas causas de que nuestro mercado inmobiliario no haya tenido un desarrollo dinámico e, incluso, de la aparición de grandes sectores de informalidad en nuestra economía que tratan, muchas veces con éxito, de frenar el avance del "Sahara" de nuestro subdesarrollo.

La incoherencia del Derecho no es otra cosa que la traición al más importante de sus fines: el logro de la convivencia social. Podremos tener discusiones sin fin sobre qué es la justicia, pero no nos cabe la menor duda de que un Derecho incoherente es un Derecho injusto.

LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DE LOS BIENES MUEBLES INCORPORALES EN EL CODIGO CIVIL

Miguel Torres Méndez

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el título de la propiedad, en el sub-capítulo referente a la transmisión de la propiedad, el artículo 947 del Código Civil establece que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Se trata de la regla de transferencia de propiedad aplicable al caso de bienes muebles corporales, o como propiamente prescribe el citado artículo: "cosa mueble".

Como se sabe, dentro del género o concepto de "bien" se distinguen a su vez dos categorías o especies del mismo, que son: bienes corporales o "cosas" y bienes incorporales o "derechos". La diferencia estriba lógicamente en que los primeros, las cosas, tienen una corporeidad o materialidad que les da una tangibilidad concreta; mientras que los segundos, los derechos, carecen por completo de corporeidad, por lo que no son, pues, materiales ni tangibles.

Raymundo Salvat explica bien esta diferencia de la siguiente manera: "Al definir el dominio, el Código Civil nos dice que este derecho recae sobre objetos materiales (art. 2506); pero como lo hemos dicho anteriormente, existe también una serie de propiedades de un carácter especial, que recaen, no sobre objetos materiales, sino sobre creaciones del espíritu o de la inteligencia del hombre. Son las siguientes: 1º la propiedad de las obras científicas, literarias y artísticas; 2º la propiedad de los inventos; 3º la propiedad de las marcas; 4º la propiedad de los dibujos o modelos industriales, materia que en

nuestro derecho no ha sido especialmente reglamentada. Todas estas propiedades recaen sobre objetos diferentes, pero presentan un rasgo común: recaen sobre algo inmaterial o incorporeal, porque este objeto no es el libro o la obra producida, el invento, la marca o el establecimiento, sino la creación, el trabajo que ellos representan" (1).

Jack Bigio Chrem hace lo mismo al explicar qué tipo de bienes pueden venderse: "Con arreglo al artículo 1529 del Código Civil de 1984 pueden venderse no sólo las cosas materiales, sino también, los derechos incorporeales. Ello se desprende de la sustitución del vocablo "cosa" empleado en el artículo 1383 del Código Civil derogado, por el término "bien", que tiene mayor alcance, y que es utilizado en el artículo 1529 del nuevo texto civil" (2).

Así, son bienes corporales, por ejemplo, son cosas, un automóvil, una casa, un vestido. Es claro apreciar en ellos que gozan de corporeidad o materialidad y por ende son tangibles. Por el contrario, son bienes incorporeales, son derechos, los derechos de autor, de inventor, de patentes, las marcas. Es claro también apreciar en ellos que no gozan de corporeidad o materialidad, por lo que no pueden ser, pues, tangibles.

El artículo 947 del Código Civil no ofrece, pues, dificultad alguna, por cuanto tratándose de bien mueble corporal o "cosa mueble", como acertadamente prescribe la norma, no habrá problema en aplicar este modo de transferencia de propiedad consistente en la "tradición".

El problema se presenta para los bienes muebles incorporeales, dado que es evidente que es imposible aplicar para ellos la tradición o entrega debido a su incorporeidad. ¿Cuál será el régimen de transferencia de propiedad entonces para este tipo de bienes muebles?

(1) SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Tomo I, Buenos Aires 1927, p. 629.

(2) BIGIO CHREM, Jack. *La Compraventa y la Trasmisión de Propiedad*. En: *Para Leer el Código Civil*, Tomo I. Lima 1984, pp. 200 y 201.

El objeto del presente trabajo consiste en hallar una solución adecuada al problema planteado.

II. POSIBLE REGIMEN DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

La solución al problema planteado no puede consistir en otra cosa que en hallar el posible régimen de transferencia de propiedad aplicable a este tipo de bienes. Esto en vista de que el vigente Código Civil ha omitido regular dicho régimen. Tal como se ha podido apreciar, en el sub-capítulo relativo a la transmisión de la propiedad el Código Civil sólo se ocupa de regular el régimen de transferencia de propiedad de las cosas, no existiendo norma alguna en dicho Código que regule dicho régimen para los derechos.

La determinación del régimen de transferencia de propiedad aplicable a estos bienes es de singular importancia, debido a que es obvio darse cuenta que de alguna manera debe operarse esta transferencia. Por supuesto que ante este vacío legal el transferente y adquirente de un derecho o mueble incorporal pueden pactar o establecer el régimen que deseen o juzguen conveniente, caso en el cual, pues, no habrá ningún problema. Pero el problema precisamente se presenta en el caso en que las partes no hayan establecido régimen alguno, sino que simplemente se han limitado a celebrar el título dispositivo correspondiente. En este último caso, es pues indispensable saber o determinar de qué manera se va a transferir el derecho de propiedad. ¿De qué manera el adquirente va a exigirle al transferente que le transfiera la propiedad del derecho o mueble incorporal sobre el cual han contratado? O, lo que es lo mismo, ¿de qué manera el transferente debe cumplir con la transferencia de propiedad de ese bien?

La determinación del régimen de transferencia de propiedad para este tipo de bienes es, pues, de radical importancia, porque de no hallarse dicho régimen sencillamente la propiedad de los mismos no podrá transferirse.

Se sabe asimismo que el vigente Código Civil peruano ha adoptado para la transferencia de propiedad el Régimen del Título y el Modo. Este régimen consiste en que la transferencia de propiedad se da a través de dos actos: el título y el modo.

Es Raymundo Salvat quien define didácticamente ambas instituciones de la siguiente manera: "..., hay que distinguir el modo y el título: el primero sería el hecho o acto que da nacimiento a la adquisición; el segundo sería el acto jurídico que algunas veces se encuentra como antecedente del hecho o acto de adquisición" (3).

Fernando López de Zavalía modernamente complementa estas definiciones de la siguiente manera: "... título, es decir acto que por sí solo no transmite el dominio, pero que sirve mediatamente para ello, al explicar y justificar el modo, dándole su razón de ser" (4). Para luego seguir afirmando: "El modo, es en cambio, el acto que sirve inmediatamente para la transmisión del dominio" (5).

En este régimen se distingue, en consecuencia, el título de adquisición y el modo de adquirir, de tal manera que sólo reunidos el título y el modo se adquiere el derecho de propiedad.

Este ha sido el régimen que ha adoptado el vigente Código Civil al establecer en el artículo 947 que la adquisición de la propiedad de las cosas muebles se perfecciona con la tradición; y la de los inmuebles, por aplicación del artículo 949, por la obligación de transferir (el título), que cobra efecto traslativo (el modo).

Esta situación puede llevar a pensar que como el Código Civil adopta el Régimen del Título y el Modo sólo para las cosas o muebles corporales, para los derechos o muebles incorpóreos necesariamente, entonces, se tiene que aplicar un régimen de transferencia de propiedad distinto. Tal hipótesis llevaría a concluir, en consecuencia, que el régimen de transferencia de propiedad de estos bienes no es otro que el consensualista; esto en virtud de que para dicha transferencia sólo existen dos regímenes: el materialista y el consensualista. De tal manera que, por descarte, si no le es aplicable el régimen

(3) SALVAT, Raymundo, *op.cit.*, Tomo I, p. 391.

(4) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando. *Teoría de los Contratos*. Tomo 2, Buenos Aires 1985, p. 28.

(5) *Ibidem*.

materialista, en consecuencia, el único que le es aplicable es el consensualista.

El régimen materialista no es otro que el Régimen del Título y el Modo, que ya se ha explicado. El régimen consensualista, por el contrario, consiste simplemente en que la propiedad se transfiere por el solo acuerdo o consentimiento de las partes, sin requerirse de otro acto adicional. Legislaciones civiles como la francesa, italiana y portuguesa adoptan este régimen consensualista, al que también se le conoce con el nombre de "espiritualista".

Se debe aclarar que no es exacto afirmar que en el régimen consensualista título y modo se confundan o sean lo mismo, con lo que se daría a entender que este régimen forma parte del régimen del título y el modo, lo cual, pues, no es correcto. Así, Jack Bigio Chrem incurre en esta situación al explicar el sistema consensualista adoptado por el Código Civil Francés: "En la legislación francesa, que acepta la transmisión de la propiedad por la sola fuerza de las convenciones, esta distinción, al menos en las relaciones entre las partes contratantes, carece de interés y aplicación práctica: el modo y el título se confunden; la venta, la donación y la permuta, son a la vez el uno y el otro" (6).

En el régimen consensualista no hay título y modo que se confundan, porque en él no es necesario que se den dos actos para que opere la transferencia de propiedad, como ocurre en el Régimen del Título y el Modo; la propiedad se transfiere mediante un solo acto: el acuerdo de voluntades.

Ahora bien, se debe señalar que no resulta correcta la tesis según la cual, por descarte, el régimen de transferencia de propiedad aplicables a los muebles incorpóreos sea el consensualista. Esto porque, como se sabe, en el vigente Código Civil peruano los contratos de enajenación no son traslativos de dominio, sino meramente obligacionales. Es decir, la compraventa, permuta, donación y mutuo no son suficientes, como acuerdo de voluntades o contrato, para transferir el derecho de propiedad. Estos contratos, lo único que generan o crean es la obligación de transferir el derecho de propie-

(6) BIGIO CHREM, Jack. *Op.cit.*, p. 200.

dad, mas no lo transfieren por sí mismos (artículos 1529, 1602, 1621 y 1648, respectivamente).

Por lo tanto, estos contratos sólo son el título para adquirir y será necesario entonces de otro acto para que opere la transferencia de propiedad, el cual no puede ser otro que el modo de adquisición, es decir, el modo con el cual finalmente operará dicha transfeencia. El régimen de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporales no puede ser otro, pues, que el Régimen del Título y el Modo y no el régimen consensualista.

Se debe interpretar, en consecuencia, el término "cosa" utilizado por el artículo 947 del Código Civil, en sentido amplio y lato, y considerar que la norma se refiere con dicho término al "bien" en general; con lo cual están contemplados dentro de esta norma tanto los muebles corporales como los incorporales.

Esta situación podría llevar a pensar igualmente que la tradición o entrega dispuesta como modo por el artículo 947 es, pues, sólo aplicable, por su naturaleza, a los muebles corporales; y que, por lo tanto, será la legislación especial la que establezca el modo para los muebles incorporales. Esto debido a que la citada norma establece como salvedad o excepción lo que disponga una norma legal distinga, al prescribir textualmente: "..., salvo disposición legal diferente". Y también, a que los muebles incorporales son derechos para los cuales, por carecer precisamente de corporeidad, existen registros especiales en los cuales se publicita adecuadamente su titularidad.

De esta manera, podría pensarse entonces que la legislación especial que existe sobre marcas o patentes, por ejemplo, dispone que el modo por el cual se adquiere el derecho de propiedad sobre ellos es la inscripción en el registro correspondiente; con lo cual no habría problema alguno para la transferencia de propiedad de este tipo de bienes.

Esta hipótesis cobra cierta relevancia al prescribir el Código Civil en el artículo 884 que las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial.

Sin embargo, se debe señalar que no existe norma alguna en la legislación especial correspondiente a estos bienes que disponga o

establezca que la propiedad sobre los mismos se adquirirá con la inscripción. Lo único que regula esta legislación especial es la forma en que debe realizarse la inscripción. Dicha inscripción, en consecuencia, no es constitutiva; sino meramente para fines publicitarios. Por tanto, al no pronunciarse la legislación especial sobre el modo aplicable, es la tradición o entrega dispuesta por el citado artículo 947 del Código Civil, el modo.

Sabiéndose que el modo aplicable es la tradición, ello quiere decir entonces que la modalidad de la misma que debe utilizarse no es otra, pues, que la tradición ficta. Esto debido a que la primera y más común de las modalidades de tradición, que no es otra que la tradición real o material, no es posible aplicarla dada la naturaleza incorpórea de estos bienes, para los cuales, pues, resulta físicamente imposible entregarlos materialmente. Como se sabe, existen dos clases o modalidades de tradición: la real y la ficta.

Pero, a su vez, la tradición ficta, a diferencia de la real, reviste varias clases o modalidades. De manera que habrá que encontrar, entonces, dentro de las modalidades de tradición ficta que regula el Código Civil, una que se ajuste, pues, a este tipo de bienes y pueda servir, en consecuencia, como modo de adquisición del derecho de propiedad sobre los mismos.

Antes de iniciar el estudio de las modalidades de tradición ficta con tal objeto, es conveniente primero precisar el concepto de dicha institución jurídica. Es Ramón Badenes Gasset quien la define didácticamente de la siguiente manera: "La llamada traditio ficta se da cuando la entrega de los bienes no es real o material, sino que consiste en ciertos hechos demostrativos de ella" (7).

Pues bien, la primera modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es la "Traditio Brevi Manu", conocida así desde el Derecho Romano. Esta consiste o se da, como prescribe el inciso 1º del artículo 902 del Código Civil, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo. Ramón Badenes Gasset la explica de la siguiente manera: "Tiene lugar cuando el adquirente de una cosa la

(7) BADENES GASSET, Ramón. *El Contrato de Compraventa*, Tomo I. Barcelona 1979, p. 485.

tiene ya en su poder por virtud de otro título distinto, por ejemplo, el de arrendatario" (8).

Como se puede apreciar, la "Tradictio Brevi Manu" puede servir como modo de adquisición de propiedad de los muebles incorporeales sólo en el caso que haya de por medio, por parte del adquirente, la posesión del mueble incorporal que se ha enajenado. Sólo en este caso en especial servirá como modo esta modalidad de tradición ficta. Por tal razón, no se puede considerar a la "Tradictio Brevi Manu" como el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales, ya que dicha modalidad de tradición ficta no sirve para todas las enajenaciones, sino sólo para aquellas en las que el adquirente haya estado poseyendo el mueble incorporal que se enajena. Resulta evidente darse cuenta, pues, que no se puede aplicar como regla una excepción, por lo cual el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales sólo será aquél que sirva o sea útil a todas las enajenaciones en general.

La segunda modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es el "Constitutum Possessorium". Al igual que la "Tradictio Brevi Manu", se encuentra regulada también en el inciso 1º del artículo 902 del Código Civil. Ramón Badenes Gasset la explica, comparándola con la "Tradictio Brevi Manu", de la siguiente manera: "Se ofrece en la hipótesis contraria a la anterior, de que el dueño que enajena entre a poseerla en otro concepto, como arrendatario, depositario, etc." (9).

Se trata también, en consecuencia, de un cambio de título posesorio de quien está poseyendo; pero en este caso ya no respecto del adquirente, como se da en la "Tradictio Brevi Manu", sino respecto al transferente. Es, pues, la situación opuesta o contraria a la "Tradictio Brevi Manu". Por eso Ramón Badenes Gasset agrega, refiriéndose al caso de la compraventa, que: "El orden de los actos jurídicos exigiría que la cosa fuese transmitida al comprador y que después éste la entregase de nuevo al vendedor para que entrase a poseerla en concepto de arrendatario, depositario, etc., pero a fin de

(8) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 498.

(9) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 498.

evitar todo esto se supone, por una ficción de derecho, constituida la posesión a favor del comprador en virtud de la cláusula "Constitutum Possessorium" (cfr. Ley 9a. título 30, Partida 3a.)" (10).

Por lo expuesto, se debe concluir definiendo al "Constitutum Possessorium" como lo hace Manuel Antonio Laquis: "Es el caso opuesto de la "Tradictio Brevi Manu", ya que en él se trata del propietario que enajena la cosa y se constituye en tenedor o poseedor" (11).

Pues bien, como se puede apreciar, lo mismo que se concluyó para la "Tradictio Brevi Manu", para el tema bajo análisis, se debe concluir también respecto al "Constitutum Possessorium". Es decir, el "Constitutum Possessorium" puede servir como modo de adquisición de propiedad de los muebles incorpóreos sólo en el caso que haya de por medio, por parte del transferente ahora, la posesión del mueble incorporal que se ha enajenado. Al igual, pues, que la "Tradictio Brevi Manu", sólo en este caso en especial servirá como modo esta modalidad de tradición ficta.

Por lo tanto, por las mismas razones que para la "Tradictio Brevi Manu", no se puede considerar al "Constitutum Possessorium" como el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorpóreos.

La tercera modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es la cesión de la acción restitutoria. Esta se da cuando, como prescribe el inciso 2º del artículo 902 del Código Civil, se transfiere el bien que está en poder de un tercero. Autores alemanes como Arthur von Tuhr, Fritz Baur, Theodor Suss y Andreas Rothlisberger (12),

(10) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 499.

(11) LAQUIS, Manuel Antonio. *Derechos Reales*. Tomo I, Buenos Aires 1975, p. 394.

(12) VON TUHR, Arthur. *Solicitud de propiedad en muebles de acuerdo al Código Civil Alemán comparado con el derecho del Código Civil Francés*. En: *Revista Puchelts para Derecho Civil Francés*. Mannheim 1899, p., 535.

son los que explican que esta modalidad de tradición ficta consiste no en otra cosa que en la cesión, del transferente al adquirente, del derecho de exigir la restitución del bien al tercero, que es quien lo está poseyendo actualmente.

Como se puede apreciar, esta modalidad de tradición ficta es propiamente una cesión de derechos. Como se sabe, la cesión de derechos es un modo de transmisión de las obligaciones y consiste, tal como lo prescribe textualmente el artículo 1206 del Código Civil, en el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. Manuel García-Amigo explica acertadamente que: "... el objeto de la cesión de créditos es la titularidad activa de la relación obligatoria simple..." (13).

Esta modalidad de tradición ficta se trata, pues, de la cesión del derecho de restitución del transferente al adquirente, por encontrarse el bien en posesión de un tercero. Por tal razón, por tratarse propiamente de la cesión de un derecho y no de una acción, es más conveniente denominarla: "cesión del derecho de restitución".

Antes de determinar si esta modalidad de tradición ficta es o no el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporales, es conveniente precisar que el término "poder" utilizado por el inciso 2º del artículo 902 del Código Civil equivale a "posesión", ya que es evidente darte cuenta que a lo que se refiere es, pues, al ejercicio de este derecho real por parte de un tercero.

Como ya es obvio advertir, con la cesión del derecho de restitución

SUSS, Theodor. *El Principio de la Tradición. Atavismo de los Derechos Reales*. En *Revista de Martin Wolff*. Tubingen 1952, p. 152.

BAUR, Fritz. *Derechos Reales*. Munich 1985, p. 24.

ROTHLISBERGER, Andreas. *El principio de la tradición y el principio del consenso en el acuerdo sobre muebles. Una investigación comparativa con la codificación ibérica y latinoamericana*. Tesis de Doctor. Zurich 1982, p. 77.

- (13) GARCIA-AMIGO, Manuel. *La Cesión de Contratos en el Derecho Español*. Madrid 1964, p. 81.

ción sucede exactamente lo mismo, para el tema bajo análisis, que con las anteriores modalidades de tradición ficta ya analizadas. Es decir, al igual que con la "Tradictio Brevi Manu" y el "Constitutum Possessorium", la cesión del derecho de restitución sólo puede servir como modo de adquisición de propiedad de los muebles incorporeales en el caso en que el mueble incorporal que se enajena se encuentre en posesión de un tercero. Por tal razón, tampoco se puede considerar a la cesión del derecho de restitución como el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales.

La cuarta modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es la tradición documental o instrumental. Ramón Badenes Gasset la define de la siguiente manera: "La tradición instrumental (tradictio instrumenti o tradictio cartae) es aquélla en la que se sustituye el cambio real de posesión por la forma escrita, con entrega del documento que acredita la compra o liberalidad, o aun sin ella" (14). Consiste, como se puede apreciar, en el simbolismo de considerar entregado el bien entregando el documento que lo representa. Por tal razón, la tradición documental o instrumental es una clase o modalidad a su vez de la tradición simbólica.

Alfonso Barragán explica el concepto de tradición simbólica de la siguiente manera: "La tradición se califica de simbólica cuando la entrega se realiza mediante signos que la representan por así haberlo establecido la ley, con fundamento en lo que ordinariamente sucede y en la forma como las gentes proceden en la vida diaria" (15). La tradición simbólica, en consecuencia, es una modalidad de tradición ficta que reviste a su vez dos modalidades: tradición simbólica instrumental y tradición simbólica no instrumental. Sobre esta última, Ramón Badenes Gasset señala que: "Es la que se hace mediante la entrega de signos o cosas representativas de lo que se transmite (como llaves, títulos, etc.)" (16).

El Código Civil regula la tradición documental para dos supues-

(14) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 486.

(15) BARRAGAN, Alfonso. *Derechos Reales*. Bogotá 1971, p 422.

(16) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 495.

tos o situaciones concretas: artículos en viaje y artículos sujetos al régimen de almacenes generales (artículo 902). En consecuencia, tampoco puede ser ésta el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorpóreos porque, como es obvio darse cuenta, estas dos situaciones para las que el Código Civil regula la tradición documental sólo pueden operar para muebles corpóreos.

La quinta modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es la tradición jurídica. Esta consiste, tal como lo prescribe el artículo 1059 del Código Civil, en entender entregado el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. Por tal razón, el Código Civil regula esta modalidad de tradición ficta sólo para la prenda que recae sobre bienes muebles inscritos (Artículo 1059). Esto se debe a que es en este derecho real que el deudor prendario puede verse necesitado de no entregar materialmente el bien materia de la prenda, sino, por el contrario, mantenerlo en su poder debido a que con la utilización o explotación del mismo podrá pagar la obligación garantizada. Para tal eventualidad, en consecuencia, el Código Civil contempla la entrega jurídica y se evita así tener que recurrir a la figura de la prenda sin desplazamiento.

Se puede apreciar, por lo tanto, que esta modalidad de tradición ficta opera sólo en función de la transferencia de la posesión, más no en función de la transferencia de la propiedad. Por eso es que sólo resulta ser aplicable a la prenda. Por tal razón, tampoco es éste el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorpóreos.

La última modalidad de tradición ficta que regula el Código Civil es la "puesta a disposición". Esta consiste en el ofrecimiento que debe practicar el deudor de un bien al acreedor del mismo para que éste último pueda recepcionarlo. Es decir, para que el acreedor del bien pueda tomar posesión del mismo, es necesario, pues, que el deudor se lo ponga a su disposición. Como se puede apreciar, se trata de un acto necesario que debe realizar el deudor, poner el bien a disposición del acreedor, para que pueda verificarse la entrega real del bien.

Sobre este ofrecimiento en que consiste la "puesta a disposición", Ernesto Wayar señala acertadamente lo siguiente: "El ofrecimiento del deudor debe traducirse en un acto real, no basta la mera

declaración de voluntad, aunque ésta llegue a conocimiento del acreedor. Lo que interesa es que el deudor ponga a disposición del acreedor la prestación, de tal manera que sólo de éste último depende que se consume el cumplimiento" (17). Debe consistir, en consecuencia, en un ofrecimiento real de pago de la obligación de entrega del bien por parte del deudor. Manuel Albaladejo, finalmente, define técnicamente esta modalidad de tradición ficta de la siguiente manera: "Por "puesta a disposición" en sentido estricto se entiende la dicha figura de otorgar a otro la posesión de derecho, conservando el poder de hecho el que pone la cosa a disposición de aquél" (18).

El Código Civil regula la "puesta a disposición" sólo para la transferencia del riesgo en el contrato de compraventa (artículos 1568 y 1569). Para demostrar suficientemente que el Código Civil regula la "puesta a disposición" como una modalidad de tradición ficta, es bueno y pertinente citar al legislador peruano en materia de compraventa. Manuel de la Puente y Lavalle afirma que: "Existe una discrepancia doctrinaria respecto al significado jurídico de la puesta del bien a disposición del comprador. Unos, entre los que sobresale Garrigues, sostienen que desde el punto de vista de la obligación del vendedor existe equivalencia entre entrega (artículo 1567 del Código Civil peruano de 1984) y puesta a disposición (artículo 1568 del mismo Código). Otros, a cuya cabeza se encuentra Alonso, piensan que tal equivalencia no debe existir, pues con ello se estaría dejando de proteger los intereses del comprador, anticipando el riesgo a su cargo" (19). Inmediatamente después de afirmar esto, para no dar lugar a dudas, el legislador opta acertadamente por una de estas posiciones, para lo cual afirma lo siguiente: "El artículo 1568 del Código Civil de 1984 se inclina por la posición de Garrigues" (20).

(17) WAYAR, Ernesto. *El Pago por Consignación*. Buenos Aires 1983, p. 111.

(18) ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español*. Tomo III "Derecho de Bienes". Barcelona 1982, p. 104.

(19) DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *La Teoría del Riesgo en el Código Civil de 1984*. En: *Para Leer el Código Civil*. Tomo I. Lima, 1985, p. 191.

(20) *Ibidem*.

De acuerdo a la naturaleza de esta modalidad de tradición ficta, es claro apreciar que tampoco puede ser el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales, por cuanto, como resulta evidente darse cuenta, sólo es posible aplicarla a los bienes corporales. En efecto, sólo es posible "poner a disposición" bienes de naturaleza corpórea, material o tangible. Física o materialmente es imposible "poner a disposición" un bien incorporeal. Esto por un lado, y también porque, como ya se ha señalado, esta modalidad de tradición ficta opera sólo para la transferencia del riesgo y no para la transferencia de propiedad.

Pues bien, del análisis que se ha efectuado de todas las modalidades de tradición ficta que regula el Código Civil, se tiene que ninguna de ellas viene a ser el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales.

Y no podía ser de otra forma, en realidad, por cuanto el modo de transferencia de propiedad que propiamente es aplicable a este tipo de bienes (incorporeales) es la "cuasitradición", que es una modalidad de tradición ficta no regulada por el Código Civil peruano. Manuel Albaladejo define el concepto de "cuasitradición" de la siguiente manera: "Junto a la tradición, está la cuasitradición o tradición de la posesión, no de cosas, sino de derechos" (21). Igualmente, Ramón Badenes Gasset señala respecto de la cuasitradición que: "Se llama así a la tradición aplicada a las cosas incorporeales o derechos" (22).

Es el Código Civil español el que regula claramente a la "cuasitradición", de la siguiente manera:

Artículo 1464 .- Respecto de los bienes incorporeales, registrá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador consintiéndolo el vendedor.

(21) ALBALADEJO, Manuel. *Op.Cit.*, p. 105.

(22) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.*, Tomo I, p. 499.

Artículo 1462 .- Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Sobre lo dispuesto por estas dos normas, Ramón Badenes Gasset señala lo siguiente: "El Código dedica a las cosas incorporales el artículo 1464 y aparte de la forma general, consistente en el otorgamiento de la escritura pública, precisa el precepto dos formas especiales de entrega de los bienes incorporales" (23). Para luego seguir afirmando: "La tradición que se realiza en los llamados bienes incorporales, por equivalencia a la quasi posesio es denominada cuasi tradición, pudiendo consistir en el traspaso de los títulos (simbólica) o en el uso de los derechos enajenados que evidencia y realza la intención del comprador, a ciencia y paciencia del vendedor (por ministerio de la Ley)" (24).

Cabe aquí discrepar con Ramón Badenes Gasset; la cuasitradición, en realidad, tal como está regulada en el Código Civil español, sólo consiste en el simple otorgamiento de la escritura pública. Es decir, el otorgamiento de la escritura pública equivale a entrega (artículo 1462 2º párrafo, C.C. español), y no es ésta una forma general de cuasitradición, habiendo también dos formas especiales de la misma como señala este autor. Por cuanto la tradición que opera en defecto de escritura pública, es decir, cuando no hay de por medio este documento, es la tradición simbólica instrumental (artículo 1464 C.C. español); la cual es, como ya se ha visto, una modalidad distinta de tradición ficta. Por tal razón, si se aceptara lo conceptuado por Ramón Badenes Gasset, se estaría concluyendo que la cuasitradición es también tradición simbólica instrumental, con lo cual la cuasitradición no tendría sentido o utilidad como figura o modalidad propia de tradición ficta.

La cuasitradición, en consecuencia, consiste en considerar en-

(23) BADENES GASSET, Ramón. *Op.Cit.* Tomo I, p. 499.

(24) *Ibidem.*

tregado el bien incorporal con el simple otorgamiento de la escritura pública. Esto quiere decir que cuando en el acto jurídico dispositivo no hay de por medio este documento, no podrá haber cuasitradición, sino que en este supuesto habrá que recurrir a otra modalidad de tradición ficta como es la tradición simbólica instrumental.

Pues bien, al legislador peruano se le olvidó, entonces, incorporar en el Código Civil la cuasitradición, con lo cual hubiese quedado propiamente cubierto el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporales. Digo "propiamente" por cuanto, obviamente, el hecho de esta omisión legislativa no puede conducir a concluir que no sea posible transferir la propiedad de esta clase de bienes. Como se está frente a un vacío legal, se debe recurrir entonces a la aplicación analógica de la ley. Mediante ello se podrá encontrar, pues, un modo de transferencia de propiedad aplicable a este tipo de bienes; el cual será, no un modo directo, sino por extensión o analogía.

Lo que se debe hacer, en consecuencia, es encontrar, de todas las modalidades de tradición ficta que regula el Código Civil, una que se pueda ajustar a este tipo de bienes (incorporales), y poderla aplicar analógicamente a los mismos.

Así, se tiene que, de todas las modalidades de tradición ficta que regula el Código Civil, es la tradición simbólica instrumental la única que se puede ajustar como modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporales. Esto lo demuestra plenamente el Código Civil español, al prescribir en el artículo 1464 que, en defecto de que no pueda aplicarse la cuasitradición (cuando no haya otorgamiento de escritura pública), se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia. Es de notar, claro está, que en el Código Civil Español no se necesita recurrir a la analogía para poder aplicar la tradición simbólica instrumental a los bienes incorporales, sino que ésta resulta aplicable directamente por haber una norma en dicho Código que así lo establece expresamente.

La tradición simbólica instrumental, llamada también "tradición documental" simplemente, se ajusta perfectamente para los muebles incorporales. Es decir, sí se puede aplicar perfectamente esta modalidad de tradición ficta para este tipo de bienes.

Además de para los casos de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales (artículo 903), el Código Civil regula la tradición documental también para la compraventa sobre documentos (artículo 1580). Aplicando entonces analógicamente estas normas, se tiene finalmente que, en el Código Civil peruano, el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales es la tradición documental.

Para poder transferir el derecho de propiedad de los muebles incorporeales, como una marca o una patente, por ejemplo, se deberá hacer entrega, pues, de algún documento que represente el bien o que acredite la transferencia del mismo. En este caso, si ha habido de por medio escritura pública, se transferirá la propiedad del mueble incorporal con la entrega de dicho documento al adquirente. Y si no hubo de por medio escritura pública, la propiedad de este bien se transferirá con la entrega de los títulos o documentos que representan al bien o acreditan la titularidad del mismo.

III. CONCLUSIONES

- 1) El Código Civil peruano no regula el modo de transferencia de propiedad aplicable a los bienes muebles incorporeales.
- 2) El modo de transferencia de propiedad que "propiamente" es aplicable a los muebles incorporeales, es la "cuasitradición".
- 3) El Código Civil peruano no regula a la "cuasitradición".
- 4) La "cuasitradición" es la tradición aplicable sólo a los bienes incorporeales. Consiste en considerar entregado el bien incorporal con el simple otorgamiento de la escritura pública que acredita el título dispositivo.
- 5) En el Código Civil peruano, por analogía, el modo de transferencia de propiedad aplicable a los muebles incorporeales resulta ser la "tradición documental".

LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS INTERESES: PUNTO DE CONEXION ENTRE DERECHO Y ECONOMIA

Gastón Fernández Cruz

1. *PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA*

La regulación de los intereses en el Código Civil peruano de 1984, dentro de las normas del Pago, en el Libro de las Obligaciones, más allá de representar una innovación en lo que a ubicación de la materia se refiere, e incluso por encima del gran avance que significó enmendar el tratamiento disperso que le brindó el Código derogado, presenta ciertas características que justifican su importancia como institución propia del derecho de las Obligaciones. Esta "individualidad" de la que estamos hablando, sin embargo, contra lo que muchos puedan pensar, es de tal magnitud que permite diferenciar a los intereses de otros muchos institutos de índole obligacional y real, que le son, en múltiples aspectos, semejantes, pero de naturaleza jurídica distinta.

Es precisamente en torno a esa naturaleza jurídica que diferencia a los intereses de otras figuras afines, en donde la doctrina civilista no ha formado consenso alguno, prevaleciendo la opinión de catalogarlos como "frutos civiles"; ignorando con ello toda la concepción económica del capital que los produce.

El presente trabajo, necesariamente limitado en su extensión por razones de impresión y publicación, constituye en realidad parte de la tesis de post-grado con la que el autor pretende obtener el grado académico de Magister en Derecho, con mención en Derecho Civil; y en la cual, se analiza la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios en las obligaciones de dar sumas de dinero. Para ello, en forma previa, se hizo necesario, en la referida tesis, analizar la naturaleza jurídica de los intereses como tales, para luego recién

pasar a discutir la finalidad satisfactoria de los intereses moratorios. El capítulo referido a la discusión de la naturaleza jurídica de los intereses ve hoy, sorpresivamente y por separado, la luz a través de su publicación en la *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, respondiendo a dos necesidades de su autor:

- La primera y principal, rendir homenaje a quien fuera su profesor en el curso de Derecho del Transporte en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dr. Alfredo Ostoya López-Alfaro, con quien siempre le unió el aprecio y la admiración que despierta el respeto intelectual, a punto tal de que el Maestro, hoy fallecido, tuviera la deferencia de acceder permanentemente a nuestros múltiples requerimientos sobre su opinión ilustrada en asuntos del ejercicio profesional, cuando ya no existía vínculo docente alguno que —de alguna manera— lo comprometiera en la absolución de consultas. Pero es que el Maestro, es Maestro hasta la muerte y hoy, uno de sus alumnos siente la necesidad de expresarle su gratitud tardía pero sin adiós postrero. Sin adiós, porque tal expresión no existirá nunca con el Maestro, quien siempre vivirá en el presente de sus alumnos a través de sus enseñanzas y conocimientos.
- La segunda, introducir en el debate jurídico nacional un punto discutible y discutido en doctrina y no tratado en la nacional; y en donde muchas veces no se aprecia que el Derecho no constituye una "isla" dentro de las Ciencias Sociales, sino que se vincula con otras disciplinas pertenecientes a dicho campo. La problemática de los intereses constituye para el Derecho Civil uno de esos puntos de conexión entre dos Ciencias Sociales claves: el Derecho y la Economía, pues la noción jurídica del interés parte de una concepción económica de capital, que debe ser entendida como tal.

La tesis que pretendemos sustentar y demostrar a través de este trabajo, apunta a describir que, partiendo del concepto económico de capital, entendido éste como *Valor de Cambio*, mal puede hablarse que el interés constituya un "fruto civil"; o, peor aún, el "precio", "remuneración", "compensación" o "renta" de un bien; es el rendimiento o rédito de un capital.

Creemos que la actual situación del conocimiento jurídico nacional sobre el tema, pobre en doctrina, exige un aporte inmediato sobre el asunto de este trabajo, que contribuya —cuando menos en algo— a erradicar la ignorancia existente sobre la naturaleza jurídica de los intereses. Ello comenzó, para el autor, por tratar de doblegar su propia ignorancia en la materia.

2. *DESLINDE TERMINOLOGICO Y CLASIFICACION DE LOS INTERESES*

El Código Civil peruano de 1984 no contiene en forma expresa norma alguna que defina, en términos generales, lo que debe entenderse por interés. El artículo 1242 opta más bien por definir indistintamente las clases de intereses que pueden presentarse, en atención a la finalidad que aquéllos persiguen. Sin embargo, dentro de la escasa doctrina nacional que al respecto se ha escrito (1), se ha entendido que el Código Civil peruano, a través del mencionado artículo 1242, regula los diversos supuestos de intereses convencionales que se presentan, para con posterioridad referirse en el artículo 1244 al interés legal. De esta manera, sin definir la noción de interés, nuestro Código Civil, atendiendo al criterio de origen antes que al de finalidad, clasificaría a los intereses en dos clases:

- 1) Convencionales, cuya fuente u origen se encuentra en el acuerdo de dos o más partes, libremente contraído.
Estos intereses convencionales, según la finalidad que persigan, pueden a su vez ser de dos tipos:
 - a. Compensatorios, cuando constituyen la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

(1) CARDENAS QUIROS, Carlos. *El Pago de Intereses en el Código Civil de 1984*. En: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Cultural Cuzco S.A., Editores. Lima, Perú. 1986. P. 78. Al respecto, señala: "(...)los intereses pueden ser, de acuerdo a su fuente, convencionales y legales (artículos 1243 y 1244). Los primeros son establecidos por las partes, dentro del límite máximo señalado, mientras que los segundos son fijados por la ley. Son intereses convencionales los compensatorios y los moratorios (artículo 1243)".

b. Moratorios, cuando persiguen indemnizar la mora en el pago.

2) Legales, que son los que reconocen por causa u origen la ley.

Nosotros, empero, no creemos que dicha clasificación brote del texto normativo del Código Civil. Nuestro cuerpo legal ha admitido —en cuanto a su clasificación— los dos criterios de origen y finalidad antedichos, sin que propiamente pueda hablarse de "sub-clases" en cada uno de ellos. Los intereses, pues, deben ser clasificados —en la "ratio-legis" de la legislación peruana (2)— de la siguiente manera:

1) De acuerdo a la fuente en donde se originan: convencionales y legales.

2) De acuerdo a la finalidad que persiguen: compensatorios y moratorios.

En esta forma, los intereses, siendo de origen convencional o legal, pueden comportarse con una naturaleza compensatoria o moratoria. Así, son hipótesis claras de interés convencional, los artículos 1243 y 1245 (3); y de interés legal, los artículos 1244, 1246 in fine y 1248, primer párrafo (en la hipótesis de falta de pacto), del Código Civil; pero sobre todo, las disposiciones contenidas en los artículos 1324 y 1663.

(2) Nos estamos refiriendo a la legislación peruana dada a partir de la dación del Código Civil peruano de 1984. Con anterioridad y, desde la promulgación de la Ley No. 2760 en el año 1918, en que se inicia en el Perú el régimen de limitación a la libertad contractual en materia de intereses, toda referencia a éstos se hace con prescindencia de su tipo o clase, salvo el caso de los "intereses penales", sub-clase de los intereses convencionales, cuya estipulación es prohibida por las leyes Nos. 7683, 8018 y 8372.

(3) El supuesto contemplado en el artículo 1245 del Código Civil peruano, es uno de "interés convencional de tasa legal". No debe confundirse en este sentido la noción de tasa legal de interés, con la de interés legal, que son diferenciables. Ver al respecto: ALTERINI, Atilio Anibal. *Responsabilidad Civil*. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires, Argentina. 1987. Nota a pie de página No. 448. P. 281.

Cuando la ley, en el artículo 1243 del Código Civil, menciona a los intereses convencionales, lo hace en el sentido de indicar su origen, pero también señalando la finalidad que pueden perseguir: compensatorios o moratorios. La racionalidad de esta norma, no se da en el sentido de afirmar que los denominados intereses compensatorios o moratorios sean "sub-tipos" de intereses convencionales, sino que siendo, en cuanto a su origen, los intereses, de tipo convencional, pueden comportarse con distinta finalidad: lucrativa por el uso de un capital, o indemnizatoria por el uso indebido de un capital.

Pero esa finalidad no es privativa de los intereses convencionales, pudiendo claramente presentarse en los denominados intereses legales. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1324 del Código Civil establece que "las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurre en mora (...)", no hace sino establecer el devengo de un interés legal con la calidad de moratorio. Así también, cuando el artículo 1663 del Código Civil establece que "el mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto", para el supuesto del contrato de mutuo, no hace sino establecer también el devengo de intereses legales —a falta de pacto expreso—, que esta vez se comportan con la calidad de compensatorios, dada la onerosidad del contrato de préstamo.

Somos conscientes, sin embargo, de la absoluta aridez y falta de univocidad que la doctrina presenta en torno al empleo de la terminología más idónea al problema de los intereses y a su clasificación. Repárese —por ejemplo— que si entendemos "literalmente" a los intereses legales como aquéllos que nacen por prescripción de la ley, tanto los intereses moratorios como los compensatorios devendrían en una clase de aquéllos, pues, de suyo, encuentran su origen en la finalidad que les reconoce la ley.

Así lo ha entendido un sector de la doctrina, de la cual podemos citar al profesor suizo Von Tuhr (4), quien clasifica a los intereses en:

(4) VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Primera Edición en Castellano. Editorial Reus S.A. Madrid, España. 1934. P. 51.

- Voluntarios, que tienen su origen casi siempre en un contrato, pero cabe que provengan también de un acto de última voluntad.
- Legales, que nacen sin la voluntad de las partes, por prescripción de la ley, siendo supuestos importantes de aplicación de esta clase de intereses los moratorios y los procesales (5), por ejemplo.

De otro lado, De Ruggiero (6) entiende dos especies de intereses:

- Legales, que son aquellos que pueden reconocerse por causa directa de la ley. En éstos pueden subdistinguirse dos especies:
 - moratorios, que son debidos por el hecho del retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación.
 - retributivos, cuya única función es restablecer el equilibrio patrimonial y que son debidos por el uso de un capital.
- Voluntarios, mal llamados convencionales, que son aquellos que se reconocen por causa directa de la voluntad.

Asímismo, Alterini (7) prefiere distinguir y clasificar a los intereses dentro de la óptica que nosotros hemos pretendido ensayar, aunque con alcances concretos y particulares. El destacado jurista argentino distingue los tipos de interés en:

- Voluntarios, que nacen de la voluntad de las partes, comúnmente de una convención. Entre ellos cabe distinguirse, a su vez —según su finalidad—, en:

(5) Para VON TUHR, hay "casos en que la deuda empieza a producir intereses antes de constituirse al deudor en mora, por el mero hecho de entablarse la acción o reclamación".

(6) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen Primero. Editorial Reus S.A. Traducción al castellano de la Cuarta Edición Italiana. Madrid, España. 1977. Pp. 54 y 55.

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op.Cit.* Pp. 281 a 283, inclusive.

- lucrativos, comúnmente denominados compensatorios, que constituyen frutos civiles del capital.
 - punitorios, que comportan una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de mora del deudor.
- Legales, que son establecidos por la ley, independientemente de la voluntad de los sujetos. Estos intereses pueden a su vez, desde el enfoque de su finalidad, distinguirse en:
- retributivos, que son aquellos impuestos por la ley con la finalidad de mantener, o restablecer, un equilibrio patrimonial, con independencia del estado de mora del deudor.
 - moratorios, que también son impuestos por la ley y representan el daño moratorio; la indemnización consiguiente al estado de mora del deudor (8).

Dentro de la misma línea de análisis, el profesor Padilla (9) prefiere clasificar a los intereses, siguiendo también las pautas señaladas, por la fuente de donde proceden y la finalidad que persiguen. El destacado profesor argentino nos habla de intereses:

- Convencionales, o contractuales, en razón a su carácter voluntario. Estos intereses, en atención a su finalidad económica, pueden ser:
- compensatorios, que son aquellos que deben pagarse por el uso de un capital ajeno, pues aparecen como fruto de él.
 - punitorios, que no son sino los daños moratorios prefijados como intereses en la llamada cláusula penal moratoria, que cumplen entonces una doble finalidad: indemnizatoria y compulsiva.

(8) Su única diferencia con los denominados intereses punitorios, estribaría en su origen: éstos vendrían a ser una suerte de "intereses moratorios estipulados" y, al representar una cláusula penal, tendrían entonces el carácter de punitorios.

(9) PADILLA, René. *La Mora en las Obligaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1983. Pp. 222 a 225, inclusive.

- Legales, que son aquellos que acusan su etiología en la ley. Atendiendo a su finalidad, pueden ser de tres clases:
 - retributivos, que cumplen una función semejante a la de los compensatorios, aunque son de fuente legal.
 - sancionatorios, reconocidos por el artículo 622 del Código Civil argentino (10).
 - moratorios, que vendrían a ser aquellos que, en obligaciones pecuniarias, se generan con la mora por imperativo legal.

Finalmente, Cardenal (11), en España, siguiendo a Marinetti, pretende clasificar a los intereses en:

- Moratorios, cuando representan el resarcimiento del daño causado por el deudor a su acreedor (pecuniario) (12), por el retardo culposo en la entrega de la cantidad debida.
- Correspectivos, por cuanto representan la contraprestación a obtener por el acreedor, por la privación de las ganancias que produce el dinero en provecho del deudor, independientemente de toda cuestión de culpa por parte de este último. Aquí Carde-

(10) El Código Civil argentino reconoce, en forma adicional a los intereses retributivos o lucrativos y a los moratorios o punitivos, los intereses "sancionatorios", que serían los que la ley impone en razón de la conducta maliciosa observada por el deudor durante la tramitación de un proceso judicial (artículo 622, segunda parte, del Código Civil argentino). Sin embargo, la doctrina argentina es casi unánime al atacar esta "clase" de interés, dudando inclusive de su constitucionalidad.

(11) CARDENAL FERNANDEZ, Jesús. *El Tiempo en el Cumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, España. 1979. Pp. 255 y siguientes.

(12) Hemos puesto entre paréntesis el vocablo "pecuniario", por cuanto creemos que los intereses moratorios se devengan también en las obligaciones no pecuniarias (artículo 1246 del Código Civil). La expresión usada por CARDENAL en el texto se justifica, por cuanto el profesor español desarrolla el tema de los intereses dentro del análisis relativo al "simple retraso relevante en las obligaciones pecuniarias".

nal , siguiendo a Melich-Orsini y Libertini (13), defiende la terminología empleada, por cuanto los intereses correspondientes tienen una función de correspondencia por el uso de un capital y tienden a restablecer el equilibrio roto por el hecho de la disponibilidad, de parte del deudor, de una suma de dinero debida al acreedor.

- Compensatorios, cuando se devengan sobre el precio de la cosa vendida y entregada al comprador que produce frutos u otros provechos, aunque tal precio no sea todavía exigible. Se trataría entonces de un supuesto particular de intereses devengados en el contrato de compraventa, que cumplen también una función equitativa: restablecer el equilibrio patrimonial roto por el hecho de que una de las partes en el contrato ha recibido ya un bien fructífero y no ha pagado aún la contraprestación de equilibrio. Indica Cardenal (14): "mientras los intereses correspondientes hacen referencia a la deuda, los intereses compensatorios hacen referencia a la cosa en cuanto entregada y productora de frutos o provechos de otra clase; el precio interesa únicamente para determinar el "quantum" de los intereses" (15).

De lo expuesto, la única conclusión válida que quizá podamos extraer es que, en materia de clasificación terminológica en torno a la problemática de los intereses, no existe, pues, un criterio unívoco en

(13) CARDENAL FERNANDEZ, Jesús. *Ob.Cit.* Pp. 256 y 257.

(14) CARDENAL FERNANDEZ, Jesús. *Ob.Cit.* P. 259.

(15) Esta clase de intereses son aquéllos reconocidos por el artículo 1499 del Código Civil italiano; y artículo 1501, inciso 2) del Código Civil español.

Su reconocimiento, resulta a todas luces discutible, toda vez que la prestación de pago de intereses se hace depender, no en razón de la naturaleza del objeto de la prestación principal que los genera (deuda dineraria, por ejemplo), sino de la naturaleza del objeto de otra prestación de dar correlativa (dar bien fructífero). Nuestro Código Civil derogado de 1936, traía ciertos supuestos de aplicación de estos "intereses compensatorios". Verbigracia: artículos 1403 y 1413. El Código Civil peruano de 1984, actualmente vigente, no ha recogido esta clase de intereses que, en rigor, no son tales (artículos 1554, 1556, 1563).

la doctrina, como antes lo hemos señalado. Ello nos autoriza a insistir —siempre desde la óptica del Código Civil peruano— en torno a que, la única clasificación que podemos reconocer de utilidad práctica en la cuestión de los intereses, es de naturaleza dual:

- 1) En torno a su *Fuente u Origen* , los intereses pueden ser:
 - *Voluntarios*, que serían aquellos cuya fuente u origen se encuentra en la voluntad de las partes, libremente manifestada, dentro de un máximo señalado por la ley para evitar la usura.
 - *Legales*, que son los fijados por la ley con una tasa única, sin posibilidad de variación por voluntad de las partes y que, por lo general, tienen una aplicación supletoria; esto es, en defecto del pacto de intereses; sin perjuicio de ser aplicados en los supuestos en donde la ley expresamente quiere que se devenguen.
- 2) En torno a su *Propósito o Finalidad*, dichos intereses pueden ser:
 - *Lucrativos*, cuando persigan un rendimiento por la aplicación de un capital en una relación jurídica determinada, a lo que comúnmente se ha llamado "la contraprestación por el uso de un capital".
 - *Moratorios*, cuando persigan indemnizar la privación del uso de un capital (16), lo que mal ha llamado nuestro Código Civil "indemnización por la mora en el pago", que no viene a ser lo mismo desde que no es la única variable del daño moratorio aquella mencionada, sino también otras, tales como la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, que no debe ser indemnizada vía intereses.

(16) Repárese que empleamos el giro "indemnización por la privación del uso de un capital" y no "sanción por el uso indebido de un capital", en atención a la finalidad satisfactoria y no sancionatoria de la responsabilidad civil; lo que claramente la diferencia de la responsabilidad penal.

Como hemos señalado líneas arriba, las clasificaciones reseñadas no son excluyentes; esto es, que nada enerva la posibilidad de que los intereses puedan ser voluntarios (en su origen) y lucrativos (por su finalidad) —verbigracia: artículo 1243 del Código Civil peruano—; legales (en su origen) y moratorios (por su finalidad) —verbigracia: artículo 1324 del Código Civil peruano—; voluntarios (en su origen) y moratorios (por su finalidad) —verbigracia: artículo 1243 del Código Civil peruano—; o legales (en su origen) y lucrativos (por su finalidad) —verbigracia: artículo 1663 del Código Civil peruano.

De otro lado, creemos que debemos defender la terminología empleada, especialmente aquella referida al uso de los vocablos "intereses voluntarios" e "intereses lucrativos", sobre la base de los argumentos siguientes:

- a) Creemos —en la línea descrita por los profesores Von Tuhr, De Ruggiero y Alterini — que llamar a los intereses voluntarios, convencionales o contractuales, es restringir su posibilidad de creación a esta última clase de negocios jurídicos. Desde que se reconoce a la voluntad unilateral como creadora de relaciones jurídicas, nada impide que dicha voluntad unilateral sea, pues, también origen de la obligación de pago de intereses.

No es ésta, sin embargo, la orientación seguida por el Código Civil peruano, que llama a los intereses voluntarios, convencionales.

- b) Creemos, asimismo —en la corriente seguida básicamente por la doctrina argentina—, que es conveniente denominar a los intereses debidos por el uso de un capital, lucrativos, antes que retributivos, correspondientes o compensatorios:
 - No nos mostramos partidarios del empleo de la denominación "intereses retributivos", que propugna un sector de la doctrina, pues su sanción y finalidad no apunta nunca a otorgar a un acreedor de prestación de intereses, una mera "retribución" por el uso y disfrute de un capital. La verdadera función económica y social reconocida a esta clase de intereses, se da en el rendimiento o rédito que se espera percibir de un capital. Nadie, por ejemplo, da en préstamo

una suma de dinero en capital, para percibir como "retribución" una suma menor incluso a la depreciación monetaria; un sujeto determinado da en préstamo un capital, porque persigue una ganancia y no un mero pago retributivo. Está presente primero la idea de lucro, antes que la de retribución, siendo función de la ley regular dicha ganancia, a fin de evitar situaciones de agio y usura.

- No nos mostramos tampoco partidarios del empleo de la denominación "intereses compensatorios", pues el mismo pareciera acercarnos a la problemática del daño compensatorio, ajeno en un principio al carácter de ganancia esperada por el uso de un capital. En los intereses lucrativos no se persigue resarcir ningún daño; y, menos aún, la prestación de intereses se comporta con características indemnizatorias que la permitan catalogar como una prestación sustituta, tal y cual sucede en la indemnización del daño compensatorio.

Sin embargo, no dejamos de reconocer que, en la medida que los intereses lucrativos presuponen la idea de ganancia, en países de economía inestable, que sufren los fenómenos de la inflación y la depreciación monetaria, esa idea de lucro sólo es posible de ser concebida a través de la implantación de tasas activas de interés, superiores a la inflación; lo que de por sí implica que dichas tasas no sólo estén integradas por una "cuantía pura" que pretenda medir el costo del uso de un capital, sino por otra cuantía adicional que persiga adicionar, a aquélla, el costo por la pérdida del valor adquisitivo del capital aplicado; lo que en el fondo no es sino integrar una variable "compensatoria" en la fijación de la tasa del interés lucrativo. Sólo en este sentido cabría admitir la denominación de "intereses compensatorios" para aquellos que se deben por el uso de un capital ajeno; y, hasta cierto punto, justificar en el plano de los hechos y por un principio de equidad, la tergiversación de la finalidad de los intereses lucrativos.

Pese a lo expuesto, creemos que la problemática de los intereses en general —sean éstos lucrativos o moratorios— debiera ser manejada discriminadamente del asunto de la revaluación de las obligaciones dinerarias. Si bien los intereses pueden ser una alternativa de solución al reajuste de las deudas de dinero, no creemos que su

naturaleza jurídica sea la más adecuada para intentar implementar medidas de corrección de la depreciación monetaria. Existen otros muchos medios, legislativos y convencionales (17), para llevar adelante la política correctiva de la revaluación de las deudas de dinero, independientemente de la medida de los intereses.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS INTERESES

El hecho de que se reconozca una finalidad dual a los intereses: lucrativa de un lado e indemnizatoria del otro, ha llevado también a un sector de la doctrina moderna a reconocer a los intereses una naturaleza jurídica dual. Es más, en torno a esta problemática, se han discutido y afirmado diversas concepciones que solamente han contribuido a crear más confusión sobre un tema de por sí difícil y complicado. Arango Barrientos (18), en Colombia, resume bien las distintas concepciones que se han vertido al respecto. Así, se habla del interés:

- a) Como fruto de un capital,
- b) Como precio del dinero,
- c) Como remuneración por el sacrificio de la privación de un capital,
- d) Como compensación,
- e) Como indemnización; y
- f) Como rédito o rendimiento.

Antes de analizar la naturaleza jurídica de los intereses —dentro de algunas de las posibilidades antes detalladas—; cabría

(17) Ver al respecto: DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Segunda Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1983. Pp. 470 y sgtes.; ZANNONI, Eduardo. *Revaluación de Obligaciones Dinerarias ("indexación")*. *Síntesis doctrinaria y jurisprudencial*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1977. Pp. 57 y siguientes.

(18) ARANGO BARRIENTOS, Darío. *Apuntes y Comentarios sobre el Tema de los Intereses*. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 1982. Pp. 111 y siguientes.

preguntarse sobre la conveniencia o no de su tratamiento: ¿es en realidad necesario el análisis de este tema, o lo hacemos por esa obsesión propia del jurista, de la exageración constructiva conceptual, que censura Puig Brutau (19)? Creemos que —a diferencia de lo que sucede en otros muchos institutos jurídicos— en el tema de los intereses, la pregunta en torno a su naturaleza jurídica, no es sino la pregunta en torno a la noción misma de interés, que explica su existencia, independientemente de dónde se origina o qué finalidad persigue. Para arribar a dicha noción, sin embargo, es necesario entender que la deuda de intereses tiene siempre el carácter de prestación accesoria y, como tal, no existe sin la pre-existencia de una deuda principal (20). Dicha "accesoriedad" debe llevarnos a analizar lo que constituye el objeto materia de la prestación, objeto a su vez de la obligación principal, pues sólo en torno a la naturaleza jurídica de dicho objeto podremos determinar si el mismo es susceptible o no de generar intereses.

Como sabemos, las obligaciones, según la naturaleza de la prestación, que es entendido por muchos como su objeto, pueden ser de dar, hacer o no hacer; y es sabido que cada prestación tiene también un objeto (21):

- Obligaciones con prestación de dar: bienes
- Obligaciones con prestación de hacer: servicios
- Obligaciones con prestación de no hacer: abstenciones

(19) PUIG BRUTAU, José. Citado por CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. En: *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. Primera Reimpresión. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata, Argentina. 1984. P. 538.

(20) DIEZ-PICAZO, Luis. *Ob.Cit.* Volumen I. p. 490; DE RUGGIERO, Roberto. *Ob.Cit.* Tomo II. Volumen Primero. p. 54; VON TUHR, Andreas. *Ob.Cit.* Tomo I. p. 49.

(21) Damos por sentada esta posición doctrinaria por ser la más extendida en la actualidad, aun cuando compartamos la tesis que distingue entre objeto y prestación. En lo que respecta a la tesis del objeto de la prestación, hay quienes no creen en ella, por cuanto los servicios y abstenciones, al ser conducta, no serían sino la prestación misma y no el objeto de ésta. Al respecto, pueden resultar ilustrativas las palabras del profesor español HERNANDEZ GIL, que señala: "El objeto de la

Es, pues, en razón a este objeto de la prestación que debemos analizar si toda deuda principal es susceptible de producir intereses.

Si estamos ante una obligación con prestación de dar, en la medida que lo que es susceptible de entrega son bienes, cabe entonces preguntarse: ¿todo bien, en principio, puede producir nuevos bienes? La respuesta es afirmativa, en la medida que esos nuevos bienes se conciben como provechos renovables que producen los bienes originalmente debidos.

Pero si estamos ante obligaciones con prestación de hacer o de no hacer, cuyos objetos son respectivamente el servicio y la abstención, ¿podemos afirmar que dichos servicios o abstenciones producen nuevos servicios y abstenciones a su vez? La respuesta inmediata es negativa, desde que la naturaleza misma del servicio y la abstención impide la producción de intereses.

De esta manera, si sólo los bienes son susceptibles de producir nuevos bienes, resulta jurídicamente fácil de catalogar a estos nuevos bienes como "provechos renovables" y, consecuentemente, como frutos.

Sin embargo, la noción de interés no es sinónimo de la de fruto, aunque aquélla—se dice por algunos—esté obviamente implicada en ésta. Así, hemos arribado a la concepción más extendida y aceptada en torno a la naturaleza jurídica del interés: el de concebirlo como fruto civil de un capital.

obligación es la prestación. Ahora bien, a la caracterización de ésta cooperan dos factores. En la prestación figura un factor constante que es el comportamiento del deudor (...). Pero junto a este factor, que figura siempre en el objeto, hay otro variable y que, por tanto, puede no concurrir: las cosas. Cuando la obligación consiste en dar o entregar una cosa, la cosa en sí, aunque no integre ella sola el objeto, forma parte de él. Luego la prestación, que siempre es conducta, puede estar o no referida a las cosas. Si va referida a las cosas, como en las prestaciones de dar, aquéllas se incorporan al objeto. Si no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es sólo la conducta la que integra el objeto de la obligación (...). HERNANDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Editorial CEURA. Nueva Edición. Madrid, España. 1983. P. 102.

3.1 El interés como fruto de un capital

Para arribar a la noción de interés como fruto, dentro del Código Civil peruano, resulta necesario interpretar en forma sistemática las normas contenidas en los Libros V y VI de *Derechos Reales y Obligaciones* y, específicamente, las normas referidas a frutos (Título III, Sección Segunda, Libro V) con aquellas referidas al pago de intereses (Capítulo Segundo, Título II, Sección Segunda, Libro VI).

De esta manera, el artículo 891 del Código Civil peruano define a los frutos civiles como "los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica", señalando a continuación el artículo 892 de dicho cuerpo legal que dichos frutos pertenecen al titular del derecho, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

La primera pregunta que cabría aquí realizarse apuntaría hacia la naturaleza de la relación jurídica a la que aludiría el citado artículo 891 del Código. ¿Se trata de una relación jurídica real u obligacional?

Primeramente —creemos— habría que descartar la diferencia que ciertas posiciones doctrinarias tradicionales (22) han creído encontrar entre estas dos clases de relaciones jurídicas. Así, se ha distinguido entre:

- relación jurídica real: que vincula en forma directa al sujeto de la relación con el objeto (bien) de la misma. Se habla entonces de una relación inmediata entre el sujeto y el objeto físico.

(22) El profesor CABANELLAS define a la relación jurídica como "todo vínculo de derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporeal, con trascendencia en el ordenamiento vigente", admitiendo, en consecuencia, esta visión dual del concepto de relación jurídica como vínculo sujeto/sujeto y sujeto/objeto. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII. Décimo Quinta Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1982. P. 117.

Asimismo, en nuestro medio: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, Perú. 1983. P. 486.

- relación jurídica obligacional: que vincula en forma indirecta al sujeto de la relación con el objeto (bien) de la misma. Se habla entonces de una relación mediata entre el sujeto y el objeto físico, que lo es de la prestación de dar, objeto a su vez de la obligación.

Sin embargo, en la moderna doctrina civilista se ha negado la posibilidad de que pueda verificarse en rigor una relación jurídica real en los términos antes propuestos. El profesor Reale (23), por ejemplo, en opinión que compartimos, afirma que una relación jurídica, para ser tal, debe revestir la calidad de situación jurídica intersubjetiva; lo que significa que sólo puede darse entre sujetos (24).

Cuando hablamos de una presunta relación jurídica entre un sujeto de derecho y un objeto físico, en verdad no podemos referirnos a relación alguna, desde que sólo los sujetos son capaces de relacionarse, exteriorizando voluntades, y, por ende, de contraer obligaciones, si se trata de relaciones jurídico-patrimoniales.

Es aquí donde se presenta, tal vez, otra discusión de alcances actuales: ¿es la relación obligatoria la única relación jurídico-patrimonial que puede presentarse? Para un sector mayoritario de la doctrina actual, la respuesta es negativa. Puede existir también como **relación jurídico-patrimonial, la relación real**; no entendida ya como vinculante de sujetos con objetos, sino netamente intersubjetiva, desde que —se dice— el derecho real sólo es entendible como tal,

(23) REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Ediciones Pirámide S.A. Quinta Edición. Madrid, España. 1982. P. 173.

(24) No es, sin embargo, la única posición sostenida en el derecho moderno. Así, autores como CICALA y BARBERO consideran la relación jurídica como la existente entre un sujeto y el ordenamiento jurídico por medio de una norma jurídica, habiendo entre los sujetos sólo una relación de hecho, que pone en juego la norma. Para una lectura completa y polémica de la discusión sobre la naturaleza de la relación jurídica, básicamente patrimonial, conviene consultar el excelente libro de BULLARD GONZALES, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lluvia Editores. Primera Edición. Lima, Perú. 1990.

en la medida de que se opone a sujetos. La propiedad, por ejemplo, sólo alcanza su verdadera función económica y social como derecho real, mediante su carácter de oponibilidad "erga omnes"; esto es, desde que puede ser opuesto por un sujeto propietario a otros sujetos interesados, dándole el carácter de intersubjetivo.

Por ello, Díez-Picazo (25), dentro de esta vertiente doctrinaria, en el estudio de la estructura de la relación jurídico-patrimonial, distingue elementos propiamente estructurales, como los sujetos y el objeto de la relación, del contenido de la relación jurídica, que serían los derechos subjetivos patrimoniales. Así, como objetos de relaciones jurídico-patrimoniales podrían caer las cosas materiales, las energías de la naturaleza, los bienes inmateriales y, el comportamiento o la conducta de una persona; mientras que como contenido de las relaciones jurídico-patrimoniales, siempre calificarían derechos subjetivos patrimoniales, que significan atribución a la persona de un poder jurídico sobre valores económicos.

Nosotros, en cambio, si bien admitimos que dentro de un plano jus-filosófico es posible hablar de intersubjetividad a través de la oponibilidad de los derechos reales, no creemos que ello le de la categoría de relación jurídica real, pues uno de los requisitos para reconocer a los sujetos de una relación estrictamente jurídica está dado por la determinación o determinabilidad de aquéllos, que no se presenta en la oponibilidad "erga omnes" de los derechos reales. Por lo demás, esta oponibilidad general de los derechos reales, en rigor, no es tal, pues sólo es propia del derecho de propiedad a través de la acción reivindicatoria; mientras que en otros tantos derechos reales como el usufructo, uso, habitación o servidumbre, esa oponibilidad tiene alcances distintos y limitados (26).

En razón a lo arriba indicado, si bien compartimos con Díez-Picazo la idea general y aceptada por la doctrina actual, que debe diferenciarse el contenido, del objeto de la relación jurídico-patrimonial, no creemos que éste pueda estar referido a bienes o cosas. Para nosotros, sobre los objetos físicos los sujetos ejercen poderes de hecho

(25) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Ob.Cit.* Volumen I. Pp 54 a 69.

(26) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Ob.Cit.* Volumen I, P. 66.

(propiedad, posesión, uso, usufructo, etc), tutelados por el Derecho, los que son elevados a la categoría de poderes jurídicos (27).

Creemos, con Bullard, en que "el contenido se diferencia del objeto en que el primero permite colocar a uno de los sujetos en la posibilidad de exigir y al otro de cumplir, mientras que el segundo es aquello que se exige"; pero discrepamos de su afirmación de que no puedan ejercerse poderes sobre las cosas (28).

Nos permitimos señalar que creemos que relación jurídico-patrimonial es sinónimo de relación obligatoria; siendo el contenido de ésta el (o los) vínculo(s) que existe(n); y el objeto, el bien o la utilidad obtenida por medio de la prestación. En este orden de ideas, el vínculo será la parte o elemento de la relación jurídico-obligatoria que correlaciona dos situaciones jurídicas coincidentes pero contrarias, llamadas crédito y deuda. Mientras que objeto será el resultado esperado y logrado a través de la conducta humana patrimonialmente valorable, destinada a satisfacer un interés (prestación); aun cuando hoy pueda entenderse la patrimonialidad referida al objeto mismo de la obligación y no ya a la prestación.

Por lo demás, creemos que el propio texto normativo del Código Civil peruano de 1984 respalda nuestra afirmación. Si recurrimos a una interpretación sistemática o comparativa de la ley veremos cómo resultan siendo sinónimos los términos relación jurídico-patrimonial y obligación (relación obligatoria): el texto del artículo 1351 del Código Civil define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una *relación jurídica patrimonial* (el subrayado es nuestro); enmarcando a ésta claramente como objeto del contrato. De otro lado, cuando el artículo 1402 del mismo cuerpo legal define al objeto del contrato, lo hace en el sentido de decir que consiste en crear, regular, modificar o extinguir

(27) En relación a este punto y, para comprender la tesis del "poder jurídico" sobre las cosas y los argumentos en contra del mal llamado "Deber Pasivo Universal" de respetar todos los derechos ajenos, ver: CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Ob.Cit.* Tomo I. Pp. 16 y siguientes.

(28) BULLARD GONZALES, Alfredo. *Ob.Cit.* Pp. 158 y 159,

obligaciones (el subrayado es también nuestro); lo que nos releva de mayores comentarios en torno a la intención de la ley de hacer coincidir los significados de relación jurídico-patrimonial y obligación. Cualquier otra posición, sustentable por cierto en doctrina, creemos que no lo es dentro del sistema civil peruano.

En atención a los argumentos antes expresados, la relación jurídica a la que alude el artículo 891 del Código Civil debe entenderse como una de carácter obligacional, que vincula a deudor y acreedor y que, a los efectos de comprender al interés como fruto, determinaría que un bien debido por aquél, en "compensación" por su uso, o inversamente, por la privación temporal de su uso en forma indebida, produce "nuevos bienes" de igual género y calidad.

Sin embargo, la aseveración "bienes que producen nuevos bienes, como consecuencia de una relación jurídica", sólo cabe ser entendida estrictamente relacionada con la noción de frutos y no de intereses, pues si bien estos últimos podrían ser catalogados como frutos civiles, no son generados por bienes originalmente debidos, sino que constituirían frutos civiles de un capital. Aquí radica la primera gran precisión que debemos realizar para entender si es posible hablar del interés como fruto de un capital en el Código Civil peruano: se estaría ante una noción jurídica de fruto, que se genera a partir de un concepto estrictamente económico de capital.

Von Tuhr (29) señala al respecto que, "económicamente considerados, los intereses representan la renta del capital de que el acreedor se priva; jurídicamente, pueden considerarse como frutos civiles del crédito".

Enneccerus (30), en cambio, cita una definición clásica del interés para criticarla: "Llámase interés a una cantidad de cosas

(29) VON TUHR, Andreas. *Ob.Cit.* Tomo I. P. 47.

(30) ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*. Volumen Primero. Tomo Segundo. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, España. 1954. P. 53.

fungibles, que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo". La crítica del fallecido jurista alemán, apunta hacia la extendida noción de que sólo los bienes de naturaleza fungible pueden constituir capitales (31), señalando que "la opinión dominante exige que el objeto de la obligación de capital sea dinero u otra cosa fungible. Esto es demasiado estrecho. También en el supuesto de obligación dirigida a cosas no fungibles es imaginable un interés del valor de estimación y, si las cosas están destinadas a la venta, del valor en venta" (32).

Díez-Picazo (33), por su lado, se orienta también en la definición del concepto de interés, sobre la diferenciación del mismo en términos económicos y jurídicos. Señala que "en términos económicos se denomina "interés" al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena (...). En términos jurídicos, sin embargo, el concepto de interés es un concepto más estricto. Jurídicamente, son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero".

Particularmente, creemos que —estrictamente hablando— podemos establecer diferencias entre las nociones de bien, capital, crédito e interés; así como respecto a renta, fruto, precio, remuneración y rendimiento; y que en razón a la utilización indistinta de términos, se presenta el gran problema de entendimiento en torno a la naturaleza jurídica del interés.

Así, en principio, por bien o bienes, debemos entender todo aquello "que compone la hacienda, el caudal, la riqueza o el patrimonio de las personas" (34). En tal sentido, comprende a las cosas y

(31) En nuestro medio, ver al respecto: CARDENAS QUIROS, Carlos. *Ob. Cit.* P. 77.

(32) ENNECCERUS, Ludwig. *Ob. Cit.* P. 53.

(33) DIEZ-PICAZO, Luis. *Ob. Cit.* Volumen I, P. 488.

(34) CABANELLAS, Guillermo. *Ob. Cit.* Tomo I. P. 477.

derechos sobre las cosas, determinando que no solamente las "cosas físicas" puedan exclusivamente producir frutos.

Por capital, en cambio, debe distinguirse primeramente el concepto económico de esta noción, de su propia acepción jurídica. Para Aparicio Ramos (35), cuando se habla llanamente de "capital" se está haciendo referencia al concepto económico del mismo. Cuando se habla de patrimonio, se significa el concepto jurídico de capital. De esta manera, cuando se habla de patrimonio como un conjunto de bienes, se indica que el capital de una persona abarca o incluye dichos bienes. Sin embargo, cuando se habla de que un capital produce intereses, se está haciendo referencia al concepto económico de capital.

Esta distinción es importante de establecerse, pues ella representa la explicación de la confusión generalizada de términos que se presentan (36); pero lejos estamos de imaginar que por la sola separación de los conceptos jurídico y económico de capital, hayamos alcanzado la claridad conceptual requerida para calificar la naturaleza jurídica del interés. ¿Acaso existe unidad de criterio doctrinario sobre el concepto económico de capital, sobre el cual se generarían los intereses? Al respecto, Von Böhm-Bawerk (37) hace notar que la ciencia económica no se caracteriza precisamente por su unidad en torno al concepto de capital, al cual se le asignan multiplicidad de acepciones. Así, por ejemplo, Hermann (38) define al capital como el

(35) APARICIO RAMOS. En: CABANELLAS, Guillermo. *Ob.Cit.* Tomo II. P. 57.

(36) Y en el que incurre nuestro propio Código Civil al calificar a los intereses compensatorios como los debidos por "el uso del dinero o de cualquier otro bien" (artículo 1242 del Código Civil). En verdad, los intereses lucrativos se deben en calidad de contraprestación por el uso y disfrute de cualquier capital.

(37) VON BÖHM-BAWERK, Eugen. *Capital e Interés*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición en Español. México D.F., México. 1986. P. 31.

(38) HERMANN. En: VON BÖHM-BAWERK, Eugen. *Ob.Cit.*, P. 27.

"patrimonio que ofrece constantemente su utilidad a las necesidades del hombre como un bien continuamente nuevo, sin que merme nada su valor de cambio".

Aparentemente, con la definición de capital de Hermann antes transcrita, poco se habría avanzado en la diferenciación conceptual de esta noción desde el punto de vista económico, toda vez que se define al capital como sinónimo de patrimonio (concepto, este último, más jurídico que económico); pero si se repara con mayor detalle en la terminología empleada en la definición, se podrá apreciar la introducción de una variable económica que resulta fundamental a los fines que pretendemos demostrar: el entender al capital en su *Valor de Cambio*.

Así también, cuando Von Böhm-Bawerk (39) define al capital como "un conjunto de medios de adquisición producidos, es decir, un conjunto de bienes procedentes de una producción anterior y no destinados a ser consumidos directamente para fines de goce, sino como medios para la adquisición de nuevos bienes", resalta la concepción del capital como valor de cambio.

Sin embargo, la pregunta que aquí resulta de necesidad realizarse es ya en torno a la noción de interés: ¿cabe concebir a éste como fruto civil de un capital, entendido este último concepto en su acepción económica: como valor de cambio?

La respuesta que ensayemos a la pregunta antedicha deberá depender de la interpretación jurídica que se le dé a la afirmación "bienes que producen nuevos bienes como consecuencia de una relación jurídica".

Orgaz (40), por ejemplo, prefiere distinguir entre bienes que son capitales y bienes que no lo son, en cuanto se les estime productivos (capital) o improductivos (riqueza). Creemos que esta afirmación debe ser precisada en relación a todo aquello que venimos indicando

(39) VON BÖHM-BAWERK, Eugen. *Ob.Cit.* P. 32.

(40) ORGAZ, Alfredo. *Los Intereses en los Daños y Perjuicios*. Citado por PADILLA, René. *Ob.Cit.* P. 221.

en este punto, por cuanto hablar de bienes productivos involucra tanto a aquellos bienes que por sí producen frutos (frutos naturales), como aquéllos que sólo producen frutos como consecuencia de una relación jurídica (frutos civiles), que los colocan en el débito a cargo de un deudor.

Repárese que, económicamente considerados, no se concibe cómo los bienes puedan producir frutos como consecuencia de una relación jurídica; sería —se dice—, en todo caso, la relación jurídica misma la que determinaría la producción de frutos. Esta aseveración lleva implícita la duda y el escepticismo de los economistas en torno a que los bienes, tomados en su individualidad, puedan producir nuevos bienes catalogables de intereses; una prestación de dar bienes ciertos productivos, determina que dichos bienes fructíferos se encuentren "in obligatione"; y, como tales, estén en capacidad de generar frutos como consecuencia de una relación jurídica. Serán los propios bienes, que tomados como tales, producirán frutos. En cambio, cuando los bienes no son tomados como tales sino como medida de valor de otros bienes, lo que se encuentra "in obligatione" en la prestación de dar no son los bienes en su individualidad, sino precisamente ese valor de cambio de los mismos, que no es sino el concepto de capital. Aquí, entonces, no se habla de obligaciones con prestación de dar bienes ciertos, sino de obligaciones con prestación de dar un capital (bienes de capital).

No creemos en la crítica económica antes reseñada de que, tratándose de frutos civiles, sea la misma relación jurídica la productora de frutos. Aquí son los bienes, que tomados en su individualidad (esto es, como bienes) y aplicados en una relación jurídica producen frutos (verbigracia: la renta debida por el uso y disfrute de un bien, aplicado en una relación jurídica de arrendamiento). Lo que sucede es que la visión económica tiende a totalizar conceptos y entender a todos los bienes productores de frutos como capitales, produciéndose entonces una ruptura entre la concepción económica de capital y la noción jurídica de fruto; así como antes se produjo la ruptura entre la noción jurídica de capital y la noción económica de interés: en rigor sólo los bienes, como tales, están en capacidad de generar frutos; los capitales producen *Rendimientos*.

3.2 El interés como rédito o rendimiento de un capital

Enneccerus (41), en su antiguo y famoso *Tratado de Derecho Civil*, elaborado conjuntamente con Kipp y Wolff, ya había indicado que "los intereses presuponen una obligación de capital, o sea una obligación de la cual representan el rendimiento"; y en donde "la especial naturaleza de la deuda del interés se basa en su relación con la deuda del capital. Toda vez que el interés constituye un rendimiento de la obligación del capital, no puede nacer sin ésta. En este sentido es una obligación accesoria o secundaria (...)".

Al constituir el interés el rédito de un capital y, entendida esta última noción en su acepción económica: como valor de cambio, permite explicar el hecho de que si bien los intereses se expresan por lo general en sumas de dinero, cabe estipularse el pago de intereses en especie. Por ello, también, tratándose de obligaciones no pecuniarias, es posible concebir capitales que recaigan incluso sobre bienes no fungibles (42), toda vez que interesan esos bienes, no como bienes, sino como capitales: en su valor de cambio. Porque se toman a los bienes en su valor de cambio, como medida de valor de otros bienes, es posible concebir una prestación accesoria, que represente siempre el rendimiento de esos bienes tomados como capital, independientemente de la finalidad que persigan: lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción al acreedor por la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital. Esto significa que, independientemente de la finalidad de los intereses, su naturaleza jurídica será siempre la misma: el de constituir un rendimiento por la aplicación debida o indebida de un capital, y que, en función del tiempo de aplicación, dicho rédito estará constituido por bienes de la misma naturaleza que

(41) ENNECCERUS, Ludwig. *Ob.Cit.* Pp. 53 y 54.

(42) ENNECCERUS, Ludwig. *Ob.Cit.* P. 53 y nuestra nota a pie de página número 32. También: VON BÖHM-BAWERK, Eugen. Señala al respecto: "(...) Todo capital puede producir un interés, cualesquiera que sean las clases de bienes que lo formen, ya se trate de bienes fructíferos por naturaleza o de bienes estériles, de bienes consumibles o de bienes inconsumibles, de bienes fungibles o de bienes no fungibles, de dinero o de mercancías (...)". *Ob.Cit.* P. 27.

los debidos por la prestación principal, aun cuando los bienes que integren esta prestación sean de naturaleza no fungible. En el supuesto de pago de intereses en especie, lo que sucederá es que siempre, para precisar la licitud de la tasa de interés pactada, se requerirá un proceso de conversión a dinero, al constituir éste el común denominador de valor de todos los bienes y servicios (43), que no significará nunca que lo que deba pagarse por concepto de interés sea una prestación dineraria, sino sólo la certeza de si la cuantía del interés está lícitamente o no determinada.

En lo que respecta a las obligaciones pecuniarias, el interés que se origina en las mismas no difiere sustantivamente de lo antes expresado por nosotros respecto a las obligaciones no pecuniarias, constituyendo igualmente el rédito de un capital, esta vez dinerario. Más allá de algunas diferencias que de hecho se presentan en el devengo de intereses entre estas dos clases de obligaciones de capital, se indica como la más saltante aquella que designa al dinero con la característica esencial de ser productivo por naturaleza. Sin embargo, en esta afirmación se esconde, en la generalidad de las veces, una confusión entre los conceptos de dinero y moneda (signo monetario).

En la tesis tradicional de Savigny (44), el dinero es "el poder de riqueza abstracto", producto de una demanda social, pues la sociedad le ha conferido un "status" especial que lo hace intercambiable con otros componentes de la riqueza nacional (45).

Otros autores, como Wagner y Scaduto (46), prefieren defi-

(43) HIRSCHBERG, Eliyahu. *El Principio Nominalista*. Ediciones Depalma. Traducción del inglés de Jorge Manuel Roimiser y Mónica Cohen de Roimiser. Buenos Aires, Argentina. 1976. P. 3.

(44) SAVIGNY. En: HIRSCHBERG, Eliyahu. *Ob. Cit.* P. 3.

(45) HIRSCHBERG, Eliyahu. *Ob.Cit.* P. 3.

(46) WAGNER Y SCADUTO. En: NUSSBAUM, Arthur. *Teoría Jurídica del Dinero*. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán por Luis Sancho Seral. Madrid, España. 1929. P. 29.

nir al dinero como el "medio de pago reconocido por el derecho"; lo que para Nussbaum (47) constituye un error, pues hablar de medio de pago supone una función del dinero; que presupone a su vez el conocimiento de la idea que éste representa. El mismo Nussbaum prefiere definir al dinero como "aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal, pero que valen como tal en sí mismas"; criticando con ello, de paso, la definición ensayada por Hartmann, para quien el dinero consiste en "la materia que tiene jurídicamente por misión ordinaria servir, en último caso, de medio de pago forzoso" (48).

Nosotros creemos como Hirschberg que el dinero "es el común denominador del valor de todos los bienes y servicios"; y, por ello, creemos que no es cierto que el dinero pueda reducirse a la categoría de bien mueble de naturaleza fungible; ello lleva erróneamente a identificar los conceptos de moneda y dinero; el de signo monetario y el de dinero en sí.

De esta manera, no resulta tampoco cierta la afirmación aquella de que el "dinero es esencialmente productivo", pudiendo generar intereses "per se". En principio, porque de los ejemplos clásicos que se presentan para demostrar esa afirmación, surge la falsa creencia de que el dinero es un bien fungible "fructífero" por esencia. Bástenos un burdo ejemplo para demostrar la certeza de nuestra afirmación: el signo monetario, por sí mismo, pese a su naturaleza de bien fungible, es incapaz de generar frutos. Si se deja cierta cantidad de signos monetarios por un lapso determinado sobre un escritorio, al vencimiento de dicho lapso encontraremos la misma cantidad de signos monetarios. Si por el contrario, damos esa misma cantidad de monedas en préstamo (relación jurídica) por otro lapso determinado, veremos cómo al vencimiento de dicho plazo se habrán producido nuevos signos monetarios que incrementan los original-

(47) NUSSBAUM, Arthur. *Ob.Cit.* P. 30.

(48) NUSSBAUM, Arthur. *Ob.Cit.* Pp. 30 y 33. Repárese que, en la definición del dinero ensayada por HARTMANN, se encuentra la idea clásica de que siempre, en última instancia, aún en los intereses y en la indemnización, estas figuras se resuelven de manera dineraria.

mente debidos. Y aquí, ¿fueron los propios signos monetarios quienes, como bienes muebles fungibles, produjeron nuevos signos monetarios calificables de intereses? La respuesta es inmediata y negativa. Fueron los signos monetarios no como bienes, sino en función del valor dinerario que representan, los que "parieron" a los intereses.

Y es que el dinero tiene básicamente dos grandes funciones (49):

- a) Servir como medio de cambio e instrumento de pago. Para esto se vale de la noción de unidad o signo monetario. La moneda sí será aquí entendida como bien fungible que sirve para el intercambio de bienes y servicios; medio de pago concreto.
- b) Servir como medida de valor. Que es su principal función. El valor del dinero no es otro que su poder adquisitivo y el valor de la moneda debiera representarlo (50). Aquí interesará el dinero como medida de valor adquisitivo de otros bienes y servicios: como capital.

No siempre, pues, el dinero se manifiesta en el derecho en su función de valor de cambio. Al respecto, el profesor Hernández Gil (51), analizando el cometido que desempeña el dinero en el derecho de las obligaciones, puntualizaba que aquél podía actuar de muy diversas formas:

- Como precio, cuando se debe en razón de la transmisión de la propiedad de un bien.
- Como renta, cuando se debe en razón del uso y disfrute de un bien.

(49) Ver: HIRSCHBERG, Eliyahu. *Ob. Cit.* P. 2. También: HERNANDEZ GIL, Antonio. *Ob.Cit.* Pp. 172 y 173.

(50) Cuando ello no sucede, se presenta la figura de la depreciación monetaria, respecto a la cual la revaluación pretende ser un paliativo esencialmente jurisprudencial.

(51) HERNANDEZ GIL, Antonio. *Ob.Cit.* Pp. 176 a 179, inclusive.

- Como interés, cuando se debe en razón a la función de valor y cambio del dinero.
- Como retribución, cuando se debe en calidad de contraprestación de una prestación de hacer.
- Como indemnización, cuando se debe en razón a la función valorativa del "quantum" del daño.
- Como abono de gastos.

Más allá de la opinión del destacado jurista español, lo digno de resaltarse es, sobre todo, que la utilización indistinta de términos que se emplean en torno al interés, llegándolo a calificar de fruto, renta, precio, remuneración o, inclusive, de compensación o indemnización, se hace —en la generalidad de los casos— por ignorancia de las funciones que cumple el dinero dentro del derecho económico; pues, aun tratándose de obligaciones no pecuniarias, el dinero está presente dentro del proceso de conversión valorativo, al constituir aquél el "común denominador de valor de todos los bienes y servicios".

Así, cuando se debe dinero como medio de cancelación, se debe siempre como instrumento de pago de obligaciones que han tenido en cuenta, por lo general, la adquisición, uso o disfrute de bienes. Por eso, interesará, de un lado, la cantidad de signos monetarios que se pagan; y, del otro, el *Valor de Uso* de los bienes; lo que significa que interesan los bienes, en cuanto tales, mereciendo en retribución de la adquisición, uso o disfrute de los mismos, el pago de cierta suma de dinero.

En cambio, cuando se toman los bienes en su *Valor de Cambio*, interesan dichos bienes como medida de valor de otros bienes y servicios, tal y como sucede en las deudas de capital, intereses o pago de prestaciones indemnizatorias.

Y es que el capital, jurídicamente hablando, no produce precio, renta o retribución; produce un rendimiento o rédito, noción económica correspondiente a la noción económica de capital.

No debe, sin embargo, pensarse que estamos dentro del campo de la economía. Para esta ciencia no interesan muchas de las diferencias que los juristas y abogados realizamos, y viceversa. Así, por ejemplo, poco interesará a los economistas la diferencia que los juristas realicemos en torno a los conceptos de renta e interés, en atención a que se deba dinero como retribución por el uso de un bien (contrato de arrendamiento), o se deba dinero como rendimiento de un capital. Para los economistas, el interés podrá ser calificado como "renta del capital" (52).

En cambio, para los juristas y abogados resultará inadmisibile la asimilación que al concepto de dinero realizan los economistas de "todo lo que funciona como dinero". Sobre este punto, bien señala Mann (53): "(...) Ciertamente, los abogados aceptan que, entre las funciones del dinero analizadas por los economistas, la función básica es la de servir como medio universal de cambio, y tomarán esto en cuenta al definir el dinero en el sentido legal. Pero problemas tales como los de la política monetaria, el manejo de la oferta, la cantidad de dinero aconsejable, no interesan al abogado, quien se beneficia más de la concepción del economista en el sentido de que las cuentas de giros postales, las cuentas bancarias, los certificados de tesorería, quizá aún las notas bancarias, las letras de cambio y los cheques, se caracterizan como dinero, porque en presencia de un contexto especial, la ley podrá tratar como dinero tal "dinero bancario" (...). Sin embargo, en general resulta inaceptable para los abogados la noción del economista de que es dinero todo lo que funcione como dinero ..." (54).

Se trata, entonces, de —sin confundir los campos jurídico o económico de aplicación— entender que hay conceptos que tienen, en su origen, una explicación natural dentro de un contexto propio;

(52) VON BÖHM-BAWERK, Eugen. *Ob.Cit.* P. 33.

(53) MANN, F.A. *El Aspecto Legal del Dinero*. Fondo de Cultura Económica S.A. Primera Edición en español de la Cuarta en Inglés. Traducción de Eduardo L. Suárez. México D.F., México. 1986. Pp. 29-30.

(54) Por eso, el pago con títulos-valores, jurídicamente hablando, no es pago. Ver al respecto, artículo 1233 del Código Civil peruano.

siendo necesario para respetar la pureza conceptual, aplicar dichos conceptos en su real acepción. Así, si se trata de explicar en el campo jurídico la noción de interés, el jurista no puede olvidar que dicho concepto se genera en uno económico, el de capital; lo que lo obliga a entender este concepto en dicha acepción para poder explicar la real naturaleza *jurídica* del interés: si este concepto se genera en uno económico de valor de cambio, y en donde no interesan los bienes en su individualidad, sino como medida de valor de otros bienes, no puede hablarse que constituya "fruto de un bien", sino rendimiento de un capital.

Mariconde (55), al tratar sobre "el régimen jurídico de los intereses", realiza una muy útil compilación de definiciones doctrinales sobre el concepto de interés, partiendo de la doctrina francesa, alemana, italiana y argentina, en la que se grafica toda aquella confusión que hemos tratado de aclarar en este trabajo. Citando a Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Colin-Capitant, quienes califican al interés como "precio del goce"; Troplong y Busso, que lo califican como "fruto civil"; Salvat y Messa, como "compensación por el uso; el propio Mariconde, siguiendo a Enneccerus, prefiere hablar de "rendimiento del capital". Sin embargo, la elección que hace Mariconde de la terminología apropiada, lejos está de sustentarse en argumentos sólidamente económicos, constituyendo al parecer una elección de naturaleza "semántica": luego de haber definido a la prestación de intereses como aquella "consistente en dar una cantidad de cosas fungibles que es rendida por una obligación de capital, y que se mide en proporción al importe o al valor del capital, y al tiempo de indisponibilidad de dicho capital para el acreedor", señala que es conveniente la utilización del término "rendir", pues "es muy expresivo para denotar este "sometimiento, sujeción o subordinación" de los intereses al capital"; terminando por afirmar que "los intereses son un tipo de *frutos civiles* en el sentido de que provienen del uso o goce de la cosa o de su privación (...); y como frutos son accesorios del capital, que los rinde con arreglo a los términos del

(55) MARICONDE, Oscar D. *El Régimen Jurídico de los Intereses en materia comercial, laboral, tributaria y previsional*. Marcos Lerner Editora Córdova. Córdova, Argentina. 1980. Pp. 38-41.

contrato o de la ley" (56); calificación que, en suma, vuelve a confundir la naturaleza jurídica de este instituto obligacional.

4. LA NOCIÓN DE INTERÉS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Ya habíamos señalado con anterioridad que el Código Civil peruano vigente no se pronunciaba en forma expresa sobre la naturaleza jurídica del interés, prefiriendo —sin definir conceptualmente esta figura— clasificarlo en convencional y legal, así como en compensatorio o moratorio, según se trate de su origen o finalidad.

Sin embargo, el Código Civil peruano sí intenta brindar una definición de lo que considera es el interés compensatorio, señalando en el artículo 1242 que es aquél que "constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien".

Debemos, al respecto, lamentar una vez más la infeliz redacción de este precepto legal, que deja traslucir garrafales errores conceptuales en torno a la noción de interés; lo que sin duda podría influir en concebir en forma errónea a esta figura jurídica como un "fruto civil", dentro del articulado del Código.

Así, ya nos hemos pronunciado manifestando nuestra absoluta discrepancia en cuanto:

- Denominar a dicha clase de interés "compensatorio"; prefiriendo el calificativo de "lucrativo", por considerarlo más idóneo a la finalidad perseguida a través de esta clase de interés, cual es el de obtener una ganancia o lucro y no una mera retribución o pago compensatorio.
- Considerar al dinero como bien, que conlleva ignorar o confundir las funciones del dinero con su naturaleza jurídica.
Aun cuando resulta siempre difícil concordar en torno a la naturaleza jurídica del dinero, en donde preferimos adscribir-

(56) MARICONDE, Oscar D., *Ob.Cit.* Pp. 41 y 43. Nota a pie de página No. 35.

nos a la tesis de Savigny de concebirlo como un "poder de riqueza abstracto", en cambio, resulta fácil distinguir las nociones de dinero y signo monetario (moneda) sobre la base de las dos grandes funciones del dinero: el de servir como medio de pago concreto, de un lado, y medida de valor, de otro. El bien, de existencia tangible, es la moneda, que no es sino el instrumento del que se vale el dinero para servir como medio de pago.

Pero el más grave y garrafal error del que estamos hablando se da en torno a la concepción aceptada por el artículo 1242 bajo análisis, de que, inclusive, *cualquier otro bien*, distinto al "dinero", pueda producir intereses.

Repárese que dicho precepto legal no habla nunca de capital, sino de bien, por lo que resulta justificable, en el contexto dado, que se afirme que cualquier bien, aplicado en una relación jurídica, pueda generar intereses, en la medida que éstos constituyan la contraprestación por el uso de dicho bien. De esta manera, estaríamos aparentemente ante una figura jurídica que supondría:

- a) Que por el uso de un bien se genera la obligación de pago de una contraprestación; con lo que nada diferenciaría al interés de la renta, por ejemplo.
- b) Que un bien, tomado como tal y aplicado en una relación jurídico-patrimonial, genera nuevos bienes, de la misma especie y calidad; con lo que estaríamos obviamente ante una figura calificable de fruto civil, a la luz de lo dispuesto por el artículo 891 del Código Civil; en nada diferenciable tampoco con los conceptos de renta, premio o dividendo, por ejemplo.

Lo afirmado precedentemente parecería además tomar mayor fuerza cuando, analizando el supuesto contemplado en el artículo 1248 del Código Civil, relativo al devengo de intereses en los títulos-valores, se indica que "el interés es igual a la renta que devenguen..."; haciéndose coincidir los conceptos de interés, renta y dividendo.

Más allá de la oscura redacción del artículo 1248 antes citado (57) y que permite realizar el tipo de afirmaciones antedichas, cree-

(57) Que, por lo demás, resulta imposible determinar si pretende referirse

mos que toda interpretación del articulado del Código Civil, referido a la prestación de pago de intereses, debe estar orientada por un criterio lógico-racional de la institución que se pretende interpretar. Al respecto, la interpretación literal de las normas —en puridad interpretativa— sólo debe constituir el "primer peldaño interpretativo", que puede, bien o no, orientarnos hacia la "ratio-legis" de las mismas. Y es que la "razón de la norma" no puede estar en desconocer que es un concepto económico, el de capital, el único en capacidad de generar intereses; y, como tal, interesan los bienes conformantes del mismo, no en su valor de uso, sino en su valor de cambio. Por ello, aun cuando expresamente no se indique el término capital dentro del texto del artículo 1242 del Código Civil vigente, creemos que una adecuada interpretación de las normas referentes al pago de intereses, en su conjunto, pueden llegar a desvirtuar cualquier afirmación en torno a que el interés constituya un "fruto civil de un bien aplicado en una relación jurídica"; o, cuando menos, a afirmar que resulta discutible catalogarlo de "fruto civil de un capital". En esta materia, dados los errores conceptuales presentes en el texto de la ley, ha resultado benévolo que no se haya definido el concepto mismo de interés; lo que siempre supondrá la posibilidad de que podamos afirmar que debe ser entendido —inclusive a la luz del Código Civil peruano de 1984— como el rédito de un capital.

5. *CONSIDERACIONES FINALES*

Dada la complejidad del tema tratado en el presente trabajo y, contra lo que constituye nuestra costumbre, hemos creído necesario y conveniente vertir algunas conclusiones sobre la problemática de los intereses, a modo de consideraciones finales.

Lo que a continuación señalamos, creemos que constituyen los cinco puntos-eje en torno a los cuales hemos desarrollado nuestra teoría sobre la naturaleza jurídica del interés, afiliándonos a aquella

a un supuesto de interés lucrativo o moratorio (aunque suponemos esté referido a este último, dado su antecedente, el artículo 311 del Código de Comercio peruano; el cual estaba claramente previsto para el supuesto de mora en el pago); y entra en franca colisión con disposiciones de la Ley de Títulos-Valores, Ley No. 16587.

que le reconoce la categoría de constituir un rédito o rendimiento de capital.

De esta manera, creemos que:

- 5.1 No debe confundirse la naturaleza jurídica del interés con el origen del mismo o la finalidad que aquél persigue. Independientemente de su origen o finalidad, la naturaleza jurídica del interés es siempre la misma: constituir un rendimiento de un capital.
- 5.2 Distinguir la fuente u origen del interés, de su propósito o finalidad, resulta de utilidad práctica indiscutible, en cuanto a la problemática de la clasificación de los intereses. Al no existir en doctrina unidad de criterio sobre este punto, sólo cabe distinguir válidamente entre intereses voluntarios y legales (de acuerdo a su fuente u origen); e intereses lucrativos y moratorios (de acuerdo a su propósito o finalidad); independientemente de que dichas categorías puedan conjugarse entre sí.
- 5.3 La noción más extendida en la actualidad sobre la naturaleza jurídica del interés, es el de concebirlo como "fruto civil de un capital". Sin embargo, creemos que dicha opinión —con todo el respeto que nos merecen sus defensores— ignora o pretende ignorar que el concepto en el cual se originan los intereses es uno exclusivamente económico: el de capital, entendido como valor de cambio. En las obligaciones con prestación de dar un capital, si bien se involucran sólo bienes y no servicios o abstenciones, interesan dichos bienes no en su individualidad; esto es, en su valor de uso, sino en su medida de valor de otros bienes, que no es sino su valor de cambio. Por ello, el concepto jurídico de interés debe respetar la naturaleza económica del capital y ser reputado como un rédito del mismo, diferenciable de los conceptos jurídicos de precio, renta, remuneración o fruto.

En cuanto al peso de la doctrina dominante, nos permitimos citar las palabras del profesor argentino Moisset de Espanés (58) quien, defendiendo un punto minoritario pero evidente por

(58) MOISSET DE ESPANES, Luis. *Incumplimiento y Mora en las Obliga-*

la naturaleza jurídica de la mora, pretendía sustentar su procedencia en las obligaciones con prestación de no hacer, aun en contra de la "vieja y prestigiosa doctrina civilista" que sostenía lo contrario. Igual que él, debemos afirmar que "la autoridad de los maestros no debe intimidarnos", cuando la lógica de la naturaleza de los hechos nos afirma algo contrario. Así, la naturaleza económica del capital nos indica, por la fuerza de los hechos, que debe generar réditos o rendimientos, pues los frutos sólo son generados por bienes en cuanto tales.

- 5.4 Creemos que el Código Civil peruano no se ha pronunciado en torno a la naturaleza jurídica del interés, por lo que mal se podría afirmar a ciencia cierta que ha concebido a dicha figura como fruto civil o como rendimiento. Sin embargo, la poca feliz redacción de lo que llama "interés compensatorio", al cual define como "la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro *bien*" (el subrayado es nuestro), permite —cuando menos— sugerir que concibe a la prestación de pago de intereses como una prestación esencialmente dineraria, en donde el dinero constituye un bien fungible, generador de nuevos bienes, aplicados en una relación jurídica.

Aun cuando creemos haber demostrado que todo lo sugerido en el párrafo precedente es conceptualmente inexacto, pues ni la prestación de pago de intereses es necesariamente una prestación dineraria, ni el dinero reviste la categoría de bien fungible, pareciera que el Código Civil peruano, inspirado en esa "vieja y prestigiosa doctrina civilista" de la que hablaba Moisset de Espanés, concibe que cualquier bien aplicado en una relación jurídico-obligatoria (al identificar el Código relación jurídico-patrimonial con relación obligatoria) pueda generar un interés, en la medida que el mismo constituya, pues, la contraprestación por el uso de dicho bien. Esta afirmación pareciera lamentablemente cobrar mayor fuerza cuando vemos que, en la redacción del artículo 1248 del Código Civil, tratándose de intereses

ciones de No Hacer. En: *Documentación Jurídica*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentación y Publicaciones. No. 14. Abril-Junio. Madrid, España. 1977. Pp. 386 y 387.

que devengan los títulos-valores, se identifican los conceptos de renta e interés.

- 5.5 Pese a lo expuesto en el punto precedente, somos de la opinión final que, contra cualquier interpretación literal que pretenda realizarse de los artículos 1242 al 1250, referidos al pago de intereses, en el Código Civil peruano debe prevalecer una interpretación racional ("ratio-legis") y lógica de los mismos, que no puede ni debe ignorar la naturaleza esencialmente económica del interés, representando un rédito o rendimiento de capital; y, en suma, un punto de conexión entre Derecho y Economía.

LA OFERTA AL PUBLICO: RAZONES PARA UNA DISCREPANCIA

Hugo Forno Flórez

I. INTRODUCCION

El Código Civil peruano promulgado en 1984 regula por primera vez entre nosotros la oferta de contratar dirigida al público. El artículo 1388 cc. establece que: "La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal".

La primera observación que en seguida puede plantearse a este artículo es que a la oferta al público sólo le atribuye como una regla de carácter general el valor de una invitación a ofrecer, con lo cual se niega la posibilidad de que las ofertas que se hagan al público cumplan la función de una verdadera oferta. O sea, se reconoce únicamente con perfiles de excepción que la oferta al público sí vale como tal, esto es, que puede cumplir la función que le corresponde de acuerdo con su naturaleza, pero sólo si se indica que la oferta al público tiene el carácter obligatorio (1) de una oferta y, además, si esto se indica claramente. Entonces, en el Perú la naturaleza jurídica de la oferta al público depende no sólo de que sea obligatoria sino de que esto se indique claramente.

A lo largo de estas líneas nos proponemos analizar la naturale-

(1) La oferta, en realidad, no puede ser obligatoria en el sentido de producir verdaderas obligaciones. Como se verá más adelante, cuando la ley se refiere a la "oferta obligatoria", hace alusión en verdad a la oferta irrevocable.

za jurídica de la oferta al público y la problemática que en torno a ella se presenta a la luz de la doctrina contemporánea, sobre la base de la función que la práctica impone, con el afán de mostrar la necesidad de modificar el tratamiento legal de esta figura en una futura reforma. Para cumplir este propósito tendremos que recorrer, en primer lugar, la noción de oferta en general y sus requisitos; luego el carácter recepticio que, por lo general, tiene; más adelante nos ocuparemos de la invitación a ofrecer; y, finalmente, de la oferta al público propiamente dicha.

II. LA OFERTA: NOCIÓN Y REQUISITOS

La oferta es una declaración que una o más partes hace a otra u otras, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato, en tal forma que para que éste se celebre sólo se requiere la aceptación del destinatario, sin necesidad de que se produzca una nueva declaración del oferente (2).

De esta noción se desprenden, como observa la mayor parte de la doctrina (3), que la oferta debe: a) ser completa o autosuficiente; b) emitirse con seria intención de contratar; y c) revestir eventualmente una forma específica.

a) Autosuficiencia de la oferta.

La propuesta tiene como función permitir la conclusión del contrato tan pronto como sea eficazmente aceptada por el (o los) destinatario(s) de la misma y es, por consiguiente, la última declara-

-
- (2) Sustancialmente conforme: DE LA PUENTE, *Estudios del Contrato Privado*, Cultural Cuzco, Lima. 1983. T. I. p. 172. También OSTI, G., *Scritti Giudirici*, Giuffré. Milano. 1973. T. II. pag. 825-826. FERRI, L., *Lezioni sul Contratto*, sec. edizione. Zanichelli, Bologna. 1987, p. 67.
- (3) CARRESI, F. *Il Contratto*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Cicu e Missineo, continuato da Mengoni*, Giuffré, Milano, 1987, V. XXI, T. 2, pp. 756 y sgtes.; OSTI, G., *Op.Cit.*, pp. 826 y sgtes.

ción del oferente que integra la estructura del contrato. La propuesta debe contemplar, pues, todos los elementos esenciales del contrato y aquellos otros que regularán la relación contractual si la aceptación se verifica, o la forma en que han de determinarse aquellos puntos que no han sido en ella contemplados.

Esta autosuficiencia no significa, sin embargo, como podría parecer a primera vista, que en la oferta deben agotarse todos y cada uno de los puntos sobre los que recaerá el consentimiento de las partes; significa, más bien, que la oferta debe ser suficiente para que, integrada con la aceptación y sin necesidad de un nuevo pronunciamiento del oferente, haya acuerdo en todos los puntos sobre los cuales el oferente ha considerado relevante pronunciarse.

Por eso no existe ningún inconveniente para que el oferente derive a la determinación del destinatario de la oferta, ciertos aspectos del programa contractual, sin importar que éstos sean elementos esenciales o cuestiones de orden secundario, con tal que de la oferta resulte con precisión cual es la naturaleza de aquéllos. Ahora bien, cuando se trata de un elemento esencial debe indicarse dentro de qué parámetros debe desenvolverse la determinación del destinatario de la oferta; o sea, debe establecerse ciertos límites que éste no puede sobrepasar al efectuar la determinación de tal elemento.

En este orden de ideas, puede, por ejemplo, deferirse al destinatario la determinación del precio siempre que sea claro que se trata de ese elemento (para permitir inferir que se propone una compra-venta) y no de otro, como podría ser un automóvil (lo que configuraría una permuta).

No es ocioso recalcar a este respecto, a propósito del ejemplo recién propuesto, que cuando se somete al destinatario la determinación de un elemento esencial del futuro contrato, deben establecerse también las fronteras dentro de las cuales puede fijarse dicho elemento. De no ser así se dejaría totalmente confiada a una de las partes la suerte del aspecto más importante del contenido del contrato. Si los lineamientos para la determinación del elemento esencial no son establecidos en la oferta, no existiría el requisito de la autosuficiencia y no podría dar lugar a la formación del contrato.

Este principio ha sido recogido por el artículo 1543 cc., a propósito del contrato de compra-venta. Sin embargo, hubiera sido deseable una norma de carácter general. Ahora bien, una disposición como la que contiene el citado artículo parecería no admitir la posibilidad de que el precio fuera determinado por el destinatario ni siquiera en base a los parámetros establecidos por el oferente, pues su texto señala que "la compra-venta es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes". Pero una interpretación en tal sentido no debe ser admitida, ya que no encuentra sustento ni lógico ni jurídico. Resulta significativo destacar que el tenor del precepto fue amputado por la Comisión Revisora del Código Civil. El texto propuesto por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, rezaba: "La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al solo arbitrio de una de las partes". La presencia del vocablo "solo" no era una mera casualidad que el legislador de la Comisión Reformadora introdujo sin querer y su supresión no es afortunada e induce a confusión, pues lo que no resulta aceptable es que un elemento esencial, como es el precio, pueda ser fijado libérrimamente por una de las partes con exclusión total de la otra, cosa que no ocurre cuando el oferente se encuentra conforme con que el precio —o, en general, el elemento esencial de que se trate— sea determinado dentro de los parámetros que él ha fijado. Cuando el proponente ofrece en venta un inmueble al precio que determine el aceptante, entre US\$ 90,000.00 y US\$ 100,000.00, el precio, es cierto, es fijado por el destinatario, pero dentro del ámbito establecido por el oferente cuya declaración significa aceptar por anticipado la decisión del destinatario, siempre que se encuentre dentro de la gama de posibilidades establecidas en la oferta.

Esta aceptación anticipada del oferente impide que deba emitir un nuevo pronunciamiento frente a la declaración del aceptante.

La admisión del principio expuesto encuentra sustento, como afirma acertadamente De la Puente, en que la exigencia de que no se requiere nueva declaración del oferente no sólo se cumple cuando la aceptación constituye un simple "sí", sino también cuando es deter-

minado por el aceptante lo que estaba indeterminado, pero a su elección en la oferta (4).

La autosuficiencia de la oferta tampoco significa que ella debe agotar todos los extremos sobre los cuales la ilimitada imaginación del hombre podría sugerir un acuerdo. No compartimos, pues, la opinión de algún autor según la cual, en el ejemplo de quien propone a otro la venta de determinada cantidad de carbón a tal precio, manifestando que el producto está en Inglaterra, pero sin indicar lugar de entrega y quién correrá con los gastos de transporte, seguro y flete, estaríamos ante una oferta incompleta (5). La verdad es que tal propuesta es suficiente y, si fuera aceptada, formaría el contrato. En el ejemplo propuesto, el contrato debería ser integrado con las normas dispositivas previstas para el contrato celebrado. Si el Código Civil peruano fuera aplicable al caso, la solución a la omisión que contiene esa propuesta se encontraría en los arts. 1530 y 1535. Tal autor, sin embargo, no está en desacuerdo con el criterio expuesto cuando en otro lugar afirma que "ni todos los aspectos marginales del negocio jurídico propuesto deben estar necesariamente incluidos en la oferta contractual... Es suficiente que la oferta contenga las cláusulas significativas o puntos esenciales con arreglo a la clase general de los negocios de que se trate ..." (6).

Cuestión distinta es la relativa a la formación progresiva del contrato, o sea, a la formación del contrato mediante sucesivos acuerdos parciales entre las partes, o simplemente al caso en que la propuesta no recoge todos los aspectos respecto a los cuales las partes se han propuesto consentir, reservando algunos de ellos para posterior acuerdo. ¿Qué ocurre si una propuesta como esta es aceptada por el destinatario? Este es un problema que puede vincularse con el tema que se conoce con el nombre de *Punktation*, o puntualización o minuta, y que lamentablemente no podemos detenernos a analizar con detalle ahora. Sólo vamos a revisar muy escuetamente cómo se legisló este aspecto en el nuevo código.

(4) DE LA PUENTE, Manuel. *Ob.Cit.* T.I., p. 174.

(5) SPOTA, Alberto Gaspar, *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1978. Vol. I. pp. 265-266.

(6) SPOTA, *Ob.Cit.*, Vol. I, p. 266.

En principio rige el criterio de la unidad del contrato, de tal manera que éste no puede formarse si las partes no convienen en todos sus extremos (art. 1359 CC.). Este criterio, sin embargo, parecería encontrar una excepción en el art. 1360 CC., que permite que el destinatario, al aceptar una propuesta con las características apuntadas, acuerde con su oferente relegar los puntos de que se trate para un acuerdo posterior. Lo que no resulta del todo claro es el efecto jurídico que produce en tal supuesto la aplicación de esta disposición. El tenor del art. 1360 (7) permite dudar del cabal sentido que debe atribuirse al precepto y autoriza a admitir con el apoyo de la exposición de motivos (8) al menos dos interpretaciones.

La primera interpretación posible consistiría en que la estipulación de un contrato en el que las partes deciden reservar algún aspecto para posterior acuerdo, lo hace válido y perfecto desde que se celebra y sólo su eficacia queda pendiente de que se satisfaga la reserva; o sea, el contrato ya celebrado no produciría efectos mientras los contratantes no decidan de común acuerdo el aspecto reservado. Esta parece ser la tesis que propugna el propio Arias-Schreiber (9), cuando indica que en tal hipótesis el contrato estará condicionado (suponemos que suspensivamente) a que con posterioridad dicha reserva se satisfaga (10).

De admitirse como válida esta primera posible interpretación; la incertidumbre respecto al ulterior acuerdo produciría, como

(7) El art. 1360 CC. reza: "Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.

(8) ARIAS-SCHREIBER, Max, En: *Código Civil*, VII: Exposición de Motivos y Comentarios, p. 23.

(9) Código Civil, Ob.cit., p. 23.

(10) Debemos aclarar, de paso, a propósito del texto citado en la nota anterior, que no se trata de un caso en que cualquiera de las partes se ha reservado una facultad o derecho como allí indica equivocadamente el codificador, sino del caso en que ambas resuelven que algún punto del esquema contractual será materia de un acuerdo posterior.

sostiene algún autor (11), un conflicto entre dos exigencias merecedoras de tutela. De un lado, aquella de no sacrificar la libertad contractual, teniendo en consideración que las partes se han obligado a respetar un acuerdo que no está completo y que podría no llegar a estarlo nunca; y, de otro lado, aquella de tutelar la buena fe contractual contra la impugnación del contrato por una de las partes bajo el pretexto de que tal o cual punto, incluso poco importante, no ha sido todavía disciplinado.

Resulta evidente que de aceptarse la interpretación (del art. 1360 CC.) que ahora se analiza, que nosotros descartamos según tendremos ocasión de explicar más adelante, debe entenderse que los aspectos que el art. 1360 CC. permite reservar para un acuerdo futuro no pueden ser elementos esenciales del contrato. La razón es muy simple: si el contrato se forma y sólo su eficacia queda en suspenso por efecto de la condición suspensiva, es necesario que al menos existan los elementos esenciales. Arias-Schreiber, que según hemos dicho parece patrocinar esta primera tesis que venimos exponiendo, indica que la reserva puede referirse a cuestiones fundamentales como secundarias. Entendemos que cuando el Maestro Sanmarquino se refiere a "cuestiones fundamentales" (12), no pretende hacer mención a "elementos esenciales del contrato", sino tan sólo a aspectos de importancia; de otro modo no vemos cómo pueda formarse un contrato, aún sometido a condición suspensiva, sin que haya mediado acuerdo entre las partes respecto de uno de sus elementos esenciales.

La tesis que hasta ahora hemos desarrollado como posible interpretación del art. 1360, no parece ser la más apropiada. En primer término, habría que admitir que el evento condicionante de un contrato así formado sería el hecho de que las partes se pongan de acuerdo sobre la estipulación que decidieron reservar. Este evento no podría configurar una verdadera condición porque no reunirá los elementos que la caracterizan. Si bien futuro, el advenimiento del evento no sería incierto para las partes, ya que dependería absoluta-

(11) SCOGNAMIGLIO, Renato. En: *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, *Dei Contratti in Generale*, Zanichelli, Bologna. 1970, p. 88-89.

(12) ARIAS-SCHREIBER, *Ob.Cit.*, T. I., p. 110.

mente de la voluntad de cada una de ellas impedir que la condición se verifique; para ello les bastaría simplemente no consentir. En este caso no podría aplicarse siquiera el principio contemplado en el art. 176 CC., porque lo que se requiere es la estipulación de los elementos del contrato que han sido materia de la reserva. Hoy es unánime el rechazo de la doctrina a este tipo de condiciones denominadas meramente potestativas. Esto significaría, además, que las partes estarían vinculadas por un contrato ineficaz, cuya eficacia podría ser impedida unilateralmente por cada una de ellas, lo cual implicaría la inejecutabilidad del contrato. Aún más, esta situación anómala podría perpetuarse desde que la ley no ha previsto un plazo o un mecanismo para satisfacer la reserva hecha por las partes.

Pero, además, el propio texto del art. 1360 no se condice con una interpretación de esta naturaleza y sugiere como correcta la segunda posible interpretación. En realidad, el precepto supedita la validez y no la eficacia del contrato a la consecución del acuerdo posterior, de manera que el contrato no es válido mientras no se haya satisfecho la reserva. El art. 1360 indica, en efecto, que "Es válido el contrato ... siempre que ...". La expresión "siempre que", determina que la validez sólo se da cuando se satisface la reserva. Podría pensarse, entonces, que se trata de un contrato inválido pero existente, o sea, que el contrato se forma pero defectuosamente. Esta tesis no puede sostenerse porque el artículo en estudio está regulando la formación del contrato y, por ende, su existencia. Ocurre que nuestro Código Civil, al menos en la parte relativa a los contratos en general, ha sido muy poco riguroso al emplear los conceptos "existencia", "validez" y "eficacia". Es evidente que tal como lo hace el art. 1359, el art. 1360 debe entenderse referido a la existencia del contrato. Ahora bien, esto quiere decir que el contrato no se forma en el momento en que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, sólo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho. Si, como nosotros pensamos, este es el correcto sentido que tiene el artículo 1360, los detractores de esta opinión podrían preguntarse cuál es entonces la diferencia entre esta disposición y la del art. 1359. La diferencia más importante es la que consiste en el efecto retroactivo que concede al contrato el art. 1360, en el sentido que se entiende perfeccionado en la fecha en que se efectuó la reserva, cosa que no ocurre en el caso del art. 1359, según el cual el contrato sólo se entenderá formado en la fecha en que se convenga sobre el último punto del programa contrac-

tual. Es evidente que como la retroactividad que la ley contempla puede resultar inconveniente; hubiera sido deseable que se permitiera a las partes estipularla en lugar de establecerla como un efecto natural.

b) Intención seria de contratar

La oferta está destinada a formar el contrato si la aceptación se produce. Para ello, quien la formula debe hacerlo con el propósito de quedar vinculado por el contrato si la simple aceptación del destinatario tiene lugar. Dicho en otros términos, la oferta debe comportar una efectiva intención de formar el contrato. En tal sentido, Miccio (13) tiene razón cuando alega que el intérprete debe asegurarse que la declaración no contiene una simple enunciación de un propósito (no definitivo aún), o un mero deseo de contratar, de tal naturaleza que permitan suponer razonablemente que todavía se encuentra vigente el período de los tratos preliminares.

De esto se sigue que no son verdaderas ofertas las que se hacen en broma o en representaciones teatrales o a título ejemplificativo, etc., a las que en general se conoce como ofertas no serias. Pero la objetividad que rodea la cuestión de decidir si una oferta concreta es o no seria, no debe conducir al extremo de entender que la oferta no es tal únicamente porque el proponente declara que formuló una oferta no seria. La falta de seriedad de la oferta debe resultar claramente de los propios términos de ella o de las circunstancias del caso.

Un supuesto de duda lo suscita el problema relativo a la relevancia que merece una oferta que se formula con el convencimiento de que no será aceptada. Se observa, a este respecto, que tal apreciación no es más que una opinión del proponente que no puede afectar la verdadera naturaleza de la oferta. Scognamiglio parece compartir esta tesis (14). Sostiene que debe tenerse en cuenta, desde el punto de vista de la confianza del destinatario, que la propuesta se dirige específicamente a suscitar la adhesión del destinatario y, por otro lado, siempre puede ser revocada antes de la aceptación (a

(13) *I Diritti di Credito*, UTET, Torino, 1977, Vol. II, T. 2, p. 132.

(14) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Dei Contratti...* Ob.Cit., p. 90.

diferencia del Código italiano, en nuestro código sólo se permite la revocación si el proponente se ha reservado tal facultad en la oferta; o después, si lo ha hecho saber al destinatario al menos al momento en que éste conoce la oferta; o si la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso determinan su revocabilidad: art. 1382 y 1384). Ocurre que, como ya se ha puesto de manifiesto, la falta de seriedad de la propuesta debe resultar con claridad de las circunstancias que rodean a su formulación o de los propios términos de ésta, y, lo que es más importante, la falta de seriedad en base a dichas circunstancias debe ser conocible para el destinatario de modo que éste no pueda razonablemente confiar en la seriedad de la misma, ya que en caso contrario sí habrá que tutelar la confianza del destinatario. Miccio (15) proporciona el ejemplo del propietario de un yate que cuesta cientos de millones y que lo ofrece en venta a un pobre marinero que concurre a limpiar el alcázar o a realizar otros humildes servicios. ¿Cómo excluir —se pregunta— que se trata de una oferta no seria?

La mayor parte de la doctrina coincide en incluir dentro de las ofertas no serias aquellas llamadas "ofertas sin compromiso" (16). Son las que el proponente formula sin el ánimo de quedar vinculado si recae la aceptación del destinatario, y suelen incluir frases o cláusulas como "sin compromiso", "salvo confirmación" u otras análogas.

Para Scognamiglio la propuesta sin compromiso no pierde su carácter de oferta, la cual, en su opinión, subsiste como acto idóneo para constituir el contrato. Según este autor, la propuesta así formulada sirve para conceder al oferente la facultad de sustraerse a los efectos de la aceptación. Nosotros no compartimos esta opinión ya que, como se ha expuesto, la oferta es la última declaración del

(15) *Ob.Cit.* Vol. II, T. 2, p. 132.

(16) COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Universitaria. Madrid, 1977. T. I., p. 258-259. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Reus, traducido por W. Roces. Madrid, 1934. T. I., p. 137-138. DE LA PUENTE, Manuel. *Ob.Cit.* T. I., p. 214. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona. T. II, Vol. I, 1978, p. 186.

proponente, de modo que no requiere una nueva declaración de éste para que el contrato se forme una vez que sea aceptada. En la oferta sin compromiso, para que se forme el contrato siempre se requiere una nueva declaración de quien la hace.

Pero es interesante distinguir a este punto dos tipos de ofertas sin compromiso a las que se debe atribuir distinta naturaleza. De un lado, están las que menciona De la Puente (17), que consisten en la facultad que se reserva el proponente de modificar sus términos. A este tipo de declaraciones no puede atribuírsele, siquiera, la naturaleza de invitaciones a ofrecer, pues el oferente no se va a convertir en aceptante al fijar, por ejemplo, un nuevo precio. De otro lado, se encuentran aquellas propuestas que llevan la cláusula "sin compromiso" u otras de efecto equivalente, en las que el proponente sólo se reserva el derecho de rechazar la aceptación y que son a las que Scognamiglio se refiere. Consideramos, con Tuhr (18), que este último tipo de ofertas, cada día más frecuentes en la práctica mercantil, no implican verdaderamente una oferta sino una invitación al destinatario para formular una propuesta que puede, a su vez, rechazarse o aceptarse. En este caso, si el destinatario acepta la invitación y formula la oferta (que paradójicamente tendrá apariencia de aceptación), el proponente original deberá rechazarla prontamente si no la encuentra conforme, pues su silencio tendrá el significado de aceptación por el principio que informa el art. 1381 CC., en concordancia con el art. 142 CC.

c) Forma de la oferta

Rige en principio para la oferta, como rige en general para las declaraciones de voluntad, la libertad de forma que consagra el artículo 143 de nuestro Código, de modo que el declarante puede formular la oferta utilizando la forma que considere más adecuada a los fines de poner en conocimiento del destinatario el contenido de su propuesta.

(17) Ob.Cit. Vol. I, p. 214.

(18) Ob.Cit. Vol. I, p. 138.

Se ha sostenido en la doctrina, con indudable rigor lógico (19), que, atendiendo a la función de la propuesta, el problema relativo a su forma resulta absorbido por el problema más general concerniente a la forma del contrato. Por ello, no resulta inútil preguntarse si acaso las ofertas de contratos solemnes por imperio de la ley o por voluntad de las partes deben revestir la misma forma establecida para el contrato. Algún autor nacional ha respondido negativamente a la cuestión planteada, sosteniendo tajantemente que "... en el caso de los contratos en los que la ley exige el cumplimiento de una forma determinada bajo sanción de nulidad o en los que las partes han convenido en una especial (art. 1411) tanto la oferta como la aceptación podrán revestir cualquier forma, pero el contrato no se entenderá concluido sino a partir del momento en que se cumpla la solemnidad exigida por la ley o impuesta por las partes" (20). Esta afirmación podría considerarse respaldada por el art. 1352 CC. que parece hacer de la forma un requisito independiente del consentimiento; no obstante, no parece que pueda ser compartida.

Los autores que se ocupan del particular coinciden casi unánimemente en que, estando destinada la oferta a concluir un contrato solemne, no puede aquélla no ser subordinada a la misma forma impuesta con tal carácter para el contrato que se propone (21). La forma, en realidad, es el mecanismo o instrumento que se utiliza para exteriorizar la voluntad, y en los contratos solemnes la declaración de voluntad se debe realizar necesariamente en la forma prescri-

(19) SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti ...*, Ob.Cit., p. 91.

(20) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis*. Studium. Lima, 1986. T. I., Contratos: Parte General, p. 130.

(21) FERRI, Luigi. Ob.Cit., p. 70. ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil Español*. Bosch. Barcelona, 1977. Tomo II, pp. 211-212. DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos. Madrid, 1985. Vol. II, p. 109. DE LA PUENTE, Manuel. Ob.Cit., T. I, p. 182. FONTANARROSA, R. *Derecho Comercial Argentino*. Víctor P. de Zavalia. Buenos Aires, 1979. T. II: Doctrina General de los Contratos Comerciales, p. 62. SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti...* Ob.Cit., p. 91. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Dott A., Giuffré Editore. Milano, 1984. Vol. III: II Contratto, p. 219. OSTI, G., Ob.Cit. T. II, p. 826.

ta, de modo que el derecho sólo considera existente la declaración cuando ésta adopta la forma exigida. Si se considera que, como se admite ampliamente, la oferta (como la aceptación) es una de las declaraciones contractuales, es decir, una de las declaraciones de voluntad que configuran el contrato, no se puede sostener, como lo hace Arias-Schreiber, que en los contratos solemnes la oferta y la aceptación pueden realizarse en cualquier forma que los interesados deseen.

Si la oferta de un contrato formal se hace en forma distinta a la requerida por la ley, deberá considerarse que no existe oferta de tal contrato (21a). Ni siquiera puede considerarse que se trata de oferta de un contrato preliminar, ya que el contrato preliminar de un contrato formal es, de reflejo, contrato preliminar formal (art. 1425 CC). Si el proponente y el destinatario no cumplen al declarar la oferta y la aceptación con la formalidad exigida *ab substantiam* y luego, como sugiere Arias-Schreiber, se cumple la solemnidad otorgando, por ejemplo, la escritura pública correspondiente, deberá entenderse que sólo entonces se está formulando contextualmente la oferta y la aceptación con arreglo a ley.

La solemnidad es, en efecto, una carga (22) impuesta a los declarantes, de modo que la ley sólo considera que la declaración de voluntad existe si se cumple, precisamente, con adoptar la forma exigida para la exteriorización de esa voluntad.

Resulta importante destacar igualmente que la propuesta, atendiendo a su finalidad y requisitos, sólo puede formularse, por lo general, de manera explícita; únicamente por excepción puede la oferta realizarse tácitamente, o sea, con los medios que hagan evi-

(21a) Véase STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, p. 17-18. El sostiene, con razón, que la forma en estos casos más que un elemento autónomo del contrato viene a ser un requisito del consentimiento.

(22) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979. T. I, p. 85.

dente para la otra parte la intención de celebrar un determinado contrato. El ejemplo que se suele dar para este supuesto excepcional es el de la oferta de venta realizada mediante aparatos automáticos (23). No podemos dejar de observar, no obstante, que la naturaleza de verdadera oferta y de contrato como resultado de la utilización de un aparato automático, es todavía materia de un intenso y extedido debate en la doctrina. Es también un supuesto de aceptación tácita el contemplado por el art. 1380 CC.

III. EL CARACTER RECEPCIO DE LA OFERTA

La oferta es por lo general una declaración contractual de las conocidas modernamente como declaraciones recepticias. La creación de este término se atribuye a Zitelmann (24) y a pesar de la viva atención que logró despertar entre los estudiosos, no está todavía nitidamente perfilado en la doctrina.

a) Manifestación y declaración

Ni siquiera el concepto de declaración —en el que habremos de detenernos momentáneamente como punto de partida del tema que hemos abordado— y el de manifestación son unánimemente compartidos por los autores. La manifestación, observa Stolfi (25), es designada más propiamente declaración cuando no es perfecta hasta que no es cotejada con otra persona. Así, mediante el testamento el testador manifiesta su voluntad de disponer de su patrimonio, ya que el acto *mortis causa* para considerarse perfecto no es necesario que

(23) SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...* Ob.Cit., p. 91.

(24) MIRABELLI, G. *Dei Contratti in Generale*. En: *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, Tomo Secondo. UTET. Torino, 1980, p. 96. SPOTA, A. *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*. Vol. I. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 261. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español*. T. I, Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, p. 500.

(25) Ob.Cit., p. 6.

llegue a conocimiento de otras personas y, por el contrario, se dice que los contratantes declaran su voluntad propia porque el contrato supone que cada uno de ellos manifiesta su intención a la otra parte. Puede apreciarse cómo el elemento diferenciador entre manifestación y declaración es situado por Stolfi en el hecho de que la segunda, y no la primera, se perfecciona sólo cuando es conocida por otra persona por estar dirigida a ella.

Otros autores (26) no encuentran diferencia y utilizan en forma promiscua ambos términos.

Sin embargo, existen conductas que revelan una voluntad de su autor y que por naturaleza son distintas tanto de los actos que Stolfi denomina manifestaciones de voluntad, como de los que él llama declaraciones de voluntad. En atención a ello, una autorizada corriente de opinión (27) que se ha ocupado de estudiar el tema muy acuciosamente, ha encontrado entre manifestación y declaración una diferencia de género a especie. La manifestación de voluntad consiste en un hecho o en una conducta del sujeto, realizados de manera consciente y voluntaria, a través del cual se revela una determinación volitiva, ya sea que la intención del agente haya sido o no, transmitir directamente a otros su voluntad.

Dentro de este genérico concepto de manifestación, cuando el propósito que anima al sujeto a realizar esa conducta es precisamente el comunicar a otros su voluntad, y esa conducta consiste en un medio idóneo para tal fin, entonces a este tipo de manifestación se le denomina específicamente declaración. En cambio, cuando una conducta no tiene el propósito directo de transmitir a otro una voluntad, pero ésta se revela indubitadamente, a esa conducta se le llama manifestación (en sentido estricto).

(26) CASTAN, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus S.A. Madrid, 1982. T. I, Vol. 2, pp. 741-742.

(27) LOHMAN, J. *El Negocio Jurídico*. Studium. Lima, 1986, p. 80. SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...* *Ob.Cit.*, pp. 170-171. BIANCA, M. *Ob.Cit.*, pp. 212-213. DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Ob.Cit.*, p. 509. MESSINEO, F. *Manual...* *Ob.Cit.*, pp. 332-333; ver también p. 361.

En palabras de Sacco (28), la declaración es presentada como una subcategoría de la manifestación. Esta última puede ser directa (la intención se deduce de un comportamiento que según la común experiencia está destinado a hacerlo socialmente reconocible) o indirecta (la intención se deduce por hilación necesaria y unívoca de un comportamiento concluyente que no tiene la destinación ya descrita); o sea, la manifestación puede desarrollarse mediante un lenguaje (medios simbólicos de significado, o sea, signos fonéticos, gráficos, etc.) o mediante un comportamiento práctico que tiene una finalidad unívoca. La manifestación que se desarrolla mediante un lenguaje es declaración.

En este orden de ideas, la manifestación en su sentido más lato puede sub-clasificarse en: a) Manifestación en sentido estricto y b) Declaración.

Desde esta perspectiva, que juzgamos acertada, la diferencia entre ambos conceptos estriba en que la manifestación en sentido estricto consiste en una conducta que el sujeto realiza pero no con el propósito de comunicar su voluntad a otros, sino de obtener un resultado práctico inmediato (como por ejemplo el caso de la aprehensión, art. 929 CC.), aun cuando de tal conducta se revela indirectamente, o sin querer, la voluntad del sujeto (o sea, en el ejemplo propuesto, la de apropiarse del bien). En la declaración, en cambio, lo que el sujeto se propone es comunicar a otros su voluntad, de modo que la exteriorización de ella no resulta una consecuencia accidental del acto sino que constituye su razón determinante; y por ello, el medio utilizado con tal propósito debe ser, en el ambiente social de que se trate, idóneo para hacer conocible a los demás la voluntad que se revela (28bis.).

(28) En *Trattato Di Diritto Privato*, Diretto da Pietro Rescigno. UTET. Torino, 1983. Vol. 10, Tomo Secondo, pp. 49-50. Ver también BARASSI, Lodovico. *La Teoría Generale delle Obbligazioni*. Giuffré. Milano, 1964. Vol. II. Le Fonti, p. 109.

(28bis.) Esta teoría es también sustentada con particular claridad aunque con algunas peculiaridades por VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*, traducido por W. Roces. Primera Edición. Editorial Reus. Madrid, 1934. Tomo I, p. 115.

En otras palabras, mediante la declaración el sujeto intenta producir un efecto psíquico en otros, efecto que consiste en la representación mental de su interno querer. Mediante la manifestación en sentido estricto el sujeto sólo realiza el acto con la intención de producir un efecto material inmediato. De ahí que a diferencia de la manifestación en sentido estricto, en la declaración se presenta, además de la voluntad que se revela y que es, por ello, objeto de la declaración (que la doctrina denomina voluntad declarada), la voluntad de revelar el querer interno comunicándolo a otros (que la doctrina llama voluntad de declarar) (29).

Los diversos anteproyectos y proyectos preparados en el seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, no trataron el tema de un modo técnico y usaron ambas expresiones en forma indistinta. Cabe destacar, sin embargo, que para Susana Zusman y para Manuel de la Puente, autores de uno de los anteproyectos, el tema no fue ajeno y conscientemente emplearon el término declaración en un sentido lato, no técnico, como sinónimo de manifestación.

Ello se deduce con facilidad de la exposición de motivos que sustenta su anteproyecto, en donde escriben: "Dado que la voluntad del agente puede exteriorizarse no solamente mediante declaraciones, entendidas éstas en un sentido estricto, sino también mediante comportamientos, se define el acto jurídico como una declaración de voluntad, entendiendo que este término comprende tanto las palabras o signos como cualquier otra forma de expresión, manifestación y comunicación de la voluntad, o sea, lo que se conoce como conducta expresiva (30).

Sin embargo, según parece, por obra de la Comisión Revisora la manifestación de voluntad es concebida por nuestro Código desde

(29) ALBALADEJO, M. *El Negocio Jurídico*. Bosch. Barcelona, 1958, pp. 79-80.

(30) ZUSMAN, S. y DE LA PUENTE, M. *Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos, Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1980. Tomo II, p. 45.

el punto de vista genérico que hemos indicado líneas arriba y adopta, en nuestra opinión, la diferencia de género a especie con relación a la declaración en los términos ya explicados. En efecto, el art. 141 indica que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa —agrega— cuando se formula oralmente, por escrito, o por cualquier otro medio directo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Hasta aquí el Código ha definido la manifestación en términos genéricos.

Pero, a continuación, en su segundo párrafo, el mismo artículo señala que no puede considerarse que existe *manifestación tácita* cuando la ley exige *declaración expresa* o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. Es muy sintomático que el Código haya utilizado la palabra manifestación al momento en que ya en términos específicos se ha querido referir a la exteriorización tácita, y, en cambio, a renglón seguido, dentro de la misma oración, utilice la palabra declaración cuando se refiere a la expresa. Y es que, como pone de manifiesto Scognamiglio, de declaraciones (en sentido técnico) sólo puede hablarse cuando se trata de declaraciones expresas, las que, según este autor, implican "... como se suele decir, un hecho de lenguaje, o en otros términos la adopción de medios expresivos, reputados en un cierto ambiente idóneos para revelar un determinado significado; y se configuran según las exigencias y para el fin de conducir un cierto objeto en ellos contemplado —que puede ser más que una regla negocial, y es la hipótesis ya considerada, el resultado de un juicio o la noticia de un hecho— a conocimiento de otro" (31).

Sólo de las declaraciones en el sentido técnico ya descrito, puede decirse que son recepticias o no recepticias. Esta clasificación no es posible encontrarla en el ámbito de las manifestaciones de voluntad en sentido estricto (32).

(31) SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...* Ob.Cit., p. 171.

(32) SACCO, R. Ob.Cit., p. 50.

b) Declaración recepticia

El término "recepticio" (*emfangsbiduritg*) parece hacer alusión a la necesidad de recepción por parte de otro. Así, la declaración recepticia sería la declaración de voluntad que debe ser recibida por otro. Sin embargo, se observa que para que una declaración sea recibida por otro, tiene que ser previamente dirigida por el emitente a aquél que debe recibirla. Declaración recepticia sería entonces aquella que es dirigida a otro. Pero si tenemos en consideración que declaración es sinónimo de comunicación y que toda declaración en sentido técnico implica una voluntad de declarar y, por lo tanto, un dirigir esa declaración a quien quiera que deba comunicársele, entonces la clasificación de declaraciones recepticias y no recepticias sería superflua, pues resultaría absorbida por la clasificación de manifestación y declaración tal como la entiende Stolfi, con las críticas que ya se han apuntado.

En cambio, la bipartición de las declaraciones en recepticias y no recepticias adquiere singular relevancia si se toma en consideración que existen declaraciones en las cuales se encuentra interesado un específico y determinado destinatario y que, por lo tanto, es él y sólo él a quien debe dirigirse y quien debe recibir esa declaración, porque por un interés que la ley tutela, sólo frente a él adquiere trascendencia jurídica dicha declaración. Estas son las declaraciones que la doctrina denomina recepticias. Son las más numerosas e importantes, como, por ejemplo, la oferta de contratar, la aceptación, las declaraciones que se indican en los artículos 1429, 1430, 1458, 1474, etc.

Otras declaraciones no se dirigen ni deben ser conocidas necesariamente por un destinatario determinado, sino por todos, por cualquiera o por un grupo indeterminado de sujetos. En estos casos, como es obvio, la ley no considera existente un interés que determine que esa declaración sólo adquiera relevancia jurídica cuando sea cotejada con un sujeto previamente determinado. Estas declaraciones se denominan no recepticias y son las menos frecuentes, como, por ejemplo, la promesa al público, la invitación (al público) a ofrecer, el testamento, etc.

Ahora bien, si consideramos que toda declaración es por

naturaleza una comunicación, o sea un hacer conocer algo a alguien, hemos de encontrar que en todo proceso declarativo existen cuatro fases teóricamente diferenciables, a saber: la emisión, la expedición, la recepción y el conocimiento. Por ello es preciso establecer en qué momento o fase se forma la declaración y a partir de qué momento produce consecuencias jurídicas. En las declaraciones realizadas entre presentes, modernamente denominadas declaraciones no incorporadas (33) (como en el caso de una declaración oral), la emisión se confunde con la expedición y la recepción con el conocimiento. Por otra parte, también en las declaraciones no incorporadas, la fase de la expedición y la de la recepción se suceden sin solución de continuidad, lo cual no dá lugar a mayores inconvenientes; lo importante es, pues, analizar este tema a propósito de las declaraciones incorporadas (34).

De las etapas que hemos mencionado, es incuestionable que la primera —la de la emisión— es absolutamente necesaria para la formación de toda declaración, desde que constituye el punto inicial en el que el autor hace exterior su voluntad interna, aquella que pretende comunicar, fijando de tal manera el contenido de la declaración. No parece que pueda concebirse la existencia de una declaración no emitida. Pero aun habiéndose producido la emisión, esta primera fase no es por sí sola suficiente para que quede formada la declaración. No puede decirse que formula una declaración perfecta quien hace un discurso a las estrellas o quien redacta una carta para depositarla en un cajón (35).

La fase de la expedición es también relevante a los efectos de que quede formada la declaración, en cuanto tiene el rol de transmitir su contenido de manera que en esta etapa el declarante se desprende de la declaración haciéndola accesible al destinatario. Un

(33) SACCO, R. *Ob.Cit.* p. 72.

(34) Nótese que el mismo problema se presenta y se discute, aunque con algunos ingredientes más, a propósito de la celebración del contrato entre no presentes, ya que éste se forma en virtud de dos declaraciones (la propuesta y la aceptación) incorporadas.

(35) SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...* *Ob.Cit.*, p. 171.

sector de opinión muy autorizada (36) enseña que ésta es la fase con la cual culmina el proceso de formación de la declaración porque es el momento en que su autor adopta los instrumentos necesarios, imprimiendo una dirección a su declaración, que marca la salida del acto de la esfera del declarante, haciendo posible que los interesados accedan a ella. Cumplida esta etapa, nada más tiene que hacer el declarante; la declaración se ha formado.

La expedición de la declaración es un acto voluntario del declarante, tan voluntario como la fase de emisión que le precede. Teóricamente, una declaración recibida o conocida sin que haya sido expedida por su autor no puede tener existencia jurídica. Imaginemos un caso hipotético en el cual una persona redacta y suscribe una carta proponiendo a otro la celebración de un contrato, pero no se decide todavía a expedirla a su potencial destinatario, quien casualmente de visita en casa del emitente la encuentra, se la lleva y toma conocimiento de ella. No podría, luego, el destinatario sostener la existencia jurídica de semejante propuesta.

Ya Jorge Giorgi (37) explicaba a principios del siglo, que si Ticio manifiesta a Sempronio su voluntad de vender a Cayo, sin darle ningún encargo de hablar a éste, Cayo no tiene derecho de tomar esta palabra, porque Ticio puede rechazarle diciendo: todavía no me he decidido, aún no he hablado contigo, tenía un propósito incierto que he abandonado.

No obstante lo hasta aquí expresado a propósito de la voluntariedad del acto de expedición de la declaración, no puede ocultarse el grave problema que en la práctica puede frecuentemente presentarse en situaciones de declaraciones recibidas por el supuesto destinatario, pero expedidas por circunstancias ajenas a la voluntad del emitente. Sacco (38) nos plantea el caso del empresario que dicta y

(36) BIANCA, M. *Il Contratto...*, *Ob.Cit.*, p. 171.

(37) *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Madrid, 1910. Vol. III, p. 204.

(38) En: *Tratatto di Diritto Privato*. Diretto de Pietro Rescigno. UTET. Torino, 1983. Vol. 10, p. 68.

suscribe una propuesta y luego ordena a su secretaria que la destruya, orden que no es cumplida por ella y posteriormente la carta resulta expedida por un error del mensajero.

Si llevamos al extremo el elemento de la voluntariedad del acto de expedición de toda declaración, al punto de considerar, como en teoría debería ser, que toda y cualquier declaración recibida por su potencial destinatario, pero no expedida por el autor, carece por ello de existencia jurídica, resultaría desprotegido y acaso seriamente perjudicado ese seudo destinatario que confió de buena fe en la declaración, ignorando que no le fue voluntariamente expedida (39).

A fin de compatibilizar la naturaleza de las instituciones y la seguridad jurídica que el tráfico reclama, es imprescindible encontrar un punto de equilibrio que permita dirimir satisfactoriamente este conflicto que puede presentarse con frecuencia entre quien emite una declaración y quien la recibe (40). El conflicto se presenta entre el interés del emitente de no considerar existente una declaración que él no ha expedido voluntariamente, y el interés del supuesto destinatario de considerar no sólo existente sino también válida la declaración recibida por él y en la cual confió de buena fe. Estimamos que para solucionar prudentemente este conflicto de intereses nos pueden ser de utilidad las teorías de la responsabilidad y de la confianza (40a). La declaración no puede en ningún caso tener relevancia cuando no ha sido expedida por su autor, a no ser que la expedición se haya debido a una causa que se encuentre dentro de su esfera de actuación, o sea, en definitiva, por una causa que puede serle atribuible de modo que, por excepción, en base a la teoría de la responsabilidad, esa declaración podría, no obstante, producir conse-

(39) Debe observarse que en el ejemplo transcrito no sería aplicable la solución prevista en la parte final del art. 208 CC., por cuanto no existe error en la declaración, ni siquiera existe encargo de transmitir una declaración.

(40) SACCO, R., *Ob.Cit.*, p. 68.

(40a.) La Teoría de la Confianza, por otro lado, es la que se ha adoptado en nuestro Código para resolver los problemas de error vicio y error obstativo.

cuencias jurídicas. Pero aun en este caso, esa declaración no podría considerarse como una declaración perfecta si el que la recibió no podría haber confiado en ella de buena fe, al punto de tener que proteger su expectativa en base a la teoría de la confianza. En conclusión, una declaración no expedida voluntariamente por su autor sólo puede tutelarse si el acto de la expedición puede serle atribuible y siempre que quien la recibió haya confiado en la declaración, de buena fe.

Después de las consideraciones que hemos dejado anotadas, podemos concluir que toda declaración se forma mediante los actos de emisión y de expedición. Entonces, ¿qué rol desempeñan en la declaración las fases de la recepción y el conocimiento? Esto, como veremos en seguida, depende justamente del tipo de declaración de que se trate.

Ya se ha anticipado que la declaración recepticia es aquella que se dirige a una persona determinada porque interesa frente a ella en particular. Por eso hay algunos autores que sostienen que la declaración recepticia no se forma como tal, no tiene existencia, en tanto no haya llegado a conocimiento del destinatario, de suerte que la etapa del conocimiento formaría parte de la estructura de la declaración. Barassi comenta que en las declaraciones recepticias la percepción que de ellas tiene el destinatario es de tal importancia que entra en el conjunto de la declaración, y es un elemento de ella. Para Barassi es de tal importancia el conocimiento por parte del destinatario que también éste participa, por ello, en la formación de la declaración de voluntad recepticia (41).

No puede dudarse que en la declaración recepticia la etapa del conocimiento es también de importancia meridiana, ya que no existe en realidad comunicación alguna si el destinatario no conoce la declaración, o sea, si no se produce en el destinatario el evento psíquico que constituye la finalidad de la declaración, la representación mental del contenido de la declaración. Es por eso que Barassi

(41) BARASSI, L. *Teoría Generale delle Obbligazioni*. Vol. II. Dott A. Giuffrè, Editore. Milano, 1964, p. 100. Este criterio también parece compartirlo DE LA PUENTE, M. En: *Estudios sobre el Contrato Privado*, Cultural Cuzco. Lima, 1983. T. I, p. 182.

pretende que el conocimiento por parte del destinatario es también, al igual que la expedición, un elemento de formación (o constitutivo, como dice el autor) de la declaración. Probablemente en consideración a que el conocimiento o percepción de un hecho o de una idea implica una actitud y una conducta del sujeto, ha llegado a sostener Barassi que "... se puede entender que también el destinatario participa de la formación de la declaración de voluntad" (42).

Semejante acerto implicaría que todas las declaraciones recepticias son actos bilaterales, o sea, actos para cuya formación se requiere la intervención de dos sujetos, a saber: el declarante y el destinatario.

Más adecuada nos parece la opinión según la cual la formación de la declaración recepticia se agota en la etapa de la expedición, según hemos tenido ocasión de exponer. Pero estas declaraciones, a diferencia de las no recepticias, carecen de sentido si no son cotejadas específicamente con su destinatario, de suerte que el conocimiento de este último es un dato importante respecto a la función de la declaración recepticia y no respecto a su estructura. Por ello, el conocimiento por parte del destinatario es un requisito de eficacia, lo cual significa que la declaración ya formada al ser expedida sólo produce efectos desde que llega a conocimiento del destinatario. Quienes como Giampiccolo suscriben esta tendencia, sostienen que la declaración existe desde que se expide, pues desde tal momento se verifican algunos efectos intermedios, si bien limitados a la esfera del declarante, pero hasta el momento del conocimiento la declaración no realiza su efecto final, aquél que más cuenta, no produce ninguna consecuencia jurídica, ni siquiera preliminar, frente al destinatario. De modo que, según ellos, este evento (el conocimiento) debe entenderse como un elemento constitutivo del efecto, o, mejor dicho, un co-elemento de la relevancia jurídica de la declaración frente al tercero (43).

Ahora bien, como el conocimiento es un evento voluntario que requiere inexorablemente la cooperación del destinatario, y como la fase que puede constatarse exteriormente con facilidad es la

(42) BARASSI, L. *Ob.Cit.*, p. 100.

(43) SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...*, *Ob.Cit.*, p. 175.

de la recepción más que la del conocimiento, con el único propósito de facilitar la constatación del hecho y evitar que el destinatario se sustraiga a los efectos que la declaración habrá de producir, con el fácil expediente de no tomar conocimiento de ella, las legislaciones modernas, empezando por la italiana, han comenzado a establecer la presunción del conocimiento por parte del destinatario cuando se haya producido la recepción.

El Código Civil italiano en su art. 1334 sanciona que la eficacia de las declaraciones recepticias se produce con el conocimiento por parte del destinatario. Esto resulta no sólo del tenor del artículo sino del epígrafe que le precede. De allí se deduce, pues, que el legislador de Italia parece haber adoptado la tesis ya expuesta según la cual la declaración se forma con la expedición pero sólo produce efectos con el conocimiento. El artículo siguiente sirve de perfecto complemento disponiendo que las declaraciones recepticias se entienden conocidas desde que llegan a la dirección del destinatario (fase de la recepción), salvo que él pueda probar que no la pudo conocer sin su culpa.

En nuestro Código Civil no existe una disposición de carácter general como el art. 1334 del Código italiano, que consagre la eficacia de las declaraciones recepticias a partir del conocimiento por parte del destinatario. Tan sólo existe una norma muy específica de la cual puede extraerse indirectamente que el conocimiento produce la eficacia de las declaraciones recepticias. Se trata del art. 1373, según el cual el contrato se forma en el momento y lugar en que el oferente conoce la aceptación. El sentido de este precepto no es el de regular las declaraciones recepticias, ni el de establecer su eficacia, sino el de fijar claramente el momento y lugar de formación del contrato; su fuente se encuentra inmediatamente en el primer párrafo del art. 1326 del Código italiano. Sin embargo, como la aceptación, que es una declaración recepticia, cierra el ciclo formativo del contrato, de la disposición que comentamos puede extraerse que el momento de eficacia es el del conocimiento.

En cambio el art. 1374 que establece, al igual que el Código de Italia, una presunción de conocimiento, sí tiene un alcance general que se extiende a todas las declaraciones contractuales dirigidas

a persona determinada (recepticias). Es evidente que si en nuestro Código contraponemos el art. 1373 al 1374, notaremos que existe un vacío con respecto a este último. Para nada interesa establecer cuándo una declaración se considera conocida si antes no se da relevancia al conocimiento.

En nuestra opinión debe interpretarse, un poco por deducción del art. 1373, un poco por deducción del art. 1374 y mucho por las enseñanzas de la doctrina dominante y de la legislación comparada, que en el Perú las declaraciones recepticias, o sea, aquellas que son dirigidas a determinada persona, se forman al momento en que se expiden pero sólo producen efectos desde que llegan a conocimiento del destinatario; y, por estricta aplicación del art. 1374, debe reputarse que el destinatario se ha informado de la declaración, la ha conocido, desde que llegó a su dirección, a menos que pruebe que no le fue posible conocer la declaración por una causa que no les es imputable.

Dado el propósito limitado de este artículo, no vamos a detenernos en un análisis más riguroso de los artículos 1373 y 1374 de nuestro Código. Nos interesa, más bien, destacar que las declaraciones recepticias producen efecto desde que llegan a conocimiento (real o presunto) de su destinatario, debido a que existe un interés (normalmente en el declarante —pero no siempre sólo en él—) en que esa declaración sea conocida exclusivamente por su destinatario, interés que la ley considera digno de protección jurídica. Sin embargo, la ley no ha protegido ese interés del declarante en forma plena, interés que puede quedar afectado cuando es la recepción de la declaración la que se impide por una causa atribuible al destinatario, hipótesis que, en cambio, sí ha previsto el Código portugués en su art. 224.

La declaración no recepticia, en cambio, como no tiene un destinatario predeterminado y cualquiera o todos son los destinatarios, su existencia y eficacia tienen lugar al mismo tiempo, esto es, tan pronto como el declarante agota los medios necesarios para hacerla socialmente reconocible sin que requiera (para su eficacia) ser cotejada con otra persona. Así se establece específicamente en el art. 224 del Código portugués.

IV. LA INVITACION A OFRECER

La invitación a ofrecer consiste en la declaración que una persona (44) dirige a otra o a un grupo determinado de sujetos o al público en general, manifestando su propósito inicial de celebrar un (o varios) contrato determinado y su disposición a considerar las ofertas que a tal fin le formulen quienes accedieran a la invitación (45).

Debe indicarse, en primer término, que la invitación a ofrecer no es necesariamente una declaración al público, pues es perfectamente factible que se formule a una persona determinada (46), pero es más frecuente en la práctica —y dentro de ese ámbito suele estudiarse en la doctrina— que se realice frente a un grupo de personas o al público en general (*incertam personam*); es ciertamente muy generalizado su uso, sobre todo en la contratación en masa.

Parece de perogrullo indicar que la invitación a ofrecer no es una (verdadera) propuesta de contrato; ni pretende serlo porque se trata de una declaración que viene a cumplir una función diferente. Se observa que puede ocurrir que por causas de la más diversa índole, quien desea contratar, antes que hacer él mismo la propuesta, prefiera escuchar las ofertas que otros le formulen para lo cual solicita que aquellos que tengan interés en contratar con él expresen la oferta (condiciones) en base a la cual están dispuestos a hacerlo. Por eso, quien realiza la invitación no asume ningún compromiso sino que sólo da inicio a una fase de negociaciones o tratos preliminares que pueden culminar con las (o la) ofertas de los interesados.

Ejemplos de invitación a ofrecer nos proporciona en abundancia la doctrina, nutrida por una cada vez más frecuente práctica en el

(44) Debe tenerse presente que aquí puede hablarse más propiamente de "parte", desde que es una parte contratante potencial al que hace la invitación.

(45) MESSINEO, F. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu e Missineo. V. XXI, II Contrato in Genere T. I. Giuffrè. Milano, 1973. T.I, p. 323.

(46) SCOGNAMIGLIO, R. *Dei Contratti...*, *Ob.Cit.*, pp. 187-188.

mundo de los negocios y sobre todo en las operaciones en masa: el cartel exhibido sobre un inmueble con la indicación "se vende" o "se alquila"; los avisos económicos publicados en los diarios; el envío de catálogos y, en general, el contenido de las propagandas y promociones publicitarias realizadas por los medios de comunicación masiva, son los casos más frecuentes.

La invitación a ofrecer es siempre una declaración anterior a la oferta y, aunque puede asemejarse a ella, siempre adolece de alguno de los requisitos de la oferta. En primer lugar, no es frecuente que se indique todos los extremos del contrato cuya oferta se solicita, como es imprescindible en cambio para la oferta ordinaria, según ya se ha visto, pero sí deben señalarse aquellos que permitan a los terceros que reciben la invitación formular apropiadamente una oferta, empezando por la individualización del tipo de contrato que se pretende celebrar (47).

Puede ocurrir, sin embargo, que la invitación a ofrecer sí contenga todos los extremos del contrato que se pretende y a pesar de ello no sea una oferta de contrato porque, según se ha explicado, la autosuficiencia no es el único requisito de la oferta. Esto tiene lugar cuando el declarante, a pesar de haber fijado el contenido del contrato, no está dispuesto a contratar con cualquiera y desea evaluar a los posibles contratantes, por lo que no formula una oferta sino que invita a los interesados a hacerlo, reservándose el derecho de aceptar (o rechazar) las propuestas. Se comprende enseguida que aquí la declaración no se realiza con una seria intención de contratar, en el sentido que el declarante no pretende que surja el contrato con la sola declaración del (o de los) destinatario(s) de la invitación, sino que se requiere de una nueva declaración (esta vez de aceptación) a su cargo (48). Ya hemos anticipado el caso de las ofertas sin compromiso.

Como la invitación a ofrecer se sitúa dentro del ámbito de las tratativas, quien la realiza goza de plena libertad; la invitación a

(47) MICCIO, R. *I Diritti di Credito*. Vol. Secondo, parte II, II Contratto. UTET. Torino, 1977, p. 175.

(48) TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto Privato*. Sesta edizione. Giuffrè Editore. Milano, 1983, p. 302.

ofrecer no supone, pues, ninguna sujeción para el declarante ni se origina a su cargo ninguna obligación. Pero como excepción a la libertad de la que, como regla general, goza quien formula una invitación a ofrecer, el art. 1381 CC. le impone un deber, configurado como una verdadera carga, que consiste en rechazar sin demora las ofertas que se le dirijan si no estuviese de acuerdo con ellas, pues en caso contrario quedan concluidos con arreglo a las mismas los contratos correspondientes. Este es uno de los pocos casos en los que, en concordancia con el precepto excepcional que contiene el art. 142 CC., el silencio adquiere valor de declaración negocial con el efecto de una aceptación.

El segundo deber que como excepción pesa sobre quien invita a ofrecer es el que prevee el art. 1362 CC., de conducirse con arreglo al criterio de la buena fe entendida en su sentido objetivo (buena fe lealtad) porque, como se ha explicado, la invitación a ofrecer se sitúa en el ambiente de las tratativas.

V. *LA OFERTA AL PUBLICO*

Modernamente se discute si acaso puede distinguirse de la simple invitación a ofrecer la llamada oferta al público, o sea, si en ésta puede observarse la naturaleza de una verdadera oferta de contrato; también se pregunta la doctrina qué particularidades reviste la oferta al público en el supuesto que se responda afirmativamente la cuestión anterior.

El tema no sólo es relevante en sede teórica sino que también tiene alcances prácticos de indudable importancia. Sirven para corroborarlo dos casos que el comparatista Puig Brutau extrae de la jurisprudencia anglosajona para ofrecerlos como ejemplo. El primero fue ventilado en las cortes inglesas. Según una ley de ese país, la venta de productos tóxicos sólo puede hacerse legalmente con la intervención de un farmacéutico colegiado. Una adquisición de esta clase fue realizada en un autoservicio que, ciertamente, tenía contratados los servicios de un farmacéutico que acudía a la caja en los casos necesarios para que la ley fuera cumplida, por lo menos en su interpretación literal. Como es sabido, en los autoservicios los clientes tienen acceso a los estantes que exhiben la mercadería, y luego, si

deciden comprarlos, en la caja pagan la suma total que corresponda. El farmacéutico empleado por la tienda tenía la facultad para revisar los artículos comprados e impedir la adquisición de productos cuya composición química requería una autorización especial. La asociación de farmacéuticos (cuya finalidad real era impedir que disminuyera el número de licenciados que podría encontrar empleo) alegaba que la venta quedaba perfeccionada en el acto de escoger el cliente el producto (cuya adquisición requería la intervención del profesional), con lo que estimaba que la ley quedaba vulnerada, pues al llegar el cliente a la caja ya se había realizado la adquisición. A través de esta argumentación se sostenía que la exposición de los artículos de consumo en los estantes de la tienda era una verdadera oferta al público, que se aceptaba al tomarlos el cliente para depositarlos en la correspondiente cesta. La empresa demandada replicaba, contrariamente, que la venta no quedaba perfeccionada hasta que el cliente llegaba al mostrador y el empleado de la caja podía pedir la intervención del farmacéutico (49). Como puede observarse, la demandada sostenía, en el fondo, que la exposición de las mercaderías en los estantes es una invitación a ofrecer.

El segundo caso lo toma Puig Brutau de la jurisprudencia norteamericana. El cliente de un supermercado sufrió daños al hacer explosión una botella de agua mineral cuando la tomaba de la estantería (50). Para decidir si se trataba de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual había que determinar si, siendo la exposición de mercaderías una verdadera oferta, la aceptación se produjo al tomar el cliente la botella o si, siendo tal exposición una invitación a ofrecer, no hubo contrato al tomar la botella que en ese momento estalló.

Vemos, pues, cómo estos meros ejemplos ilustran la relevancia práctica que puede adquirir el determinar si la oferta al público es una verdadera oferta o si sólo tiene el carácter de una invitación a formularla.

(49) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1978. T. II, Vol. I, p. 182.

(50) PUIG BRUTAU, José. *Ob.Cit.*, T. II, Vol. I, p. 184.

Es evidente que, como ya se ha anticipado en el rubro anterior, la invitación a ofrecer no es, por definición, una verdadera oferta, pues carece de los requisitos propios de ésta. En primer término, no es por lo regular autosuficiente en el sentido ya analizado. En segundo lugar, aunque en algunos casos pueda ser autosuficiente, no se emite con seria intención de quedar vinculado por un contrato con la mera declaración de aceptación del destinatario.

En cambio, la denominada oferta al público, observémoslo desde ahora, posee todos los requisitos propios de la oferta ordinaria y precisamente la existencia o no de estos requisitos es la que nos servirá para determinar si una declaración al público en concreto es una oferta al público o sólo una invitación a ofrecer. La oferta al público, entonces, sólo difiere de la oferta ordinaria en el carácter recepticio que ésta posee. Aquella está dirigida al público o, como dice Messineo, a la generalidad de terceros (*in Incertam personam*), por lo que no reviste tal carácter. Hay, sin embargo, algunos, como el propio Messineo (51), que sostienen que la oferta al público es recepticia, pues siendo indeterminado el destinatario al momento en que se formula, queda determinado al momento en que la acepta. Este temperamento no puede ser compartido, como observa exactamente De la Puente, ya que si la aceptación determina la existencia del consentimiento, y por lo tanto la formación del contrato mismo, la oferta al público sería recepticia, según Messineo, por la determinación del destinatario, precisamente en el momento en que la oferta deja de tener existencia para fundirse con la aceptación, dando lugar al contrato.

Es importante entonces determinar si la ausencia del carácter recepticio, único aspecto del que adolece la oferta al público, es suficiente para hacerle perder su naturaleza de verdadera oferta y la reduce, por tanto, a una simple invitación a ofrecer. El carácter recepticio viene atribuido a la oferta por cuanto ésta cumple la función de formar el contrato conjuntamente con la aceptación. El contrato implica, por lo general, una relación personal, de modo que quien se propone celebrar un contrato debe saber con quién ha de

(51) *Doctrina General del Contrato*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952. T. I, pag. 319. FERRI, Luigi. *Ob.Cit.*, p. 78.

hacerlo y tener la certeza de que contratará con quien él desea. Esto significa, según hemos tenido ocasión de explicar a propósito de las declaraciones recepticias, que si Ticio dirige una oferta a Cayo, Sempronio no puede aceptarla, y si lo hace la aceptación será ineficaz o, en el mejor de los casos, podría considerarse como una oferta de éste a aquél. La aceptación implica el ejercicio de un poder, de una facultad que se confiere con la oferta, pero sólo al destinatario. El carácter recepticio es, pues, un aspecto que se reconoce en la oferta — como también en otras declaraciones — y que el derecho tutela en la medida en que responda a un interés que la ley considera, precisamente, digno de protección jurídica. Sin embargo, si el propio oferente desea conscientemente prescindir de este carácter que vendría a proteger su interés (el de conocer con quien contrata y contratar específicamente con quien él desea y no con otro) no vemos inconveniente jurídico alguno que determine que, en tal circunstancia, no exista una verdadera oferta, pues no se resiente ningún principio de derecho. A este argumento debe agregarse el que aporta Lavalle (52), según el cual debe protegerse la buena fe y la expectativa del público que este tipo de oferta pueda despertar. La evolución del comercio y de los negocios en general, así como la sociedad misma, van demandando progresivamente nuevas soluciones y nuevas figuras que el derecho debe brindarle; y es deseable que ello ocurra pues el Derecho, como instrumento al servicio del hombre, debe contribuir a esa evolución o corre peligro, en caso contrario, de resultar anacrónico.

Nuestro legislador, respondiendo a las necesidades de los nuevos tiempos, y con el loable afán de elaborar un código de avanzada, ha regulado el fenómeno de la contratación masiva y lo ha hecho fundamentalmente a través de la reglamentación de dos expresiones de ese fenómeno, que son el contrato por adhesión y el que se celebra en base a cláusulas generales de contratación. Aun cuando la forma en que se ha concebido esta regulación pueda en alguna medida criticarse sanamente (53), no puede dejar de reconocerse que el

(52) En: *Código Civil y Leyes Complementarias*. Director: Belluscio. Coordinador: Zannon. Astres. Buenos Aires, 1984. T.S., p. 760. También FONTANARROSA, Rodolfo. *Ob.Cit.*, T. II, p. 68.

(53) Ver, por ejemplo, el valioso trabajo de Alfredo Bullard en *Themis*, Segunda Epoca, 1989. N° 15, pp. 47 y sgtes.

Código ha sido permeable a una realidad insoslayable que no podía dejar de atender. Lo curioso, sin embargo, es que habiendo reconocido y legislado el fenómeno de la contratación en masa, que tiene como una de las características fundamentales la despersonalización de los contratantes, la estandarización de las relaciones, no haya podido desprenderse de la oferta en su concepción tradicional. No resulta lógico concebir la contratación en masa si no podemos concebir la oferta también en masa; no podemos concebir la despersonalización del contrato si no concebimos también la despersonalización de la oferta, porque, precisamente, la oferta al público viene a encontrar su más natural (aunque no único) ámbito de actuación en esta esfera del contrato masivo. Es como si el legislador admitiese el contrato como expresión del moderno mundo industrial, pero exigiese para su formación un procedimiento artesanal. Esta crítica ya ha sido puesta de relieve, por lo demás, con un singular acierto, por Bullard (54).

Y es que, en la actualidad, el contrato tal como ha sido tradicionalmente concebido desarrolla todavía una función insustituible, pero paralelamente existe este nuevo fenómeno del contrato estándar; no existe inconveniente en concebir la subsistencia simultánea de una forma de oferta tradicional (recepticia) y, paralelamente, la oferta al público (no recepticia).

Por esto, nosotros consideramos que la oferta al público es una verdadera propuesta contractual. Empero, no podemos dejar de reconocer que la ausencia del carácter recepticio en este tipo de ofertas (por la circunstancia de estar dirigidas al público), origina no pocos problemas que la doctrina intenta solucionar.

En primer lugar, por público debe entenderse, según la opinión que consideramos más acertada (55), a todo el conjunto de sujetos potencialmente interesados. Este concepto puede ser en la práctica más o menos amplio, según que la oferta pueda despertar interés en todos y cada uno de los miembros de la comunidad o sólo en un sector o grupo particular de ella (por ejemplo, se ofrece un puesto de trabajo

(54) *Ob.Cit.*, p. 54.

(55) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob. Cit.*, p. 191.

para el ejercicio de una actividad profesional muy especializada). Sin embargo, entendemos con Díez-Picazo que semejante distinción no merece atención por carecer de relevancia jurídica (56).

No es inconveniente reiterar, antes de seguir adelante, que salvo el carácter recepticio del que, como ya se ha señalado, adolece la oferta al público, ésta debe reunir todos los requisitos de la oferta ordinaria que ya han sido explicados en páginas anteriores. Si tenemos esto presente podremos solucionar sin mayor dificultad algunos de los problemas que han agobiado a la doctrina, y lo que es más importante, podremos diferenciar con mayor nitidez la oferta al público de la invitación a ofrecer.

En este sentido, la oferta al público debe ser autosuficiente en los términos que ya se han dejado establecidos, de modo que cuando la oferta al público no sea completa por ausencia, por ejemplo, de la indicación del precio, debe considerarse que se trata de una invitación a ofrecer y no de una verdadera oferta (57).

Como se ha explicado, la doctrina de la oferta al público se viene desarrollando bajo el influjo del ejercicio del comercio moderno, caracterizado cada vez más por las operaciones en masa, lo que ha llevado a sostener a un autor italiano (58) que este tipo de oferta se ve con mayor claridad donde el vendedor tiene interés en incrementar su actividad, no formulando propuestas individuales, sino ofreciendo a la generalidad sus productos, de modo de poder obtener el número más elevado posible de aceptaciones y, por lo tanto, de negocios. Pero esta regla de carácter general no significa que sólo pueda considerarse como oferta al público la que tiene como sustento la contratación en masa.

La oferta al público, en efecto, puede ser plural o múltiple (en

(56) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos. Madrid, 1979. T. I, pag. 196. También SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob. Cit.*, p. 191.

(57) A menos que resulte aplicable el art. 1547 CC.

(58) MICCIO, Renato. *Ob. Cit.*, Vol. II, T. II, pp. 172-173.

serie) cuando busca obtener el mayor número de aceptaciones, y, por ende, de contratos, pero también puede ser única, esto es, destinada a la celebración de un solo contrato. Puede ocurrir, entonces, que se produzcan tanto en uno como en otro caso mayor número de aceptaciones de las que es capaz de satisfacer el proponente. En estos supuestos no falta quien pretende escapar del problema sosteniendo que allí se perfila antes que una verdadera oferta una invitación a ofrecer. El razonamiento es el siguiente:

Si Primus hace una oferta al público para la venta de zapatos, de los que sólo dispone 600 pares, y se producen 800 aceptaciones, se habrían celebrado 800 contratos y Primus estaría irremediablemente condenado a incumplir 200 contratos. En cambio, si se considera que la oferta al público realizada por Primus no es realmente una oferta sino una invitación a ofrecer, las aceptaciones del público serían realmente las ofertas, de las que Primus sólo aceptaría 600 y rechazaría el resto, con lo cual sólo se formarían los contratos que Primus puede satisfacer. Este es un ejemplo claro de cómo muchas veces el jurista, ante un problema grave de no fácil solución, prefiere eliminar a la institución afectada por el problema antes que remediarlo directamente. Es como matar al paciente a fin de eliminar la enfermedad que lo aqueja.

Con Scognamiglio compartimos la opinión de que esta tesis es inexacta y errónea, ya que la naturaleza de la oferta al público dependería de la existencia o no de más aceptantes de los que pueden ser satisfechos por el oferente, lo cual es un aspecto extrínseco y ajeno a la oferta misma y, por tanto, independiente de ella (59).

Debe ponerse de relieve, en primer lugar, que lo que preocupa a quienes así razonan no es el destinatario de la declaración, o sea el público, la masa de consumidores; lo que parece interesar es que hay que proteger al declarante, aun frente al consumidor, porque parecería que podría quedar vinculado por más contratos de los que podrá cumplir. Entonces, para tutelar a quien ofrece al público se sacrifica el interés del consumidor, pretendiendo que lo que aquél ha hecho es más bien una invitación a ofrecer. Decimos que se sacrifica el interés del consumidor porque tal solución permite a quien ha hecho una

(59) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob.Cit.*, p. 193

"invitación a ofrecer" rechazar no sólo las "ofertas" de los consumidores que exceden las posibilidades de aquél, sino que incluso puede rechazar las "ofertas" que se hagan dentro del límite de la capacidad del que invita.

Así, en el ejemplo de la oferta al público de zapatos, Primus no sólo puede rechazar las ofertas que el público hace por sobre los 600 pares de zapatos de los que dispone, sino que incluso podría rechazar cualquiera de las primeras 600 ofertas que le hagan los consumidores, a pesar de disponer de la mercadería porque, como se considera que sólo son "ofertas", él es libre de rechazarlas o aceptarlas. Y en este caso: ¿cómo se tutela al consumidor? ¿y por qué se le ha de sacrificar frente al empresario? Claro que podría sostenerse que si se rechaza la oferta del consumidor de mala fe podría incurrirse en el supuesto de responsabilidad pre-contractual. Pero, por un lado, la responsabilidad pre-contractual y sus alcances no están suficientemente perfilados en nuestro Código y, en segundo término, aun por este camino no se evita que el consumidor se quede sin el bien o servicio de que se trate.

En nuestra opinión, debe considerarse que la oferta al público, cuando tiene todos los requisitos que ya se han indicado, es una auténtica propuesta contractual y así debió haberse reconocido en nuestro Código, porque no existe ninguna razón de orden teórico que sugiera lo contrario y porque, antes bien, precisamente razones de orden práctico de tutela de los consumidores y de seguridad jurídica en general, exigen que así sea.

La oferta al público encuentra su límite cuantitativo en atención al volumen o cantidad de mercadería disponible por parte del oferente, o a la potencialidad de su organización, si se trata de oferta de servicios, salvo que en la declaración se fije el límite de la oferta, en cuyo caso debe atenderse a este límite, porque lo contrario no responde a los dictados de la razón; sería absurdo suponer que un empresario, cuando ofrece al público sin indicar el límite lo hace por encima de sus posibilidades.

Es razonable, en cambio, considerar que cuando un oferente desee ofertar más allá de sus posibilidades, indique en su propia oferta cuál es el límite de ésta. El problema del límite de la oferta al

público se reduce a una tarea de comprobación. Regresando al ejemplo propuesto, si Primus formula una oferta al público para la venta de zapatos, de los que sólo dispone 600 pares, aunque su oferta no lo exprese, debe entenderse que está formulando una oferta hasta por 600 pares de zapatos, o, si se prefiere, 600 ofertas. Si en la declaración se fija el límite, éste debe respetarse, aunque sea inferior a la capacidad del oferente y también cuando supera esa capacidad. Si Primus hace una oferta para la venta de zapatos, indicando que el límite es de 300 pares, debe regir ese límite aunque él disponga de 600. Si se indica que el límite es de 800, rige este límite aunque disponga sólo de 600. Frente a una solución como ésta no puede argumentarse, como es evidente, que el oferente al público está desprotegido.

Podría, sin embargo, sostenerse que debe protegerse la buena fe de los destinatarios, quienes ignoran la capacidad del proponente, y la oferta al público puede haber alentado sus expectativas que luego no se ven satisfechas cuando en la oferta no se indica límite y las aceptaciones rebazan esa capacidad. Es claro que adoptando la solución de nuestro Código y considerando a la oferta al público como una invitación a ofrecer, lejos de proteger al destinatario se le perjudica en mayor medida, como ya se ha puesto de relieve líneas arriba.

Entonces, para proteger la buena fe de los destinatarios podría pretenderse que la propia oferta al público, para tener validez, debe expresar su propio límite, y de no hacerlo no sería una oferta completa (no sería autosuficiente) y, por lo tanto, se convertiría en una invitación a ofrecer. Esta tesis es absolutamente inadmisibles por dos razones. La primera es que la indicación del límite en la propia oferta en muy poco contribuye a disipar la incertidumbre del público, pues si bien es cierto que todos sabrían el límite de la oferta nadie sabría cuántos ya han aceptado y por lo tanto no se sabría si la próxima aceptación se encuentra dentro o fuera del límite indicado en la propuesta. Pero, además, en segundo lugar, pretendiendo tutelar a los destinatarios de esta manera no conseguimos sino un efecto contrario, porque justamente cuando en la oferta no se indica límite, que es cuando más debe protegerse a los destinatarios, más desprotegidos quedan al considerar que no existe oferta sino invitación a ofrecer, con lo cual se cae en el régimen que ya se ha criticado.

En verdad, puede sostenerse que los destinatarios de una oferta al público saben o deberían racionalmente suponer que toda oferta tiene un límite, aunque éste no se indique, y que el oferente no está en aptitud de satisfacer todas las aceptaciones que potencialmente podrían tener lugar —lo contrario nos parece absurdo—, y no pueden más que someter sus expectativas a esta circunstancia aleatoria (60). Nadie puede sostener razonablemente que una oferta al público, por el hecho de no indicar límite, es infinita.

Ahora bien, no puede soslayarse que en una realidad como la nuestra en donde campea la informalidad, en donde el consumidor no es por lo general de un nivel cultural promedio, etc., se hace imprescindible algún mecanismo de tutela del destinatario de la oferta al público que se concilie, no obstante, con el interés del oferente. En tal sentido, debe partirse de la regla general de considerar que toda oferta al público, en la medida en que reúna todos los requisitos necesarios, es una auténtica oferta de contratar dirigida al público. En segundo término, si la oferta al público indica su propio límite, entonces debe estarse a dicho límite. En tercer lugar, y esto es lo importante, si la oferta no indica ningún límite debe entenderse que el límite está determinado por la capacidad del oferente pero, para proteger al destinatario, debe establecerse que el oferente debe probar que la aceptación se produjo por encima de su límite. O sea, como el oferente tiene la posibilidad de indicar explícitamente el límite de su oferta y no lo hace, pesa sobre él la carga de probar cuál era su límite y, por tanto, que esta aceptación rebasó dicho límite y, por ello, no hay contrato. De esta manera, el aceptante no tiene que probar cuál es el límite del oferente y que su aceptación está dentro de ese límite, ya que producida la aceptación se presume (*Iuris Tantum*) que está dentro del límite, salvo que el oferente demuestre lo contrario.

Ahora bien, como la oferta al público —ya sea que sea en serie, ya que sea única— puede despertar interés entre múltiples destinatarios, pueden, por ello, producirse muchas aceptaciones, incluso más allá del límite del oferente. En este caso la doctrina predominante se inclina por admitir que rige aquel principio general del derecho

(60) FONTANARROSA, Rodolfo. *Ob.Cit.*, p. 69.

según el cual la prevalencia entre muchos sujetos que aspiran a conseguir una misma situación de ventaja se determina por el orden cronológico, y de acuerdo a esto el contrato se concluye frente al destinatario cuya aceptación llegue primero a conocimiento del proponente, si se trata de una oferta única, o frente a los destinatarios cuyas aceptaciones alcancen a cubrir el límite del oferente, tratándose de una oferta múltiple (61).

En cambio, uno de los problemas más serios en la oferta al público se produce cuando se presentan dos o más aceptaciones contemporáneas, o cuando no siéndolo no se puede comprobar un orden cronológico y no todas puedan ser atendidas porque algunas de ellas escapan al límite de la oferta. De inmediato se ensayan dos tesis distintas en la doctrina. Así, a Mirabelli le parece más justa la solución consistente en la atribución *pro-parte* (dividir en partes iguales) a cada uno de los aceptantes contemporáneos, siempre que el objeto sea divisible (62). Según otros autores lo más correcto es constituir una comunión de derechos respecto de todos los aceptantes contemporáneos (63). Pero, como pone de relieve Scognamiglio, estas alternativas lejos de solucionar el problema resultan muy poco adecuadas. La oferta, en efecto, al igual que cada aceptación, se emite por todo el bien o conjunto de bienes y no por parte material o alícuota de él. Cualquiera de las alternativas que hemos revisado sólo sería factible, en nuestra opinión, en la medida en que los interesados estén conformes. Si no fuera así, sólo quedarían dos posibilidades: atribuir al oferente la facultad de decidir con cuál aceptante se forma el contrato (64), lo cual —podría sostenerse— atenta contra la igual-

(61) DIEZ-PICAZO, Luis. *Ob.Cit.*, pag. 197. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob. Cit*, p. 193. MIRABELLI, Giuseppe. *Ob.Cit.*, p. 110.

(62) MIRABELLI, Giuseppe. *Ob.Cit.*, p. 110.

(63) FRAGALI, citado por Scognamiglio. *Commentario...*, *Ob. Cit.*, p. 194. También MESSINEO, *Il Contratto in Genere...*, *Ob. Cit.* Tomo I, pp. 320-321.

(64) Conf. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob. Cit.*, p. 194.

dad de los aceptantes, o considerar que en semejante circunstancia la propuesta caduca (65).

Renato Miccio ha encontrado también serias dificultades en aquellas ofertas al público que tienden a la conclusión de un contrato en el cual el proponente ofrece una compensación a aquél del público que, aceptando la propuesta, se comprometa a efectuar una determinada prestación (66). En este caso se tiene, en primer lugar, una limitación cuantitativa de la colectividad a la cual la propuesta es dirigida, porque no se trata de adquirir un bien de normal consumo, sino de cumplir una actividad que por razones de capacidad profesional, de organización empresarial u otra, no todos están en aptitud de desarrollar. El proponente, al decir de Miccio, no es animado por el fin de tener el mayor número de aceptantes posibles, como en la hipótesis más corriente, sino por aquélla, opuesta, de poder escoger entre una multiplicidad de personas que declaran aceptar, el contratante que más le conviene (67). La finalidad de estas declaraciones es satisfacer el interés del sujeto de encontrar más fácilmente el contratante más idóneo, de manera que a través de una declaración al público se persigue obtener varios potenciales aceptantes para evaluarlos en concreto (por sus cualidades, experiencia, la confianza que ofrece, etc.), y decidir si se contrata con él, o escoger cual de todos satisface mejor las expectativas del interesado.

En la hipótesis propuesta por Miccio no puede, por ello, encontrarse una verdadera oferta al público, y la doctrina predominante se inclina por observar, con toda razón, que tales declaraciones son propiamente invitaciones a ofrecer (68). Contra esta opinión mayoritaria, Miccio argumenta que esta clase de declaraciones al público, en las que el proponente se reserva una facultad de elección basada en la evaluación personal del aceptante, son verdaderas ofertas al público. Según el aludido autor, en estos supuestos se debe atribuir

(65) Conf. MIRABELLI, Giuseppe. *Ob.Cit.*, p. 110.

(66) MICCIO, Renato. *Ob. Cit.* T. II, Vol. II, p. 173.

(67) MICCIO, Renato. *Ob.Cit.* T. II, Vol. II, p. 173.

(68) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Dei Contratti...*, *Ob. Cit.*, p. 192.

al oferente un poder de elección justificado por la calidad del aceptante, o mejor, por las garantías que éste ofrece para conseguir el resultado deseado por el proponente (69). Miccio ofrece el ejemplo de la persona que desea emprender la búsqueda de un pariente o un amigo perdido en la montaña, para lo cual formula una oferta entre el público en una estación alpina. La oferta viene aceptada primero por uno de los tantos apasionados de la montaña y luego por un guía profesional muy conocido por su grado de habilidad. Si no se acepta esta facultad de elección, concluye Miccio, el proponente debería entender que ha contratado con el primer aceptante, poniendo así en grave peligro la vida del extraviado, mientras el guía profesional podría conducir una búsqueda mucho más eficaz.

Esta facultad de elección que se atribuye al oferente en casos como el propuesto tiene sustento, según el jurista italiano, en el aspecto intrínseco y sustancial que caracteriza a la obligación con prestación de hacer, según el cual la calidad de la prestación reviste un carácter determinante que influye sobre los términos mismos de la aceptación, y puede determinar, incluso, que no se considere como verdadera y propia la aceptación, lo que legitimaría al proponente a rechazarla por no considerarla conforme a la propuesta (70).

Al margen de la validez del aspecto subjetivo (intrínseco y sustancial) que según Miccio caracteriza la obligación con prestación de hacer, no creemos que esta elaboración teórica sea suficiente para sostener la validez de la oferta al público como verdadera oferta en todos aquellos casos en que, como el del ejemplo, se trate o no de obligaciones con prestación de hacer, pueda considerarse que el oferente tiene una facultad de elección respecto de los eventuales aceptantes, consistente en contratar o no y, en caso afirmativo, escoger con cuál de los aceptantes quedará finalmente concluido el contrato. El problema que observa Miccio no se limita, pues, a los casos de ofertas al público que implican una obligación con prestación de hacer, sino en todos aquellos supuestos en los que el oferente se ha reservado expresa o implícitamente una facultad de elegir al contratante entre todos los aceptantes.

(69) MICCIO, Renato. *Ob.Cit.* T. II, Vol. II, p. 173.

(70) MICCIO, Renato. *Ob.Cit.* Vol. II, T. II, pp. 174-175.

Líneas arriba hemos dejado establecido que, salvo el carácter recepticio, la oferta al público debe reunir los demás requisitos propios de la oferta ordinaria, principio que nos debe servir de guía para establecer con nitidez la verdadera naturaleza jurídica del tipo de oferta al público (llamémosle así por el momento) que ahora analizamos. Hemos señalado también, en su portunidad, que uno de los requisitos de la oferta ordinaria es la seria intención de obligarse a contratar que anima a quien la formula, de tal suerte que se declara con el propósito de que quede formado el contrato por la sola aceptación del destinatario. En las ofertas al público del tipo que ahora estamos tratando, el proponente no tiene el propósito de contratar tan pronto como una aceptación se produzca sino que, contrariamente, desea poder evaluar a los posibles aceptantes y contratar con quien puede satisfacer mejor su interés. La ausencia de este requisito es suficiente, en nuestra opinión, para privar a este tipo de ofertas al público de su naturaleza de verdaderas propuestas contractuales, por lo que, como ya hemos adelantado, nos adherimos plenamente a quienes ven en ellas meras invitaciones a ofrecer, figura que entendemos se encuentra más acorde con su naturaleza y con el propósito práctico del declarante (71). Sin embargo, no podemos dejar de advertir que la ausencia de este requisito debe resultar objetivamente de los propios términos de la declaración o de otras circunstancias, de modo que los destinatarios puedan percatarse de ello; si esto no fuera así, habría que tutelar la confianza del público y entender que existe una oferta al público (principio de la confianza).

Desde 1984, y por primera vez, nuestro Código se ocupa del problema de la oferta al público. Ya se ha expuesto al inicio de este trabajo que el primer párrafo del art. 1388 le atribuye, con carácter general, la naturaleza de una invitación a ofrecer, inscribiéndose dentro de la tesis según la cual la oferta al público no es una verdadera oferta. Con ello el legislador, que ha pretendido elaborar el código más moderno, desatiende las enseñanzas de la doctrina más autorizada y descarta los principios expuestos. Sin embargo, no puede dejar de admitir nuestro Código la existencia de verdaderas ofertas dirigidas al público, por lo que en el segundo párrafo de dicho

(71) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, Ob.Cit., p. 192. MIRABELLI, Op.Cit., p. 109.

artículo se admite, por excepción, que valen como tal las ofertas al público cuando el proponente indique claramente que la suya tiene el carácter obligatorio de una oferta.

No creemos que la solución adoptada por nuestro legislador sea la más acertada. A ella resultan, pues, aplicables las críticas que se han expuesto en las líneas que anteceden y sobre todo la de haber dejado absolutamente desprotegido al consumidor. La solución adoptada por el legislador parece sustentada en que, faltando en la oferta al público el carácter recepticio de una oferta ordinaria, aquélla no puede tener la naturaleza jurídica de verdadera propuesta. Arias-Schreiber (71a), autor de la respectiva ponencia en el seno de la Comisión Reformadora, sostiene, en efecto, que "... tratándose de una declaración en la que el declarante no sabe quien la recibirá y ni siquiera si alguien la recibirá, aparece claro que la propuesta al público no se identifica con la oferta contractual cuya única razón es motivar la formación del contrato...". Ya hemos visto líneas arriba que la sola ausencia del carácter recepticio no es suficiente para desnaturalizar la oferta al público. Pero por lo menos Arias-Schreiber, aunque equivocado en nuestro concepto, es consecuente con su propia línea de pensamiento, ya que el precepto originalmente no admitía la oferta al público ni siquiera por vía de excepción.

Ignoramos, por otro lado, los motivos en que se inspiró el legislador para agregar el segundo párrafo del artículo que se comenta; el artículo original del anteproyecto (art. 30) (72) no consignaba el citado segundo párrafo (que apareció después en el proyecto definitivo de la Comisión Reformadora); la exposición de motivos que sustentaba dicho anteproyecto se ha reproducido textualmente en la Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil (72a), y en ella no encontramos ninguna explicación del legislador. Sería deseable que en la Exposición de Motivos "Oficial", que viene publicándose fraccio-

(71a) En: *Código Civil*, T. IV: Exposición de Motivos y Comentarios, p. 49.

(72) *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1980, T. II, pp. 425 y 426.

(72a) *Código Civil*, VI, Exposición de Motivos y Comentarios. Pp. 49-50.

nadamente y cuya parte pertinente no se ha hecho pública a la fecha en que se escriben estas líneas, se explique la *ratio* del segundo párrafo (73).

Lo cierto es que el mentado segundo párrafo de nuestro art. 1388, que tiene carácter de excepción, tampoco consagra un precepto conveniente. Según él, sólo vale como oferta al público aquella en la que el proponente indica claramente que tiene carácter obligatorio. Sin embargo, si en opinión del legislador lo que quita la naturaleza de oferta a la propuesta al público es la ausencia del carácter recepticio, aun cuando se la emita como obligatoria sigue careciendo de tal carácter y no vemos cómo, entonces, sí vale como verdadera oferta contractual. Pero, además, no sólo tiene que ser obligatoria la oferta (efecto que desgraciadamente tiene en nuestro Derecho toda propuesta contractual —salvo ciertas excepciones— por imperio del art. 1382 del Código), sino que, además, el proponente tiene que indicarlo claramente.

Tratando de encontrar un sentido lógico al párrafo que comentamos, podría sostenerse que el legislador, permeable a los argumentos que exhiben los detractores de la oferta al público, ha pretendido cautelar las expectativas del público (destinatarios), evitando que sea inducido a error y que luego se discuta si la declaración era una oferta al público o una invitación a ofrecer; exigiendo, para este fin, que su naturaleza de verdadera oferta resulte con claridad de los propios términos de ella, de modo que se emita concurriendo aquel requisito que debe acompañar siempre a toda oferta contractual, consistente en la seria intención de vincularse que debe animar al proponente, según se ha explicado en su lugar al analizar dicho requisito.

Pero para ello no era necesario exigir que el proponente declare

(73) Tampoco existe ninguna referencia a la segunda parte del artículo 1388 del Código Civil en la obra *Exégesis* (ARIAS-SCHREIBER, Max. Studium. Lima, 1986. T. I, pp. 140-141) que, en opinión de su autor, es también una exposición de motivos del Código, sin valor oficial (*Ob.Cit.*, pag. 8), ya que el comentario pertinente al artículo que nos ocupa es el mismo que sustentó originalmente su anteproyecto, salvo el último párrafo que se refiere a otro aspecto.

que su oferta es obligatoria (lo que significa que es vinculante, esto es, irrevocable); hubiera bastado exigir, en todo caso, una declaración del proponente en el sentido de que su propuesta al público tiene la naturaleza de verdadera oferta. Por otra parte, son las reglas de interpretación las que deben indicar si una declaración es o no una oferta. Otra posibilidad es que el legislador haya pretendido que al indicarse en la oferta que ésta es obligatoria, ya el oferente quedaba en la situación de tener que satisfacer a todos los aceptantes, o sea, que se formaban tantos contratos como aceptaciones se produzcan sin tener en cuenta el límite de la oferta. Es claro que esta posibilidad es menos razonable y no creemos que haya estado en la *mens legis*. Como se sabe, indicar que la oferta es "obligatoria" sólo significa que la oferta no puede revocarse, pero en ningún caso la oferta se transforma en infinita, con lo cual no se soluciona el problema del límite de la oferta. Pero, además, como en toda oferta, nada debería impedir que la oferta al público se emita con el carácter de revocable, sin que pierda su naturaleza, si reúne a la vez todos los requisitos que le son propios. Por lo general, con mayor razón que en los casos de ofertas ordinarias, en la oferta al público es no sólo aconsejable sino conveniente admitir la revocabilidad (74), ya que normalmente se le utiliza, en el ámbito mercantil, para operaciones en masa o en serie.

Cabe preguntarse a estas alturas de la exposición cuál de los verdaderos problemas existentes en torno a la oferta al público han quedado solucionados con la fórmula legislativa. Imaginemos qué ocurriría si en nuestro medio una cadena de establecimientos que vende aparatos electrónicos formula una declaración al público que contiene todos los requisitos de una oferta, pero no se expresa que tiene el carácter obligatorio de una oferta. Aplicando el art. 1388 a esta declaración, a pesar de ser una oferta, tiene el valor de una invitación a ofrecer, con lo cual este establecimiento comercial puede negarse a contratar con quien desee, aunque al hacerlo disponga aún de una cantidad apreciable de mercadería. Puede negarse a contratar incluso a pesar de haber fijado un límite en su oferta y encontrarse aún por debajo de ese límite. Llegando al extremo, podría negarse a contratar con cada uno de los interesados.

(74) FONTANARROSA, Rodolfo. *Ob.Cit.* T. II, p. 70.

Si en la declaración se agrega esta frase mágica que alude a que la oferta al público tiene el carácter obligatorio de una oferta, entonces la ley le reconoce a esa declaración el valor de una verdadera oferta. Y nos preguntamos, ¿es que esa frase mágica convierte a la oferta en infinita de manera que la cadena comercial puede recibir aceptaciones ilimitadas? Y si en la oferta se ha indicado el límite, ¿debe éste respetarse? Y si hay varios consumidores que aceptan contratar respecto del último bien ¿se encuentra la solución en la ley? La respuesta a todas estas interrogantes lamentablemente no está en el Código. El único efecto que puede tener esta frase exigida por la ley es que la oferta al público sea irrevocable, lo cual, por lo demás, no era necesario ya que por mandato del art. 1382, y salvo las excepciones que ese artículo contempla, en el Perú la oferta es irrevocable. Con esto, por otra parte, se ha eliminado absolutamente la posibilidad de que en el Perú se puedan hacer ofertas al público que sean revocables.

En el caso de que en un futuro se legisle en forma apropiada la oferta al público y se admita, ya sea con carácter general o por excepción su revocabilidad, debe establecerse que, para proteger las expectativas de los destinatarios y por la propia naturaleza de este tipo de oferta, la revocación debe realizarse por los mismos medios por los que se ha hecho pública la oferta u otros equivalentes, con el objeto de hacer conocible con la misma amplitud a los destinatarios de la oferta la revocación de la misma (75).

VI. EL PLAZO DE LA OFERTA AL PUBLICO

Una mención final merece el problema vinculado con el plazo de la oferta al público. Como es sabido, el oferente puede expresar en su oferta del plazo durante el cual aquélla estará vigente, plazo que

(75) FERRI, Luigi. *Ob.Cit.*, p. 78. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...*, *Ob. Cit.*, p. 196. MIRABELLI, Giuseppe. *Ob.Cit.*, p. 111. SACCO, RODOLFO. En: *Trattato di Diritto Privato*. UTET. Torino, 1983. Vol. 10, Tomo Secondo, p. 78. DIEZ-PICAZO, Luis. *Ob.Cit.*, p. 197. TRABUCCNI, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil. Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1967. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Vol. II, p. 171, etc.

puede ser determinado o determinable (76). En uno u otro caso no hay todavía problema porque se sabe, ya sea directamente, ya en forma indirecta, el instante en que por la expiración del plazo la oferta se extingue. Como la aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo fijado por éste (art. 1375 CC.), se trata tan sólo de una tarea de comprobación sobre si el plazo había o no llegado a su término cuando fue conocida la aceptación.

En cambio, el problema sí se presenta cuando en la oferta no se ha fijado ningún plazo o cuando se ha fijado uno en tal forma impreciso que no es posible determinarlo. Ambos supuestos (la oferta sin plazo fijado y la oferta con plazo indeterminable) deben ser equiparados en su tratamiento porque en ambos es imposible saber mediante la simple interpretación del contenido de la oferta, el lapso durante el cual ella estará vigente. En estos casos no es posible efectuar la simple labor de comprobación de la que hablamos líneas arriba, si no hallamos primero, de alguna manera, ese plazo dentro del cual debe llegar la aceptación a conocimiento del oferente. Precisamente para suplir la deficiencia de la oferta cuando no se indica plazo o aquél es indeterminable, el Código proporciona dos fórmulas que están contenidas en los incisos 1º y 2º del art. 1385 y que se aplican a la oferta que se hace entre quienes están en comunicación inmediata y entre quienes no lo están, respectivamente.

Para la primera hipótesis el plazo es sumamente breve porque la oferta se extingue si no fue seguidamente aceptada. "Seguidamente" significa inmediatamente, al momento, en el instante. No es propósito de este trabajo hacer una exégesis de estos preceptos, de manera que con cargo a abundar en un futuro diremos ahora, sólo muy de paso, que la interpretación no puede ser literal a ultranza, de manera que "seguidamente" significa, según nuestro parecer, que el destinatario dispone del mínimo plazo que sea razonable entender necesario para efectuar una reflexión elemental acerca del contrato propuesto y emitir la aceptación. Entender que "seguidamente" significa que la oferta y la aceptación deben sucederse sin solución de continuidad, llevaría sin duda alguna a un absurdo. En caso de disconformidad entre las partes sobre la oportunidad de la acepta-

(76) Vid. DE LA PUENTE, Manuel. *Ob.Cit.* T. I, p. 183 y sgtes.

ción, por tratarse de una apreciación subjetiva, la extensión del plazo deberá ser decidida por el juez sobre la base del criterio indicado.

El segundo supuesto contempla el caso de la oferta que se hace entre quienes no están en comunicación inmediata. El plazo de la oferta para esta hipótesis se determina en función del plazo que toma el medio de comunicación utilizado por el oferente al efectuar su oferta. Por ejemplo, si Ticio desde Arequipa envía una oferta por correo a Cayo que domicilia en Lima, y lo que toma la comunicación por correo entre Arequipa y Lima son 20 días, entonces el plazo de la oferta de Ticio es de 20 días.

La necesidad de un plazo legal supletorio (77) no requiere demostración. Por lo general los actos, derechos, y, en general, las relaciones jurídicas, son temporales y sólo excepcionalmente perpetuas o vitalicias. Como la oferta no es un supuesto de excepción, es necesaria una disposición que permita establecer su término cuando no lo ha establecido el propio autor. Además, es preciso tener presente que la regla del art. 1382 CC. determina que la oferta sea naturalmente irrevocable, lo cual justifica en mayor medida una norma que establezca el tiempo durante el cual el oferente permanecerá vinculado a su declaración.

Ahora bien, los incisos 1º y 2º del art. 1385 CC. que, como se ha indicado, establecen supletoriamente el plazo de la oferta, no pueden aplicarse al caso de la oferta al público. En efecto, la oferta al público se hace, en la inmensa mayoría de los casos, de manera que entre el oferente y el público destinatario no existe comunicación inmediata. Por eso queda excluido el inciso primero. El inciso segundo establece una fórmula que tampoco es aplicable a la oferta al público. Considérese que la oferta al público se hace por medio de carteles exhibidos

(77) Debe aclararse que nosotros no avalamos las fórmulas que la ley ha establecido para determinar supletoriamente el plazo de la oferta, las cuales son muy poco apropiadas. No obstante, el análisis del tratamiento legal del plazo de la oferta en general excede el ámbito de este trabajo, por lo que sólo nos concentramos en el plazo de la oferta al público. Las nociones generales que estamos dando son imprescindibles para entender este problema.

en lugares abiertos al público, o por medio de diarios, revistas, publicaciones televisivas y, en general, a través de medios de comunicación masiva. ¿Cómo podría aplicarse la regla del segundo inciso del art. 1385? Imagínese —para poner el caso más absurdo— que se hace una oferta al público por televisión. ¿Cuál es el plazo de esa oferta? El oferente tendría que esperar tan sólo el tiempo que tardaría la aceptación en llegarle por televisión.

Este vacío legal debe cubrirse atendiendo a la función que cumple la oferta y de acuerdo con las circunstancias del caso. Si fuera una oferta para contratar en masa, o sea una oferta formulada por un empresario, creemos que lo razonable es remitirse a la costumbre y usos del tráfico. Si la oferta no es de este tipo (Ticio hace una oferta al público para vender su casa), debe considerarse sometida al plazo mínimo indispensable para reflexionar sobre ella y eventualmente aceptarla.

Por último, dado que por razones de espacio no podemos extendernos más, simplemente nos limitamos a exponer que la misma preocupación en cuanto al plazo nos suscita el caso de la invitación a ofrecer. Es obvio que la invitación a ofrecer en cuanto no vincula a quien la hace, parece no requerir de un plazo. Pero no debe olvidarse que el art. 1381 impone una carga a quien formula una invitación a ofrecer, que consiste en tener que rechazar sin demora las ofertas que se le hagan pues, en caso contrario, quedan celebrados los contratos correspondientes. No ha establecido el Código una norma que indique durante cuánto tiempo pesa esta carga en el declarante en el caso en que éste no haya fijado un plazo. La solución debe orientarse por la vía de considerar que tal carga sólo rige por el plazo que indiquen los usos, o en todo caso, un plazo razonable. No creemos que pueda considerarse una carga perpetua.

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

René Ortiz Caballero

I. INTRODUCCION

La buena fe es un principio general del Derecho cuya imprecisa y discutible conceptualización ha hecho dudar de su juridicidad. Quienes recusan su naturaleza técnico-jurídica han visto en ella — en la buena fe— la puerta por la cual se deslizan la ética o, más ampliamente, la moral, en grave perjuicio de la ciencia jurídica. Esto es así, en primer lugar, porque la disciplina jurídica pretende ser, precisamente, una ciencia, es decir, un conjunto sistemático de regulaciones racionales y completas en sí mismas y, en todo caso, perfectible ejercitando su propia lógica resolutivo-compositiva. La ética tiene dos rasgos que se concilian difícilmente con el tipo de ciencia descrito; en primer lugar, sigue siendo una rama de la Filosofía y, como tal, su modo de conocer no permite arribar a un conjunto de verdades *hic et nunc*, sino a una sabiduría conformada por verdades siempre en cuestión, de tal suerte que no se agota en sí misma sino que está en natural disposición para incorporar nuevos contenidos.

Un tipo de conocimiento como éste, impreciso e inseguro, aun en un momento determinado, no es el más adecuado para tratar racionalmente los fenómenos interpersonales, con vistas a la certeza jurídica.

En segundo lugar, el campo donde suele discurrir la ética para discernir lo bueno de lo malo está en el interior del hombre; este campo, por sí mismo, es arduamente asimilable a la perspectiva fenoménica que suele caracterizar al campo de lo jurídico. La buena fe reúne dos términos internos *prima facie*: la fe, que en buena medida es una creencia sustentada en la confianza en algo o alguien

—y no en el conocimiento—, y el bien, concepto plurisignificante (ente, propiedad del ente o valor) cuyo alcance suele oscilar, amén de otras posibilidades, dentro de una perspectiva de bien moral, entre un bien subjetivo, determinable por el juicio individual, y otro material u objetivo, ubicable en las cosas concretas.

Sea como fuere, la buena fe se nos presenta, en este orden de ideas no jurídico, como la creencia en el actuar propio o ajeno que es correcto o, en términos kantianos, deseable por todos siempre y al mismo tiempo.

Abierta así la puerta del Derecho a la ética, o a la moral, con todo lo de desintegrante que tiene para el legalismo lógico-formal, nos encontramos con posiciones, como la de Díez-Picazo, que nos sitúa la ética, admitida que sea, no como una material u objetiva, sino como una práctica o situacional. Esto implica variabilidad de criterios pero no en función de las convicciones imperantes en la comunidad sino en "referencia a casos de conflicto que son propios del mundo del Derecho y en alguna medida típicos" (Wieacker 1977 : 15).

Siguiendo este horizonte, uno de los criterios que parece llevar a predios jurídicos el concepto de buena fe es el de la doctrina de los actos propios. Dado que su historia es la del Derecho y que la elaboración hacia su racionalidad tiene un marcado tinte jurídico (exterior, en oposición a lo moral), la doctrina citada, expresada en el aforismo "*venire contra factum proprium non valet*", puede ser una herramienta útil para operar con la noción de buena fe, máxime si la historia ha llevado la doctrina a un progresivo ocultamiento tras normas específicas u otros institutos de cuño moderno que, paradójicamente, la pone al nivel en el que se debate la buena fe: lindando entre lo jurídico y lo moral.

El presente trabajo elucidará la doctrina de los actos propios con el propósito, en lo posible, de rescatarla para el Derecho civil peruano.

II. RESEÑA HISTÓRICA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La noticia histórica suele darnos esa información que permite entender el presente cabalmente, en la medida que aclara conceptos

desarrollados precisamente en el decurso histórico y que distingue lo actual de lo pretérito.

Casuístico y lógico, el Derecho romano es el punto de partida inevitable para comprender y distinguir la doctrina de los actos propios en su larga evolución histórica. Sin embargo, por los caracteres que acabamos de anotar, hemos de cuidar que cualquier aproximación a dicho ordenamiento no importe un internamiento clandestino de lo actual en lo pasado, porque por este camino encontraremos aquello que hemos introducido y no lo que esperamos encontrar. Así, por ejemplo, expresiones tales como "*venire contra factum proprium*" o "*adversus factum suum quis venire non potest*" no tienen con el derecho romano más vínculo que el lenguaje en el que se manifiestan. Y es que la casuística romana, recogida finalmente por Justiniano no generó la doctrina que estudiamos, pero sí aporta una serie de principios que informaron y dieron origen a su contenido. Comentar algunas normas estimamos que dará una imagen de la forma como aparece la materia.

En el Derecho romano estaba prohibido que un padre impugnara, a la muerte de su hija, la validez de un testamento otorgado por ella, "mancipada en derecho", alegando, *contra su propio hecho* (de haberla tenido como *sui juris*), que no la había emancipado según derecho (D.1.7.25.).

Esta norma se dictó debido a que, ante una pretensión como la señalada, la solución jurídica de la litis era claramente adversa a la validez del testamento (pues había sido emancipada sin observar las formalidades requeridas por el derecho) y, sin embargo, contrariaba la equidad que sólo se alegase la incapacidad jurídica —y, en consecuencia, el ejercicio actual de la patria potestad sobre la hija— para invalidar un testamento —que instituía herederos distintos del padre— una vez fallecida la hija y no mientras vivía; repugnaba aún más, si consideramos que en vida el padre reconoció de palabra y obra la condición de *mater familias* a la hija, lo cual hacía suponer que se conduciría en ese mismo sentido una vez extinta.

La razón que motivó la norma comentada fue, pues, la obtención de un resultado objetivamente inicuo, merced a la contradicción de la propia conducta previa en el contexto expuesto (*Cfr.* Díez Picazo 1963: 22 y ss.).

Otro caso pertinente es el que nos refiere el fragmento 11 del Digesto 8,3. Allí se recoge un precepto de Celso por el cual un concesionario de una servidumbre de paso no puede ser molestado en el ejercicio de su derecho —por ser éste más benigno— por los copropietarios que le han concedido el derecho, aun cuando no se halle perfecto el derecho de servidumbre debido a la falta de asentimiento de algunos de los dueños.

Aquí tenemos un caso de servidumbre cuya constitución no ha quedado concluida. En estricto derecho civil, el beneficiario de la servidumbre tendrá un título perfecto cuando todos los condóminos den su asentimiento; hasta entonces debíamos entender que no puede ejercitar el derecho de paso porque no tiene tal derecho y, esto, debido a la imperfección de su investidura.

La solución romana que comentamos difiere de la estricta respuesta civilista en que la falta de un título perfecto no es razón suficiente para que, en equidad, el propietario concedente se oponga al hecho del paso, cuando éste, precisamente, ya ha concedido respecto de sí el derecho a pasar.

Se colige de lo expuesto que sólo el dueño no concedente tiene expedita esa acción y, por otro lado, se aprecia nuevamente cómo el derecho romano opta por una solución "más benigna" (así reza el texto de Celso) para el concesionario sin derecho subjetivo —diríamos hoy— al vetar la acción de los propietarios contra la perturbación posesoria por ser inconciliable con la conducta anterior de los concedentes.

Un último —pero no el último— pasaje apropiado del Digesto, que extraemos a manera de resumen, es el que dice: "Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro" (D.50.17.75). Este principio, que trasluce por su redacción la amplitud de un principio general del Derecho y, por ende, la posibilidad de una síntesis romana de varias normas, es, en realidad, una *regulae juris*: la expresión breve de un principio o fundamento de derecho empleado para resolver un caso concreto, o sea, es "la regla que se hace con arreglo al Derecho" (Paulo), pero no es el Derecho.

Debido a que se trata de una regla de derecho no tenemos la certeza sobre las circunstancias de su origen; los autores romanistas

(Cfr. Díez Picazo 1963: 35) la remiten a otros pasajes de Papiniano, su autor, los cuales reproducen el elemento esencial señalado en casos anteriores: la idea de contradicción entre dos actos realizado por una misma persona.

Sin constituir en sí una doctrina, los textos romanos han servido de base para su posterior y paulatina estructuración. Así, volvemos a encontrar los pasajes del Digesto en la obra de los *glosadores* y *comentadores*.

Unos y otros han construido, entre los siglos XI y XIV, el *corpus juris* a partir del cual se elaboró, tiempo después, el derecho civil codificado, porque llevaron adelante el esfuerzo de racionalización y primera síntesis de los preceptos romanos, recurriendo a la metodología escolástica. La glosa, como primer fruto de la racionalidad, no se limitó a ser exegética sino que, superando las contradicciones manifiestas en los textos romanos, a partir de la tarea de interpretación y aclaración, nos lleva a los *brocardos*: reglas sintéticas, generales obtenidas —¿inducidas?— de los textos romanos concordantes y discordantes, como si se trataran de los principios fundadores de la casuística romana.

Acursio, uno de los principales glosadores, se referirá a nuestro principio en su glosa "*factum suum*" del precepto del Digesto 1,7,25 y en la "*non posse*" del D.8.3.11., pasajes ambos a los que hicimos mención líneas arriba. Sin embargo, la primera formulación como brocardo de la doctrina de los actos propios aparecerá antes en la obra de Azo titulada, en su expresión breve, "*Brocardica*"; allí se dice "*venire contra factum proprium nilli conceditur*".

Azo, ejercitando la técnica escolástica de las distinciones, establecerá que no se puede actuar contra el hecho propio si la ilegitimidad que facultara a enervarlo radicara en la inobservancia de presupuestos de eficacia, de formalidades o de concurrencia de voluntades necesarias. Como se advertirá, Azo apoya sus distinciones justamente en los textos romanos citados (Véase Díez Picazo 1963: 45 y ss.).

Siguiendo con el proceso de generalización, encontramos en Bartolo de Sassoferrato la distinción entre el *factum proprium*

realizado *secundum legem, praeter legem* o *contra legem*, señalando que sólo el último es por naturaleza revocable. Baldo de Ubaldi, otro posglosador notable, señalará, por su parte, otras distinciones cuya poca claridad será, en el futuro, lo típico en esta materia (Diez Picazo 1963: 47).

No tendrá el aforismo "*venire contra factum proprium...*" nuevos aportes en los siglos siguientes, no obstante su profuso empleo. La escuela del derecho natural, por ejemplo, acogerá el aforismo sin proponer una elaboración doctrinal. Recién al comenzar este siglo aparece la obra del alemán Riezler, titulada como reza el aforismo, la cual inspirará el texto del español Luis Diez Picazo, que nos ha sustentado lo hasta aquí desarrollado.

La confusión y proximidad con otros institutos jurídicos, así como la existencia de otros preceptos romanos, directamente contradictorios, tornan imperativo el resolver la cuestión sobre su aplicabilidad. Baste indicar que se reconocen dos situaciones claras en las que es válido *impugnare* (el término alude a 'mucho más que el recurso a los medios procesales) los hechos propios. La primera es cuando la impugnación beneficia a un tercero o le evita un perjuicio (p.e.: el reconocimiento de un hijo negado reiteradamente); la segunda se verifica cuando el hecho propio es manifiestamente contrario a la ley, esto es, al decir de algunos, realizado contra una prohibición legal, o, en expresión de otros, nulo por una razón de pública utilidad.

Precisamente, uno de los problemas centrales de la doctrina de los actos propios es su indeterminación dentro del Derecho. No aparece, por lo pronto, como una norma legislativa ni como una jurisprudencial. El Tribunal Supremo español, que tanto ha recurrido a ella para sustentar su aplicabilidad o inaplicabilidad, la denomina sucesivamente "doctrina", "principio de derecho", "constante normativa", "teoría", "principio general del Derecho" y "aforismo".

Si bien las alternativas son múltiples, podemos afirmar, en principio, que no estamos ante un principio general del Derecho. Existe una amplia gama de situaciones en las que, como hemos señalado, los hechos propios sí pueden ser válidamente impugnados por su autor. La idea constante que encontramos, sin embargo, subyaciendo a su aplicabilidad es la de la buena fe que debe poder

guiar a los afectados con los actos propios. "*Venire contra factum proprium*" parece, pues, vinculado al principio general de la buena fe, el cual trataremos a fin de delimitar nuestro tema.

III. *INSERCIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE*

Durante el recorrido histórico anterior se ha constatado que la doctrina de los actos propios se originó en el afán de impedir que una respuesta ajustada al derecho sea, a la vez, la solución injusta para un caso concreto.

Lo único de contradecir un acto propio estribaba en el perjuicio que se ocasionaría al que se sustentó en, o benefició con, el acto objeto de impugnación, quien se condujo creyendo en la validez del acto en mención y, o, confiando en la rectitud de conducta del ahora impugnante.

Ahora bien, establecer —o establecido— el sentido de justicia que distingue al aforismo "*venire contra factum proprium*" no implica, sin embargo, una respuesta clara a la pregunta sobre lo que en definitiva es, o significa, para el Derecho. Sobreentendido como ideagüía, por ejemplo en la jurisprudencia española, la doctrina discute si es una norma jurídica o un principio general del Derecho, descartando ambas posibilidades porque, en primer lugar, no aparece legislado en ningún cuerpo de derecho positivo ni puede afirmarse que sea una costumbre jurídica, no obstante la mención constante que, argumentalmente, se hace del aforismo en los tribunales españoles, por ejemplo (*). En segundo lugar, no parece tratarse de un principio general del Derecho, desde que es posible formular tantos casos en los que se puede actuar en contra del propio hecho como en los que no se debe. "*Venire contra factum proprium*" no puede, pues, ser subsumido en algunas de las categorías que organizan el sistema jurídico por lo que requiere de una delimitación especial.

(*) En el Perú, que sepamos, no ha habido desarrollo doctrinal alguno ni tampoco un *usus fori* que nos dé noticia sobre este tópico.

El punto de partida de esta delimitación estimamos que se encuentra en el modo cómo la doctrina ha insertado el aforismo en el ámbito jurídico. La casuística romana y los brocardos medievales no nos proporcionan una guía explícita en este sentido; sin embargo, la moderna doctrina ubica nuestro tema dentro del principio general de la buena fe:

"Esta máxima [*venire contra factum proprium*] expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ello se alumbra la totalidad del principio" (Wieacker 1977: 60).

La buena fe es entendida usualmente en dos sentidos; por uno, se trata de la honradez o rectitud que observa o cree tener quien realiza negocios jurídicos; por el otro, se refiere a la confianza que se deposita en la persona, de quien se deriva un derecho u obligación, en que se conducirá recta u honradamente según estándares más o menos prefijados. En el primer caso tenemos la teoría subjetiva o psicológica de la buena fe; en el segundo la objetiva o ética (*Cfr.* Díez-Picazo en Wieacker 1977: 13; y M. Rubio 1987: 235).

Por la buena fe subjetiva se debe evaluar la intención que tuvo la persona para actuar y, del análisis de los móviles, determinar si se condujo honestamente. Con la buena fe objetiva no nos preguntamos por lo que ocurre en el fuero interno de las personas, en cada caso, sino que nos prefiguramos una conducta tipo, un modelo de conducta social, que nos sirva de medio de comparación de la conducta objeto de evaluación.

La doctrina distingue, por otra parte, la buena fe como un concepto técnico-jurídico que adquiere concreción en cada norma que la recoge, y el principio general de la buena fe que contiene una norma jurídica completa ("todas las personas deben comportarse de buena fe en sus relaciones recíprocas") y ya no un simple elemento complementario de normas jurídicas, como en el primer caso.

A veces, parecen confundirse los dos criterios de clasificación de la buena fe anotados. Así, Díez Picazo señala que:

"si la buena fe, considerada objetivamente, en sí misma, es un modelo o un arquetipo de conducta social, hay una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico (...).

Esta norma, que impone un comportamiento de buena fe en la vida jurídica es un principio general del derecho". (1963: 139).

Sustentamos en el párrafo transcrito la confusión porque el principio general por el cual debemos comportarnos de acuerdo con la buena fe es perfectamente realizable tanto en una concepción objetiva de la buena fe como en la subjetiva. Si asumimos que el principio general de la buena fe nos impone conducirnos de acuerdo con ella, en un primer momento, y luego, en otro segundo, tenemos que establecer si una persona actúa de buena fe, recién en este último procederemos a escoger la vía por la que constataremos si hubo buena fe. Llegado a este punto, debemos recordar que la fe (*fides*) no alude al conocimiento que se tiene de las cosas sino a la intención puesta al hacerlas.

Así, pues, podemos inquirir por esta intención atendiendo a las circunstancias particulares que nos den noticia de lo ocurrido en el interior del hombre, o juzgar su conducta externamente, de acuerdo a parámetros o modelos preestablecidos y ello significará optar por la vía subjetiva o por la objetiva, respectivamente. En ambas maneras se trata de detectar si se ha cumplido con el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en los hechos y actos practicados. Por lo demás, la alternativa no reposa en la decisión del intérprete únicamente sino que puede ser, también, una elección imperativa del legislador, en atención a la naturaleza de las circunstancias que pretende poner bajo el amparo normativo.

No corresponde a este trabajo elucidar la naturaleza última de la buena fe. Lo que sí asumimos como claramente determinado es que "todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general [de la buena fe]" (Diez Picazo 1963: 139), y esto supone que:

- a) los deberes de conducta por observar en las relaciones jurídicas

se extiendan más allá de lo estrictamente acordado, en concordancia con la buena fe, si se coadyuva a la obtención del fin previsto;

- b) el ejercicio de los derechos subjetivos no exceda la finalidad de la relación o la función económica o social ni la lealtad que se espera se guarde, en el ejercicio del derecho subjetivo (confianza), de acuerdo con las circunstancias particulares; y
- c) no se defraude la expectativa generada en una persona, a partir de la propia conducta, respecto a los hechos propios futuros ("comportamiento coherente"), lo cual involucra la *aparientia juris* pero no se agota en ésta. (Cfr. Puig Brutau 1951: 103).

En este último acápite, reconocido ampliamente por la doctrina, encontramos el punto de amarre entre el principio general de la buena fe y el aforismo "*venire contra factum proprium*". Lo siguiente es precisar si la doctrina de los actos propios corresponde a una visión objetiva o subjetiva de la buena fe. Provisionalmente, y por lo visto hasta este momento, podemos afirmar que la imposibilidad de venir contra un hecho propio responde a una perspectiva objetiva de la buena fe. Confirmar o negar lo aquí afirmado será la tarea inmediata.

IV. *DELIMITACION FINAL DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS*

Circunscrita al ámbito de la buena fe, y dentro de él a la exigencia de un comportamiento coherente, la doctrina de los actos propios puede parecer clara en sí misma, pero aún es necesario deslindar semejanzas o yuxtaposiciones con otros institutos jurídicos.

Lo primero a tener presente para distinguir el "*venire contra factum proprium*" es que no procede de la fuerza vinculante generada por una declaración de voluntad. En efecto, celebrado un negocio jurídico, las partes intervinientes deben someterse a la regla de conducta estipulada en él; pueden ejercer los derechos que el negocio les confiere, pero no revocarlo ni inobservarlo unilateralmente. Incluso puede suceder que la declaración de voluntad tenga el carácter de tácita o que contenga la renuncia de un derecho y, aun más, que se

inscriba dentro de una conducta social típica. En todos estos casos se ha creído encontrar el lugar natural de la doctrina subestudio. Se ha alegado que nadie puede negar el sentido que la colectividad atribuye a una "conducta social tipo", o la invalidez de una reasunción del derecho renunciado, ni que ante hechos concluyentes no estemos ante una declaración de voluntad tácita, porque en todos estos casos sería venir contra los actos propios.

Empero, la razón fundamental en todas esas situaciones no es que atenta contra la buena fe sino que se resta eficacia a la propia voluntad o al acuerdo de voluntades como generadores de derechos y obligaciones. Ciertamente, el contradecir la propia voluntad es formalmente un "*venire contra factum proprium*", pero si esta doctrina se agotara en los límites así descritos ella no tendría ninguna relevancia por sí misma, desde que el acuerdo de voluntades y la declaración de voluntad, en general, vinculan a quienes la emiten. El consentimiento ha adquirido, finalmente, con el individualismo y el liberalismo, esa fuerza y vigor propios de la ley —ahora en franca morigeración—, constituyéndose en razón suficiente de la existencia de los negocios jurídicos en general.

Por todo lo dicho, el aforismo que nos ocupa, en realidad, apunta a un tipo de situaciones en las que siendo legal, o ajustada a derecho, la común interpretación o aplicación de una declaración de voluntad negocial, ésta provee una acción u omisión injusta, en tanto esa acción u omisión contradice la conducta previamente observada y las expectativas que, de buena fe, se habían generado a partir de ella.

Un caso particularmente ejemplar es el de la renuncia de derechos. Usualmente se interpreta que la doctrina de los actos propios reposa en la manifestación de voluntad por la que se renuncia a ciertos derechos; sin embargo, esto no es exacto porque, en primer lugar, la renuncia de derechos supone una declaración de voluntad en tal sentido, lo cual no se da en el "venir contra un acto propio", pues no sólo prescinde de la declaración de voluntad sino que puede producirse contra la voluntad de quien está prohibido de contradecir su conducta. En segundo lugar, la renuncia de derechos importa la extinción total del poder jurídico que emana del derecho subjetivo, mientras que el *factum proprium* sólo declara inadmisibile el ejercicio del derecho en determinadas circunstancias porque comportan un

resultado inesperado en términos de buena fe. No extingue el derecho, únicamente lo limita por ser contrario, en este caso, a la buena fe.

Finalmente, conviene distinguir la doctrina de los actos propios de la *exceptio doli*. Esta excepción tiende a invalidar la pretensión (*exceptio doli specialis*) y la acción (*exceptio doli generalis*) intencionalmente contrarias a la buena fe; de estos se derivaba que era opuesto a la buena fe hacer valer un derecho o ejercitar una acción discrepantes de la conducta previa; empero debe anotarse que la *exceptio doli* invalida la pretensión (o la acción) por la intención que la impulsa y no porque contradiga la conducta previa. La excepción de dolo es perfectamente deducible ante la conducta coherentemente dolosa.

Establecido lo que no es el aforismo "*venire contra factum proprium*", aprovecharemos de la definición dada por Enneccerus para aproximarnos a una conceptualización definitiva de la doctrina estudiada. Enneccerus afirma:

"A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o según la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choca contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (prohibición del *venire contra factum proprium*, *stoppel* en el derecho inglés)" (1950: I - 2, 495).

En primer lugar, tenemos un mandato negativo: una prohibición. Ciertamente es que todo mandato negativo puede ser formulado positivamente ("respetar la vida", en lugar de "no matar") y que, en nuestro caso, la expresión positiva sería un mandato de observar una conducta coherente; sin embargo, la prohibición tiene dos matices no advertibles fácilmente en su sentido positivo. La prohibición puede implicar un "deber negativo", esto es, no actuar de un modo determinado, o un "límite al derecho subjetivo", es decir, no poder actuar de un modo determinado.

La distinción sutil se apoya en que la primera implicación propone una conducta negativa pura y simple (la típica obligación de no hacer), mientras que la segunda parte de un conjunto de conductas posibles (derechos subjetivos) limitadas por ciertos modos o ante ciertas circunstancias.

Diez Picazo aporta a esta distinción los diferentes efectos que se generan. Si se incumple un deber jurídico, dice el autor español, se incurre en responsabilidad y se hace pasible de sanción (p.e.: una indemnización); en cambio, si se extralimita en el ejercicio de un derecho subjetivo el acto se torna ineficaz o inválido. Diez Picazo sostiene que ambas medidas pueden darse a la vez, pero "es claro que la prohibición de ir contra los propios actos constituye un límite de los derechos subjetivos" (1963: 186).

La síntesis teórica esbozada por el autor citado coincide con la tradición doctrinal reseñada hasta ahora porque, debemos recordar, la prohibición no está dirigida en general a restringir tal o cual conducta, sino que se trata de impedir que el ejercicio de cualquier derecho *contra factum proprium*, en determinadas circunstancias, sea admisible o válido.

El contenido de la prohibición, cuya naturaleza acabamos de ver, merece una nota conclusiva. El hecho de venir contra un acto propio debe entenderse siempre como el ejercicio de un derecho positivamente reconocido. Toda la doctrina se referirá siempre a un derecho que se tiene y ejerce contra lo supuesto a partir de la conducta previa; no se trata de un hecho opuesto a otros anteriores, porque entonces habría que determinar la licitud o ilicitud del mismo, en atención a las circunstancias que le preceden y rodean, y no generaría, por tanto, ninguna expectativa. Así, pues, no está en discusión si se tiene o no el derecho que se pretende hacer valer.

Ahora bien, Enneccerus señala inmediatamente que la conducta es contraria cuando nos provee de la creencia de que no se hará valer el derecho. Sin embargo, indica que la creencia proviene de la interpretación objetiva de la ley, las buenas costumbres o la buena fe, todo lo cual consideramos excesivo. ¿De qué manera la interpretación objetiva de la ley puede justificar la conclusión de que no se hará valer el derecho? Si la ley prohibiese el ejercicio del derecho en un

momento en particular, o ante la presencia de ciertos elementos, ya no estaríamos, en ese preciso momento, ante el ejercicio de un derecho. Este se hallaría suspendido por lo menos y entonces saldríamos de la esfera de la doctrina pues, como indicáramos, supone el ejercicio de un derecho.

Téngase en cuenta que lo afirmado en el párrafo que antecede no sólo es pertinente para el caso de la prohibición expresa sino que lo es, también, para todos aquellos resultados de la interpretación que concluyan en que la ley no admite el ejercicio del derecho subjetivo.

La misma objeción que hemos formulado respecto de la ley es aplicable a las buenas costumbres. Si bien éstas vinculan lo jurídico con la moral —objetiva y exterior, por cierto— no dejan de ser, ante todo, costumbres jurídicas y, por tanto, normas imperativas (una vez probada su existencia). Por ello cabe repetir la pregunta hecha respecto de la ley: ¿Cómo puede tenerse, al mismo tiempo, un derecho consuetudinario y la amenaza de la nulidad sobre su ejercicio, por contrariar las buenas costumbres?

En nuestra opinión, solamente el principio de la buena fe puede respaldar lógica y lícitamente la limitación al ejercicio de un derecho subjetivo. Indudablemente, la buena fe no se agota en la limitación anotada, también es causa de exoneración o atenuación de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito, y es fuente creadora de deberes especiales de conducta a partir, y más allá, de lo expresamente estipulado (Wieacker 1977: 19).

"Venire contra factum proprium", por su formulación en sentido negativo, coincide plenamente con la buena fe-cause de limitación; en cambio, no es la doctrina una causal de exoneración o atenuación de la culpa en quien ejerce su derecho subjetivo, por un simple juicio de identidad: no se puede actuar de buena fe contra la conducta generada de buena fe.

La buena fe-cause de exoneración de la culpa, por otro lado, sí beneficia al eventual perjudicado con el acto contrario al propio porque la exoneración que puede oponer aquél nace de la buena fe atribuida al tenedor del derecho subjetivo, en el sentido de que no ejercería el derecho.

En resumen, la doctrina de los actos propios contiene un criterio de aplicación de la buena fe objetiva que puede oponerse a la posición contraria, pero que no puede ejercerse para sí mismo. La presencia de este criterio en la normatividad peruana será lo que nos ocupará en el capítulo final.

V. *LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA LEGISLACION CIVIL PERUANA*

Elucidada en alguna medida la doctrina de los actos propios, es propicio adentrarnos en la normatividad a fin de detectar, de un lado, las normas que han recogido en sus hipótesis casos que la doctrina habría resuelto sin necesidad del amparo legal y, de otro lado, los núcleos temáticos en los cuales es factible recurrir al aforismo como fundamento para enervar el ejercicio de un derecho no obstante —precisamente— el silencio legislativo. No creemos que los resultados sean completos pero sí darán una idea de la presencia real de la doctrina, mayor de la que estimábamos al comenzar, y de sus posibilidades argumentativas hacia el futuro.

Con relación a las normas que recogen la doctrina podemos citar, en primer lugar, el artículo 226 del Código Civil (C.C.), que dice:

"Artículo 226.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común".

El hecho propio en esta norma es el acto jurídico celebrado; la expectativa generada es la usual entre quienes lo celebran: el querer crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Legalmente, el interviniente capaz, de acuerdo a otra hipótesis normativa, tiene derecho a pedir la nulidad del acto (art. 221, inc. 1º del C.C.) no obstante ser contrario al fin proyectado; sin embargo, si con la nulidad se pretende obtener un beneficio, que no lograría ejecutando el acto y que, evidentemente, la otra parte no tendría entre sus expectativas, entonces estará vulnerando la buena fe puesta por el interviniente incapaz en querer el fin propuesto.

Similar esquema conceptual podemos encontrar en el art. 229 del C.C. Sin embargo, la prohibición de pedir la nulidad está dispuesta contra el propio incapaz porque no se trata de una aplicación del "*venire contra factum proprium*" sino de la *exceptio doli*. El punto de partida de la prohibición no es la expectativa nacida de la buena fe sino la mala fe con la que se ha actuado, lo cual, coincidentemente, impide ir contra el propio acto.

Otro caso de aplicación de la prohibición de ir contra el propio acto, pero con resultado distinto, es el contemplado en el art. 231 del C.C.:

"Artículo 231.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad".

Allí encontramos una primera norma sobre la renuncia a la acción de anulabilidad del acto —y consiguiente confirmación— verificada en la hipótesis de que se ejecute total o parcialmente; ésta no interesa a nuestra doctrina desde que ya hay una manifestación de voluntad tácita. La segunda hipótesis del artículo creemos que sí es pertinente porque no hay una renuncia sino una expectativa generada por "hecho inequívocos" que han puesto de manifiesto la "intención" de renunciar. La intención es una determinación de la voluntad en orden a un fin, es decir, un fenómeno interno del ser humano que se verifica inmediatamente antes del acto. Ahora bien, la solución legal difiere de la doctrina de los actos propios en que no se limita a prohibir la conducta contraria —la anulación— a la esperada a partir de los "hechos inequívocos", sino que la hace imposible permanentemente por la confirmación del acto que esa expectativa generó.

El art. 194 del C.C. nos remite a la teoría de la apariencia como justificante para prohibir el hecho de ir contra un acto propio:

"Artículo 194.- La simulación no puede ser

opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente".

En la teoría de la apariencia se discute si esta conducta aparente es realmente el hecho propio cuya coherencia debe guardarse. Por sí mismo creemos que no, pero cuando por el cuadro de circunstancias se advierte que ha dado origen a una esperanza sobre la actuación futura (aspiración a ejercer la titularidad de un derecho, la onerosidad de la aspiración), entonces la prohibición de contravenir el hecho propio resulta justa en atención a la buena fe depositada en los simuladores.

Hipótesis similar es la contenida en el art. 285 del C.C., que dice:

"Artículo 285.- El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe".

En este caso, la apariencia es reemplazada por la ficción legal de atribuir validez al matrimonio anulado sólo en cuanto se refiere a los efectos frente a terceros que actuaron de buena fe. La "apariencia de validez" generó, una vez más, una expectativa en los terceros debido, precisamente, a que creyeron de buena fe en el acto. Esta buena fe impedirá a los que estuvieron "aparentemente" casados impugnar la validez de los actos celebrados con estos terceros, arguyendo la nulidad del matrimonio.

Pasando a la materia obligacional encontramos dos hipótesis normativas similares:

"Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito. (...)"; y

"Artículo 1943.- El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter

lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz".

Ambos textos legales nos proponen como hecho propio el pago voluntario y como acto contrario al hecho propio la repetición de lo pagado, el cual, de acuerdo a dichas normas, está prohibido. Hasta aquí la similitud. Aplicando la doctrina desarrollada sólo encontramos la esperanza de una conducta coherente como justificante de la prohibición en los deberes morales y de solidaridad social. La buena fe que motiva esperar la coherencia proviene de que el cumplimiento de tales obligaciones no tiene su sustento en norma legal alguna; luego, el "pago" sería, en realidad, una liberalidad en el plano jurídico. Sin embargo, esta reflexión nos lleva a la conclusión de que la repetición en ningún momento es un derecho, con lo que podríamos afirmar que no es aplicable la doctrina de los actos propios; pero, por otra parte, si en lugar de entender el pago como una liberalidad le asignamos la naturaleza de pago indebido entonces sí tendría derecho a la restitución quien pagó y, en consecuencia, la norma que comentamos sería la expresión legal de una solución de justicia al ampararse la buena fe con arreglo a la doctrina de los actos propios.

Igual raciocinio podríamos hacer respecto de las otras hipótesis contenidas en las normas legales citadas. Empero, es claro que el derecho a cobrar una deuda prescrita subsistía —la prescripción mata la acción pero no el derecho—; que se sanciona lo pagado con propósitos inmorales o ilícitos; y que es propio de la naturaleza del juego y la apuesta el generar créditos ineficaces, aun cuando nuestra legislación distingue entre autorizados, no autorizados y prohibidos, reconociendo eficacia a los provenientes de los autorizados.

Orientados por la doctrina de los actos propios, creemos encontrar, finalmente fuera de los ejemplos anotados, tres núcleos temáticos en los que parece posible el desarrollo de la doctrina y uno adicional que mencionamos con serias reservas.

Este último es el de la prescripción adquisitiva de dominio. La institución podría ser un terreno fértil porque estaríamos ante una conducta omisiva (la del propietario original) y otra activa (la del poseedor) que, tolerada por el propietario, darían lugar a las condiciones requeridas por la doctrina de los actos propios y, en consecuencia, al impedimento del propietario de recuperarla. Sin embargo, nuestras serias reservas nacen de los caracteres de exclusividad e imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria que adornan todavía a la propiedad. Por esto es indispensable recurrir aún a la ley para convertir en derecho una situación de hecho en materia de propiedad; no bastan los actos propios del dueño original, ni siquiera si se trata de hechos inequívocos que manifiesten una especie de renuncia al derecho a reivindicar.

Las otras áreas donde sí, creemos, podría expandirse la doctrina subestudio son la de la validez del acto jurídico, la del legítimo interés y la de la resolución y rescisión de los contratos. Sobre la primera hemos dado ya algunos ejemplos pero estimamos, sin pretender certeza absoluta, que es posible extender los efectos de la doctrina a las otras causales de anulación.

El interés legítimo, amparado legislativamente, da a las personas la facultad de ejercitar tal o cual acción. Ante este tipo de circunstancias creemos que puede abrirse la puerta a la excepción de la acción si el interesado realiza actos contrarios al ejercicio que es conforme al interés, a fin de producir la convicción de que no hará valer el derecho en el futuro. Ejemplos particularmente idóneos podemos extraer de los artículos 15 (sobre el derecho a la propia imagen), 185 (sobre el cumplimiento del cargo), 351 (sobre la reparación del daño moral en el divorcio) y 1316 (respecto del acreedor interesado en el cumplimiento de la obligación).

Un último núcleo es el que nos proporciona el art. 1372 del C.C., al disponer que la resolución y la rescisión de los contratos no perjudicarán los derechos de los terceros adquiridos de buena fe. El contratar es un "hecho propio" que puede ser objeto de contradicción por alguna de las partes a fin de que se resuelva o rescinda sin que necesariamente exista mala fe. Oponer la buena fe para evitar un perjuicio corresponde con el esquema de la doctrina que hemos estudiado.

La materia trabajada, como todas aquellas vinculadas a estándares jurídicos, no nos propone un contenido preciso e invariable, sino un *criterio* para identificar, en cada caso, si es legítima o justa la pretensión. Es por ello que la doctrina de los actos propios ha tenido en los tiempos modernos un desarrollo fundamentalmente jurisprudencial y se nos presenta, procesalmente, antes que como una acción, con la aptitud para hacerle frente a la pretensión: es decir, como una excepción. Los estándares jurídicos son conceptos flexibles, dentro del rigor legislativo de las normas imperativas, que "dejan al juez o funcionario una amplia libertad de apreciación" (Du Pasquier 1950: 112); siendo la buena fe uno de estos estándares, "*venire contra factum proprium*", a su vez, será una directiva objetiva, que podrá seguir el intérprete, juez o funcionario, para encauzar el estándar buena fe y oponerlo, por la vía de la excepción, a la pretensión injusta.

Lo que proponemos, a modo de reflexión final, es que, si bien el Derecho requiere de conceptos flexibles para regular la conducta humana (nunca exclusivamente racional), es conveniente que se den pautas objetivas, no al nivel de las normas abstractas, sino al de los criterios de apreciación de los casos concretos. La injusticia del rigorismo legislativo obligó a recurrir a los estándares en buena medida; sin embargo, dejar la apreciación de la conducta personal al arbitrio únicamente, *i.e.*, al sentimiento o al estado de ánimo, nos parece poco científico para el Derecho y poco justo. Estimamos que los elementos jurídicamente relevantes en la conducta social no deben ser reducidos a la manera de lo hecho con nuestras normas abstractas. Lo relevante está también en las circunstancias singulares de cada caso y los estándares son una prueba de ello. Temas como el tratado aquí constituyen medios óptimos para llenar esos vacíos interpretativos y, quizá, legislativos.

BIBLIOGRAFIA

DIEZ-PICAZO, Luis

La doctrina de los actos propios. Barcelona, Bosch. 1963.

DU PASQUIER, Claude

Introducción a la Teoría General del Derecho y la Filosofía Jurídica. Lima. Lib. Internacional del Perú. 1950.

ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans

Tratado de Derecho Civil, Derecho Civil, Parte General. Barcelona, Bosch. Tomo I, vol. 2º. 1950.

PUIG BRUTAU, José

Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona. Ariel. 1951.

RUBIO, Marcial

Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Ed. Cuzco, Lima. 1987.

WIEACKER, Franz

El principio general de la buena fe. Madrid. Civitas. 1977.

EL DERECHO CIVIL ANTE LA POST-MODERNIDAD

Fernando de Trazegnies

La experiencia jurídica es la gran clepsidra en la cual, con movimiento perpetuo, el futuro se precipita en el pasado y se convierte en objeto de historia.

Francesco Calasso.

I. MODERNIZACION, MODERNIDAD Y MODERNISMO

1. Derecho y tiempo

El presente trabajo pretende explorar las relaciones entre Derecho y tiempo y, más particularmente, la influencia del tiempo sobre el Derecho.

En realidad, Derecho y tiempo son dos categorías que no se relacionan entre sí de manera pasiva. Ambas tratan en alguna manera de subordinar a la otra, de someterla a su lógica propia: la historia de las vinculaciones entre Derecho y tiempo está formada por repetidos intentos de capturas recíprocas.

El Derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio: la vigencia de la ley es entendida como un compartimento-estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable durante todo su

período de existencia. La historia positivista del Derecho —o cuando menos, la ideología positivista de la historia jurídica— tiene un carácter cataclísmico: no está constituida por una evolución gradual en donde las cosas van modificando poco a poco su color, sino que se manifiesta sólo a través de esas grandes convulsiones que son el parto (la promulgación) y la muerte (la derogación) de la norma. Es por ello que, desde esa perspectiva positivista, ha podido decirse que toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional.

Como la duración y el cambio constituyen una dimensión inexorable del conocimiento humano, algunas normas reconocen la existencia del tiempo, a condición de que se libere de su origen astronómico y adopte la ciudadanía del Derecho. La periodicidad no resulta así fundada en la naturaleza sino en las exigencias racionales del sistema jurídico: hay normas que establecen plazos y hay incluso normas que crean nuevos calendarios (como es el caso del calendario judicial).

Pero el tiempo se resiste a estos encasillamientos, se revuelve dentro de los marcos que le impone el Derecho, se evade por los intersticios del sistema y luego envuelve al sistema mismo, modelándolo y adaptándolo a una lógica diferente: el tiempo, hecho cultura, impregna la aplicación del Derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro.

El propósito de este trabajo es estudiar esta revuelta de la vitalidad del tiempo contra la formalidad del sistema, analizando este fenómeno en el Derecho Civil de nuestra época. Dado que el tema requiere una aproximación sintética en la que deben incluirse mayor número de aspectos que lo que permite este trabajo, las líneas que siguen no deben considerarse como un planteamiento terminado sino como una mera propuesta de un área de investigación que pensamos que puede ser de gran utilidad para reencontrar la identidad del Derecho Civil en medio de la actual crisis que lo agobia.

2. *Cuestiones terminológicas*

El problema central está indudablemente vinculado al papel

del Derecho Civil dentro de los procesos de modernización. Sin embargo, creemos importante distinguir entre modernización, modernidad y modernismo a fin de evitar malentendidos derivados simplemente de una falta de convención lingüística.

Modernización es el cambio social que se supone que conduce hacia las nuevas formas sociales que imperarán permanentemente en el futuro, cualquiera que sea el contenido de estas formas, cualquiera que sea el diseño de la nueva sociedad. Este cambio puede producirse en todo momento de la historia: es así como podemos señalar una modernización del pueblo romano a lo largo de la evolución de la urbe Roma, como hay también una modernización del mundo europeo en la Edad Media de los S. XI y XII; y, obviamente, hay una modernización en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. Estas modernizaciones sociales conllevan modernizaciones jurídicas. Pero la modernización jurídica no es únicamente un *aggiornamento*, que adecúa el Derecho a las circunstancias de una nueva época, sino que muchas veces el Derecho se convierte en elemento dinamizador de la situación y generador —o cuando menos, colaborador— de la producción del cambio social mismo.

Dentro de este orden de ideas, podemos decir que la modernización es una categoría procesal: nos da cuenta de un proceso universal antes que del contenido particular de tal proceso. Es un concepto que nos señala que se ha producido o se está produciendo un cambio social; pero no nos revela el sentido de la nueva sociedad en gestación.

La modernidad, en cambio, es una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término "modernidad" para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como "moderna" dentro del mundo occidental.

El modernismo es el aspecto más superficial de la moderniza-

ción: constituye la adopción de categorías modernas o de patrones de consumo o estilos modernos más como una moda que como un cambio estructural. Es por ello que el modernismo tiene inevitablemente algo de imitativo, algo de extranjero, un cierto sabor de plagio.

Sin embargo, estas importaciones originariamente superfluas no son a la larga inocuas; pueden constituir vehículos espúreos de modernidad porque la racionalidad implícita en el objeto o en la forma social importada va imprimiendo su propio sello en torno suyo. Por ello, es muy difícil decir dónde termina la modernización o la modernidad y dónde comienza el modernismo. A veces se ha puesto como ejemplo de modernismo al consumismo tecnológico de ciertos grupos sociales en los países subdesarrollados: el uso de las novedades tecnológicas dentro de una sociedad en la que inicialmente una mínima parte de la población puede disponer de ellas, sería una muestra de este modernismo imitativo y desvinculado de su propia realidad. Pero la ventaja "racional" de la nueva tecnología puede imponerse, a pesar de las dificultades sociológicas: lo racional no es sinónimo de lo popular. Es así como, a pesar de que muy pocas personas —proporcionalmente hablando— podían adquirir en el Perú televisores de color (y, más tarde, videograbadoras), en la actualidad estos artefactos modernos tienen una función mucho mayor de lo que podría calificarse como modernismo frívolo; y el porcentaje de difusión de estos elementos de modernidad, aun cuando pudiera considerarse muy reducido para un observador apresurado, es suficiente para alterar las condiciones de esa sociedad. El caso reciente de las computadoras es también bastante ilustrativo.

II. *EL DERECHO CIVIL COMO INGREDIENTE DE LA MODERNIDAD*

1. *El papel modernizador del Derecho Civil*

No cabe duda de que el Derecho Civil ha jugado un papel muy importante dentro de varios procesos de modernización: sus características internas, el hecho de que regule las relaciones más directas de los hombres (la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, las promesas de un hombre a otro hombre) le han otorgado una perspectiva y un impulso que ha servido de palanca del cambio en diferentes oportunidades históricas.

El nacimiento del Derecho civil tiene una inspiración progresista y modernizadora. Justiniano explica que inicialmente el pueblo romano vivía sin ley cierta, sin derecho cierto, gobernado solamente por el poder de los Reyes (1). Pero al aumentar la ciudad, no era posible continuar de esta manera; por ello el pueblo y los reyes propusieron algunas leyes (2). Es importante advertir en este comentario justiniano una idea de orden y predictibilidad implícita dentro del concepto de Derecho, que constituirá muchos siglos más tarde una de las bases de la modernidad. Expulsados los reyes, el pueblo romano volvió a caer en un derecho incierto (3). Pero, como esta situación era intolerable, se buscó un Derecho en Grecia y se establecieron las Leyes de las Doce Tablas (4), de cuyo desarrollo deriva el Derecho Civil (5). Por consiguiente, se trata de un proceso de institucionalización de la ciudad, de organización más moderna y civilizada: el Derecho Civil nace como un instrumento fundamental de esta suerte de modernización.

Por otra parte, Koschaker otorga también un papel protagónico al Derecho Civil romano dentro de ese asombroso impulso cultural que se produce en el S. XI y cuyas causas últimas, nos dice ese mismo autor, nos son todavía desconocidas (6). Koschaker advierte que la importancia del Derecho Romano en esa época no se debió únicamente a sus cualidades técnicas sino también al hecho de que no se trataba de un cuerpo jurídico *value-free*: encarnaba el ideal cultural del *imperium romanum* y, a través de éste, del Emperador alemán (7); por lo que la ciencia del Derecho Romano, creada por los glosado-

(1) *Digesto*, I, II, 1.

(2) *Digesto*, I, II, 2.

(3) *Digesto*, I, II, 3.

(4) *Digesto*, I, II, 4.

(5) *Digesto*, I, II, 5.

(6) KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. pp. 106-109.

(7) KOSCHAKER, P. *Op.Cit.*, p. 130.

res, adquirió carácter y alcance europeos en razón de los intereses políticos del Emperador (8). No obstante, sin desconocer las condiciones políticas y económicas que pudieran haber favorecido su difusión, no puede dudarse del papel dinamizador del razonamiento civilista en la Edad Media, como lo ha explicado extraordinariamente Harold J. Berman: el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático; y esto fue tan significativo en los cambios de la época que incluso el método de razonamiento propuesto por el Derecho se convirtió en el modelo y en el progenitor de la ciencia occidental moderna (9).

2. *La modernidad*

Desde esta perspectiva histórica, interesa preguntarnos por el papel que cumplió el Derecho Civil dentro de una modernización específica: aquella que nos introduce en la modernidad.

Ante todo, cabe preguntarse con Max Weber sobre la especificidad de esa sociedad occidental a la que llamamos "modernidad".

Parafraseando a Hegel, podríamos decir que la modernidad es un tiempo en el que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en el que el hombre se aprehende como sujeto y consecuentemente toma consciencia contradictoria de sí mismo como sujeto y como objeto. Esta autopercepción del sujeto como sujeto lleva a la exaltación de la libertad y de la capacidad de reflexión: la subjetividad ha sido reivindicada.

Es por ello que la modernidad va a generar un derecho a la crítica intensamente vivido, una afirmación de lo personal frente a lo

(8) KOSCHAKER, P. *Ibidem*, p. 131.

(9) BERMAN, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press. Cambridge, 1983, pp. 151-164.

colectivo, una aplicación de controles racionales a todo acto humano, una convicción de que el proceso social puede ser conducido y orientado con arreglo a fines, una fe en el poder de la razón individual como instrumento de progreso. La exaltación de lo individual y subjetivo frente a toda finalidad impuesta desde fuera del individuo llevará a plantear esos fines como resultado de convenciones libremente adoptadas, como expresiones de un contrato social. Pero, establecido este voluntarismo inicial (originado por la ausencia de valores objetivos — es decir, fundados al margen de la subjetividad individual— que pudieran servir de criterios para medir los intereses particulares), los medios para lograr los fines socialmente propuestos serán desarrollados racionalmente. Por "racional" entendemos aquí la aplicación de procesos reflexivos en la toma de decisiones, de acuerdo a una concepción general y sistemática y en función de la realización de ciertos fines; en oposición a procesos meramente repetitivos basados en el peso de la tradición. Así, pues, frente a la sociedad tradicional que no anticipa el futuro y en la que la idea de progreso juega un papel muy poco destacado, la modernidad se instaure como el ambiente dentro del cual la acción social se dirige hacia ciertos objetivos (*goal-directedness of action*) (10), particularmente hacia el incremento económico a través de la aplicación de la técnica moderna a la producción, pero también hacia otros objetivos relacionados con la tecnificación y racionalización de la administración social (11).

Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de la producción: uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro (12).

La modernidad aparece así conformada por los ingredientes de

(10) PARSONS, Talcott. *The Social System*. The Free Press. New York, 1964, p. 8.

(11) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980, p. 27.

(12) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op.Cit.*, p. 27.

acción con arreglo a fines (*goal-achievement*), racionalismo, liberalismo e individualismo. En esta forma, la modernidad se expresa, políticamente, a través de la filosofía de la ilustración y, económicamente, a través de la sociedad de mercado.

En su forma original, la modernidad presupone la convicción de que el bien de todos se realiza a través de la maximización de los bienes de cada uno, los que, despojados de toda referencia exterior a una noción de bien objetivo, se reducen a la subjetividad de los intereses socialmente compatibles (13): la confianza en la razón humana y en su espíritu creativo lleva a cuestionar todas las verdades establecidas, las que tienen que someterse al análisis racional; y la convicción de que todo hombre es suficientemente racional para controlar su propio destino (14) elimina toda posibilidad de que pudieran surgir nuevas objetividades axiológicas sobre la base de que unos hombres se consideren más capaces de aplicar los procesos racionales. En realidad, la modernidad bajo todas sus formas — veremos que presenta algunas variantes que se diferencian y hasta se oponen al capitalismo— se muestra como un gran fenómeno de renovación y crítica social: crítica racional, individualizada y permanente.

Con una clara influencia kantiana, Weber considera que la racionalidad evoca las nociones de finalidad y de generalidad: es racional la conducta con arreglo a fines que puede ser aplicada de

(13) "The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of moral... The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its *members*. The interest of the community then is, what? - the sum of the interests of the several members who compose it" (BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Cap. I, IV. Hafner Publishing Co. New York, 1948, p. 3).

(14) "The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily, or mental and spiritual" (MILL, John Stuart. *On liberty*. Cap. I, párrafo 13).

manera general, sin entrar en contradicciones internas. Ahora bien, hay dos tipos de racionalidad: una basada exclusivamente en el cálculo —fundamentalmente numérico y fundamentalmente tomando como unidad al dinero— y otra basada en aspectos cualitativos equívocos, tales como las exigencias éticas, políticas, igualitarias, etc. (15). La racionalidad que organiza el sistema liberal capitalista será la primera, a la que también denomina racionalidad formal frente a la racionalidad sustantiva o cualitativa que corresponde mejor a la organización social pre-capitalista (16).

La modernidad capitalista implica entonces la instauración de una perspectiva universalizante. Frente a los particularismos tradicionales, se pretende constituir una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios sean fácilmente intercambiables por los individuos movidos exclusivamente por sus propios intereses. Esto implica la desaparición de los grupos basados en aspectos estatutarios, tradicionales o religiosos, debido a que crean particularismos: el hombre se encuentra solo frente a un paisaje social universal dentro del cual tendrá que encontrar su ubicación por sí mismo y ocuparse de la tarea de diseñar su propio entorno. Claro está que ello no significa que desaparezcan las agrupaciones: por el contrario, serán muy fuertes pero ya no estarán basadas en elementos ajenos al individuo sino que surgirán de la voluntad de los individuos mismos para sumar sus fuerzas en esa lucha universal por la ganancia.

Dentro de la concepción weberiana, la modernidad está asociada al surgimiento del sistema de capitalismo industrial (17). Para Weber, el mercado aparece como "el arquetipo de toda acción social racional" (18): la conducta del mercado —dice Weber— está orienta-

(15) WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. T. I. México, 1974, p. 64.

(16) *Loc.cit.*

(17) TRUBEK, David M. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. Wisconsin Law Review. Vol. 1972, N° 3, p. 722.

(18) RHEINSTEIN, Max. *Introducción a Max Weber on Law in Economy and Society*. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. 191;

da por la intención racional y finalista (*purposeful*) de realizar los propios intereses (19). Esta idea de la racionalidad es verdaderamente clave para establecer las características del mundo moderno; pues aun los monopolios —que pasan como contrarios al utopismo liberal de una competencia perfecta— corresponden a esta modernidad en la medida en que no están basados en aspectos religiosos o sociales tradicionales sino que se construyen, según Weber, exclusivamente sobre bases económicas y racionales.

3. *Modernidad y Derecho*

Una modernización con el contenido social de la que ha sido descrita requiere a su vez un Estado y un Derecho que faciliten el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual.

La universalización supone un reforzamiento del Gobierno central a fin de compatibilizar las iniciativas individuales en términos de que no se anulen unas a otras y a fin de eliminar las particularidades que dificultan la anticipación racional y los intercambios económicos al introducir elementos extraños al cálculo utilitario. Dentro de este contexto, el Derecho constituye, de un lado, una de las expresiones de la actividad coercitiva del Estado central destinada a lograr la universalización mediante la supresión de los particularismos tradicionales y a suprimir las conductas no racionales (consecuentemente, anti-sociales) que perturban el funcionamiento pacífico de la sociedad de intereses individuales. De otro lado, el Derecho constituye el medio por el cual la sociedad capitalista garantiza la libertad individual de acción tanto frente a las perturbaciones creadas por los individuos entre sí como frente a las interferencias del propio Estado. En ese sentido, el Derecho debe ser predecible a fin de que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos; por eso debe tener un carácter genérico y sistemá-

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica citada. T. I, p. 493.

(19) WEBER, Max. *Op.cit.* ed. Rheinstein, p. 192. Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 494.

tico, es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme.

Weber señala que este tipo de Derecho tiene que responder a cinco postulados: deben existir reglas generales, las decisiones concretas deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales (lógica jurídica), el sistema no debe contener lagunas (real o virtualmente), todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y toda acción social debe ser evaluada en términos de Derecho (20). Dentro de su clasificación del pensamiento jurídico, Weber considera que este Derecho que forma parte de la modernidad capitalista corresponde a la categoría que denomina "racionalidad formal lógica" (21). Este pensamiento jurídico es racional en la medida que se apoya en alguna justificación que trasciende el caso y se basa en reglas libres de ambigüedad; es formal en la medida que los criterios de decisión son intrínsecos al sistema jurídico; y es lógico en la medida que los hechos son evaluados a través de un análisis lógico del sentido de la norma y que el sistema se construye con la ayuda de conceptos abstractos que permiten una alta sistematización (22). Rogelio Pérez Perdomo ha explicado con precisión las cinco diferentes acepciones que tiene el formalismo (23). Por el momento nos interesa conservar una definición muy simple, pero suficiente para nuestros propósitos: el Derecho moderno tiene un carácter formal porque pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas y a los hechos determinados específicamente en las reglas mismas (24). Este formalismo permitiría que el Estado,

(20) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pág. 64. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 511-512.

(21) WEBER, Max. *Ibidem.*

(22) TRUBEK, David M. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. Wisconsin Law Review. Vol. 1972, Nº 3, p. 730; WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 62-63. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 510-511.

(23) Vide PEREZ PERDOMO, Rogelio. *El formalismo y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano*. Monte Avila, Editores. Caracas, 1978.

(24) UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. ed.cit., p. 204.

a través del Derecho, pueda "regular el proceso global, es decir, el mercado, pero sin intervenir en él como actor económico... El formalismo aparece así solidario de una concepción de la actividad económica básicamente en manos de particulares..." (25).

Un Derecho de estas características se produce en Occidente en razón de la reunión de una serie de circunstancias; pero, a su vez, la aparición de este tipo de Derecho no es una mera consecuencia sino que crea condiciones que permiten un desarrollo de la modernidad y, por este lado, refuerza los otros procesos o incluso los impulsa.

Uno de los elementos característicos de la modernidad política y que tiene una influencia decisiva en la formación del Derecho moderno es el nacimiento de los aparatos burocráticos (26), primero de la Iglesia y luego del Estado. "En la medida en que aumenta la racionalidad de la organización de la autoridad", nos dice, "las formas irracionales de procedimiento son eliminadas y el Derecho sustantivo resulta sistematizado, i.e., el Derecho como un todo es racionalizado". Y pronto, por la lógica de toda administración, los aspectos sustantivos del razonamiento son desplazados por los aspectos formales. Esta justicia formal no conviene a todos quienes pretenden realizar valores objetivos mediante el Derecho; en cambio, es apoyada por quienes buscan esferas de libertad, determinadas por marcos formales, dentro de las que el individuo pueda desarrollar su subjetividad: el Derecho de la modernidad contribuye a abrir oportunidades individuales y libera capacidades (27).

Es así como el mundo preñado de modernidad recoge elementos constructivos antiguos para levantar el nuevo edificio jurídico. Las nuevas clases burguesas, movilizadas durante los últimos siglos del

(25) PEREZ PERDOMO, Rogelio. *Op.cit.*, p. 21.

(26) No debe olvidarse que Weber utiliza al adjetivo burocrático no en sentido despectivo para significar la patología de la administración, sino en su sentido original de gobierno a cargo de un sistema de administradores.

(27) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 228-229. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 606-607.

Medioevo, retoman los elementos modernizadores introducidos en el Derecho por la burguesía romana, debido a que éstos correspondían a la necesidad de racionalidad que demandaba la modernidad (28). Este proceso de recuperación del pensamiento racional había comenzado en la Baja Edad Media con los glosadores: paulatinamente se va sustituyendo el concepto de Derecho como un conjunto de leyes aisladas que son vistas simplemente como "mandatos" de la autoridad o como la expresión de un orden sobrenatural, por un sistema normativo que se apoya en su coherencia interna. El redescubrimiento del Derecho Romano y tanto el estímulo como el desafío que plantea para el pensamiento racional, representan la línea de recuperación de la racionalidad frente al Derecho "autoritario" o religioso de la autoridad feudal. No cabe duda de que los civilistas e incluso los canonistas —en tanto que intentan un esfuerzo legal sistemático y organizan una burocracia clerical— abrieron tempranamente el paso a la modernidad jurídica.

Es cierto que el caso de Inglaterra parece contradecir la relación entre racionalidad lógico-formal y modernización: el propio Weber planteó la falta de sistematización del Derecho inglés y dudó mucho sobre la interpretación de este aparente caso desviado que parecía cuestionar la teoría. Sin embargo, a pesar de que el Derecho inglés no desarrolló originariamente un aparato conceptual tan complejo como el continental ni tuvo el apoyo de la tradición romanista —aun cuando no fue totalmente ajeno a su influencia—, podemos pensar que aseguró por otros medios la calculabilidad individual y, de esta forma, permitió el desarrollo del sistema capitalista. Además, una vez embarcado en la modernidad, el propio Derecho inglés, sin perjuicio de conservar un estilo general bastante más abierto que los rígidos sistemas continentales, adoptó también un razonamiento formal que poco se distingue del que se deriva de la tradición romanista.

4. *El Derecho Civil como paradigma de Derecho Moderno*

Ahora bien, ¿cuál es la rama del Derecho que encarna más

(28) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, p. 225. Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 604.

cabalmente estos ideales de la modernidad jurídica? Ciertamente, el Derecho Civil. Weber lo indica claramente y considera que su mayor desarrollo lo ha adquirido bajo la forma pandectista alemana (29). Este Derecho Civil moderno proporciona predictibilidad de los actos privados, es decir, posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente. Está formado por instituciones como la familia nuclear, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad contractual; todas ellas orientadas a garantizar esferas de acción a la subjetividad.

Franz Wieacker ha demostrado la profunda relación entre la evolución del Derecho Privado y la creación del Occidente moderno (30). De otro lado, son conocidas las experiencias de modernización de los países no industrializados que han siempre asociado la modernidad con la implantación de un Derecho Civil, es decir, de un Derecho Privado con las características que éste tiene en la tradición occidental. En Japón, el Gobierno Meiji adoptó la decisión de invitar a un jurista francés, Boissonade, para preparar un Código Civil acorde con la política de modernización económica y social; y es así como el Código Civil de 1898 sustituyó a los viejos procedimientos consuetudinarios basados en la idea de conciliación antes que en la de atribución de derechos individuales. En Turquía, el proyecto modernizador de Mustafá Kemal Atatürk incluyó, como parte importante del mismo, la dación de un Código Civil inspirado en el Código suizo. En la América Latina del S. XIX, todas las nuevas naciones se propusieron modificar sus sistemas de derecho privado como un paso para acercarse al mundo moderno. Rogelio Pérez Perdomo ha descri-

(29) WEBER, Max. *Ob.cit.*, ed. Rheinstein, p. 64. La edición del Fondo de Cultura Económica ha omitido la referencia a la Pandectística, traduciendo la expresión como "Derecho Privado" (pág. 511); pero en todo caso, ello no hace sino enfatizar nuestra tesis de que el Derecho Civil es el prototipo del Derecho de la modernidad, según Weber. Max Rheinstein, en la Introducción de su edición, destaca a su vez esta relación entre modernidad y Derecho Civil. (RHEINSTEIN, Max. *Max Weber on Law in Economy and Society*. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. xliii).

(30) WIEACKER, Franz. *Storia del Diritto Privato Moderno*. Giuffrè Editore. Milano, 1980.

to este proceso en Venezuela (31). Carlos José Gutiérrez lo ha hecho respecto de Costa Rica (32) y ha presentado en este mismo Congreso una interesante ponencia en la que analiza la relación entre Derecho Civil y modernización en América Latina en general (33). El autor del presente trabajo ha analizado la misma relación en el Perú del S. XIX (34).

Es interesante advertir cómo los protagonistas de estos intentos de modernización en América Latina, fueron muchas veces perfectamente conscientes de la necesidad de desarrollar un Derecho Civil para satisfacer e impulsar los propósitos modernizadores.

Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien redactó el primer proyecto de Código Civil peruano, planteaba los objetivos que quería lograr con ese cuerpo de leyes en términos convenientes para la incorporación a la modernidad: "El estado será dichoso y permanecerá tranquilo, cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas" (35). El mariscal Andrés de Santa Cruz, Presidente de la Confederación Perú-Boliviana, tuvo la clara percepción de la necesidad de códigos liberales para lograr un ingreso pleno de estas tierras a la modernidad (ideal que nunca se logró realizar). Por eso, pone en vigencia un Código Civil al estilo francés, en cuyo prólogo declara: "La legislación civil, criminal y de procedimientos, a que habéis estado

-
- (31) PEREZ PERDOMO, Rogelio. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano*. Monte Avila Editores. Caracas, 1978 y *Los Abogados en Venezuela*. Monte Avila Editores. Caracas, 1981.
- (32) Vide GUTIERREZ, Carlos José. *El funcionamiento del sistema jurídico*. Editorial Juricentro. Costa Rica, 1979.
- (33) GUTIERREZ, Carlos José. *Derecho Privado y Modernización. El esfuerzo latinoamericano*. New York. Agosto de 1989.
- (34) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.
- (35) DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil Peruano dividido en tres partes, escrito por el ciudadano M.L. Vidaurre*. Imprenta del Constitucional, por Justo León. Lima, 1835. II Parte, p. 11.

sometidos en vuestros negocios privados, (es la) única parte de vuestra organización a que no se ha aplicado la mano reformadora del siglo" (36). En consecuencia, agrega, se promulga dicho Código para que "quede amparada la propiedad y asegurada su transferencia por medio de decisiones exactas y positivas" (37) y "se consolide el crédito privado" (38).

Andrés Bello, autor de un Código Civil para Chile, que fuera adoptado después por Colombia y que ha influido sobre la codificación civil de un gran número de países latinoamericanos, era plenamente consciente de esta vinculación entre un Derecho claramente sistematizado y una adecuada administración de los intereses individuales: "Reducidas las leyes a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y frases redundantes, sin la multitud de vocablos y locuciones desusadas, que ahora la embrollan y oscurecen, descartadas las materias que no han tenido nunca, y que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos ¿cuánto no se facilitará el estudio a la juventud? El libro de las leyes podrá andar entonces en manos de todos; podrá ser consultado por cada ciudadano en casos dudosos, y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses" (39). Por su parte, las grandes construcciones civilistas de Texeira de Freitas y de Dalmacio Vélez Sarsfield no cabe duda de que son un consciente esfuerzo de adoptar una legislación que incorporará la racionalidad lógico-formal a fin de permitir un desarrollo del individuo. Prueba de la presencia de este espíritu modernizador —no es una casualidad que Vélez Sarsfield como diputado hubiera intervenido en todos los proyectos económicos del Congreso argentino, como miembro de la

(36) *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Imprenta de José Masías. Lima, 1836, p. IV.

(37) *Ibidem*, p. V.

(38) *Ibidem*, p. VI.

(39) *El Araucano*, N° 146 de 28 de junio de 1833, cit. por Guillermo FELIU CRUZ: *La prensa chilena y la codificación. 1822-1878*. Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la muerte de Andrés Bello. Santiago de Chile, 1966, p. 21.

Comisión de Hacienda (40)— está en la acerba crítica de Juan Bautista Alberdi, que lo acusa de falta de originalidad y sostiene que su Código es extranjero y europeizante (41), es decir, lo sindicó como importador de la modernidad europea. La crítica parece excesiva e injusta, porque Vélez Sarsfield había tomado en cuenta la legislación nacional argentina y la había incorporado en la mayor medida posible, siempre que no originara incongruencias. Pero no cabe duda de que hay un espíritu nuevo en el Código de Vélez Sarsfield, tanto en el contenido individualista que aporta como en su esfuerzo de sistematización. Y, el propio Vélez Sarsfield, al contestar a Alberdi, da cuenta de su consciencia de la necesidad de incorporarse jurídicamente a la modernidad: ¿por qué —se pregunta— no podríamos modificar las leyes dadas en España desde el S. XIII y que representan intereses contradictorios? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la Edad Media los pueblos españoles? (42).

III. LA CRISIS CONTEMPORANEA DEL DERECHO CIVIL

1. *El Derecho Civil visto como lastre frente a los cambios de nuestro tiempo*

Frente a ese importante papel de impulsor e ingrediente de la modernidad que los juristas de los siglos pasados asignaban al Derecho Civil, nos encontramos en nuestro tiempo con un fenómeno inquietante: el Derecho Civil aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico; aparentemente, el Derecho Civil no significa más la modernidad, sino el atraso.

A pesar de que la crítica al Derecho Civil no se expresa siempre de manera abierta, existe una atmósfera general que tiende a consi-

(40) LEVENE, Ricardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. 4ta. ed. Depalma. Buenos Aires, 1969, p. 430.

(41) LEVENE, Ricardo. *Op.cit.*, p. 439.

(42) LEVENE, Ricardo. *Op.cit.*, p. 442.

derar el civilismo como un rezago de un mundo que está a punto de convertirse en pasado. En el ambiente político, en los centros internacionales de cooperación, en las fundaciones que auspician investigaciones en el campo del Derecho, existe una suerte de silencioso consenso en el sentido de que el Derecho Civil no merece ser apoyado porque se encuentra muy distante de las urgencias del momento. En las Facultades de Derecho —particularmente en los países del Tercer Mundo— los estudiantes y los profesores, preocupados por el desarrollo social y económico de sus países, pretenden orientar la formación de las nuevas generaciones y los esfuerzos de investigación hacia disciplinas jurídicas de mayor contenido social; es general la crítica a los programas de estudio tradicionales, fuertemente centrados en la tradición civilista. Francesco Lucarelli señala que existe una pérdida de identidad de los dogmas civilistas y que ello genera consecuencias muy graves en la enseñanza del Derecho Civil: se habla cada vez más en la Universidad de una alienación del estudiante, de un rechazo a las fórmulas abstractas que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídicos antes que reflejo de la sociedad viva y real; se denuncia el mero tecnicismo de las instituciones, la carencia de contenido histórico y crítico de la formación (43).

En algunos casos, el ataque contra el Derecho Civil es bastante más agresivo. Así, Eduardo Novoa Monreal distingue entre las leyes nuevas con sentido social y la legislación básica codificada que equivale al Derecho tradicional y, fundamentalmente, al Derecho Civil. A esta legislación tradicional codificada la acusa de haber perdido el ritmo de la historia: mientras la vida moderna es extremadamente móvil y plantea problemas tecnológicos, económicos y sociales nuevos, el Derecho —léase, civil— tiende a conservar formas de los S. XVIII y XIX, cuando no de la Antigua Roma (44). "Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo" (45). "Sus preceptos,

(43) LUCARELLI, Francesco. *Diritti Civili, e Istituti Privatistici*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, p. 6

(44) NOVOA MONREAL, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 2a. ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México, 1975, p. 13.

(45) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

agrega, están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de la vida moderna... han perdido vitalidad"(46). "A nuestro juicio, la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo contra ésta" (47). La crítica de Novoa Monreal alcanza tonos muy duros: el Derecho actual es obsoleto, pero el conservantismo de los juristas no ha sido capaz de advertirlo; el mundo cambia en medio del adormecimiento de los juristas (civilistas).

Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico, se ha perdido en gran parte. Y, como consecuencia de ello, una serie de áreas que pertenecían tradicionalmente a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: algunas, han preferido pasarse al Derecho Público; otras, han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y lo privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella. Es así como el Derecho Laboral se desgajó del contrato de locación conducción. Más tarde, leyes cuyo espíritu y técnica es ajena a la tradición civilista, fueron poco a poco haciendo retroceder las fronteras del Derecho Civil, en materias tales como la propiedad de la tierra rústica y los contratos agrícolas (particularmente en los países que llevaron a cabo una reforma agraria), la urbanización, los contratos de inquilinato, la regulación del uso y propiedad de vehículos automotores, de naves y aeronaves, etc. Las nuevas formas de procreación, los trasplantes de órganos, la misma muerte, son jurídicamente definidas y normadas por leyes especiales. La organización de seguros obligatorios de automóviles y de ciertas actividades públicas o particularmente riesgosas, incluyendo los accidentes de trabajo, ha limitado a su mínima expresión el campo de la responsabilidad extracontractual. En algunos países se pretende incluso dar un Código especial para la familia, retirando esta área de la vida social del marco del Código Civil, donde se encontraba desde siempre.

(46) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

(47) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

De esta manera, es posible decir ahora que el Derecho Civil "tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta, en la vida práctica a un menor número de personas" (48). En realidad, este Código que se ocupaba de los aspectos más importantes del ser humano —el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la propiedad, la contratación, la muerte y los problemas de sucesión— tiende actualmente a quedar arrinconado a aspectos muy puntuales: la propiedad realmente normada por el Código Civil, por ejemplo, casi no abarca sino el vehículo propio, el menaje y la casa personal. Con relación a esta pérdida de importancia social del Derecho Civil, dice Novoa Monreal: "Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revísense las materias sobre las que versan los litigios que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y compárense porcentualmente con los que ingresaban a comienzos de siglo y se verificará que —excluida la materia criminal que puede permanecer más o menos constante— cada vez es menor la proporción en materias propiamente "civiles", en el sentido de aquéllas que versan sobre conflictos que corresponde resolver de manera directa al Código Civil" (49).

2. *El caso contra el Derecho Civil*

Los cargos —explícitos o implícitos— contra el Derecho Civil han sido de muy diverso orden. Para efectos simplemente de tener una impresión general de la cuestión, podríamos señalar cuatro categorías de acusaciones.

En primer lugar, se dice que *el Derecho Civil no es capaz de seguir los cambios de la vida social*, sobre todo en una época tan agitada como la nuestra.

Todo jurista, decía George Ripert, es conservador; no en el sentido político del término sino en su sentido funcional: la ciencia que domina (el Derecho) vive de la estabilidad y de la continuidad; no

(48) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 25.

(49) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 25-26.

puede, entonces, el jurista pensar sino en mantenerla (50). Nadie está impedido de creer en un derecho nuevo que regule la sociedad del futuro, agregaba; pero los adivinos y los profetas no son juristas. "El derecho es la formulación del orden social establecido y no la representación de un orden futuro, la defensa del presente y no la anticipación del porvenir" (51). Y esta característica propia de toda norma —en razón de que la norma precede formalmente siempre al hecho al cual será aplicada— se acentúa más en el caso del Derecho Civil. El peso de una tradición milenaria, entendida muchas veces de manera estática y como simple representación de un orden que está en la naturaleza misma y que consiguientemente es inmutable, lleva al civilista a no contar con la dimensión temporal: vive en un eterno presente, atento al pasado sólo en cuanto le confirma el presente y despreocupado por el futuro porque está convencido que, como dice Ripert, a él le toca únicamente aplicar la norma vigente.

Además, el contenido de modernidad implícito en el Derecho Civil lleva a acentuar la función de seguridad jurídica de esta rama del Derecho: la modernidad exige reglas calculables y eso supone un Derecho estable. Por ese motivo, si en general no deben cambiar las leyes muy a menudo, los Códigos Civiles están hechos para durar siglos.

Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambio, se convierte en problema en épocas en que la vida social, política y económica evoluciona muy rápidamente. Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones. Dice, por ejemplo, Nemtsov, reflexionando sobre el Derecho Civil durante la Revolución Rusa: "En la medida en que la situación cambia, el esquema de las cosas tiene que ser modificado, incluyendo el sistema de normas; porque el derecho es, por naturaleza, conservador y refleja la situación que existía en el día de su promulgación... Pero se requiere tiempo para transformar un sistema de normas. Un cierto tiempo —a menudo considerable— transcurre antes de que el proyecto de ley haya pasado por todas las fases preparatorias para su entrada en

(50) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, p. 8.

(51) *Ibidem*, p. 10.

vigencia y antes de que sea promulgado y recibido a nivel local. Mientras tanto, la vida no se ha detenido. Ha creado nuevos problemas que deben ser resueltos. Ha remodelado las relaciones sociales que requieren ahora nuevas formas y métodos de regulación. Por esta razón, una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas. En muchos casos, la discrepancia conduce a una situación en la que una ley soviética bloquea el progreso y actúa como un lastre frente a nuestro aparato estatal en el trabajo diario" (52).

Una segunda razón de queja contra el Derecho Civil se encuentra en *la acentuación del rol del Estado y la correspondiente desvalorización de lo privado* que ocurre en la época actual.

Ya Max Weber había señalado que un sistema jurídico formal —como el Derecho Civil— no convenía a los propósitos de los gobernantes que no tenían interés en alcanzar el más alto grado de precisión formal que maximizaría las posibilidades de una correcta predicción de las consecuencias legales de los actos privados, sino, más bien, realizar ciertos objetivos ético-políticos: los déspotas ilustrados, los populistas quieren realizar socialmente ciertos contenidos sustantivos y, por eso, no se sujetan a limitaciones formales de ninguna especie, ni quieren estar ligados por las reglas que ellos mismos establecen. Todos ellos, dice Weber, tropiezan con el obstáculo de la inevitable contradicción entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y el deseo de lograr, a través del derecho, ciertos fines sustantivos (53).

Este punto ha sido muy claramente percibido por quienes se sitúan en la posición contraria a la iniciativa individual como motor

(52) NEMTSOV, N. *La legalidad revolucionaria y el trabajo de las Cortes durante el período de la reconstrucción*, publicado en *El Semanario de la Justicia Soviética*, 1929, N° 47, pp. 1101-1102, transcrito por Zigurds L. ZILE. *Ideas and Forces in Soviet Legal History*. College Printing & Typing Co. Madison, Wisconsin, 1967, p. 214.

(53) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 225-227. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 604-605.

de la sociedad y que, en consecuencia, no otorgan mayor importancia al cálculo privado de intereses. Desde una perspectiva comunista, este factor limitante de la racionalidad lógico-formal ha sido puesto de relieve: "El Derecho", dice Trainin, "tiene siempre dos aspectos: obliga a los ciudadanos pero también obliga a las autoridades. Así, el Derecho castiga al ladrón y simultáneamente establece los límites del castigo. Por este motivo, el Derecho —no importa cuán variado sea y a veces incluso cuán despóticos sean sus contenidos— está siempre bajo su propia restricción" (54). Obviamente, el Gobierno revolucionario soviético no podía aceptar esta limitación; no tenía interés en hacerlo porque su preocupación no era el cálculo individual sino la imposición de una determinada política de carácter general. Por eso, Trainin agrega: "Pero cuando el viejo mundo colapsó, cuando la dictadura se instauró como orden político, la autoridad soviética conscientemente rechazó reconocer tal restricción" (55).

El mismo razonamiento, con matices en cuanto a su mayor o menor radicalidad, se encuentra en las posiciones socialistas. Eduardo Novoa, por ejemplo, sostiene que el Código Civil es un Derecho de propietarios; y cada vez hay menos propietarios quienes, lejos de ser el ideal del tipo social como era en el Código Napoléon, han pasado a ser un pequeño grupo de privilegiados (56). Por eso, dice, en la hora actual, "La tarea urgente de los juristas es elaborar las nuevas instituciones jurídicas para un Derecho moderno que sirva a las ideas de solidaridad social, de primacía del interés colectivo por sobre el particular y de activa dirección de la economía por el Estado" (57).

Sin embargo, no es sólo desde posiciones políticas extremistas que el argumento puede ser esgrimido. Aun desde dentro de la modernidad liberal, no cabe duda de que, primero el *Welfare State* y luego las modernas formas de administración, sin desconocer la

(54) TRAININ, A. *Sobre la legalidad revolucionaria*, publicado en *Derecho y Vida*, 1922, N° 2, p. 5. transcrito por Zigurds L. ZILÉ, *op.cit.*, p. 48.

(55) *Ibidem*, p. 48.

(56) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, pp. 25.

(57) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, p. 15.

libertad individual y la iniciativa privada, han otorgado una importancia al Estado como promotor del bien común, bastante mayor que la que pudo aceptar el liberalismo del S. XIX. Aún más; en los países subdesarrollados con economías muchas veces pre-capitalistas, el Estado asume un papel promotor y director, precisamente para implantar un sistema social de libertad individual y de economía liberal-capitalista. En consecuencia, ese Estado no se limita a una racionalidad lógico-formal sino que persigue la realización de fines sustantivos; aun cuando tales fines sean los de implantar una sociedad en la que en el futuro la racionalidad sustantiva pase a un segundo plano y el Derecho asuma un carácter racional formal.

En tercer lugar, *el Derecho Civil se encuentra cuestionado en nombre de la técnica*. El razonamiento civilista ha sido tradicionalmente muy riguroso; pero su rigor se encontraba referido a una lógica interna. En cambio, en el presente siglo aparecen una serie de campos, antes regidos por el Código Civil, que pretenden vincular la norma jurídica a otro orden de cosas. Tal orden distinto puede exigir —y de hecho exige— un rigor muy exacto. Sin embargo, los fundamentos de la disciplina no se encuentran ya en los criterios abstractos y formales de la lógica jurídica, sino en la correlación concreta con un orden de conocimientos externos al Derecho y que constituyen una técnica social.

Esto significa que diversas áreas de las relaciones sociales no aceptan ya ser regidas exclusivamente por "lógica" sino que suponen una técnica determinada, que tiene un cuerpo de conocimientos propios. Por ejemplo, las formas de usar una propiedad inmueble para urbanizarla y dividirla en lotes de terreno, no puede ya estar sujeta simplemente a las reglas generales del Código Civil; exige un tratamiento normativo que incluye aspectos de ingeniería, economía, y sociología. La reglamentación relativa a los bienes culturales no puede limitarse a las normas relativas a la propiedad en general; requiere una precisión normativa con ayuda de la historia, de la arqueología y, posiblemente, de la política y de la economía. La regulación de la procreación asistida o de la muerte plantea referencias a la biología y a la ciencia médica. De esta manera, el Código Civil aparece como insuficiente para establecer las líneas imperativas que definen el diseño jurídico del área. Esto genera una necesidad de utilizar leyes especiales, usualmente redactadas no por juristas sino por especialistas de esas otras áreas aludidas.

Una cuarta causa de inadaptación del pensamiento civilista a las necesidades del mundo de hoy radica en *la naturaleza formalista del Derecho Civil*.

Paradójicamente, esa característica de racionalidad formal que para Weber era la clave de la modernidad, resulta ahora una de las razones por las que el Derecho Civil no se encuentra a gusto en el seno del mundo contemporáneo; y por las que el mundo jurídico contemporáneo no se encuentra a gusto con el Derecho Civil. El formalismo del Derecho Civil lo aparta de la realidad en la que se aplica y, de este modo, lo convierte en un Derecho abstracto, poco atento a los problemas y a las preocupaciones de la época.

"La enseñanza del Derecho, ha puesto énfasis en todas partes en el estudio de la doctrina jurídica, y ha habido poca instrucción en los conceptos y la metodología de la investigación de las ciencias sociales", denunciaba el International Legal Center (58). "Si los juristas no desarrollan una perspectiva social y política, hay pocas esperanzas de que un programa de investigación en Derecho y Desarrollo tenga sentido para los abogados y académicos del Tercer Mundo" (59). En general, dado que la preocupación por el desarrollo se manifiesta sobre todo en otras áreas del Derecho más vinculadas con la regulación económica, son esas otras áreas las que asumen la función modernizadora; en cambio, el Derecho Civil va siendo relegado a los "juristas puros" que son mirados despectivamente por los "desarrollistas". El Derecho Civil estaba realmente vinculado a lo económico cuando la iniciativa económica estaba en manos totalmente privadas; pero cuando el Estado tiene un papel promotor, son más bien las reglas administrativas las que adquieren un papel protagónico. Porque lo económico dentro de una sociedad "moderna" estaba servido por una garantía jurídica de la libertad individual, lo que implicaba un disfrute pacífico de sus propiedades y una autonomía contractual. Pero cuando lo económico no se basa en el cálculo individual sino en el impulso estatal (incluyendo un impulso de tipo

(58) International Legal Center. *Informe sobre la Investigación en Derecho y Desarrollo*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975, p. 58.

(59) *Ibidem*, p. 83.

capitalista, como lo puede ejercer el Estado taiwanés o el coreano), entonces interesa no tanto un razonamiento formal sino más bien un razonamiento teleológico o finalista que oriente el sistema hacia los fines político-económicos propuestos.

3. *Las desventajas de la nueva legislación*

De acuerdo a lo expuesto, existen diferentes razones para que el Derecho contemporáneo excluya del campo del Derecho Civil importantes áreas de la vida social. Sin embargo, este alejamiento de las fuentes civilistas no deja de tener consecuencias; y algunas bastante negativas.

Mientras el Derecho tradicional muestra un alto nivel de coherencia y —¿por qué no decirlo?— de rigor científico, inspirado en las ideas filosóficas del individualismo liberal, ese nuevo Derecho reglamentario, orientado hacia lo público y basado en la técnica antes que en el método jurídico, se presenta con un notable grado de asistematicidad.

Las nuevas leyes tienen un carácter disperso, sin ninguna organicidad; por ello, carecen del prestigio y la calidad de las tradicionales. No tienen un plan y un método adecuado (no debe olvidarse que el plan del Código Civil ha sido pensado hace 1,400 años y refrendado muchas veces, después de concienzuda reflexión). El nuevo orden jurídico "reglamentario" o de "leyes especiales" está constituido, en gran parte de los casos, por disposiciones creadas apresuradamente, mal redactadas, pobremente coordinadas con el ordenamiento jurídico vigente, resultado de cubileteos políticos que no responden a una lógica estricta sino a las conveniencias de los grupos de poder involucrados.

4. *Las estrategias del civilismo*

Ante un asedio de esta naturaleza, ¿cómo ha reaccionado el Derecho Civil?, ¿qué ha hecho para conservar su posición dentro del Derecho y dentro de la sociedad?

En términos generales, podemos decir que ha adoptado dos

diferentes estrategias de supervivencia; pero en ninguna de las dos ha asumido la actitud de defender palmo a palmo su sitio: en ambas ha hecho concesiones y, de alguna manera, se ha retirado a posiciones más modestas.

La primera estrategia ha sido la del repliegue: en vista de las incursiones limítrofes y de las revueltas intestinas que habían logrado arrancar varias provincias al Derecho Civil, un poco pudorosamente los propios juristas civilistas han procedido a una retirada estratégica. En vez de pelear sus fronteras y discutir las razones por las que las leyes especiales pretendían una autonomía conceptual, los civilistas han preferido ceder el terreno a cambio de asegurar la paz en áreas más reducidas. Sin embargo, esta estrategia es suicida; porque, si el Derecho Civil ha renunciado a esgrimir razones para mantener un determinado territorio conceptual, ¿cómo puede pretender conservar otros territorios? Tarde o temprano, los merodeadores avanzan y terminan procurándose nuevas zonas que los civilistas siguen abandonando, engañados por la ilusión de que en esa forma lograrán salvar ciertas áreas cada vez menores.

La política del encogimiento es sumamente peligrosa, porque de tanto encogerse el Derecho Civil puede desaparecer.

La otra estrategia es la de la transformación: no hay otra manera de conservar que transformando. Es así como se abandonan los baluartes doctrinarios clásicos y se aceptan nuevas formas de pensar que no responden necesariamente a la tradición civilista, marcada por el racionalismo y el individualismo de los últimos tres siglos. Esta política de la conversión ha sido utilizada en aspectos particulares por un importante número de juristas inteligentes, desde fines del siglo pasado. Conscientes de que algo estaba pasando en el mundo en torno suyo y de que ese algo no podía ser ignorado, algunos civilistas de gran nivel se dedicaron a repensar algunos aspectos de la tradición con la idea de eliminar los anquilosamientos y recobrar una agilidad de espíritu que, si bien siempre ha sido necesaria, lo es mucho más en épocas de convulsión.

Ya en 1951 los cambios eran de tal naturaleza que Savatier pudo aventurar un inventario en sus *Métamorphoses du Droit Civil*

(60): la eclosión de la noción de contrato, las nuevas formas de la familia, la socialización de los contratos de trabajo, la distribución social de los riesgos de accidentes, el enaltecimiento de la posesión, la proliferación de bienes incorporales y de extraños derechos nacidos en torno a ellos, etc.

La gran pregunta, obviamente, consiste en saber si el Derecho Civil se puede mantener en tanto que tal en medio de esta tormenta política, socio-económica, y de técnica jurídica.

IV. LA POST-MODERNIDAD CIVILISTA

1. *La Idea de post-modernidad*

Nuestro planteamiento consiste en que la crisis del Derecho Civil no está simplemente motivada por maneras o estilos diferentes de tratar los problemas. No es una crisis técnica: lo que sucede es que esa modernidad a la que el Derecho Civil ha servido durante el siglo pasado de manera tan eficiente, está siendo cuestionada.

El cuestionamiento se dirige al centro mismo del asunto: son los contenidos de la modernidad en sí que están siendo objetados y no solamente una forma u otra de legislar.

Algunos de los grandes teóricos del pensamiento liberal advirtieron desde muy temprano las contradicciones implícitas que llevarían algún día a la necesidad de replantearlo. Rousseau, por ejemplo, percibió con lucidez que no basta con elegir libremente; hay que escoger la libertad. El propio Weber hizo notar que la modernidad generaba una tensión entre la racionalidad formal que era propuesta como fundamento del sistema y la racionalidad sustantiva basada en la aspiración de lograr ciertas realizaciones políticas o morales, ya que la acción social con arreglo a fines no se compatibilizaba bien con la primacía del interés individual. Sin embargo, no logró establecer las bases para superar la fricción. En realidad, a pesar de la subjetivización radical de todos los valores que realiza el pensamiento

(60) SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3a. ed. Dalloz. Paris, 1964.

liberal, queda cuando menos un valor objetivo que perturba el sistema y lo distorsiona cada vez que puede: este valor objetivo es la bondad del propio pensamiento liberal, es decir, la convicción de que el sistema que organiza la sociedad sobre la base de que no existen valores objetivos es en sí mismo un valor objetivo.

Estas dificultades teóricas —que se manifiestan a través de problemas efectivamente vividos por la sociedad— han dado origen a críticas que han llevado a intentar formas alternativas de modernidad. La clasificación que propone Roberto Mangabeira Unger, en modernización capitalista, modernización revolucionaria y modernización tradicionalista, es bastante sugestiva (61). Algunas de estas variantes de modernidad, como es el caso de los socialismos, plantean posiciones radicalmente diferentes de las de la modernidad capitalista. Sin embargo, forman parte del sistema de la modernidad en tanto que son de alguna manera respuestas a ella: hay una imbricación dialéctica entre capitalismo y socialismo.

No cabe duda de que Nietzsche, Marx y Freud inauguran una nueva era al introducir la sospecha como método: con la ayuda de instrumentos tales como la noción de poder, el interés económico subyacente y el inconsciente, se procedió a una cuidadosa obra de demolición de los valores establecidos: aquello que se creía absoluto se redujo cuando menos a elementos históricos y relativos; y, en muchos casos, los pretendidos valores fueron desenmascarados, comprobándose que eran sólo disfraces de posiciones interesadas. La sospecha se volvió contra los propios sospechadores y sus propias tesis fueron puestas en duda. Se produjo así una reintroducción de la agresiva razón crítica en la historia de la humanidad, con terribles efectos de devastación y de creación. Por otra parte, los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos del S. XX contribuyeron notablemente a la limpieza de los dogmas demasiado ligeramente contruidos, que fundamentaban la vida social y política. Y las situa-

(61) UNGER, Roberto Mangabeira. *The Place of Law in "Modern" Society: Sketch for an interpretation*. Preliminary Draft. Harvard Law School. Cambridge, U.S.A., 1972; *vide etiam* UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. The Free Press. New York, 1975.

ciones-límite creadas por las guerras y las crisis económicas y políticas, cuestionaron la importancia y aun la validez de muchas de las verdades establecidas.

El fenómeno que comprobamos en la actualidad consiste en que tanto el capitalismo como el socialismo se modifican profundamente, como resultado de cambios teóricos y también en razón de los progresos tecnológicos en materia de producción y de comunicación de masas, que transforman sustancialmente la naturaleza de los problemas. En realidad, el liberalismo inicial y el socialismo tradicional fueron manifestaciones extremas de aspectos parciales de la modernidad: el uno puso el acento en la libertad subjetiva y el otro en la acción con arreglo a fines; el uno pretendió construir la sociedad exclusivamente en base a la racionalidad formal y el otro rescató y exacerbó la racionalidad sustantiva implícita dentro del propio liberalismo; el uno puso el acento en la producción y en la convicción de que la acción de conquista del hombre sobre la naturaleza solucionaría todos los problemas económicos de la humanidad, y el otro puso el acento en la distribución como piedra de toque del progreso social; el uno postuló una sociedad formada sólo por individuos autónomos y el otro acentuó el papel de las estructuraciones sociales en clases; el uno pretendió colocar toda la acción social en el plano privado y el otro en el plano público.

Sin embargo, estamos ahora ante un mundo que trasciende esta antinomia de la modernidad y que se transforma desde sus dos extremos: el capitalismo incorpora cada vez mayores dosis de fines sociales y el socialismo mayores dosis de libertad y subjetividad; el capitalismo reconoce y utiliza estructuras sociales mientras que el socialismo flexibiliza sus esquemas rígidos clasistas; el capitalismo admite cada vez más la intervención pública y el socialismo privatiza su sistema e introduce consecuentemente una racionalidad formal.

Este nuevo mundo en ciernes —que posiblemente conservará siempre sus variantes capitalistas y socialistas— es el que ha sido denominado como post-modernidad. En realidad, pretende ser una modernidad integrada, en la que se logre una conciliación teórica y social de los elementos en tensión dentro de la modernidad.

En ese sentido, la post-modernidad supone de alguna manera la

decadencia de las ideologías —al menos concebidas a la manera del S. XIX— y una aspiración hacia un cierto equilibrio clásico, ajeno a los romanticismos políticos, donde los aspectos pragmáticos primen sobre los patéticos: los programas políticos contruidos antes en base a palabras con mayúsculas (Libertad, Patria, Estado, Libre Empresa, Dictadura del Proletariado) se convierten en listas de objetivos muy concretos. Se deja de lado un pensamiento neumático, inspirado, para someterse a las exigencias minuciosas de la construcción y la administración de una sociedad efectiva y concebida desde una perspectiva auténticamente social. Es así como las teorías políticas post-modernas no se apoyarán exclusivamente en la libertad individual ni en su antítesis constituida por la superioridad del Estado, sino que intentarán, cada una a su manera, una cierta forma de suprimir en circunstancias concretas la aparente incompatibilidad entre la racionalidad formal y la racionalidad sustantiva. Es posible que el camino se encuentre a través de una noción repensada de libertad, en la que (i) ésta no sea entendida solamente en el acto de escoger sino también en el objeto de la escogencia, y (ii) no solamente sea planteada como salvaguarda de la autonomía sino también como participación en los destinos comunes, de manera que libertad y solidaridad no resulten categorías enfrentadas.

Dado que se trata de una perspectiva que va más allá del sustrato de modernidad de todas las posiciones anteriores, debemos pensar que estamos ante una ruptura. Sin embargo, no debe por ello considerarse que se trata de "otra" tradición: modernidad y post-modernidad forman un *continuum*, en el que la segunda no sería posible sin la primera. Esta nueva fase organiza los elementos de la tradición occidental de manera nueva, crea otros e incluso ensancha esa tradición mediante la inserción de otras tradiciones antes separadas: en este sentido, la problemática y las antiguas culturas de los países del Tercer Mundo tendrán dentro de la post-modernidad el lugar que les había sido negado por la actitud colonizadora de la modernidad. Pero, a pesar de todos los afluentes que se incorporan al río desde regiones remotas, continúa siendo el río de la tradición occidental que tiene su origen en la concepción griega del hombre y del mundo. No es, entonces, una tradición diferente sino una explosión dentro de la tradición occidental. De alguna manera Vedel tiene razón cuando afirma que toda revolución es a la vez una ruptura con la tradición y

una utilización de esa tradición, por lo que no hay revoluciones absolutas (62).

2. *¿Sobrevivirá el Derecho Civil dentro de la era post-moderna?*

Dado que el Derecho Civil moderno se encuentra ligado a las categorías de la modernidad, cuando éstas son cuestionadas el Derecho Civil resulta también afectado. Es verdad que el Derecho es una técnica que permite manejar conceptos sociales diversos. Pero no hay técnicas puras: todo instrumento está, aunque sea de manera suelta, en relación con ciertos fines: si los fines cambian, tendrá que cambiar el instrumento.

En consecuencia, a pesar de esa característica conservadora del Derecho que anotaba Ripert, las circunstancias obligan a los juristas a salir de lo establecido y a arriesgar, a convertirse de alguna manera en profetas y adivinos: estamos ante un mundo nuevo en formación y no es posible quedarse en la casa del liberalismo disfrutando de una cómoda tranquilidad burguesa; porque esa casa está siendo desmantelada para construir con sus materiales una nueva edificación cuyas características nos son todavía en gran parte desconocidas. Es verdad que los últimos siglos de modernidad nos han hecho perder la costumbre de los cambios; y ahora nos cuesta mucho seguir la línea sinuosa de los acontecimientos. Pero vivimos en lo incierto y tenemos que habituarnos. En medio de este intenso remolino, el Derecho Civil no puede quedar incólume como una *aeterna veritas*: hecho de modernidad, tiene que ser también desmantelado y rearmado como lo es la sociedad que lo sustenta y a la que sustenta.

La gran pregunta consiste en saber si el Derecho Civil podrá cumplir el mismo papel modernizador dentro de un cambio hacia la post-modernidad, como lo hizo en la construcción de la modernidad.

Notemos que no estamos ante un problema meramente mecánico de suplir ciertas deficiencias: por ejemplo, instaurar los mecanismos y procedimientos para que el legislador cuente con asesoría en

(62) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, pp. 6-7.

materia no jurídica y, de esa forma, pueda hacer frente al desafío planteado por las nuevas tecnologías. La tarea de hoy no es, como quisiera Ripert, simplemente dedicarse a conservar el viejo edificio, realizando las reparaciones necesarias. Ripert piensa que el Derecho es fundamentalmente estático y debe serlo tanto para asegurar su aplicación efectiva como para reforzar su legitimidad. Por consiguiente, más que realizar cambios, se trata de adaptar las reglas antiguas a las situaciones nuevas (63). En nuestra opinión, hay un problema más de fondo que toca a la naturaleza y al diseño del Derecho Civil.

Ahora bien, ¿el paso de la modernidad a la post-modernidad no implica la desaparición del Derecho Civil? Dada su identificación con la modernidad, ¿la crisis de la modernidad llevará consigo la crisis definitiva del Derecho Civil? Contestando a Ripert con sus propias palabras, podríamos decir que la estabilidad es necesaria al Derecho Civil, pero su transformación no es fatal (64).

Es verdad que cada vez sabemos menos lo que es el Derecho Civil. Algunos prefieren definirlo simplemente como el conjunto de normas contenidas en el Código Civil y en sus leyes accesorias. Sin embargo, esta definición es una trampa; porque el Derecho Civil se define *non ratione imperii, sed imperio rationis*. En realidad, esa respuesta simplemente nos remite a una segunda pregunta: ¿qué es lo que debe estar contenido en el Código Civil?; o más simplemente, ¿en qué consiste la naturaleza civilista de un derecho? El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Alfredo Orgaz, comentaba que, si se quiere ir al fondo de las cosas y dar una definición conceptual del Derecho Civil, se advierte que, por obra de las circunstancias históricas, es por ahora imposible hacerlo (65).

En verdad, el contenido del Derecho Civil puede ser definido

(63) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, pp. 4-5.

(64) *Ibidem*, p. VI.

(65) ORGAZ, Alfredo. *Artículo "Derecho Civil"* en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964. T. VII, p. 11.

sólo desde el punto de vista de una tradición que sigue desarrollándose. Creemos que el Derecho Civil es el tipo de pensamiento jurídico —algunos de cuyos aspectos ciertamente se plasman en un Código— que continúa una tradición que proviene desde Roma.

Pero esto no significa que sus contenidos permanecen inalterables, porque ninguna verdadera tradición —auténtica, creativa, rica— permanece inalterable. Reconocer la existencia de una tradición no significa desconocer la historicidad del Derecho Civil moderno —y del post-moderno—, pretendiendo que el modelo romano sigue vivo como núcleo esencial y definitorio de esta tradición. Desde nuestra perspectiva, la tradición civilista no debe entenderse como una "esencia" que subsiste a través del tiempo, sino más bien, con un sentido heraclitiano, como un cauce dentro del cual discurren elementos muy diversos, con corrientes y contracorrientes, con continuidades y rupturas; pero, a través de las vueltas y revueltas del río, sigue siendo el mismo río. De esta forma, la tradición occidental puede ser mejor definida por filiación que por un modelo común a todas sus manifestaciones: cada situación, aun cuando se presente como ruptura de la anterior, es continuadora de la precedente en tanto que se define frente a ella y que no sería posible sin ella. El Derecho Civil moderno, aun cuando tiene elementos de construcción romanos y medioevales, es un producto nuevo de la época; sin embargo, las instituciones de la modernidad no son innovaciones *ab ovo* ni se derivan de la tradición china o hindú, sino que son creadas dentro del marco jurídico-cultural de Occidente. Dentro de este orden de ideas, el contenido del Derecho Civil puede ser radicalmente diferente en cada época; y serán los juristas de cada tiempo quienes, siguiendo la línea marcada por las circunstancias, determinen aquello que queda, aquello que sale y aquello que se introduce dentro del Derecho Civil. Sin embargo, seguimos llamando a ello Derecho Civil a pesar de los cambios, porque las novedades aparecen dentro de un campo de emergencia cuya filiación puede ser remontada como los eslabones de una cadena; este campo conceptual es el que forma a los juristas que desarrollan las novedades y es frente a él que tales juristas tienen que tomar posición.

El problema debe, entonces, ser planteado en términos de decidir si esa tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo

para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la post-modernidad. La alternativa consistiría en decidir que esa tradición agotó definitivamente sus canteras de recursos productivos y es preciso acudir a una tradición distinta para encontrar los materiales de construcción que requiere la post-modernidad jurídica; o incluso, en la quimera de las vanidades, las nuevas generaciones consideran que es necesario reinventar todo desde el origen, liberarse de toda tradición y olvidarse de lo aprendido para comenzar desde la nada.

Evidentemente, desde la perspectiva historicista que hemos adoptado, la supervivencia del Derecho Civil no puede ya ser planteada sobre la base de un pretendido carácter universal de los problemas morales: como éstos no varían, el Derecho de la antigua Roma podría servir también para nuestros días. Este tipo de planteamientos son simplemente considerados ilusorios por la post-modernidad, cuya consciencia historicista y rigurosa le cierra el paso a romanticismos "esencialistas". Por el contrario, pretender tal universalidad no haría sino levantar la partida de defunción del Derecho Civil al no permitirle tomar el peso de las nuevas circunstancias a las que tiene que responder si quiere sobrevivir.

Si hacemos un inventario de los antiguos dominios del Derecho Civil que se han independizado y que incluso han afirmado su identidad asumiendo una posición agresiva frente a quien fuera su progenitor conceptual, podríamos pensar que poco le queda al Derecho Civil: éste no sería sino el cajón de los saldos y retazos que sobran luego de que se han extraído todos los elementos utilizables para el desarrollo de construcciones jurídicas presuntamente especializadas. Pensamos que éste es el resultado inevitable de la estrategia de repliegue adoptada por los civilistas, quienes poco a poco se resignan a hacer maníficas confecciones sobre la base de restos de sucesivos naufragios.

No obstante, existen otros impulsos que nos llevan a pensar que todavía la tradición civilista tiene una vitalidad que debe ser adecuadamente canalizada para dar lugar a un nuevo florecimiento. El razonamiento riguroso y las instituciones desarrolladas por esta tradición no han sido puestas todavía fuera de agenda. Por el contrario, la crítica de la modernidad y la construcción de la post-moderni-

dad se remontan a veces a las fuentes civilistas a fin de intentar alternativas a las construcciones modernas; y es así como, frente al *Pacta sunt servanda*, los civilistas se vuelven hacia la Edad Media para encontrar ahí el *Rebus sic stantibus* como base de los desarrollos contractuales futuros. Otro ejemplo de vitalidad del civilismo lo constituye el hecho de que el método y las soluciones del Derecho Civil comienzan a extenderse hacia el Derecho Internacional (66); y se habla actualmente de la necesidad de "civilizar" el Derecho Internacional a fin de proporcionarle instrumentos que le permitan tratar los problemas de la deuda externa de los países con el refinamiento jurídico con que cuenta el derecho privado para tratar las deudas de los particulares (67).

En realidad, la supervivencia del Derecho Civil parece estar condicionada a la existencia de relaciones privadas entre los individuos: sólo si éstas desaparecieran totalmente dentro de un sistema perfectamente totalitario, el Derecho Civil no tendría posibilidad de continuar. Por consiguiente, en un mundo post-moderno donde, sin perjuicio de una creciente preocupación social en todos los campos, no cabe duda de que las relaciones de ciudadano a ciudadano —o incluso las relaciones económicas horizontales de país a país, que se asemejan a las relaciones privadas— mantienen plenamente su vigencia e incluso la readquieren ahí donde la habían perdido: la privatización de la economía no es más un tema ideológico sino una medida práctica.

3. Condiciones de supervivencia

Sin embargo, esta supervivencia no se encuentra asegurada por

(66) FRANKENBERG, Günter y KNIEPER, Rolf. *Problemas jurídicos del sobreendeudamiento de los países en desarrollo. Relevancia de la doctrina de las deudas ociosas*. En *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1984.

(67) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Nuevas aproximaciones del Derecho a los problemas internacionales*. Centro Peruano de Estudios Internacionales. Lima, 1986, p. 27.

el mero hecho del mantenimiento de las relaciones privadas: es necesario que el Derecho Civil recoja las nuevas formas de tales relaciones; y para ello debe lograr una cierta des-identificación con los contenidos específicos de la modernidad.

Una de las condiciones necesarias para cumplir este proceso será liberarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que castra su poder creativo. La preocupación de la modernidad de protegerse contra las arbitrariedades del mundo pre-moderno llevó a la pretensión de establecer leyes que no requirieran interpretación alguna: Montesquieu decía que los jueces "no son más que el órgano que pronuncia las palabras de la ley; unos entes inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella" (68); y Robespierre sentenciaba: "La frase de que las Cortes crean Derecho... debe ser desterrada de nuestra lengua. En un Estado donde hay una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de las Cortes consiste solamente en la ley" (69). En general, dada la importancia del *Code Napoléon*, que parecía un monumento jurídico insuperable, la actitud de los civilistas estuvo más bien orientada a la exégesis antes que a la creación.

Sin embargo, los desafíos actuales exigen una revalorización de la imaginación creativa de los juristas. En realidad, este dinamismo creador fue siempre una característica del Derecho Civil, salvo en las construcciones extremas de la modernidad a las que nos hemos referido. La "modernización" romana inicial se llevó a cabo, no anquilosando el derecho, sino liberando la capacidad credora y la imaginación jurídica de los "hombres prudentísimos" (*virī prudentissimi*) de Roman (70). Y el propio Justiniano, aun cuando pretende otorgarle la

(68) Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. L. XI, cap. VI. En la Imprenta de Villalpando. Madrid, 1820, T. II, P. 53.

(69) Cit. por NEUMANN, Franz. *The Change in the Function of Law in Modern Society*, en: *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*. Herbert Marcuse (ed.). Free Press, U.S.A., 1964, p. 37.

(70) *Digesto*: I, II, 4.

mayor permanencia a su propia compilación, exige a Triboniano que proceda a una expurgación y realice un trabajo creativo (71): el Derecho no es un mero calco de disposiciones anteriores sino una reflexión propia con ayuda de las fuentes anteriores.

Por otra parte, la post-modernidad se presenta con características muy pragmáticas y técnicas: las grandes palabras, aquellas cuya inicial se escribe siempre con mayúsculas, ceden el paso a políticas, estadísticas y fórmulas. Esto significa que el civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a los instrumentos conceptuales y a la información del Derecho Civil: tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil: la responsabilidad extracontractual post-moderna, por ejemplo, no podrá ser deducida de abstractos ideales de justicia y de una noción moral de responsabilidad, sino que requerirá incorporar el importante mecanismo de los seguros; tendrá que determinar el tipo de accidentes más frecuente, tomar en cuenta las transferencias y desplazamientos económicos que se producen en virtud de una u otra forma de reparación, considerar las posibilidades y los efectos sociales de erradicación del riesgo (*deterrence*) implícitos en las reglas jurídicas de compensación.

En realidad, esta apertura hacia las cosas, hacia el mundo donde efectivamente suceden las cosas, no es tampoco un elemento extraño a la tradición civilista. A pesar de que la modernidad convirtió al Derecho Civil en un "paraíso conceptual de los juristas" (72), en Roma el Derecho estaba profundamente vinculado a los hechos: dice Ulpiano que es "*rerum notitia*", conocimiento de las cosas (73). Y, según explica Koschaker, en la Edad Media "Los comentaristas [post-glosadores] convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a

(71) *Digesto*: Proemio, 4-7.

(72) La expresión es de H.L.A. HART. *The Concept of Law*. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 127.

(73) *Digesto*, I, I, 10, 2.

su época, en parte viva del Derecho de sus tiempos..." (74). Calasso también nos señala que los comentaristas "sintieron la necesidad de mantenerse adheridos a la realidad de la vida, para edificar sobre sólido" (75). Más tarde, los juristas humanistas concibieron la *renovatio* del Derecho Civil como una *reformatio* de la sociedad y las costumbres (76).

No pedimos entonces demasiado al Derecho Civil cuando planteamos que debe aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las ciencias sociales e incluso de las otras ciencias. Y de hecho este acercamiento comienza a producirse: escuelas aparentemente tan opuestas entre sí como *Law & Economics* y *Critical Legal Studies*, no son sino aspectos parciales de esta tendencia; al punto que constituyen dos caminos distintos, pero que conducen ambos hacia la post-modernidad.

Una tercera condición —que no puede cumplirse si no se verifican las dos anteriores—, es que los civilistas sustituyan la estrategia del repliegue táctico por una estrategia de fundamentación.

No es posible seguir perdiendo terreno y conformándose con retroceder a esos campos de la vida humana pretendidamente menos contaminados por la política, por la economía o por la ciencia moderna. No hay ya campos inmunes; y la búsqueda de un pequeño jardín florido y libre del mundanal ruido sólo puede conducirnos a la desaparición del Derecho Civil por encogimiento. El deseo de asegurar permanencia al Código lleva a renunciar a aquellas áreas que han adquirido demasiado dinamismo y que, en consecuencia (se piensa), deben ser reguladas por leyes contingentes o por disposiciones administrativas, a fin de que la modificación constante de su régimen jurídico no afecte la majestad del Código. Pero el tiempo es un vengador implacable contra quienes tratan de paralizarlo: a pasos

(74) KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 150.

(75) CALASSO, Francesco. *Introduzione al diritto comune*. Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1970, p. 64.

(76) CALASSO, Francesco. *Op.cit.*, p. 199.

rápidos, el Código va quedando desactualizado y perdiendo importancia social. Evidentemente, los civilistas seguirán todavía escribiendo tratados de 14 tomos y dictando conferencias, pero la aplicación de su saber en la vida efectiva de la sociedad tendrá un alcance cada vez más limitado.

La única forma de recuperar el terreno perdido —y de conservar una presencia del Derecho Civil dentro del mundo post-moderno— es adoptando la estrategia contraria: el Derecho Civil debe convertirse en un zócalo firme del pensamiento jurídico que regula las relaciones horizontales dentro de la sociedad, de manera que cumpla una función de fundamento permanente sobre el cual pueden construirse los derechos especializados y variables.

Es así como, por ejemplo, puede haber muchas formas de propiedad, con diferentes regímenes jurídicos específicos: propiedad urbana, propiedad agraria, gran propiedad, pequeña propiedad, propiedad horizontal, etc. Pero es posible agrupar todas estas propiedades en una institución a la que llamamos derecho de propiedad y cuyo diseño básico debe encontrarse no en cada una de las leyes especiales sino en las normas generales del Código Civil. De la misma manera, la institución civil del contrato puede iluminar la interpretación de las normatividades más episódicas sobre los distintos tipos de contrato: inquilinato, contratos agrarios, contratos de obras públicas, prenda sin desplazamiento, etc., que están sometidos a leyes especiales. La responsabilidad extracontractual no debe sentir que el área de los accidentes más usuales (accidentes de tránsito, accidentes de trabajo, etc.) ya no le pertenece o le pertenece sólo marginalmente y supletoriamente— porque, aplicando la teoría de la distribución del riesgo, estos daños han pasado a ser indemnizados por sistemas de seguros obligatorios (públicos o privados). Por el contrario, la responsabilidad del Código Civil no puede limitarse a la culpa y ni aun a la responsabilidad objetiva, sino que debe comprender el seguro, no sólo como un respaldo de una responsabilidad previamente determinada por el Derecho Civil, sino también como una institución del propio Derecho Civil: como una forma directa —y no necesariamente ajena a su propia lógica— de hacer frente a la reparación (particularmente en el caso de los seguros *no-fault*). Este esfuerzo integrativo debería incluso alcanzar al Derecho Comercial, intentando recuperar dentro de su marco fundante a este hijo pródigo que dejó la casa paterna del

civilismo en la Edad Media: Italia se ha orientado en tal dirección y algunos países de América Latina están también estudiando la posibilidad de reunir el Código Civil y el Código de Comercio en uno solo.

Evidentemente, una tarea de esta naturaleza requerirá grandes dosis de inventiva y de creación, porque no se puede pensar que la integración debe producirse haciendo entrar a la fuerza los nuevos conceptos dentro de las viejas categorías del Derecho Civil que le quedan estrechas: la continuación de la tradición civilista sólo puede tener lugar a través de una gran transformación. Integrar no significa, por ejemplo, inflar la propiedad de manera que puedan entrar dentro de ella derechos tan variados como la llamada "propiedad incorporal" o la "propiedad del empleo" o la "propiedad cultural de la Nación" (77). Si la propiedad pretende hincharse de esta forma, le puede suceder lo que a la *rana rupta* de la fábula de Esopo: explotará desde dentro y dejará de tener un significado preciso. Integrar implica sistematizar, no homogeneizar. En consecuencia, asumir una actitud fundante supone reconocer la diversidad de los nuevos derechos y crear nuevas instituciones, sin pretender reducir todo a los antiguos patrones. Así, la propiedad no puede aspirar a convertirse en buey mediante la absorción de los nuevos derechos, sino admitir que, al lado de ella, existen otras figuras jurídicas que organizan ciertas áreas de la conducta humana tan eficientemente como la propiedad y sin perder necesariamente su carácter civil: la llamada "propiedad" intelectual es, en realidad, un nuevo derecho subjetivo con características diferentes; la "propiedad" del empleo es más bien un derecho a la estabilidad laboral; la "propiedad" cultural de la Nación es un derecho novedoso que otorga a la Nación ciertas prerrogativas respecto de la conservación y exhibición de los bienes culturales, los que pueden ser de propiedad (en el sentido clásico) de particulares; etc.

4. *El Derecho Civil de la post-modernidad*

¿Qué características tiene este Derecho Civil de la post-modernidad?

(77) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La transformación del derecho de propiedad*. En la Revista *Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 33. Lima, 1978, pp. 75-104.

nidad que se viene ya perfilando por entre las resquebrajaduras cada vez más anchas de la modernidad?

En tanto que Derecho privado, el nuevo Derecho Civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad que le han otorgado un impulso tan grande durante los últimos siglos. Sin embargo, afirmar esos valores no significa necesariamente perpetuar los "ismos" que los han acaparado durante la modernidad: el liberalismo, el individualismo y el racionalismo.

No cabe duda de que la post-modernidad —y, consecuentemente, el Derecho post-moderno— intentará superar la antinomia en la que nos ha sumido la modernidad al postular la existencia únicamente de una racionalidad lógico-formal, sustentándola sin embargo en una racionalidad inevitablemente sustantiva. Por consiguiente, la post-modernidad no sólo atenderá a las exigencias procesales de la libertad (como libertad de elección) sino que se preocupará también por los modos libres de definir la libertad (como objeto de la elección): no basta esa racionalidad formal del pensamiento liberal que se limitaba a enseñar las formas de ejercer la libertad; se requiere definir la libertad misma a través de contenidos libres.

Un elemento sustancial de esa racionalidad sustantiva lo constituye el principio de solidaridad. Este principio, fundante del nuevo derecho, no supone el abandono de la tradición occidental sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales de esa tradición: la solidaridad no cancela al principio de libertad individual, sino que lo complementa y lo organiza. La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del Derecho Privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta ingerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del Derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no es tampoco pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales. Estos son los casos antes mencionados del Derecho Laboral (que es una derivación de la

locación-conducción), del Derecho Agrario (que reúne temas de Derechos Reales y de Contratos), y otros similares. Sin embargo, la solidaridad no supone una estatización de la vida social: el principio de solidaridad se puede realizar perfectamente a través de las autonomías individuales, por lo que no se ve la razón para que las partes del sistema jurídico con fuerte sentido solidario tengan que abandonar la fuente de un Derecho Civil repensado.

Esta necesidad de realizar fines sustantivos obliga asimismo a la utilización, tanto en la creación como en la interpretación de la ley, de un razonamiento jurídico que ya no puede ser meramente formal (basado en la mera invocación de reglas positivas y operando a través de concordancias textuales) sino que requiere tener un sentido finalista (*policy-oriented*), es decir, orientado a verificar en la realidad el cumplimiento de ciertos propósitos sociales. Por ese motivo, el Derecho Civil post-moderno exigirá de los juristas no una simple labor exegética sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a problemas nuevos; aun cuando muchas veces se extraigan materiales de las viejas canteras conceptuales.

Dentro de este orden de ideas, el Derecho post-moderno hará también un uso, prudente pero libre de prejuicios, de ciertas categorías generales y conceptos *standards*, que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema. Entre estas categorías, se encuentran de manera muy importante nociones tales como el abuso del derecho, la armonía con el interés social y el enriquecimiento indebido. Ciertamente, el uso de tales categorías cuya concreción sólo se produce frente al caso, unida a una apelación a formas sustantivas de la racionalidad con toda su carga de políticas sociales por realizar, corrompe la generalidad de la ley (78). No obstante, cuidando de conservar el equilibrio con la seguridad jurídica que garantiza la calculabilidad individual y es condición de la libertad de ejercicio, dichas categorías resultan indispensables para dinamizar el orden jurídico.

(78) UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. Ed. cit., pp. 193-198.

5. *Derecho Civil post-moderno y la justicia*

El Derecho Civil moderno se ha apoyado de manera muy importante en una cierta noción de justicia: de manera paradójica, la aspiración a un pensamiento jurídico formal recurría, para darse legitimidad, a una noción sustantiva de justicia que colocaba al individuo y sus manifestaciones como centro del orden social. Es así como, utilizando los materiales de la tradición romanística, construyó un sistema de valores morales que aparecían como las piedras angulares de la sociedad individualista liberal. Conceptos tales como responsabilidad, culpa, santidad de la propiedad absoluta, total autonomía de la voluntad, parecían insoslayables porque eran parte de una ética, participaban de una naturaleza moral que no permitía que fueran puestos de lado.

Sin embargo, la gran pregunta de la post-modernidad es aquella que fuera planteada por Nietzsche: "¿No se podrán voltear todas las medallas? ¿Y el bien no podrá ser el mal?" (79).

El Derecho post-moderno pone en duda la validez de los cimientos morales y, en muchos casos, desenmascara su origen liberal individualista. El Derecho post-moderno tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral; y, consecuentemente, ese Derecho se juzga no tanto en función de una cierta axiología sino de acuerdo a criterios de eficiencia en la consecución de las políticas propuestas. De la misma manera como la Política se desideologiza, pierde su patetismo romántico y se articula en torno a objetivos específicos, el Derecho Civil abandona también su voz iluminada para adquirir un tono más técnico. Las grandes fórmulas, vibrantes de contenidos morales presuntamente eternos y universales, así como las contiendas doctrinarias que han dado origen, quedan atrás ante el avance del lenguaje sobrio del científico social, ante un razonamiento basado en la eficacia.

Los fundamentos individualistas y liberales, que se presentaban como la estructura moral insoslayable de todo sistema jurídico

(79) NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Prefacio, No. 3. Edaif. Madrid, 1980, pág. 28.

pasado o futuro, han pasado a ser obstáculos epistemológicos (80). La liberación del Derecho Civil de ellos permite abandonar ciertos elementos constructivos que parecían intangibles y abre las puertas a un tratamiento más técnico (*policy-oriented*) de las situaciones sociales involucradas.

Es así como, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual abandona la culpa como elemento subjetivamente vinculante de la obligación de indemnizar y se orienta por los caminos de la responsabilidad objetiva y del seguro, dentro del marco de una política de distribución de los riesgos de los accidentes en el interior del todo social. Esta evolución hubiera sido imposible si el Derecho fuera visto simplemente como la normativización de la ética, ya que ello llevaba a considerar que la responsabilidad sin culpa era inmoral, y, por tanto, impensable.

Para una perspectiva tradicional, estas nuevas tendencias del Derecho Civil parecen representar un cierto amoralismo porque se niegan a recurrir de manera tan inmediata a la idea de justicia y a los pretendidos valores morales para justificar cada solución particular. ¿Puede decirse, entonces, que el Derecho post-moderno no está necesariamente ligado a la justicia, como lo hacen algunos críticos del Derecho Civil tradicional (81), afirmando que la idea de la ley como expresión de la justicia es liberal-individualista?

Pensamos que no. Es correcto que una justicia basada en una ética individualista liberal es una justicia liberal individualista. Pero esto no significa que toda noción de justicia sea necesariamente, *per se*, liberal individualista. Este proceso de depuración de una ética de

(80) La noción de "obstáculo epistemológico" la utilizamos en el sentido de Bachelard, como aquellos conocimientos que, aun siendo correctos (al menos desde cierta perspectiva), detienen demasiado pronto la investigación e impiden la evolución del pensamiento por el hecho de que evitan su relativización y se imponen como hitos imperativos. (BACHELARD, Gastón. *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1978, p. 19.

(81) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, pp. 74-77.

la modernidad como condición para el ingreso del Derecho a la post-modernidad, no implica necesariamente un abandono de toda categoría moral, sino sólo de aquéllas vinculadas a una sociedad individualista a ultranza y que, de alguna manera, trampean haciéndose pasar como las únicas categorías morales posibles. Por el contrario, la perspectiva moral nos parece indispensable: sin ella, carecemos del distanciamiento necesario frente a nuestra realidad cotidiana para juzgarla y para revisarla. La ausencia de un deber ser nos hunde en las viscosidades del ser, nos cosifica, mientras que el ejercicio de la crítica moral pone en acción nuestra libertad, nos devuelve nuestra condición humana al permitir que nos empinemos sobre el ser desde una perspectiva evaluadora. Es gracias a este pensamiento "negativo", a esta confrontación entre el ser y el deber ser, que podemos evadir la banalidad y la unidimensionalidad de un positivismo chato (82). En realidad, la preocupación permanente por la justicia —cualquier cosa que esta palabra signifique y sin ninguna pretensión de universalidad de su contenido semántico—, lejos de ser un factor de inmutabilidad, ha sido históricamente un motor de cambio jurídico, como lo señala Luis Díez-Picazo (83).

El Derecho de nuestro tiempo no abandona la justicia; sólo que la reivindica desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva: la justicia debe presidir el sistema en su conjunto, sin perjuicio de que muchas de las soluciones particulares sean indiferentes desde el punto de vista moral y respondan a criterios fundamentalmente técnicos: implantar el seguro obligatorio de automóviles y suprimir así el análisis de la culpa personal para determinar la reparación del daño, no es acabar con la moralidad del Derecho.

No se trata, entonces, de una renuncia a la moral en general, sino de una renuncia a valores jurídicos basados en una moralidad

(82) MARCUSE, Herbert. *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*. Les Editions du Minuit. Paris, 1968, pp. 147-151 et passim..

(83) DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1973, p. 305.

que ya no satisface: el nihilismo de la sospecha es un método y no una doctrina; más allá del bien y del mal, se reconstruyen otras categorías éticas y otras instituciones jurídicas con características diferentes; quizá menos presuntuosas, más atentas a las realidades cotidianas e históricas, preocupadas no solamente de su valor para el individuo en particular sino para la sociedad en general.

SECCION VARIA

LA CONTROVERSIAS SOBRE EL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS: LAS DIMENSIONES CONSTITUCIONALES

Robert S. Barker

Hace más de 200 años, el jurista inglés sir William Blackstone, en su tratado clásico *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*, dijo lo siguiente:

"La Vida es el obsequio principal de Dios, un derecho inherente por naturaleza a todo individuo; y ella comienza para el Derecho desde el momento en que una criatura es capaz de moverse en el vientre de su madre. Puesto que si una mujer está embarazada y mediante una pócima o cualquier otro medio matase al niño en su seno; o si alguien la golpease y por ello el niño muriera dentro de su cuerpo y ella diera a luz una criatura muerta; este acto, si bien no es asesinato, sería considerado, según la antigua ley, un homicidio simple o un homicidio por negligencia.
..... continúa siendo una falta atroz. (1)."

Esta afirmación de Blackstone sobre el aborto reflejaba no sólo los principios del Derecho Consuetudinario inglés, que los Estados Unidos heredó y adoptó, sino que también expresaba la tradición legal de toda la civilización occidental (2). La referencia a "los movimientos iniciales del feto en el vientre materno" reflejaba el estado rudimentario del conocimiento médico en el siglo XVIII. Ahora sabe-

(1) BLACKSTONE, W. *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*. 125-126 (1a. edic. 1765).

(2) GRANDFIELD, D. *La Decisión sobre el Aborto*. 45-79.

mos que las cualidades humanas que eran identificadas en ese entonces con los movimientos fetales, en realidad existen desde el momento de la concepción (3). El punto es que la tradición legal anglo-americana —tanto civil como eclesiástica— siempre ha considerado al aborto como un grave error porque, en palabras de Blackstone, priva a una persona de un derecho inherente por naturaleza a todo individuo —el derecho a la vida, que es el regalo más importante que nos da Dios.

En los Estados Unidos, debido a la naturaleza federal de su sistema legal, el aborto, al igual que la mayoría de delitos comunes, fue normado por los Estados y no por el gobierno nacional. Y si bien las leyes de los Estados variaban de tiempo en tiempo y de lugar a lugar, el aborto, en la mayor parte de circunstancias, estaba prohibido en todas partes (4). Esto, evidentemente, ha cambiado en forma significativa y no a causa de alguna acción legislativa ni de una exigencia popular sino debido a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1973, en el ahora famoso caso de *Roe contra Wade* (5). Sin embargo, una comprensión del tratamiento del aborto por parte de la Corte Suprema no comienza con un examen de este caso, sino que se inicia por lo menos unos ocho años antes, en 1965, con la sentencia de la Corte en el caso conocido como *Griswold contra Connecticut* (6).

En el caso *Griswold*, varios litigantes arguyeron que una ley del Estado de Connecticut que prohibía la venta y uso de anticonceptivos violaba la Constitución. Aun cuando dicha ley casi nunca había sido aplicada y aunque la Constitución no decía nada sobre dicha materia, la Corte resolvió que la ley era inconstitucional. La Corte hizo esto declarando, primero, que la Constitución contiene una garantía implícita de lo que llamó un "derecho a la intimidad" (7). Entonces

(3) NATHANSON, B. *Abortando América* . 199-211.

(4) GRANFIELD. *Supra*, Nº 2 en pp. 74-75.

(5) 410 U.S. 113,93 S.Ct. 705, 35 L. Ed. 2a. 147 (1973).

(6) 381 U.S. 479,85 S.Ct. 1678, 14 L. Ed. 2a. 510 (1965).

(7) 85 S.Ct. en 1681-1682.

arribó a la conclusión de que este "derecho a la intimidad" se aplica a las relaciones esposo-esposa, madre-hijo, y a otras relaciones íntimas no especificadas, e incluye el derecho a utilizar anticonceptivos (8).

Por la misma época —y por primera vez— varios grupos en los Estados Unidos iniciaron una campaña para legalizar el aborto. La organización Paternidad Responsable abandonó su tradicional oposición a él y se adhirió a esta nueva causa (9). La Unión Americana de Libertades Civiles, apartándose de su tradicional énfasis en las libertades civiles se transformó en una abierta defensora del aborto (10). A principios de los años 70, dos casos de aborto llegaron ante la Corte Suprema; uno de Georgia y otro de Texas. Ambos involucraban a mujeres cuyos intentos para que se les practicaran abortos habían sido rechazados debido a leyes estatales. La Corte resolvió ambos casos en enero de 1973, iniciando su fundamentación con la ratificación de su posición en el caso *Griswold*, de que hay un derecho constitucional a la intimidad, y de que la decisión de una mujer sobre si desea o no llevar en su vientre a su hijo (la Corte no dijo "hijo" sino "feto") era parte de ese derecho a la intimidad. La Corte continuaba diciendo que, a menos que el Estado pudiese demostrar que tenía un "interés apremiante" por evitar el aborto, entonces los deseos de la madre, esto es, su derecho a la intimidad, debían prevalecer (11). La Corte luego procedía a examinar las diferentes razones que un Estado podría tener para prohibir el aborto.

La Corte señalaba que cualquier interés estatal en desalentar la conducta sexual ilícita era victoriano, arcaico y por lo tanto no debía ser tomado en cuenta en forma seria (12).

(8) *Id.*

(9) DONOHUE, W. *La Política de la Unión Americana de Libertades Civiles*. 95-96.

(10) *Id.* en 95-103.

(11) 93 S.Ct. en 726-728.

(12) *Id.* en 724.

Luego decía que el interés del Estado en proteger la vida y la salud de la madre no era pertinente durante los tres primeros meses de gestación, porque los procedimientos médicos eran tan buenos que los abortos eran seguros durante esa etapa; pero después de los tres meses el Estado podía restringir los abortos con la finalidad de proteger la vida y la salud *de la madre* (13).

El Estado de Texas arguyó que tenía un interés apremiante en proteger la vida del niño por nacer. Aquí la Corte realizó su más importante declaración: dijo que un feto *no* es una persona; es decir, un niño aún no nacido no tiene derecho a las protecciones dadas por la Constitución a las "personas" (14). La Corte fue más allá y dijo que no sólo la Constitución no protege al niño no nacido aún, sino que tampoco los Estados tenían ningún interés apremiante en proteger la vida del niño sino hasta quizás los tres últimos meses de embarazo, porque sólo entonces es el feto "viable", es decir, sólo entonces tenía el feto el potencial para lo que la Corte llamó "una vida plena de sentido" (15). Aun entonces, prosiguió diciendo, los derechos del niño por nacer son siempre inferiores a los de la madre; esto es, la Constitución garantiza el derecho de abortar al niño en cualquier momento con el fin de proteger la vida o salud de la madre (16).

Desde el caso *Roe contra Wade* se han dictado numerosas sentencias por parte de la Corte Suprema y otras cortes federales de jerarquía inferior, relativas a diversas limitaciones impuestas por los Estados sobre el aborto. Algunas de ellas han ido en una dirección y otras en la otra; sin embargo, al menos hasta julio de 1989, el esquema básico establecido en *Roe contra Wade* fue siempre el punto de partida judicial (17).

(13) *Id.* en 725, 731-732.

(14) *Id.* en 728-729.

(15) *Id.* en 730-731.

(16) *Id.* en 732.

(17) Véase, p.e., *Paternidad Responsable contra Danforth*. 428 U.S. 52, 96 S.Ct. 2831, 49 L.Ed. 2a. 788 (1976); *Harris contra McRae*. 448 U.S. 297, 100 S.Ct. 2671, 65 L. Ed. 2a. 784 (1980); *Akron contra Centro*

El 3 de julio de 1989, la Corte Suprema resolvió un caso: *Webster contra los Servicios de Salud Reproductiva* (18), que involucraba la constitucionalidad de varias disposiciones de una ley de Missouri que limitaba los abortos (19). La ley de Missouri tenía varias disposiciones cuyos fundamentos constitucionales fueron cuestionados:

Primero, el preámbulo de la ley declaraba que la vida humana se inicia con la concepción y que los niños aún por nacer tienen intereses legalmente protegidos hacia la vida, la salud y el bienestar. Este título preliminar continuaba disponiendo que todas las leyes estatales sean interpretadas en el sentido de otorgar a los niños por nacer los mismos derechos que otras personas, todo ello sujeto a las limitaciones que sobre esos derechos puedan imponer la Constitución y los precedentes de la Corte Suprema (20).

La Ley de Missouri también prohibía el uso de fondos, empleados e instalaciones públicas para realizar abortos o consejería pro-abortiva, a menos que fuese necesario para salvar la vida de la madre (21). La ley además exigía a los médicos que estuviesen por realizar abortos en mujeres con, por lo menos, veinte semanas de embarazo, que determinen e informen sobre la viabilidad del feto (22).

Akron para la Salud Reproductiva, Inc., 462 U.S. 416, 103 S.Ct. 2481, 76 L.Ed. 2a. 687 (1983); *Thornburgh contra el Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos*. 476 U.S. 747, 106 S.Ct. 2169, 90 L.Ed. 2a. 779 (1986).

(18) ___ U.S. ___, 109 S.Ct. 3040, 106 L.Ed. 2a. 410 (1989).

(19) Acta relacionada a la Regulación del Aborto, Comité Senatorial Suplente para el Proyecto de la Cámara No. 1596, 83va. Asamblea General, 2a. Reg. Ses. (1986), codificado en Mo.Rev.Stat. 188.010-188.220.

(20) Mo.Rev.Stat. 188.010, 188.015(6).

(21) Mo.Rev.Stat. 188.205, 188.210, 188.215.

(22) Mo.Rev.Stat. 18.029.

Cortes federales de menor jerarquía habían considerado inconstitucionales a todas esas disposiciones, pues eran violatorias de los principios de *Roe contra Wade* (23). La Corte Suprema revocó todas esas sentencias, con el resultado de que las disposiciones en cuestión fueron declaradas acordes con la Constitución.

La limitación de la consejería a favor del aborto fue decidida unánimemente por razones de procedimiento, no sustantivas (24).

Todos los otros puntos fueron decididos mediante votación de cinco contra cuatro. Con respecto al título preliminar, la Corte dijo que "el caso *Roe contra Wade* no implica ninguna limitación sobre la autoridad de un Estado para realizar una declaración que favorezca el nacimiento sobre el aborto" (25).

Con respecto a la prohibición del uso de fondos, empleados y locales públicos para llevar a cabo abortos, la Corte, nuevamente por un voto de cinco contra cuatro, señaló que un Estado puede emitir una declaración favoreciendo los nacimientos sobre el aborto y llevarla a los hechos mediante la asignación o retención de fondos públicos (26).

Con respecto a la prueba de "viabilidad", la Corte resolvió, de nuevo mediante votación de cinco a cuatro, que la ley de Missouri no era inconstitucional. Sin embargo, sobre este punto la mayoría de cinco emitió tres opiniones por separado:

El Vocal Supremo Scalia dijo que *Roe contra Wade* no era una interpretación legítima de la Constitución y que debía ser rechazada

(23) *Servicio de Salud Reproductiva contra Webster*, 851 F. 2a. 1071 (8vo. Cir. 1988); *Servicios de Salud Reproductiva contra Webster*, 662 F. Supp. 407 (W.D.Mo. 1987).

(24) *Webster contra Servicios de Salud Reproductiva*, supra., n. 18, 109 S.Ct. en 3053-3054.

(25) 109 S.Ct. en 3050.

(26) *Id.* en 3052.

como tal (27). El Presidente de la Corte Rehnquist y los Vocales White y Kennedy criticaron las pruebas del "trimestre" y de la "viabilidad" usadas en *Roe contra Wade*, y además señalaron:

"...No vemos la razón por la cual el interés del Estado en proteger la vida humana potencial deba manifestarse sólo recién cuando se presenta la viabilidad..." (28).

Finalmente señalaron que el interés estatal en proteger la vida de los niños por nacer puede ser tan apremiante tanto antes de la "viabilidad" como después de ella.

El Vocal O'Connor adoptó la postura de que el requerimiento de la prueba de viabilidad de la ley de Missouri no era incongruente con el caso *Roe contra Wade* (29).

Los otros cuatro vocales disidentes, los Jueces Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens, ratificaron su adhesión a los principios del caso *Roe contra Wade*, y en particular a las reglas del "trimestre" y de la "viabilidad" (30).

Hay dos aspectos de la opinión discrepante del Vocal Stevens que debieran ser de particular preocupación para todas las personas dedicadas al estudio de la libertad religiosa. El magistrado se embarca en una discusión de teología y filosofía católica medieval, de una manera profundamente engañosa, en un esfuerzo por demostrar que las enseñanzas morales católicas tradicionales son consistentes con el razonamiento actual en favor del aborto, y que es *la Iglesia Católica* la que ha cambiado su posición respecto al aborto

(27) *Id.* en 3064-3067.

(28) *Id.* en 3057.

(29) *Id.* en 3058-3064 (O'Connor, J., confirmando).

(30) *Id.* en 3067-3079 (Blackmun J., confirmando en parte y discrepando en parte).

(31). Concluye su opinión con un comentario aún más inquietante, pues dice:

"Refuerza mi conclusión de que el Título Preliminar (de la ley de Missouri) viola la Primera Enmienda, el hecho de que el carácter profundamente divisivo de gran parte del debate nacional sobre el tema del aborto refleja las convicciones religiosas profundas de muchos de sus participantes. El órgano legislativo de Missouri no puede introducir su adhesión a una tradición religiosa particular dentro de este debate..." (32).

Lo que el juez Stevens está diciendo, evidentemente, es que si una ley es un reflejo de principios religiosos, entonces es, por esa razón, constitucionalmente dudosa, si es que no inconstitucional *per se*.

El Juez Blackmun dijo prácticamente lo mismo en su opinión discrepante en 1986, en un caso donde la Corte sostuvo que una ley del Estado de Georgia que prohibía la sodomía homosexual no violaba la Constitución (33). La consecuencia de la teoría Blackmun-Stevens sería no sólo que la sociedad puede tener abortos y sodomía, sino también que no debería ni siquiera permitírseles a aquéllos que se oponen a tales comportamientos, exponer y discutir sus puntos de vista, o votar según sus principios, debido a que esos mismos puntos de vista y votos estarían violando la Constitución. La Unión Americana de Libertades Civiles ha defendido esta limitación sobre la libertad religiosa y la libertad de palabra en por lo menos una demanda judicial relacionada con un aborto (34).

(31) *Id.* en 3083.

(32) *Id.* en 3085.

(33) *Bowers contra Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 2854-2855, 92 L. Ed. 2a. 140 (1986) (Blackmun, J., discrepando).

(34) *Centro Akron para la Salud Reproductiva, Inc. contra Akron*. 479 F. Supp. 1172, 1189-1194 (N.D. Ohio 1979).

Estos intentos por evitar que personas con principios religiosos participen en el debate público sobre temas de interés general, son un problema tan serio como el aborto mismo. Sin embargo, para regresar al tema de este trabajo, es pertinente preguntarnos: "¿Cuál es el status constitucional del caso *Roe contra Wade* en la actualidad?". La respuesta debe ser que la ley está en un estado de transición, pero que el ritmo y el grado de cambio no son ciertos. En el caso *Webster*, un magistrado —Scalia— dijo que *Roe contra Wade* debería ser abandonado como principio rector (35). Otros tres miembros de la Corte, el Vocal Presidente Rehnquist y los vocales White y Kennedy, expresaron su severa crítica a dicho caso (36). Por otro lado, los otros cuatro magistrados, los jueces Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens, respaldan decididamente este caso judicial y rechazan todo intento de regular el aborto (37). La posición de la Vocal O'Connor es menos clara que las de sus ocho colegas.

En noviembre pasado, la Corte oyó los alegatos de dos nuevos casos de aborto. Los puntos en litigio son los siguientes: una ley de Ohio que exige aviso a los padres por parte de los médicos que intentan llevar a cabo abortos en mujeres solteras, no emancipadas, menores de 18 años (38); y una ley de Minnesota que exige que ambos padres sean notificados e impone un período de espera de 48 horas antes de que una menor pueda tener un aborto (39). Un tercer caso, referente a una ley de Illinois que establecía ciertas regulaciones para la ejecución de abortos en clínicas especializadas en ellos, también estaba en el calendario de la Corte. Ese caso había sido

(35) 109 S.Ct. en 3064-3067 (Scalia, J., en conformidad).

(36) *Id.* en 3056-3058 (Opinión Conjunta de Rehnquist, C.J.).

(37) *Id.* en 3067-3079 (Blackmun, J., en conformidad en parte y en discrepancia en parte).

(38) Ohio contra el Centro Akron para la Salud Reproductiva, No. 88-805 (Discutido en Nov. 29, 1989).

(39) Hodgson contra Minnesota. No. 88-1125; Minnesota contra Hodgson, No. 88-1309 (Ambos discutidos en Nov. 29, 1989).

programado para ser discutido el 5 de diciembre de 1989, pero las partes lograron un acuerdo y la demanda cayó en desestimiento (40).

También de importancia es el actual litigio sobre la constitucionalidad de la nueva ley de Pennsylvania (41), la que limita el aborto de cuatro maneras:

1. Prohibiendo el aborto de niños con un tiempo de gestación de 24 semanas o más, excepto para evitar la muerte o una lesión permanente y grave a la madre; (42)
2. Prohibiendo los abortos que se intentan realizar únicamente debido al sexo del niño; (43)
3. Estableciendo un período obligatorio de espera de 24 horas antes de llevar a cabo un aborto; (44) y
4. Exigiendo a una mujer casada que desea tener un aborto a dar aviso previo de ello a su esposo (45).

El período de espera de 24 horas y la notificación al esposo han sido declaradas exigencias inconstitucionales por parte de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Pennsylvania, y la entrada en vigencia de esas disposiciones ha sido temporalmente suspendida (46). Con la sentencia final en la Corte de Distrito, es muy probable que una apelación sea planteada ante la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito, y que el caso sea conocido finalmente por la Corte Suprema.

(40) Turnock contra Ragsdale, No. 88-790.

(41) Acta No. 1989-64 P.L. ____.

(42) *Id.* en 4.

(43) *Id.* en 2.

(44) *Id.*

(45) *Id.* en 3.

(46) Paternidad Responsable del Sureste de Pennsylvania contra Casey, No. 88.3228 (E.D. Pa. 1990).

Cada uno de estos casos daría a la Corte la oportunidad de dejar de lado el caso Roe contra Wade o, alternativamente, decidir las cuestiones planteadas sobre la base de fundamentos más limitados, como se hizo el año pasado en el caso Webster. Por tanto, el status de Roe contra Wade continúa incierto.

Este caso es la decisión más controvertida de la Corte Suprema, desde la sentencia de 1857 en el caso *Dred Scott contra Sandford* (47). Y existen importantes similitudes entre ambos casos. Dred Scott fue un esclavo de Missouri que llevó a juicio a su dueño para obtener su libertad. El alegaba que se había vuelto libre cuando un dueño anterior lo había llevado a un Estado y territorio libre (48).

Scott entabló su demanda en una corte federal, arguyendo, entre otras cosas, que él era un ciudadano de Missouri y que como tal tenía derecho a las garantías constitucionales aplicables a los ciudadanos, incluyendo el derecho de entablar juicio ante una corte federal (49). La Corte Suprema sentenció en contra de Dred Scott, señalando que una persona negra —esclava o libre— no era ni podía llegar a ser un "ciudadano" con el propósito de invocar la protección de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte dijo que estaba segura de esto porque cada vez que la palabra "ciudadano" era usada en la Constitución se refería a personas que, en la época en que el documento había sido escrito, eran blancas (50). La Corte continuaba diciendo que cualquier ley estatal o territorial que pretendiese proteger a un esclavo haciéndolo libre, era inconstitucional porque privaba a su dueño de su debido derecho de propiedad (51).

(47) 60 U.S. (19 How.) 393, 15 L. Ed. 691 (1857).

(48) Los hechos antecedentes y la trascendencia legal y política del caso se explican en H. Hyman y W. Wiecek, *Justicia Equitativa bajo la Ley: Desarrollo Constitucional 1835-1875*. 172-190.

(49) Scott había invocado la jurisdicción de la corte federal sobre la base de que había diversidad de ciudadanía entre él, un ciudadano de Missouri y su dueño, un ciudadano de Nueva York.

(50) 15 L. Ed. en 700-710.

(51) 60 U.S. (19 How.) en 450.

En *Roe contra Wade*, donde se argüía que un feto es una persona con derecho a la protección de la Constitución de los Estados Unidos, la Corte rechazó este alegato y dijo que puesto que la palabra "persona" era usada en la Constitución para describir, por ejemplo, la elegibilidad para cargos públicos, o los derechos de un acusado en materia penal, la Constitución se refería con ese término a alguien ya nacido (52).

También en este caso la Corte se refirió al niño por nacer sólo como "vida potencial", y continuó diciendo que dicha vida potencial estaba subordinada en todo momento a los derechos de privacidad de la madre (53). Este caso fue resuelto inadecuadamente porque simplemente *no* existe *ningún* "derecho de intimidad o privacidad" de carácter general que esté garantizado por la Constitución. Lo que la Constitución hace es proteger la intimidad o privacidad en ciertas situaciones: las personas y sus hogares no pueden ser registrados sin una orden judicial de cateo o sin una razón justificable (54); las personas pueden escribir, leer y hablar con libertad (55), y pueden profesar las creencias religiosas que deseen (56). Pero no existe ninguna libertad general exenta de regulación gubernativa sólo porque uno actúa "privadamente", es decir, fuera de la vista del público. La conspiración, el incesto y la crueldad con los animales no están protegidas a pesar de que ellas normalmente ocurren "en privado". No hay nada en el lenguaje o la historia de la Constitución o en la estructura de nuestras instituciones gubernamentales, que pudiese ser alegado para crear un "derecho de intimidad". Este "derecho", anunciado en 1965 y ampliado en *Roe contra Wade*, no es nada más que una invención judicial.

(52) 93 S.Ct. en 728-729.

(53) *Id.* en 732.

(54) U.S.A. Constit. Enmienda IV.

(55) U.S.A. Constit. Enmienda I.

(56) *Id.*

Es tanto un invento judicial como lo fue la doctrina "sólo-para-blancos" del caso *Dred Scott*.

Roe contra Wade fue resuelto inadecuadamente también porque la Corte, a pesar de su tendencia general a *ampliar* la protección de la Constitución (57), resolvió que algunas personas —los niños por nacer—, así como las personas negras en el caso *Dred Scott*, no tienen derecho a la protección constitucional a través del gobierno federal; y, si es que ellas tienen algún derecho, éste siempre está subordinado al de su poseedor —en el caso de los esclavos, sus amos; en el caso de los niños por nacer, sus madres.

La Constitución de los Estados Unidos es un documento racional y humano. Desgraciadamente, a veces se le ha dado interpretaciones irracionales e inhumanas. La sentencia del caso *Dred Scott* fue un ejemplo de ello. Otro ejemplo ocurrió a principios del presente siglo, cuando la Corte Suprema inventó una garantía constitucional de "libertad de contratación" (58), que permitía a los empleadores a tratar a sus empleados de la manera que deseaban —generalmente muy mal. La Corte finalmente abandonó esta teoría ante el respaldo abrumador a la equidad racional de la Nueva Política laboral (59).

Doscientos años de historia constitucional demuestran que las interpretaciones extremistas de la Constitución no perduran. El caso *Dred Scott* ya no es más el criterio rector de la ley, ni tampoco lo es la "libertad de contratación". Hay razones para esperar que algún día *Roe contra Wade* también deje de serlo.

(57) Véase A. Cox. *La Corte y la Constitución*, *passim*.

(58) Véase, p.e., *Lockner contra Nueva York*, 198 U.S. 1, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905); *Coppage contra Kansas*, 236 U.S.cl, 35 S.Ct. 240, 59 L.Ed. 441 (1915).

(59) Véase R. Jackson. *La Lucha por la Supremacía Judicial*. 197-285.

ACERCA DE LOS DECRETOS LLAMADOS
DE URGENCIA Y DE LA ADECUACION A SUS
CARACTERES Y PECULIAR NATURALEZA SIN
NECESIDAD DE UNA PREVIA
REFORMA CONSTITUCIONAL (*)

Luis Felipe Cantuarias Salaverry
Sergio Oquendo Heraud

Hace unos meses, a propósito de haber llevado un curso en común sobre derechos económicos en la Facultad de Derecho de la PUCP, los autores de este trabajo dirigimos nuestra preocupación a los decretos supremos de urgencia.

El haber acogido nuestra Constitución de modo *sui generis* tal facultad legislativa en manos del Presidente, así como el uso abusivo que de ella han hecho nuestros gobernantes, hace impostergable no ya una correcta interpretación, sino una reglamentación que obligue al Ejecutivo a ceñirse a los caracteres propios de la decretación de urgencia cuando a ésta deba recurrirse. Más allá de esto, especial análisis merecerá el posible control constitucional de la legislación de emergencia que contravenga la Constitución.

La inquietud señalada se manifiesta hoy en el presente informe, que pretende dilucidar la naturaleza jurídica de los decretos supremos de urgencia a la luz de la doctrina y la práctica legislativa; así como de las prerrogativas similares establecidas en otros sistemas políticos. A partir de esto, se pondrá el acento en los grandes problemas políticos y jurídicos, tentándose propuestas de solución.

(*) El presente estudio es una versión corregida y aumentada de uno anterior que obtuviera el primer puesto en el Concurso de Ensayo Jurídico para Estudiantes convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, durante el primer semestre de 1990.

Somos conscientes de que nuestra aún joven democracia requiere de controles y contrapesos claramente delineados que impidan arbitrariedades y excesos en el uso del poder, máxime cuando nuestra Constitución, como veremos en su momento, ha establecido un sistema político eminentemente presidencialista.

Sólo nos resta añadir, a este respecto, que siendo el presente un trabajo colectivo en el que resulta imposible diferenciar los aportes individuales de cada quien, optamos por condenarnos mutuamente.

1. *ANALISIS GENERAL DEL SISTEMA POLITICO Y DEL REGIMEN POLITICO PERUANOS: UN PRESIDENTE CON CORONA*

La Constitución de 1979 instituye un sistema democrático-representativo. Algunos analistas —como el Dr. Enrique Chirinos Soto (1)— consideran que ha seguido la tradición de la forma republicana de gobierno, en donde las notas características de su calidad de democrática y representativa están en la delegación popular, en representantes libremente elegidos, de los derechos de gobernar y votar las leyes. Esta visión tradicional es cuestionada por algunos constitucionalistas que, como Francisco Eguiguren Praeli (2), sostienen más bien que nuestro sistema constitucional constituye un "modelo abierto", en donde junto a una democracia formal y restringida, existen una serie de preceptos que permiten aplicaciones muy diversas según el régimen político del que se trate.

Más allá de estas disquisiciones, nos interesa subrayar que nuestra democracia representativa es una fundamentalmente electoral, en la medida que la participación popular se encuentra casi exclusivamente limitada a la elección, cada cinco años, del Presidente y de los representantes parlamentarios. Una vez elegidos, éstos

(1) CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. AFA Editores, tercera edición. Lima, 1984.

(2) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *El fortalecimiento de las funciones legislativas del gobierno: decretos legislativos y decretos presidenciales de urgencia*. En: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Cultural Cusco Editores. Lima, 1987, p. 395 y ss.

reciben una suerte de "cheque en blanco", toda vez que pueden ejercer el poder con prescindencia de la opinión de quien se los otorga.

La poca participación ciudadana en los procesos de decisión política se expresa con mayor claridad todavía en el *régimen político* peruano. En efecto, sin dejar por completo de lado algunas prerrogativas del Parlamento, se concentra innúmeras facultades en el Poder Ejecutivo.

Siguiendo a Maurice Duverger —quien distingue entre regímenes parlamentarios y presidenciales— el modelo peruano, a pesar de ser mixto, pues confiere preeminencia al Congreso sobre el Ejecutivo en lo que a atribuciones se refiere, se acerca más a un régimen presidencialista. Tal aserto se colige del hecho que si bien el Presidente de la República es elegido por sufragio universal y directo, concentra una serie de poderes propios que exceden largamente a los que corresponderían a un presidente bajo un régimen parlamentarista —en donde aquél y su gabinete provienen del Parlamento.

El modelo político peruano —que forma parte de lo que García Belaunde ha calificado como *presidencialismo latinoamericano* (3)— establece, no obstante lo anotado, un sistema de contrapesos a los poderes del Ejecutivo, como son el control parlamentario y la facultad de la Cámara de Diputados de interpelar y censurar ministros.

La tradición peruana de un Ejecutivo vigoroso responde a la creencia que frente a la complejidad de la vida republicana, un

(3) "En cuanto a los rasgos del modelo (peruano), es difícil decir dónde ubicarlo. En efecto, no es estrictamente parlamentario ni tampoco presidencial, por lo menos en su sentido clásico. Más bien, podría ser calificado como semipresidencial, o mejor aún, como presidencialismo atenuado o atemperado, toda vez que, por encima de sus incrustaciones parlamentarias, que vienen, como queda dicho, del siglo pasado, el peso de todo el sistema recae en el Presidente de la República, por lo que bien podríamos hablar de la existencia de un presidencialismo sin más o de un presidencialismo latinoamericano". (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales* 3. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989, pp. 23-24).

órgano eficiente, expeditivo y homogéneo —según palabras de José Pareja Paz Soldán (4)— resulta indispensable para conjurar los problemas nacionales. Ello se apoya en la verificación de la tendencia nacional al paternalismo político y a la primacía de los carismas personales por sobre las cuestiones ideológicas en las contiendas electorales. Simultáneamente, se fortalece al Ejecutivo para evitar la indefinición de competencias que siempre nos han llevado a crisis políticas, en donde el llamado a los cuarteles no se ha hecho esperar.

Quizás por estas consideraciones, los Constituyentes de 1979 decidieron dar marcha atrás al tenue parlamentarismo de la Constitución de 1933, y reforzar, en cambio, las facultades del Ejecutivo. No se llegó a un sistema presidencial puro —como el que existe, por ejemplo, en los Estados Unidos— pero arribamos a un régimen mixto o semipresidencial unido por vínculos de sangre a la Constitución Francesa de la Quinta República (1958). Sin duda, un Presidente con corona.

En el sistema semipresidencial, el Jefe de Estado reúne poderes excepcionales y personalmente no está sometido al control del Parlamento. Cosa distinta ocurre con los ministros, quienes son responsables individualmente no sólo por sus actos, sino también por los presidenciales que refrendan; razón por la cual el Parlamento puede interpelarlos y censurarlos. Esto es, que el Presidente carece de responsabilidad política.

Como podrá apreciarse, la estabilidad de un régimen de esta naturaleza depende de que el gobierno cuente con mayoría parlamentaria, situación que se dio en Francia a partir del ascenso constitucional al poder del general De Gaulle.

La tendencia actual en el Derecho Constitucional Comparado, de otra parte, es a reforzar la autoridad del Ejecutivo; situación que se presenta incluso en los regímenes de tipo parlamentario. Las Constituciones de España, Cuba y Ecuador parecen confirmar esta afirmación.

(4) *vid.* PAREJA PAZ SOLDAN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Ediciones Justo Valenzuela, tercera edición. Lima, 1984, pp. 199 y ss.

El artículo 201 de la Constitución Política del Perú señala que el Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la nación. A su vez, el artículo 211 señala las atribuciones del primer mandatario, cuyo inciso tercero prescribe que éste dirige la política general del gobierno. Si bien es cierto que muchas de las funciones gubernativas se les encarga a los ministros, dejándose al Presidente las funciones superiores, la responsabilidad corporativa en la dirección de los designios del país no afecta en nada la autoridad del Jefe de Estado.

Resulta curioso que el artículo 201 consigne que "el Presidente personifica a la nación". Tal atributo es propio de los monarcas, quienes ungidos por la gracia divina no sólo la personificaban, sino que manejaban la nación a su mero arbitrio. Esto resulta incompatible con la idea de una moderna democracia, incluso en las llamadas "monarquías republicanas". El Presidente de la República representa por excelencia a la nación peruana, pero sólo el pueblo puede personificarla.

El fortalecimiento de las atribuciones presidenciales por nuestro régimen político no se ha manifestado en un ejercicio signado por un equilibrio entre los poderes del Estado. Los gobiernos del arquitecto Fernando Belaunde Terry y del doctor Alan García Pérez sucumbieron a la tentación de aprovechar sus mayorías parlamentarias para obtener facultades delegadas o para arrogarse la capacidad de emitir decretos supremos con efectos de leyes; abusando de esta manera del artículo 211 inciso 20 de la Constitución. Costumbre que, no obstante la precaria mayoría parlamentaria obtenida por el partido de gobierno gracias a alianzas, el actual Presidente, ingeniero Alberto Fujimori, pretende reeditar.

Y es precisamente tal uso arbitrario de los decretos de necesidad y urgencia, lo que hace manifiesto el fortalecimiento del Ejecutivo del que hemos venido hablando. El inciso 20 ha sido y es la gran puerta a través de la cual el gobierno ha legislado sobre materias que se encuentran fuera de su competencia, argumentándose una urgencia que no siempre era tal. Todo esto ha distorsionado la orientación de la Carta Política, pues el Ejecutivo ha usurpado facultades legislativas que no posee.

2. FACULTADES LEGISLATIVAS EXTRAORDINARIAS DEL PODER EJECUTIVO: LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

2.1 La institución en el Derecho Comparado

La facultad concedida al Presidente de emitir, en determinadas circunstancias, medidas extraordinarias en materia económica y financiera constituye una institución novedosa en nuestra dogmática constitucional. Sin embargo, la plasmación de tal instituto en la Constitución de 1979 permite observar la existencia de gruesas deficiencias que implican un resquebrajamiento en su coherencia sistemática; deficiencias que se han hecho particularmente notorias en la práctica legislativa de los últimos años.

El perfil de nuestro modelo, en este sentido, aparece escasamente definido e inconvenientemente confuso en la normatividad constitucional. Por ello, coincidimos con Francisco Eguiguren en la necesidad de recurrir al estudio del tratamiento legislativo que ha recibido la institución en otros países, para así desentrañar sus reales caracteres.

La institución que analizamos existe en Constituciones como la francesa, española y la italiana, pero en todos los casos —como sostiene el profesor Enrique Bernaldes (5)— "el legislador se ha cuidado de que no sea una facultad *ad libitum* del Jefe de Estado". Así, se requiere la concurrencia de varias condiciones: que exista una situación objetiva, grave e inmediata que configure la necesidad y la urgencia de actuar por esta vía; que la intervención del Presidente sea supletoria a la del Parlamento, que por la celeridad que el hecho demanda se vería impedido de actuar de manera eficaz; y que la medida esté sometida a ratificación posterior del Parlamento, a partir de la cual recién tiene eficacia definitiva.

(5) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979*. En: *La Constitución diez años después*. Fundación Friedrich Naumann, primera edición. Lima, 1989, p. 150.

a) Sistema francés

La Constitución francesa de 1958 establece que la procedencia de las medidas de carácter extraordinario depende del criterio del Presidente, aunque su constitucionalidad está sujeta a la concurrencia copulativa de dos requisitos, que son: la existencia de una grave e inminente amenaza a la seguridad interna o a la estabilidad política; y la incapacidad material de los poderes públicos y los órganos constitucionales para enfrentar la situación mediante sus tradicionales atribuciones legislativas.

El artículo 16 de la Constitución francesa, como bien ha señalado Eguiguren (6) , contempla una suerte de "dictadura temporal" porque "no restringe o delimita el tipo y contenido de las medidas legislativas que podrá dictar el Presidente; la misma norma postula que tales medidas deben dirigirse a procurar el pronto y pleno funcionamiento de los poderes públicos constitucionales".

b) Sistema español

En la Constitución española de 1978, las medidas extraordinarias de necesidad y urgencia adquieren la forma de "decretos-leyes", constituyendo normas con rango de ley. Su contenido es específico, y no pueden en ningún caso regular aspectos referidos a instituciones fundamentales del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, al régimen de las Comunidades Autónomas o a los derechos electorales.

El instituto de los decretos con fuerza de ley no es, sin embargo, nuevo en la península ibérica. Estaba contemplado en la Ley de Cortes, que fue objeto de varias reformas a lo largo del siglo, y que contemplaba una figura similar, aunque menos

(6) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los decretos de necesidad y urgencia en relación a la atribución presidencial de dictar medidas extraordinarias contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución*. En: *Derecho*, N° 40, diciembre de 1986. Fondo Editorial de la PUC, Lima, p. 172 y ss.

delimitada que la que consigna hoy la Constitución española (así, por ejemplo, no se establecía su provisionalidad). El artículo 13, párrafo 1 de la referida Ley de Cortes disponía que "En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular mediante Decreto-ley, las materias enunciadas en los artículos 10 y 12" (que se referían a materias reservadas a Ley) (7).

El artículo 86 (8) de dicho cuerpo de leyes prescribe que podrán dictarse estas normas en caso de "extraordinaria y urgente necesidad", bajo la forma de Decreto-ley. El Poder Ejecutivo es quien tiene la facultad de calificar qué hechos configuran la urgencia, pero se exige que deben mediar situaciones objetivas de urgente necesidad.

Nota singular del modelo español es el carácter

(7) *vid.* SALAS, Javier. *Los Decreto-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia.* En: *Revista de administración pública.* N° 51, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966, pp. 41-96.

(8) El artículo 86 de la Constitución española de 1978 prescribe que "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes..." (Tomado de ZOLEZZI MOLLER, Armando. *El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución y la tributación.* En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario.* N° 10, junio de 1986).

EGUIGUREN (*Op.cit.*, pág. 173) sostiene que "... el Parlamento tendrá que pronunciarse expresamente sobre la conversión en ley o derogación del decreto". Consideramos que la derogatoria sólo podría proceder si el decreto, una vez ratificado, es cesado en sus efectos. La no convalidación congresal haría caducar la norma, no la derogaría como veremos en su momento. De otra parte, *la doctrina española expresa-mente sostiene que la convalidación parlamentaria no tiene por efecto convertir en ley al decreto, sino la de transformarlo de provisional en definitivo.* (*vid.* ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio. *Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español.* En: *Revista de administración pública.* N° 106. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985, pp. 97-169. En igual sentido, ALEGRE AVILA, Juan Manuel. *La viabilidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad.* En: *Revista de administración pública.* N° 105, 1985, p. 93, en donde cita la sentencia

provisional de las medidas de emergencia con rango de ley, toda vez que ni bien son dictadas deben ser sometidas a la convalidación del Congreso, dentro del plazo de 30 días de su promulgación. El Congreso, que de no estarlo se reunirá al efecto, dispondrá si convalida o no la medida adoptada. La convalidación, a su turno, es la que le otorga eficacia definitiva a la medida; de no mediar la intervención parlamentaria, la norma quedará sin vigor (9).

El régimen jurídico de la decretación de urgencia gira, como afirma Astarloa Huarte-Mendicoa, en torno a tres pilares: "... la concurrencia de un presupuesto habilitante tasado, que se cifre en una necesidad de carácter extraordinario y urgente; la existencia de límites materiales que ni siquiera en las circunstancias anteriores pueden ser invadidos por decretos con fuerza de ley del gobierno; por último, el reconocimiento de un doble mecanismo de control por el Tribunal Constitucional y las Cortes Generales, quedando a la voluntad de estas últimas la facultad de ratificar o derogar (sic) la decisión gubernativa" (10).

del Tribunal Constitucional del 31 de mayo de 1982, que establece que la convalidación sólo implica cumplir el requisito constitucional para darle al decreto pervivencia en el tiempo; pero, en ningún caso, cambiar su naturaleza jurídica). Más adelante volveremos sobre este tema.

- (9) La convalidación del decreto no lo convierte, como ya vimos, en ley. El acto de convalidación toma la forma de una resolución firmada por el Presidente del Congreso, por la que se ordena la publicación del acuerdo de la cámara de diputados. Entonces, formalmente no es una ley, como tampoco lo es materialmente, dado que es decidido por una sola cámara y que su contenido no es regulador de situaciones jurídicas. Del mismo modo, se admite que la denegatoria del Congreso de Diputados tiene efectos *ex-nunc* y no retroactivos, a diferencia de lo que sucede en Italia. (*vid.* ASTARLOA, *op.cit.*, pp. 153-155).
- (10) ASTARLOA. *Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español*. *Op.cit.*, p. 103.

c) Sistema italiano

La Constitución italiana de 1947 hace referencia, en su artículo 77 (11), segundo y tercer párrafos, a las "ordenanzas de necesidad".

Participa el sistema italiano de los caracteres anotados, aunque merece especial atención el hecho que, de no ser convertidas en leyes dentro de los 60 días de su publicación, las mencionadas ordenanzas perderán todo efecto desde el principio. Ello no obstante, se establece que el Congreso tendrá la facultad de regular, mediante ley, el contenido de aquellas ordenanzas que no hayan sido "convertidas en leyes". Esta previsión tiene sentido en el sistema italiano, toda vez que en la medida que la no convalidación quita efectos retroactivamente a la fecha de expedición a las ordenanzas, podría haberse generado una serie de relaciones jurídicas a su amparo que, de no resolverse su situación jurídica, generarían gran incertidumbre.

Del mismo modo, la ratificación parlamentaria tiene el efecto de convertir en leyes formales a las ordenanzas de necesidad —mediante una "ley de conversión"—, característica no compartida por los demás modelos.

* * *

-
- (11) Artículo 77: "El gobierno no puede, sin delegación de las cámaras, dictar decretos que tengan valor de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su convalidación (conversión en ley) a las cámaras, que incluso si se hallan disueltas, serán convocadas al efecto y se reunirán dentro de los 5 días. Los decretos perderán toda eficacia (desde el principio) si no se convierten en ley dentro de los 60 días de su publicación. Las cámaras pueden, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de decretos no convalidados". (Según la traducción de *Leyes constitucionales*. Editorial Taurus, Madrid, 1959. Los añadidos entre paréntesis corresponden a otras traducciones, y, en cualquier caso, no hacen sino precisar las características particulares de la decretación de urgencia en Italia).

De similar modo, las otras Constituciones europeas han acogido la institución, como es el caso de la austriaca de 1920 —artículo 18, párrafos 3, 4 y 5—, la búlgara de 1971 —artículo 94, inciso segundo—, la griega de 1975 —artículo 44— y la portuguesa de 1976.

En América Latina, encontramos la Constitución colombiana de 1886, que en sus artículos 121 y 122, según el texto ordenado por el artículo 43 del acto legislativo No. 1 de 1968, habla de "decretos de emergencia económica y social" (12); la venezolana de 1961 —artículo 190, inciso 8—; la hondureña de 1982 —artículo 245 inciso 20, con un texto semejante al de la Constitución peruana—; y la nicaraguense de 1987 —artículo 149, inciso tercero.

2.2 *El caso peruano*

2.2.1 *Antecedentes normativos*

La facultad extraordinaria del Poder Ejecutivo para emitir normas jurídicas sin que exista previamente delegación del Poder Legislativo no es nueva. En el Perú existe un antecedente histórico, que es el decreto supremo del 1.º de enero de 1948, dictado durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero y refrendado por su ministro de hacienda, Luis Echeopar García, por medio del que se aprobó el Presupuesto General de la República para el año fiscal de 1948 (13).

(12) Como señala SACHICA, el artículo 121 faculta al gobierno a dictar decretos de emergencia económica y social cuando medien "...situaciones de excepción producidas por perturbaciones ya del orden público material o externo, o bien del orden social o económico". A su vez, el artículo 122 dispone un control especial del ejercicio de dichas facultades excepcionales. A este respecto *vid.* SACHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Editorial Temis S.A., tercera edición. Bogotá, 1988, pp. 51 y ss.

(13) Precisamente una de las ventajas de haberse acogido constitucionalmente a la decretación de urgencia en nuestra Carta de 1979, consiste en haber convertido en potestad jurídica lo que antes se presentaba como una facultad *extra* o *contra constitutionem*; superándose con ello los "decretos de hecho".

A este respecto, Zolezzi (14) consigna que "como el Congreso no sancionó el Presupuesto, entre otras varias consideraciones el Decreto Supremo expresa que 'el Poder Ejecutivo se encuentra ante una situación de hecho que no puede dejar de afrontar sin incurrir en seria responsabilidad'. Se consideró a la *situación de emergencia como título habilitante para dictar una medida extraordinaria, sobre materia que, conforme a la Constitución entonces vigente, estaba reservada a ley*". (El subrayado es nuestro).

Ya la Constitución de 1933 contemplaba, en sus artículos 40 y 49, la posibilidad que el Parlamento autorizara al gobierno a dictar normas que establecieran limitaciones a las libertades de comercio e industria, o medidas tendientes a preservar el abaratamiento de los alimentos y las subsistencias, siempre que mediaran circunstancias excepcionales calificadas como de "seguridad y necesidad públicas" en un caso, y "circunstancias de necesidad social" en el otro. Tales preceptos, sin embargo, confundían la legislación delegada con la de emergencia; pero son sin duda una primera aproximación constitucional al tema de las medidas extraordinarias del Ejecutivo (15).

Más recientemente, la Ley 17044 del 20 de abril de 1968 autorizó al gobierno del arquitecto Belaunde a dictar "medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, para fortalecer la balanza de pagos y para fomentar el desarrollo integral de la economía"(16). Se

(14) ZOLEZZI MOLLER, Armando. *Op.cit.*

(15) Sobre el particular, *vid.* EGUIGUREN, *op.cit.*, p. 174.

(16) El artículo único de la Ley 17044, primer y tercer párrafos, establece que "Autorízase al Poder Ejecutivo para que en el plazo improrrogable de 60 días contados a partir de la fecha de la presente ley, y de conformidad con las normas constitucionales, dicte las medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, para fortalecer la balanza de pagos internacionales del país, y para fomentar el desarrollo integral de nuestra economía". (...) "Las medidas que se dicten en uso de las autorizaciones contenidas en esta ley, se expedirán por Decreto Supremo con el

estableció, sin embargo, que dichas "medidas extraordinarias" debían ser expedidas mediante decretos supremos con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso.

Una de las normas dictadas al amparo de esta facultad fue el decreto supremo No. 287-68-HC, de Impuesto a la Renta, que significó una sustantiva reforma del sistema tributario peruano.

Estos antecedentes legislativos reseñados explicarían la fórmula adoptada por el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979, que adolece de una serie de fallas, como son la herramienta normativa utilizada —el decreto supremo— y la imprecisión y vaguedad de la expresión "dar cuenta al Congreso"; además de otras deficiencias que serán materia de posterior análisis.

2.2.2 Práctica legislativa: cuando todos los gobiernos son "liberales"

Desde que la Constitución entró en vigor —el 28 de julio de 1980—, hasta nuestros días, dos gobiernos constitucionales han detentado el poder político. Ambos constitucionales en su origen, ambos igualmente arbitrarios en el uso de medidas por naturaleza excepcionales y restrictivas en su adopción.

Ciertamente nuestra práctica legislativa se ha caracterizado por el uso excesivo de los decretos presidenciales de urgencia. Si hasta julio de 1985 se dictó 667 de ellos, el gobierno del presidente García aumentó un millar. A julio de 1989 —según la investigación que preparara el despacho del Senador Enrique Bernaldes para la Fundación Eberth, titulada *Parlamento y democracia en el Perú*— se ha promulgado 1,640 decretos de urgencia. Es decir, que el gobierno aprista a la fecha indicada promulgó 933 de estas normas al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución.

Si bien es cierto que el amparo constitucional de la legislación de urgencia se encuentra justificado, pues permite disponer

voto aprobatorio de Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta en cada caso al Congreso Nacional". (Tomado de ZOLEZZI, *op.cit.*).

de una vía para aquellas situaciones imprevistas que, de no ser así, podrían generar respuestas políticas ajenas a los canales constitucionales, también lo es el que su uso sólo puede estar restringido a las situaciones expresamente contempladas. Incurrir, como lo ha hecho nuestro Ejecutivo, en un cómodo uso del instituto ante crisis de gobierno equivale a incentivar una quiebra institucional; así, el supuesto conjuro de la crisis terminaría profundizándola.

Debemos recordar, una vez más, la excepcionalidad de los decretos de urgencia, como normas primarias e idénticamente eficaces a la ley formal. Si como sucede en el Perú —aunque también en casi todos los países que la acogen— la decretación de urgencia es tan frondosa y expansiva que supera la producción legislativa ordinaria, estaríamos admitiendo en la práctica una *colegislación paralela*, ajena al espíritu constitucional.

En este sentido, el profesor César Landa Arroyo (17) ha determinado la producción normativa realizada mediante el inciso 20, artículo 211, en relación a la del Congreso. Así, desde julio de 1980 a julio de 1989 se ha emitido 1639 leyes formales, en tanto que 1601 decretos de urgencia. Pero si tomamos los datos de la investigación llevada a cabo por Bernales, tendríamos que se ha emitido 1640 de ellos.

Si bien las materias tratadas son de lo más diversas —incluyendo aspectos vinculados a vivienda, educación, salud, justicia, trabajo y relaciones exteriores—, ha preponderado las medidas en materia tributaria. La interpretación dada a los alcances de los decretos presidenciales de urgencia ha sido, en la mayoría de los casos, extensiva.

Aun si les atribuyésemos rango de ley, por lo que no resultaría extraño que se regule aspectos reservados a ésta, no

(17) LANDA ARROYO, César. Citado por EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Comisión Andina de Juristas/Fundación Friedrich Naumann, primera edición. Lima, 1990, p. 164.

puede dejarse de lado —como señala Eguiguren (18)— la exigencia de que se trate de medidas extraordinarias, de interés público y de contenido económico y financiero.

El uso indebido de esta facultad excepcional acarrearía que muchas de las normas dictadas a su amparo adolezcan de vicios de ilegalidad al referirse a situaciones de dudosa calificación como de emergencia, que no puedan seguir el trámite ordinario para la promulgación de las leyes sin generar una situación perjudicial. Otro vicio se produciría al interpretar de manera amplia las materias incluidas en el doble requisito de económico-financieras.

No podemos sino concluir con Eguiguren (19) en que el abuso de esta facultad presidencial ha constituido un mecanismo político invalorable para manejar de manera muy libre la economía y la tributación, evitándose de este modo el lento recurso al Congreso para la dación de leyes o la obtención de la facultad legislativa delegada. A fin de cuentas, siempre ha resultado más cómodo operar, incluso a este nivel, en la más absoluta informalidad.

3. *EL REGIMEN JURIDICO DE LA DECRETACION DE URGENCIA*

3.1 *Naturaleza jurídica*

Como bien comenta Juan Gascón Hernández (20), ya André Hariou enfocaba el estudio del Decreto-ley como una excepción a la teoría de la ilegalidad de los reglamentos. "En realidad... no es otra cosa que una excepción al principio de legalidad formal"... el cual

(18) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Normas contrarias a la Constitución y la ley*. En: *Revista del Foro*, año LXXI, N° 1984-1. Colegio de Abogados de Lima, 1984, p. 99.

(19) EGUIGUREN. *Ibidem*.

(20) GASCON HERNANDEZ, Juan. *Problemas actuales del Decreto-ley*. En: *Revista de administración pública*, N° 15. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1954.

supone que "... no puede en principio elaborarse (la ley) más que de una cierta forma, es decir, por el órgano legislativo".

Tratemos, en primer término, de determinar cuál es la naturaleza de los decretos presidenciales de urgencia; esto es, si son simples decretos supremos o si, por el contrario, estamos ante normas con rango de ley. Ello nos conduce a dilucidar qué entendemos por *ley*. Previamente, precisemos que la decretación de urgencia constituye función originaria y privativa del Presidente de la República.

La pirámide normativa —desarrollada a partir de Hans Kelsen por el postkelseniano Merckl— coloca en la cúspide a la Constitución, leyes constitucionales y algunos tratados, y por debajo de ésta, a la ley y las normas con rango de ley; a los decretos, reglamentos y normas de carácter general; y a las normas y resoluciones de carácter particular. Como sabemos, para el primer grupo de normas el principio de supraordinación es el de constitucionalidad; para el segundo el de legalidad; y para el último, los principios de competencia y jerarquía del órgano que las emite.

Nos interesa, a este respecto, el nivel de las normas con rango de ley, pues se trata de establecer cuáles son las diferencias entre la *ley en sentido formal* y las normas con rango de ley o *leyes en sentido material*. Por la primera, es ley toda aquella que emana del Parlamento siguiendo el procedimiento que para su aprobación y promulgación establece la Carta Política (Título Cuarto, Capítulo Tercero), lo que significa que la calidad de ley depende del órgano del que provenga. Por las segundas, serán leyes las normas que, por su contenido, versen sobre materias que son de reserva legal, con prescindencia del órgano del que provengan.

En consecuencia, podemos afirmar que todo decreto que trate una materia reservada a ley será ley por su contenido; es decir, ley en sentido material. Para que se dé este tratamiento excepcional es necesario que el sistema jurídico haya establecido un procedimiento especial que soslaye el aspecto formal y valide la norma.

Coincidimos con García Belaunde (21) en que "el principio de la reserva de la ley debe entenderse hoy en dos sentidos, uno el sentido clásico o estricto, que aún permanece y conserva validez, y otro en sentido moderno o relativo, que es el que se ha abierto paso en los últimos años. Así, en principio, todo articulado constitucional debe desarrollarse por ley formal (más aún cuando el texto positivo a ella se remite continuamente, y por ley debe entenderse ley formal). Pero ello no impide la legislación por parte del Ejecutivo. (...) Así, la reserva de la ley debe verse hoy, sobre todo, como una defensa del estatuto del ciudadano y como un fundamento para fijar un reparto de competencias, pero no como un impedimento para que el Estado cumpla sus fines, como es poder intervenir en la vida económica del país que es, por otra parte, lo que se desprende del modelo de economía social de mercado que la Constitución ha consagrado (art. 115). Claro está que esta posibilidad está siempre condicionada por los supuestos habilitantes, como son la extrema y grave necesidad, y sobre todo la provisionalidad..."

En doctrina son dos los grandes grupos de normas con rango de ley: los decretos legislativos —que requieren de una ley habilitante autoritativa—, y los decretos de urgencia, ordenanzas de necesidad o decretos-leyes. Nos compete ahora referirnos a este segundo grupo.

En el caso peruano, el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución establece las "medidas extraordinarias". Al ser el instrumento legal propio del Ejecutivo el decreto supremo, se ha interpretado que es este mecanismo legislativo el apropiado para dictar dichas medidas.

El artículo 211, inciso 11 de la Constitución hace referencia a la facultad del Presidente de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y, en tal sentido, puede dictar decretos y resoluciones. Estamos ante una potestad general del primer mandatario. Cosa distinta ocurre con el inciso 20 del mismo artículo.

(21) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op.cit.* págs. 32-33. Aunque el autor hace referencia al tema tributario, sus apreciaciones, creemos, son extensivas a los demás supuestos de la materia económico-financiera.

En efecto, dicho inciso precisa el carácter extraordinario de medidas en el terreno económico y financiero, con lo cual pareciera indicarse que se trata de asuntos que en circunstancias ordinarias serían materia de ley. Esto se reforzaría con la obligación que existe de dar cuenta al Congreso.

En suma, todo hace pensar que los decretos presidenciales de urgencia tratan materias normalmente reservadas a la ley; por lo que, de acuerdo a su contenido, son leyes en sentido material, esto es, normas con rango de ley.

* * *

Creemos, en este nivel, necesario detenernos en un sumario análisis de dos conceptos a los que hemos venido haciendo referencia. El primero de ellos es el *rango de ley* y el segundo la *reserva de ley*.

A. *RANGO DE LEY*. En la doctrina extranjera se ha hecho una distinción entre el *rango o valor de ley* y la *fuerza de ley* (22). Aunque la distinción tiene objeto a partir de un análisis de la mención de tales términos en la Constitución española y la Ley del Tribunal Constitucional español —algo similar se ha trabajado en Italia—, resulta interesante precisar lo que se entiende por ellos.

Así, Rubio Llorente (23) manifiesta que "Las expresiones 'rango de ley' y 'valor de ley' parecen englobar, junto con la ley misma, una serie de disposiciones normativas, o incluso de actos, que comparten con ella una característica común. Como tal característica no es ni la de proceder de un mismo órgano (...) ni tampoco la de ocupar el mismo lugar en la jerarquía normativa (...) cabe pensar que este elemento o nota común de las disposiciones de distinto origen en el que el rango o el valor

(22) Sobre este particular *vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco. *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*. En: *Revista de administración pública*, Nº 100. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983; pp. 417-432. El autor es magistrado del Tribunal Constitucional de España.

(23) *Ibid.*, p. 420.

consisten, estriba sólo en la *susceptibilidad, que todas estas imposiciones con rango o valor de ley tienen por igual, de ser sometidas al control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional*". (El subrayado es nuestro).

Como podrá notarse, tal característica es una meramente procedimental. Y resulta de un razonamiento circular —de los que habla Félix Cohen— toda vez que si por el rango entendemos una norma atacable mediante control constitucional concentrado, éste se explica, a su vez, por el rango o valor de ley.

De otro lado, en la doctrina clásica se entendía por *fuerza de ley* una nota distintiva de la ley por antonomasia, sólo aplicable a la ley dada por el órgano legislativo (Congreso). La fuerza de ley tenía una doble faceta, activa y pasiva. Fuerza activa de la ley, también llamada *poder innovador*, consistía en la capacidad exclusiva de la ley para modificar *cualquier* punto del orden jurídico preexistente. A su turno, fuerza pasiva era la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no por medio de otra ley, esto es, por otra norma dotada de la misma fuerza específica.

De lo dicho fluye que actualmente la fuerza de ley no designa una nota común a todas las leyes o a todas las normas a las que se les atribuye tal fuerza. Por ello, se ha dicho que "...el concepto de 'fuerza de ley' engloba una considerable variedad de fuerzas distintas, con lo que se convierte en un metaconcepto (...) que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley" (24).

Trasladando esto al sistema peruano, muchas normas con rango o valor de ley carecen de fuerza de ley en su sentido activo. Así, los decretos legislativos, si bien tienen rango legal, entendido éste como la posibilidad de su impugnación vía acción ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), carecen de

(24) *Ibid.* p. 423.

fuerza de ley; puesto que sólo son válidos dentro del ámbito que les establece la ley habilitante dada por el Congreso. Con los decretos de urgencia sucedería algo similar, en la medida que su ámbito material se encuentra también muy restringido, como se deduce de su aplicación bajo presupuestos habilitantes especiales y por referirse a materia económico-financiera.

En consecuencia, las normas anotadas carecen de la facultad activa de innovar cualquier punto del orden jurídico que les es preexistente. Como ya se habrá notado, además, estamos atribuyendo *a priori* a la decretación de urgencia su impugnabilidad ante el TGC, lo que será materia de estudio más adelante.

A pesar de lo dicho, nuestra legislación y doctrina no han trabajado tal sentido de los conceptos de fuerza y rango de ley. De este modo, a lo largo de nuestro estudio utilizamos tales conceptos como sinónimos; esto es, como normas con jerarquía legal o leyes en sentido material.

- B. *RESERVA DE LEY*. El mismo autor citado (25) hace una reseña de lo que se entiende por materia de reserva de ley, que sí resulta pertinente a efectos de nuestra sistemática constitucional. El concepto moderno de *reserva de ley* es radicalmente distinto del original, que tuvo sentido en la Alemania que compartía funciones legislativas entre el Parlamento y el monarca, que tenía tal facultad de modo originario; y en donde se hacía una distinción, hoy caduca, entre Estado y sociedad.

Nos interesa dilucidar el significado moderno de la reserva de ley. Lo que dicen las distintas construcciones teóricas que al efecto se han levantado es que tal reserva debe contener "todas las decisiones esenciales y políticamente importantes y, en especial, las que trazan las líneas básicas y las directrices del orden estatal y social". También se ha dicho que contiene a "la competencia exclusiva para regular los derechos fundamentales", no solamente aquellos que tienen que ver con las libertades del individuo.

(25) Al respecto *vid.* RUBIO LLORENTE. *Op.cit.*, pp. 428-430.

De tal manera que lo que caracterizaría a la ley como forma superior de creación de derecho en un sistema democrático, sería su elaboración por el Parlamento por medio de la discusión y las negociaciones entre las diversas fuerzas sociales, con la participación de la opinión pública.

3.1.1 Un problema de jerarquías

Como ya hemos visto, la necesidad de encontrar un instrumento tradicional que permitiera viabilizar la facultad legislativa extraordinaria del presidente, trajo como consecuencia que en la práctica se recurra a los derechos supremos.

Esta salida pragmática, sin embargo, creó serias dificultades para diferenciar los decretos de urgencia de los decretos ordinarios, en especial por:

- (a) Confundirse en la misma categoría a ambos tipos de normas;
- (b) Asignárseles numeración e identificación similar y correlativa, lo cual hace muy difícil su diferenciación; y,
- (c) En los considerandos de los decretos extraordinarios se omite, en la casi totalidad de casos, acreditar la existencia de una situación de emergencia económica y financiera, estableciéndose tan sólo que se dictan al amparo del manido inciso 20.

El problema, empero, no acaba allí. Existen aspectos de fondo que crean también dificultades para otorgar a los decretos de emergencia rango de ley.

Así, por ejemplo, Enrique Bernalles (26) sostiene que una interpretación sistemática les niega valor normativo equiparable a las leyes. El texto constitucional ha cuidado de señalar de forma expresa y taxativa las normas jurídicas a las que reconoce fuerza de ley: las leyes y las resoluciones legislativas emanadas del Parlamento

(26) BERNALLES. *Op.cit.*, p. 151.

(artículo 186, inciso 1), los tratados (artículo 101) y los decretos legislativos del Poder Ejecutivo dictados previa delegación del Congreso (artículo 188). El silencio de la Constitución —prosigue Bernaldes— en la asignación de la fuerza de ley para las medidas extraordinarias, no podría ser entendido como un olvido susceptible de ser subsanado mediante una interpretación extensiva.

Otro argumento al que acude el conocido constitucionalista para reforzar su tesis es el hecho que, en el debate de la Asamblea Constituyente, el Partido Popular Cristiano propuso un artículo que incluía a los decretos de urgencia bajo la modalidad de Decretos-leyes. La Asamblea no aceptó tal temperamento. Todo ello hace colegir al autor citado que la única manera de sortear el impase es mediante una reforma constitucional que precise el alcance y la configuración de las medidas extraordinarias.

El profesor Alberto Borea Odría (27) abona la tesis reseñada con un argumento también de peso: el artículo 298 inciso 1, que trata de la Acción de Inconstitucionalidad, omite hacer referencia a los decretos de urgencia, a pesar de enumerar a todas las normas con rango de ley susceptibles de ser impugnadas por esta vía. Se trataría pues de una enumeración taxativa la de la norma anotada, y no de una enunciativa que diese cabida a las medidas que venimos comentando.

Si bien el propio Borea critica la enumeración taxativa del inciso 1 del artículo 298, en tanto considera que debería haberse establecido para todas las normas con rango legal, reconoce su existencia.

Otros constitucionalistas, por el contrario, piensan que los decretos de urgencia deberían tener rango de ley, aunque la Constitución se preste a polémica. Convencidos de la incompatibilidad que existe entre la naturaleza de la institución y una calificación por debajo de la ley, sostienen la interpretación que les asigna rango de ley material, a pesar de las inteligentes observaciones en contra. A esta línea adherimos.

(27) BOREA ODRÍA, Alberto. *Exposición en el Colegio de Abogados de Lima sobre el TGC*, transcrita en *Revista del Foro*.

Por el momento, sin embargo, nos interesa tratar los caracteres esenciales de los decretos presidenciales de urgencia. Volveremos sobre el problema de las jerarquías al plantear nuestro punto de vista.

3.2 Caracteres de los decretos presidenciales de urgencia

En doctrina, la institución que comentamos tiene varias características que la hacen una figura propia y distinta de las demás atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo. Una completa aproximación a tales caracteres es la que hace María del Rosario Pacheco (28).

De la forma como ha sido tratada la legislación de emergencia en el Derecho Comparado, se desprenden los siguientes caracteres:

- (a) Es una atribución propia del gobierno, por lo que generalmente está encargada al Presidente de la República (el jefe de gobierno la tiene en los sistemas parlamentaristas); razón por la cual requerirá refrendación ministerial.
- (b) En algunas legislaciones su uso se encuentra restringido a los momentos en que el Congreso no se encuentra reunido; en otras —como la peruana— es posible su uso en cualquier circunstancia, siempre que medie un estado de necesidad y urgencia.

Como indicáramos tangencialmente líneas arriba, para nosotros las medidas de necesidad y urgencia son leyes en sentido material, y al tener su sustento en una situación de emergencia que el sistema formal de dación de leyes no puede cubrir apropiadamente, consideramos que proceden con prescindencia del calendario del Congreso.

(28) PACHECO BARANDIARAN, María del Rosario. *Los decretos de urgencia y un vacío en la Constitución de 1979*. En: *Themis-Revista de Derecho*, segunda época. N° 6. Lima, 1987, pp. 50 y ss.

- (c) Los decretos de urgencia requieren de un *presupuesto de hecho habilitante* que es la urgente y excepcional necesidad que debe ser solucionada. La presencia de tal condición está sujeta a la discrecionalidad del gobierno. Ello no obstante, las medidas dictadas al amparo de esta facultad no podrían constituir una amenaza para la nación o para el sistema constitucional — como ha señalado el Tribunal Constitucional Español—, pues para estos supuestos existen los regímenes de excepción y los mecanismos de reforma constitucional (29).

La concentración de poderes que tal atribución implica en el gobierno responde a circunstancias urgentes y justificatorias por la necesidad de arribar a soluciones a breve plazo; siempre que se refieran a presupuestos concretos que se ubiquen dentro de la competencia gubernativa.

- (d) Algunos ordenamientos constitucionales, como el régimen francés, prescriben la necesidad de que el gobierno someta previamente la medida o la promulgación de ésta a otro órgano del Estado.
- (e) Una característica esencial a la naturaleza de los decretos de urgencia es su *provisionalidad*; esto es, que su eficacia definitiva está condicionada a refrendación por parte del Parlamento. Este carácter pone el acento en el control político.

Casi sin excepción, todos los ordenamientos que han legislado sobre este instituto indican de manera precisa esta competencia del Congreso. Así, de no producirse tal ratificación pierden total eficacia. Ello ocurre pues los decretos de urgencia poseen una eficacia provisional desde su emisión hasta la convalidación parlamentaria, que les otorga el vigor definitivo. De no producirse la ratificación el decreto caducaría, toda vez que el pronunciamiento del Congreso es *requisito de eficacia* y no de validez. En consecuencia, el decreto observado habría regido provisionalmente hasta la manifestación negativa del Congreso.

(29) Sentencias 6/1983 y 111/1983. En: *Boletín de jurisprudencia constitucional*, N° 23, publicación de las Cortes Generales. Madrid, 1983.

De haberle expresado su confianza, el decreto tendría una eficacia y una vigencia definitivas.

Esta apreciación, sin embargo, no es unívoca. Para algunas legislaciones, la pérdida de eficacia se retrotrae al momento de la emisión de las medidas de urgencia. Es el caso, por ejemplo, de las "ordenanzas de necesidad" de Italia. En su oportunidad volveremos sobre este acápite, y señalaremos la inconveniencia de otorgarle efectos retroactivos a la no convalidación; aunque el sistema contrario, que otorga efectos *ex-nunc* a la no ratificación también tiene sus bemoles.

- (f) Otra de las características fundamentales de la legislación de emergencia es la de su *transitoriedad*. Como el hecho que motiva la medida es uno extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, lógico es que la medida desaparezca. Sostener lo contrario equivaldría a permitir una potestad legislativa del gobierno, incompatible con la división de poderes.

La transitoriedad tiene que ver con la vigencia en el tiempo de la norma. Así, podría ser el propio Ejecutivo el que le asigne determinada temporalidad, o la ley establecer un período máximo de vigor. Como podrá apreciarse, la provisionalidad a la que ya hemos hecho referencia también concierne a la vigencia de la norma. Salvo en los regímenes que confieren efecto retroactivo a la no ratificación del Parlamento, en donde se presentan, sin embargo, problemas con respecto a los actos ejecutados durante el período de provisionalidad. En tales regímenes, además, parecería confundirse el propósito de la convalidación, convirtiéndola en requisito de validez del decreto de urgencia. De no ratificarse, entonces, devendría inexistente.

- (g) Además del control político, las medidas de urgencia tienen un control jurisdiccional posterior que es ejercido por el órgano que vela por la constitucionalidad de las normas.
- (h) Una última característica es la jerarquía de los decretos de urgencia. Hasta donde tenemos conocimiento, dichas medidas extraordinarias tienen rango de ley, aunque se encuentren subordinadas a ratificación posterior del Congreso. Esto es, que

tanto entre el momento de su emisión y el de su ratificación, así como producida ésta, son leyes en sentido material. El hecho de que el Parlamento —en un plazo que varía según las legislaciones— les confiera eficacia definitiva, nada tiene que hacer con la jerarquía normativa, toda vez que la intervención parlamentaria tiene el objeto de verificar el cumplimiento de los presupuestos habilitantes. Mal podría entonces pensarse que la convalidación otorga a los decretos de urgencia el rango de leyes formales; salvo, claro está, que expresamente sean convertidos en leyes, por medio de una "ley de conversión" como sucede en Italia.

* * *

La jerarquía legal de la legislación de emergencia ha sido objeto de controversia en nuestro medio. Sobre todo en el ámbito tributario, que resulta particularmente sensible al empleo del inciso 20. Así, el profesor Humberto Medrano (30) considera que los decretos de urgencia jamás pueden regir supuestos tributarios, esgrimiendo un ortodoxo principio de legalidad como base de su afirmación.

Por el contrario, Armando Zolezzi sostiene que la reserva de ley a que hace referencia el artículo 139 de la Constitución debe interpretarse en el sentido que podrá legislarse en materia tributaria por cualquier norma con rango de ley —sea ésta material o formal— en la medida que el principio de legalidad, como referido a la ley dada por el Congreso, tenía razón de ser en las garantías que requería el naciente Estado burgués de los siglos XVIII y XIX.

Siempre en el ámbito tributario, el profesor Hernández Berenguel (31) considera que sólo proceden los decretos de urgencia

(30) MEDRANO CORNEJO, Humberto. *Acerca del principio de legalidad en el derecho tributario peruano*. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Nº 12, Lima, junio de 1987.

(31) HERNANDEZ BERENGUEL, Luis. *El principio de legalidad y las medidas extraordinarias que se pueden dictar mediante Decreto Supremo en materia Económica y Financiera*. En: *Cuadernos tributarios*. Nº 1, IFA. Lima, octubre de 1986.

cuando el Congreso se encuentra en receso. Combina su posición el principio clásico de legalidad con la necesidad sobreviniente de legislar sobre materia tributaria cuando el Parlamento no está en funciones.

En la Doctrina española existe también polémica al respecto. Alegre Avila, aunque contrario a la tesis que permite el uso de los decretos-leyes en materia tributaria, ha reseñado los argumentos que a favor de su procedencia se ha esgrimido (32).

* * *

En el Perú, la Constitución de 1979 no regula de manera expresa a los decretos supremos de necesidad y urgencia. El inciso 20 del artículo 211 habla de "medidas extraordinarias" que serán dictadas ante urgente necesidad y cuando "así lo requiere el interés nacional". Tal precepto, sin embargo, nos permite colegir que a lo que la Constitución quiso referirse fue a los decretos de urgencia, y así se ha venido interpretando.

Señalemos brevemente los caracteres de la figura contemplada en nuestra Carta Política:

- A. Se trata de una facultad del Presidente de la República que no requiere de delegación previa del Congreso;
- B. No está sujeto a opinión previa de otro órgano del Estado. La

(32). ALEGRE AVILA, Juan Manuel. *La viabilidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria...* Op.cit., p. 77. Así, aunque considera tales tesis erradas por ser fruto de un razonamiento de carácter político, nos dice que "Por su parte, el profesor PEREZ ROYO... en una línea concurrente con GARCIA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ, ha realizado un esfuerzo argumental tendiente a justificar el Decreto-ley en materia tributaria. Sostiene este autor que una vez superada la óptica individualista del principio de reserva de ley tributaria y lejos de la conceptualización del deber de tributar con una visión restrictiva, no hay excesivos inconvenientes en admitir el Decreto-ley en el ámbito tributario, máxime cuando la institución tributaria no afecta el estatuto personal del ciudadano, estando dirigida la intervención del Parlamento a asegurar la publicidad de los debates en una función de composición de intereses".

adopción de la medida es pues una facultad discrecional del Presidente, pero sujeta a la existencia de los presupuestos habilitantes;

C. Nuestra Constitución contiene muchos vacíos y omisiones que hacen difícil la determinación precisa de la institución:

C.1 Nada se dice acerca de la oportunidad en que el Presidente está habilitado para legislar por esta vía, por lo que podrá hacerlo con prescindencia del funcionamiento del Congreso.

C.2 No se contempla tampoco la necesidad de una posterior ratificación de la medida —es decir, del carácter provisional—. Nuestra Constitución, por el contrario, hace referencia al cargo de dar cuenta al Congreso, lo que se ha interpretado por el Ejecutivo como un simple requisito de informarle sobre las medidas adoptadas. Ello se ha llevado a cabo por medio de oficios en los que se enumera los decretos dictados al amparo del inciso 20 durante un período determinado, sin justificar la necesidad ni la urgencia de las medidas, su carácter económico y financiero, su naturaleza extraordinaria y el interés nacional involucrado.

C.3 La transitoriedad de las medidas extraordinarias es otro de los caracteres que no fluyen del precepto constitucional. Para algunos autores, como María del Rosario Pacheco (33), la transitoriedad se colige de la concordancia del inciso 20 del artículo 211 con el artículo 132, que dispone que: "En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario".

A pesar de que la interpretación anotada permitiría solucionar la omisión hecha a la transitoriedad por el inciso 20, artículo 211, ella nos parece poco apropiada; por cuanto el artículo 132 se refiere a un supuesto de hecho diferente que consiste en una *emergencia económica*. Esto lo veremos más adelante al analizar el ámbito material de la decretación de urgencia.

(33) PACHECO. *Op.cit.*, p. 53.

- C.4 Finalmente, queda el problema del control jurisdiccional constitucional de las medidas de emergencia; es decir, la posibilidad o no de que sean impugnadas vía acción de inconstitucionalidad de las leyes, lo cual será también materia de posterior análisis.

3.3 Interpretación de la normatividad vigente: la sana doctrina

3.3.1 Hacia la jerarquía legal de los decretos de urgencia

Tal como están las cosas, queda por dilucidar si los decretos supremos de urgencia tienen o no el rango de ley. En su momento hemos expuesto la posición que les niega tal jerarquía. Toca ahora sustentar la interpretación por la cual tales medidas sí serían leyes en sentido material.

- (a) La enumeración de normas con rango de ley en nuestra Constitución no tiene carácter taxativo; toda vez que existen una serie de normas, como es el caso de los convenios y los edictos, que, si bien no son consideradas expresamente como leyes en la Constitución, en la práctica legislativa y jurisdiccional se ha establecido su rango de ley.

Cierto es que la recreación de los edictos en nuestro ordenamiento fue introducida por la Ley de Municipalidades para evitar el control constitucional, puesto que la norma indicada debió ser la ordenanza municipal, pero ello no quita que los edictos tengan jerarquía legal. La intención política que haya tenido el legislador, en definitiva, en nada afecta el rango legal de los edictos.

De similar opinión a la nuestra es Eguiguren (34). Según él, si bien de acuerdo a una interpretación formal de la Constitución los decretos de urgencia no tendrían rango de ley, pues en ésta no existe norma expresa que les reconozca dicha categoría a diferencia de lo que sucede con otras normas; de acuerdo a una

(34) EGUIGUREN. En: *Derecho*, *op.cit.*, p. 183.

interpretación sistemática se deduce su carácter de ley material. Por su parte, Zolezzi (35) sostiene que si bien no existe mención expresa de la Constitución, ésta no les niega el rango legal a las medidas extraordinarias.

- (b) Del mismo modo, la naturaleza del instituto obliga a que tenga jerarquía legal. De no ser así, ¿cómo podría explicarse el hecho que su aplicación vaya en muchos casos en contra de leyes dictadas por el Congreso? En su momento trataremos el efecto que producen los decretos de emergencia sobre las leyes que afecta, esto es, si las deroga o suspende.
- (c) Por el lado del *derecho en acción*, la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido el carácter legal de estas normas.

Resulta pertinente transcribir, a título de ejemplo, la Resolución de la Corte Suprema de Justicia del expediente No. 185-88 del 20 de abril de 1988, en los seguidos por Moisés Tambini del Valle con Jaime Alcócer Bonilla sobre desahucio, en donde se establece que "las medidas extraordinarias de naturaleza económica establecidas en los decretos supremos de urgencia que prorrogan el plazo de vigencia de los contratos de arrendamiento, son plenamente compatibles con el interés nacional y guardan armonía con lo dispuesto en el artículo 124 de la propia Constitución (...) que en tal virtud la vigencia de los mencionados decretos supremos *no agravia el principio de legalidad contenido en los artículos 87 y 236 de la Constitución Política del Estado (...)* que la jurisprudencia establecida (...) hasta la fecha ha sido uniforme en cuanto a sostener la legalidad de los decretos supremos expedidos por el Poder Ejecutivo..." (el subrayado es nuestro).

Recientemente, la Resolución de la Corte Suprema del 18 de enero de 1990, publicada en el *Boletín de la Academia de la Magistratura*, estableció la improcedencia de una demanda de desahucio por considerar "*que los decretos supremos (de*

(35) ZOLEZZI, *Op.cit.*, p. 28.

urgencia) tienen rango de ley. Merecen respeto las normas por la naturaleza de su contenido y de su procedencia, no existiendo violación del principio de jerarquía de leyes por su carácter temporal". (el subrayado es nuestro).

- (d) De no tener carácter legal, asimismo, resultaría poco técnico y hasta redundante que el Constituyente de 1978 haya establecido en dos acápites diferentes del artículo 211 —el 11 y el 20— una facultad legislativa similar para el Presidente de la República. De no ser así, ¿qué sentido tendría entonces no haber incluido a las "medidas extraordinarias" a que hace referencia el inciso 20 dentro de los habituales decretos supremos del inciso 11?

Todo ello se ve corroborado por la circunstancia que el Decreto Legislativo 560 —Nueva Ley del Poder Ejecutivo— regula expresamente la facultad conferida al primer mandatario por el inciso 11, y en ningún momento hace mención de la posibilidad de que aquél pueda dictar medidas extraordinarias.

Ello permitiría inferir que no estamos ante un simple decreto supremo. La razón de su extraordinariedad está dada, precisamente, por su mayor jerarquía, además de tener requisitos de validez distintos. Además, el decreto supremo ordinario puede necesitar aprobación del Consejo de Ministros, en cambio los decretos de urgencia emanan de potestad exclusiva del Presidente.

- (e) Como señala Zolezzi (36), al haber dispuesto nuestra Constitución para los decretos de urgencia el requisito de dar cuenta al Congreso, "se les da el mismo trato que a los decretos legislativos, y ello sólo tiene sentido en la medida que se ha incursionado en atribuciones que normalmente son competencia del Congreso, lo que ratifica la vocación de ley de los decretos de urgencia". (...) "No debe olvidarse, además, que estas medidas extraordinarias normalmente son *contra legem*, o sobre materia que en condiciones normales deben ser reguladas por ley formal; por lo que, para regir, requieren de una potencia o fuerza igual que la ley".

(36) ZOLEZZI. *Ibidem*.

- (f) El argumento de la interpretación histórica que reseñáramos líneas arriba —por el que la Asamblea Constituyente rechazara el proyecto de conferirle rango de ley a las medidas de urgencia— no enerva necesariamente lo hasta aquí dicho. Como sabemos, la norma una vez que entra en vigencia cobra virtualidad jurídica propia, por lo que su interpretación no puede verse constreñida a lo que quiso el legislador. La interpretación auténtica es sólo potestad del Congreso.

En este sentido, es válida la afirmación según la cual el artículo 298 inciso 1 —que regula la acción de inconstitucionalidad— tiene carácter enunciativo. De esa manera debe incluirse dentro de su ámbito de aplicación a los decretos supremos de urgencia, así como a los edictos y a toda otra norma con rango de ley material que se cree en el futuro.

En consecuencia, pensamos que una correcta interpretación de la naturaleza de los decretos presidenciales de urgencia nos debe llevar a la conclusión de su rango o fuerza de ley (37). De no ser así, llegaríamos al absurdo de quienes sostienen la existencia de un instituto que en muy poco se condice con su esencia; permitiendo, por tanto, la existencia de un híbrido.

En efecto, si no consideramos que estas normas tienen rango legal, no podrían tratar materia reservada a ley, lo que les haría carecer de sentido. Recuérdese precisamente que su finalidad es dar inmediata solución a una urgencia coyuntural.

(37) A esta misma conclusión han arribado Carlos CARDENAS QUIROS, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, Francisco EGUIGUREN PRAELLI, Domingo GARCIA BELAUNDE, César LANDA ARROYO, Humberto MEDRANO CORNEJO (aunque postula la no procedencia del inciso 20, numeral 211 para cuestiones tributarias), Alfredo QUISPE CORREA y Armando ZOLEZZI MOLLER. Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA en la última edición de su trabajo colectivo sobre la Constitución, han cambiado de parecer. Luis HERNANDEZ BERENGUEL también opina a favor del rango legal de las medidas extraordinarias del 211, inciso 20, aunque condiciona su procedencia al receso parlamentario. Le niegan el rango legal Enrique CHIRINOS SOTO y Piedad PAREJA PFLUCKER.

4. PROBLEMATICA ESPECIFICA EN TORNO A LOS DECRETOS DE URGENCIA

4.1 *Qué debemos entender por "medidas extraordinarias"*

Después de haber analizado el rango de los decretos de urgencia, podemos concluir que nuestra Constitución ha establecido un tipo de norma distinto a los decretos supremos ordinarios, que goza de rango legal.

Por "medidas extraordinarias" debemos entender, entonces, que estamos ante un tipo de norma legal en sentido material. De igual manera, tal norma especial surge como respuesta a circunstancias súbitas, imprevisibles y urgentes que puedan afectar la seguridad y el patrimonio de los ciudadanos. En tal sentido, sólo una actuación rápida podría brindar solución efectiva, lo que no se lograría de acudir al procedimiento legislativo ordinario.

De otro lado, por *medidas* puede entenderse no sólo normas, sino toda decisión tomada para conjurar una situación de grave emergencia. Ello no obstante, en el ámbito que nos interesa, tales decisiones no estarían sujetas a ningún condicionamiento, puesto que éste será necesario solamente en las decisiones que se traduzcan normativamente.

4.2 *En torno a la urgencia*

Toca ahora pronunciarnos respecto a qué debe entenderse por *urgencia*. El concepto de urgencia subyace a las medidas que contempla el inciso 20 del numeral 211 de la Constitución, así como en todas las figuras similares recogidas en el Derecho Comparado.

Si bien la urgencia es un concepto *legalmente indeterminado*, ello no supone en el Ejecutivo una facultad discrecional para señalar en cada caso si existe o no urgencia. Como sostiene el español Salas (38), "Lo peculiar del concepto indeterminado es la unidad de solución justa en la aplicación del mismo a una circunstancia concreta, frente

(38) SALAS, Javier. *Op.cit.*, p. 67 (nota a pie de página).

a lo que es propio de las facultades discrecionales, la pluralidad de soluciones justas posibles. Hay que hacer del concepto indeterminado uno determinado, pero esto no es ejercicio de la potestad discrecional, sino interpretación".

Clavero Arévalo (39) afirma que "una situación es urgente si el factor de tiempo es elemento determinante y constitutivo del fin perseguido"; lo que, como resultará evidente, es lo que ocurre cuando debe recurrirse a esta facultad legislativa extraordinaria, por ser ineficaz el procedimiento ordinario de dación de leyes. Así, la urgencia constituye uno de los supuestos de la necesidad, cual es la de obrar rápidamente, sin dilación de tiempo una materia que, en situaciones regulares, debiera serlo por ley formal.

No debe entenderse, sin embargo, que la urgencia equivalga a *circunstancias excepcionales*. "Para que se dé la urgencia, no es preciso que se haya producido una alteración del orden público, ni una crisis política, ni una calamidad social. Puede producirse la urgencia en circunstancias perfectamente normales" (40). En consecuencia, los decretos de urgencia son perfectamente procedentes en circunstancias de paz social y orden público.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, para el que la extraordinaria y urgente necesidad no debe entenderse en el sentido extremo de una amenaza para la nación o para el sistema constitucional, pues para estos supuestos existe el régimen de excepción (41).

El que la determinación de la urgencia no dependa exclusivamente de la discrecionalidad del Presidente, no quita que su valoración admita criterios políticos. Sin embargo, extraordinariedad y urgencia no son puros postulados políticos, ni son tampoco supuestos de apreciación gubernativa discrecional —como señala Astarloa (42)—,

(39) Citado por SALAS. *Ibid.* p. 68.

(40) *Ibid.*, p. 70.

(41) *Boletín de jurisprudencia constitucional, op.cit.*

(42) ASTARLOA. *Op.cit.*, pp. 118-119.

sino "conceptos jurídicos indeterminados, a determinar caso por caso por medios jurídicos, partiendo de la importante construcción dogmática levantada a tal efecto por la doctrina... (...). Por lo demás, la valoración del presupuesto habilitante no puede ceñirse a la apreciación de las circunstancias de hecho. Exige también constatar que las medidas adoptadas se adecúan en el caso concreto y de forma estricta a las necesidades afrontadas". En España se ha hablado de "conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el decreto se adoptan".

En consecuencia, de no mediar esta conexión existiría una "insuficiencia originaria de habilitación"; por lo que el decreto podría ser atacado en su constitucionalidad si el Congreso lo ratifica, o éste negarle su ratificación.

Podría decirse, entonces, que si bien estamos frente a una potestad exclusiva del Presidente y hasta discrecional en su adopción, esta discrecionalidad se encuentra sujeta a que se den los presupuestos habilitantes; por lo que, presentes estos, el Presidente tendrá la discrecionalidad de tomar la medida o no.

Esto que en teoría corresponde a la naturaleza del instituto que analizamos, no quita que en la práctica se haya prostituido la observancia al requisito de la urgencia; lo que se ha traducido en una utilización abusiva de las "leyes de gobierno". Pero aceptar lo dicho permite que, probado el exceso presidencial, la medida pueda ser impugnada. La carga de la prueba corresponderá, eso sí, al recurrente.

La situación se muestra más grave aún porque, salvo contadísimas excepciones, jamás se ha motivado la necesidad ni la urgencia a la hora de dictar un decreto excepcional. Aunque, como es obvio, la mera motivación tampoco supone el cumplimiento del requisito.

4.3 El alcance de la "materia económico-financiera"

Un problema adicional aparece al querer interpretar a qué ha querido referirse el Constituyente por "materia económica y

financiera". Señalemos, previamente, que nuestra Constitución establece un límite material poco frecuente a la aplicación de la decretación de urgencia, que suele estar abierta a toda la reserva de ley.

Hace un momento, cuando hablamos de la posición de Pacheco, vimos la posibilidad de concordar el artículo 211 inciso 20 con el artículo 132.

Dicho numeral dispone que "en situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con *medidas transitorias de carácter extraordinario*". Este precepto, sin embargo, apunta a un supuesto de hecho diferente. En primer término, el artículo 132 está ubicado en el Título del Régimen Económico, Capítulo Cuarto - De la Empresa.

Para el constitucionalista Francisco Eguiguren (43), este precepto corresponde a una legislación de situaciones de emergencia, conocida en doctrina como *emergencia económica*. El mismo autor considera que este artículo está mal ubicado dentro de la Constitución, pues debió estarlo en el capítulo referido a los principios económicos, como sucede en España, en donde estas medidas están circunscritas expresamente a la intervención de una empresa en casos de emergencia, o cuando peligra todo un sector de la actividad productiva.

Se ha sostenido que el supuesto del numeral 132 forma parte de la potestad presidencial de emitir decretos de urgencia. Así, Pacheco considera que, incluso, la mención expresa a la transitoriedad de las medidas extraordinarias se encuentra en este artículo constitucional (44).

En opinión nuestra, nos encontramos ante dos medidas o

(43) *vid.* EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los retos... Op.cit.*, pp. 227-229. El autor señala que el artículo 132 de la Constitución peruana "resulta emparentado con la figura de la 'emergencia económica' (bastante regulada en la experiencia colombiana) que aparece como complemento de los regímenes de excepción o emergencia por razones políticas y sociales (similares a lo previsto en el artículo 231 de nuestra Carta)".

(44) PACHECO. *Op.cit.*, p. 53.

normas que son facultad gubernativa pero que tienen un campo material de aplicación diverso. Efectivamente, el artículo 132 haría referencia al ámbito de la actividad económica; y permitiría dejar en suspenso determinados derechos constitucionales, como la iniciativa privada, por ejemplo, o hacer posible el control de precios, cosa que a la fecha se ha venido haciendo por el inciso 20, artículo 211. Esta intervención del Estado podría orientarse tanto a niveles micro como macroeconómicos, aunque según Eguiguren, la norma estuvo pensada en términos macro (45).

Así, el mismo autor señala que "el artículo 132 desarrolla y perfecciona atribuciones parecidas a las contenidas en los artículos 40 y 49 de la Constitución peruana de 1933, que ante situaciones de crisis, emergencia o necesidad autorizaba disponer limitaciones en la libertad de comercio e industria para preservar el abastecimiento y los precios de los alimentos y subsistencias para la población. Se puede inferir que este precepto autoriza al Estado a disponer y realizar una intervención temporal en el desenvolvimiento de las actividades económicas, productivas y de servicios, a fin de garantizar el normal funcionamiento de las relaciones en el marco de una economía social de mercado y la satisfacción de las necesidades fundamentales de las personas, así como de corregir distorsiones o situaciones de crisis creadas por efecto de desabastecimiento, incremento excesivo de precios, prácticas monopólicas, especulación, colapso de algún sector de la actividad económica, etc." (46).

En cambio, el artículo 211 inciso 20 posee un ámbito de aplicación restringido, cual es la materia económica y financiera.

Para saber a qué ámbito nos referimos, debemos concordar el 211 inciso 20 con el artículo 138, de tal forma que por materia económica y financiera debemos entender todo lo relativo al manejo de la Hacienda Pública. Es el caso de los empréstitos y las modificaciones a las leyes de presupuesto, siempre, claro está, que así lo requiera el interés nacional. Asimismo, comprende el área de lo

(45) EGUIGUREN. Notas del curso de Temas de Derecho Constitucional I, segundo semestre de 1989.

(46). EGUIGUREN. *Los retos...* Op.cit., p. 228.

tributario, lo aduanero y lo crediticio, siempre que se presente el supuesto de la urgente necesidad que habilite la dación de los decretos de emergencia.

Existen otras diferencias entre ambos preceptos constitucionales. Así, el inciso 20 del artículo 211 trata de una facultad exclusiva del Presidente; mientras que el numeral 132, en tanto atribución del Estado, podría ejecutarse mediante decreto del Ejecutivo como por ley del Congreso (47).

Ya hemos analizado la polémica existente entre los tributaristas con relación a la procedencia o no de la legislación de emergencia para regular materia tributaria, en función de una interpretación clásica o una moderna del principio de legalidad. No es éste el lugar de repetir la controversia, aunque, como resultará evidente, adscribimos a la interpretación de Zolezzi, según la cual el principio de legalidad se refiere hoy a toda norma con rango o fuerza de ley.

La concepción clásica del principio de legalidad respondía a los requerimientos de la emergente clase burguesa de poder controlar la creación de tributos. Hoy en día, tal supuesto histórico ha quedado superado y, además, la normatividad tributaria requiere de niveles de especialización difícilmente presentes entre los representantes parlamentarios.

Se acepte o no la interpretación amplia del principio de legalidad consagrado en el numeral 139 de la Constitución Política, ante una situación de urgente gravedad y cuando así lo requiera el interés nacional, podría legislarse vía decreto de urgencia supuestos tributarios, inclusive la creación de nuevos tributos, aunque éstos serían necesariamente temporales (al igual que el propio decreto).

4.3.1 Cuando el continente no se ajusta al contenido: 1640 decretos de urgencia en 9 años

Según la investigación que realizara el despacho del

(47) *Ibid.*, p. 227.

senador Enrique Bernal, a la que hiciéramos mención, hasta julio de 1989 el gobierno central había emitido 1640 decretos supremos de emergencia.

La gran mayoría de estas medidas se refieren a áreas que exceden el ámbito de aplicación a que el inciso 20 se contrae. Desde modificaciones al régimen laboral hasta aspectos remunerativos, desde problemas de vivienda hasta a prórrogas a los contratos de arrendamiento, desde modificaciones tributarias hasta la creación de beneficios tributarios, desde la declaratoria de estados de emergencia por razones de seguridad hasta la declaratoria de emergencia en diversas actividades económicas, desde la recategorización de plazas artísticas en la Orquesta Sinfónica hasta lo insólito: la aprobación del Reglamento del juego de bingo, los decretos presidenciales han constituido el "cofre de pirata" por el que se ha legislado sobre cualquier asunto. En realidad, a este respecto el cielo ha sido el límite a la imaginación de nuestros gobernantes.

Obviamente, todo lo anteriormente expuesto ha contribuido a la desnaturalización del instituto, que prácticamente ha sido prostituido en sus diez años de vigencia. Nada de lo comentado hubiese sido posible, además, de no haber contado los gobiernos de Acción Popular y del APRA con mayoría en el Congreso.

4.4 Vigencia de los decretos supremos de urgencia y necesidad

Otro problema que surge de la institución tal como está tratada en el Perú, es el relativo a la vigencia que deben tener los decretos presidenciales de urgencia. Cuando analizamos sus caracteres, vimos que uno de ellos era la *transitoriedad*; esto es, que una vez solucionado el motivo que les dio origen, el decreto debe expirar.

Nuestra Constitución no se pronuncia sobre este punto; sin embargo, de la esencia del instituto fluye que deben necesariamente estar sujetos a plazo. De opinarse de manera distinta, llegaríamos al absurdo de aceptar un instrumento legislativo con vocación de permanencia, lo que no se condice con las situaciones extraordinarias que son su causa.

La transitoriedad o temporalidad de la medida, no obstante, no podría tener en todos los casos un mismo plazo de vigencia. Este dependerá de cada circunstancia, y debería estar consignado en los considerandos de la norma. Como sabemos, el presupuesto de hecho habilitante —según Antonio Torres del Morral (48)— es la excepcional y urgente necesidad que requiere ser solucionada. Dicha necesidad puede requerir, pues, de un tiempo mayor o menor para ponerle coto.

Como el vigor de los decretos de urgencia no puede ser unívoco, se desprende con mayor razón la exigencia de un control parlamentario posterior —la provisionalidad, como veremos luego— que implique la ratificación de la medida, y no la simple comunicación al Parlamento, como se ha venido interpretando por "dar cuenta al Congreso".

Una alternativa válida sería el otorgarle legislativamente un plazo de vigencia máximo. Como la circunstancia de emergencia es algo indeterminado, cuya apreciación depende de la discrecionalidad política del Presidente, una manera de evitar posibles arbitrariedades, sobre todo con mayoría parlamentaria, es mediante un plazo máximo de vigencia. De esta manera, la decisión política podrá jugar dentro de dicho plazo.

De transcurrir éste y continuar la emergencia, podrá el Poder Legislativo renovar la vigencia de la medida, o, en todo caso, podrá el Ejecutivo dictar otro decreto.

El primer borrador del Anteproyecto de Ley de Democratización de las Decisiones de Gobierno, elaborado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 1990, presenta un similar parecer. Así, su artículo 88 establece que "(...) Sin necesidad de que así lo establezcan, tienen una vigencia máxima de seis meses prorrogables si subsisten las causales que determinaron su vigencia y si el Congreso no les confiere formalmente fuerza de ley".

(48) TORRES DEL MORRAL, Antonio. *Principio de derecho constitucional español*. Atomo ediciones. Madrid 1986.

Por consiguiente, si el Congreso convierte a los decretos en leyes formales, tendrían éstos la misma vigencia que las leyes; esto es, que sólo podrían interrumpirse en sus efectos por derogación expresa o tácita.

Debemos mencionar, de otra parte, que los decretos de urgencia rigen desde el día siguiente de su promulgación, como sucede, salvo indicación distinta, con los decretos supremos ordinarios.

Cuando indicamos los caracteres de la legislación de emergencia en la legislación comparada, mencionamos el doble efecto de la provisionalidad. Vimos que ésta no solamente operaba respecto de la eficacia del decreto, sino también sobre su vigencia. Y resulta lógico que así sea. Si la eficacia de la norma es provisional hasta la ratificación parlamentaria y si ésta se manifiesta en contra, la vigencia del decreto habrá sido también provisional —no sólo su eficacia— hasta la denegatoria de confianza expresada por el Congreso. Como podrá apreciarse, la provisionalidad en la vigencia es el correlato o reflejo de la eficacia provisional.

También señalamos que el efecto de la provisionalidad sobre la vigencia no se presentaba en los regímenes que, como el italiano, otorgan efectos retroactivos a la no ratificación. Hemos considerado la retroactividad un error, pues equivaldría a considerar a la ratificación parlamentaria como requisito de validez.

En último término, resulta oportuno resaltar la opinión de Zolezzi con respecto a la vigencia de los decretos de urgencia en el ámbito tributario. A falta de plazo y en la medida que en el campo impositivo las normas tienen vigencia anual (año fiscal), dichos decretos deberían adecuarse al calendario fiscal (49).

4.5 Provisionalidad de los decretos supremos de urgencia y la necesidad de un control parlamentario posterior

Un tema de especial interés es el relativo al carácter provisional de los decretos de urgencia. Por provisionalidad debemos

(49) ZOLEZZI, *Op.cit.*

entender la eficacia relativa de tales actos de gobierno, es decir, condicionada a convalidación parlamentaria. Así, su eficacia definitiva dependerá de la posterior ratificación del Congreso. Esto no significa, sin embargo, que el decreto, de ser ratificado, rija desde la fecha de ratificación, sino que ésta se retrotrae a la fecha de emisión. En consecuencia, el pronunciamiento parlamentario positivo tiene efecto declarativo.

La convalidación parlamentaria, de otro lado, *no supone la conversión en ley formal del decreto, sino solamente su transformación de provisional en definitivo*; en consecuencia, no implica cambio alguno en su naturaleza jurídica, por lo que se mantiene como ley material. Salvo, claro está, que el Congreso decida darle permanencia mediante ley expresa.

En el Perú, la Constitución establece la necesidad de dar cuenta al Congreso, sin señalar cuál es la sanción si la norma no es presentada, ni tampoco cuál es el plazo en que la presentación deberá verificarse. Más grave aún, el texto constitucional no define en qué consiste el "dar cuenta", por lo que se ha interpretado que tal requisito se satisface con la mera comunicación.

Tal práctica desnaturaliza por completo el instituto, a la vez que permite la duda respecto de su rango legal. Ello no obstante, el Colegio de Abogados de Lima ha avalado, mediante Oficio No. 019-86-88, la, a nuestro juicio, incorrecta práctica. De opinión similar a la del CAL es el Anteproyecto del ILD.

Con el respeto que merecen las instituciones aludidas, somos de la opinión que por "dar cuenta al Congreso" la norma supone algo más que un simple informe sobre las normas dictadas al amparo del inciso 20. Creemos, más bien, que hace referencia a la provisionalidad como característica esencial de las medidas extraordinarias.

Una de las funciones principales del Parlamento es la fiscalización del Poder Ejecutivo. En el caso específico de las medidas de emergencia, la función fiscalizadora del Congreso debe expresarse en la capacidad de revisar si su emisión satisface las condiciones y requisitos que deben llenar, por lo que podría pronunciarse por su aprobación o descalificación. Más aún cuando en nuestro sistema

constitucional el titular de la potestad legislativa es el Parlamento, lo que impide al gobierno dictar directamente en situaciones normales disposiciones con fuerza de ley. Precisamente, la convalidación parlamentaria es no sólo la que les da eficacia definitiva a los decretos de urgencia, sino la que justifica en términos de control su jerarquía legal. Astarloa (50), refiriéndose al control parlamentario, llega a decir que es "un complemento lógico y consustancial con el uso de la decretación de urgencia".

Somos conscientes, sin embargo, de que la vaguedad de la expresión "con cargo de dar cuenta al Congreso" permite ésta como otras interpretaciones. Podría afirmarse, sin embargo, que la expresión "dar cuenta" es una que, en el uso peruano del lenguaje, siempre ha supuesto una relación de jerarquía entre quien rinde la cuenta y quien la recibe. Incluso este último tiene la facultad de aprobarla o no, lo que abonaría aún más la tesis que la provisionalidad sí está contemplada en el inciso 20 del numeral 211 de la Constitución.

Consideramos, entonces, que nuestra opinión es la que responde a la naturaleza del instituto, por lo que se debería dictar una ley interpretativa o una modificatoria del Reglamento del Congreso que posibilite el establecimiento de un control parlamentario de los decretos de urgencia. Otra salida estaría por el lado del funcionamiento parlamentario, que asuma una posición más activa con respecto de este tema. Indicios de esta conducta se han podido apreciar durante el pedido de censura al Ministro de trabajo del gobierno actual, doctor Carlos Torres y Torres Lara; aunque, salvo contadísimas excepciones, nuestros representantes demostraron sin pudor alguno su total ignorancia por el asunto que los convocaba.

La provisionalidad, de otro lado, funciona de la siguiente manera:

- *CONGRESO EN FUNCIONES*. Emitido y publicado en el diario oficial, el decreto de urgencia deberá ser presentado al Congreso para su convalidación o no dentro del término que se establezca. Un primer punto es analizar si la revisión la realiza una sola cámara —como sucede, por ejemplo, en España con el Congreso

(50) ASTARLOA. *Op.cit.*, p. 138.

de Diputados— o el Congreso en pleno. Una interpretación literal del artículo 211, inciso 20, parecería exigir el control de ambas cámaras; lo que se vería confirmado si la sistematizamos con lo prescrito en el artículo 186 inciso 2, que habla de la atribución del Congreso de velar por el respeto de la Constitución. Esto podría acarrear, sin embargo, problemas de operatividad.

Creemos, por tanto, que más práctico resultaría la revisión por una sola de las cámaras, específicamente por la de diputados, como cámara política, toda vez que el inciso 20 podría ser interpretado como que utiliza el concepto Congreso en términos coloquiales; y que la atribución de velar por la constitucionalidad del ordenamiento jurídico si está en el Congreso, obviamente también en cada una de sus cámaras.

Otros, sin embargo, consideran que más que una cámara, debería ser la Comisión Bicameral de Presupuesto la que someta al control ulterior a la decretación de urgencia (51). Consideramos que ésta es una vía perfectamente posible, toda vez que esta comisión se encarga, precisamente, de estudiar las materias que son el ámbito de regulación del 211 inciso 20.

Cualquiera sea el sentido de la revisión parlamentaria, ésta deberá ser publicada en el diario oficial.

- **RECESO PARLAMENTARIO.** En caso de receso parlamentario, la norma deberá ser presentada ante la Comisión Permanente del Congreso, la que estará facultada a ejercer la revisión. Si esto es así, nada impediría que una sola Cámara sea la encargada del control.
- **DECRETO RATIFICADO.** Ya vimos que adquiere eficacia definitiva. Ahora bien, si el decreto convalidado fuere inconstitucional, el hecho de la ratificación no implica su inatacabilidad. La posibilidad de su impugnación deberá mantenerse, incluso una vez expirado el decreto por vencimiento del plazo de vigencia; aunque debería establecerse un término pres-

(51) En este sentido, EGUIGUREN, *Los retos... Op.cit.*, p. 237.

criptorio reducido de los recursos impugnatorios, toda vez que estamos frente a medidas temporales.

Resulta pertinente el comentario de Astarloa (52), en el sentido que la voz "convalidado" parecería hacer alusión a que producido el pronunciamiento favorable del Congreso, la norma quedaría sanada de sus eventuales vicios. Sin embargo, esto no es así, por lo que, si se quiere, más apropiado es hablar de ratificación u homologación.

- **DECRETO NO RATIFICADO.** Si la norma es presentada al Parlamento y éste no la convalida —por considerar que no se ajusta a sus requisitos técnicos, o por razones de oportunidad política— se entiende que *caduca*, esto es, que deja de existir. La caducidad supone que la norma perderá sus efectos desde el momento en que opera, lo que implica que sus efectos sean *ex-tunc*.

De opinión contraria, sin embargo, es la Constitución italiana, pues establece en el artículo 77 que "(...) Los decretos pierden eficacia *desde el principio* si no se convierten en ley dentro de los 60 días de su publicación". En consecuencia, la Carta italiana le da efectos *ex-tunc* o retroactivos a la no ratificación.

Como hemos señalado, consideramos esta solución errada, puesto que la provisionalidad es precisamente un requisito de eficacia y no de validez; por lo que la norma rige provisionalmente hasta su convalidación o caducidad, a partir de donde, si es convalidada, tendrá una eficacia definitiva. Dicha convalidación, asimismo, le ratifica el rango legislativo desde un inicio.

La afirmación según la cual la no convalidación tiene efectos hacia adelante —no retroactivos— tiene una manifestación práctica evidente: la no afectación de las relaciones jurídicas realizadas al amparo de la norma emitida por el Ejecutivo entre

(52) ASTARLOA. *Op.cit.*, p. 156. El autor habla de que la palabra "convalidación" parecería insinuar "un cierto valor terapéutico y al tiempo parece presuponer la existencia de vicio en todo Decreto-Ley..."

el momento de su promulgación y el de su pase al Congreso. Debe tenerse presente que el objetivo de la legislación de emergencia es regular de manera inmediata una grave y urgente necesidad, objetivo que podría verse entorpecido por una situación de incertidumbre. Del mismo modo, ya se ha señalado que para opinión de este trabajo, la ratificación del Congreso no supone requisito alguno de validez.

Por no considerar el sistema italiano lo antes expuesto, es que de no ser convalidada en él la medida dentro de los 60 días de su presentación al Congreso, éste podrá legislar sobre los derechos surgidos durante el período de "vigencia". Esto es, sobre los derechos surgidos durante la etapa de incertidumbre.

Ello no obstante, los efectos *ex-nunc* (hacia adelante) de la no convalidación deja abierta la posibilidad a un uso incontrolado de los decretos de urgencia. En efecto, al haber regido y generado relaciones jurídicas durante su eficacia provisional, un eventual vicio en la dación del decreto se vería indirectamente subsanado, al ser dichas relaciones inatacables. Para evitar esta situación, sería conveniente que se estableciera algún mecanismo que evite la inatacabilidad de los actos realizados en ejecución del decreto; así como el corte de los recursos de inconstitucionalidad.

- **SILENCIO DEL CONGRESO.** Si el Congreso guarda silencio una vez presentada la norma a su consideración, esto es, si dentro del plazo que se establezca para su pronunciamiento no lo hiciera, debe entenderse que el decreto no es convalidado, puesto que la convalidación ha de ser expresa. Lo contrario sería admitir que el silencio del Congreso es suficiente para ratificar excepciones a su potestad legislativa. No puede hablarse, en este sentido, de "ratificación tácita"; si se quiere, estamos ante una tácita caducidad.
- **RATIFICACION A POSTERIORI.** Tampoco sería procedente la "convalidación *a posteriori*"; esto es, que vencido el plazo para su pronunciamiento, el Congreso decida llevarlo a cabo extemporáneamente, "dado que no estamos ante un nuevo diálogo entre órganos constitucionales, sino ante garantías

establecidas para la defensa del ciudadano" (53). En tal supuesto el decreto ya habría caducado.

- **DECRETO NO PRESENTADO.** Por último, si el Ejecutivo no presentare el decreto para la revisión y aprobación parlamentaria, éste caducaría al igual que si no se hubiere aprobado la revisión. Ello sin perjuicio de la sanción política que corresponda al ministro o ministros responsables. Para otros (54), como intención sancionadora, la ineficacia debería tener efectos *ex tunc*; sanción que se desprende del artículo 186 inciso 2, *in fine*.
- **DEROGATORIA DEL DECRETO.** Algunos estudiosos hablan de *derogatoria* en lugar de caducidad. Resulta oportuno determinar que la derogatoria de un decreto de urgencia sólo podría proceder cuando éste ha sido previamente ratificado, por lo que pese a contar con eficacia y vigencia definitivas, el Parlamento o el propio Ejecutivo deciden hacerlo cesar en sus efectos mediante norma expresa. La caducidad, a su turno, se refiere al efecto que sobre el decreto de urgencia produce la no ratificación del Congreso o el paso del plazo de su vigencia, cuando fue previamente ratificado. Como podrá apreciarse, la derogatoria nada tiene que ver con la provisionalidad.

4.6 Efectos sobre la normatividad preexistente: ¿derogación o suspensión?

Un problema particularmente grave que produce la parquedad del tratamiento constitucional a los decretos de urgencia, es el que se refiere a sus efectos sobre la normatividad preexistente.

(53) ASTARLOA. *Op.cit.*, p. 145.

(54) Así, PACHECO considera que en dicho supuesto "... la sanción debe ser más severa: la pérdida de los efectos desde el momento mismo en que entró en vigor, es decir, con efectos *ex nunc* (sic); pero quedando a cargo del Congreso la obligación de dar una ley en el plazo perentorio que la ley reguladora de los decretos de urgencia establecerá, destinada a reglamentar la materia que trató el decreto que perdió vigencia". *Op.cit.*, p. 54.

La práctica en el uso de tales medidas ha hecho que en innúmeros casos éstas hayan modificado normas legales anteriores. Como ya vimos, de la esencia de las medidas extraordinarias fluye su rango legislativo y su transitoriedad. Ahora bien, si son medidas sujetas a plazo, ¿pueden derogar leyes preexistentes o sólo las dejan en suspenso?

El artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1984 prescribe que "La ley se deroga sólo por otra ley. (...) Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiera derogado".

Nuestra Constitución ha omitido hacer precisiones a este respecto. En su sistemática, asimismo, no se establece la suspensión normativa. Tal circunstancia ha hecho que varios analistas se hayan pronunciado a favor de los efectos derogatorios de las medidas de emergencia; y que otros —como De la Puente (55)— hayan buscado una salida al hablar de una "modificatoria temporal".

Discrepamos frontalmente del efecto derogatorio. Si los decretos de urgencia son transitorios y están sujetos a una emergencia pasajera, mal podrían derogar normas permanentes emitidas en razón de circunstancias habituales. Precisamente, la facultad legislativa del inciso 20 responde a dar pronta solución a un hecho coyuntural, por lo que resulta contradictorio pensar que una medida de coyuntura pueda derogar a una con vocación de permanencia.

Si no fuera esto así, superada la emergencia nos encontraríamos ante un vacío legal, que requeriría ser cubierto por la dación de una ley exactamente igual que la supuestamente derogada. Todo un desperdicio.

Un argumento adicional lo tenemos en la propia naturaleza de la vigencia de los decretos extraordinarios. En rigor, una vez vencido su plazo no se derogan, sino caducan. De esto se sigue que cuando modifican o contravienen normas legales, no es que éstas últimas queden derogadas, sino que sus efectos quedan suspendidos

(55) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las medidas extraordinarias*. En: *Revista Peruana del Derecho de la Empresa*. N° 20 1986, pp. 77-85.

en tanto dure la emergencia que el decreto contempla; por lo que, caduco éste, recuperan plena eficacia.

La subsistencia del problema está, como se dijo, en que la Constitución no ha establecido la figura de la *suspensión de las leyes*. Esta omisión podría ser resuelta, sin embargo, mediante interpretación auténtica del Congreso del inciso 20 del numeral 211 de la Constitución.

4.7 El control jurisdiccional constitucional: apuntes para su procedencia en las medidas extraordinarias

La Constitución de 1979, a diferencia de la de 1933, ha establecido un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las normas.

Así, prescribe un *control concentrado ad-hoc* de la constitucionalidad, de justicia constitucional, o también denominado sistema europeo, con el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), creado expresamente para este fin; con facultades para declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Simultáneamente, nuestra Constitución establece un *control difuso* de la constitucionalidad de las normas, conocido como el *judicial review* o sistema americano, que brinda la posibilidad que sea el propio órgano jurisdiccional —léase Poder Judicial— el que revise la constitucionalidad de las leyes y demás normas, inaplicándolas para el caso concreto; es decir, una declaración de inconstitucionalidad inter partes. Ello no obstante, la Ley Procesal de Acción Popular (Ley 24968) le da efectos *erga omnes* a sus resoluciones, por lo que, al darle efectos derogatorios de la norma inconstitucional a sus fallos, mezcla características del control difuso con el concentrado.

El artículo 298 inciso 1 de la Constitución establece el control concentrado. El problema que se deriva de esta norma —al que ya hemos hecho referencia— es el de establecer si contiene una

enumeración taxativa o una simplemente enunciativa de las normas susceptibles de ser impugnadas vía acción de inconstitucionalidad.

Hemos visto en su momento el caso de los edictos. Al igual que ellos, los decretos supremos de urgencia son normas con rango legal. No vamos a tratar aquí la posibilidad de atacar los efectos de los decretos de urgencia vía acción de amparo, pues esta vía está expedita de producirse la conculcación de un derecho constitucional por medio de un acto derivado de la aplicación del decreto. Esto atañe, sin embargo, al control difuso, cuyos efectos son la inaplicación para el caso concreto.

Nos interesa sí dilucidar la posible impugnación de las medidas extraordinarias vía acción de inconstitucionalidad. De aceptar la jerarquía legal de tales normas, resulta lógica consecuencia el considerar a la enumeración del artículo 298 inciso 1 como enunciativa; pues de lo contrario, estaríamos ante el caso de una norma legal inatacable, que dejaría desprotegidos a los eventuales afectados, siempre y cuando, claro está, dicha afectación resulte inconstitucional por no cumplir la medida con sus requisitos de validez. Tal hipótesis aparece como incompatible con los principios que inspiran nuestra dogmática constitucional (56).

En síntesis, debemos considerar, para guardar la armonía del sistema y en salvaguarda de la seguridad jurídica, que el inciso primero del numeral 298 de la Carta Magna es aplicable a toda norma con rango de ley. Dicha interpretación extensiva de la norma es válida, puesto que una vez emitida ésta cobra virtualidad jurídica propia. Sería muy valioso, a este respecto, un pronunciamiento ex-

(56) Con respecto a la procedencia de la impugnación de los decretos de urgencia por el TGC, tenemos las opiniones favorables de GARCIA BELAUNDE y EGUIGUREN PRAELI. Entendemos con el maestro Domingo GARCIA BELAUNDE que "... si la acción de inconstitucionalidad procede contra todas las normas con valor de ley (y lo son también los decretos-leyes emanados de los gobiernos de facto), estimamos que los decretos de necesidad y urgencia deben ser considerados también entre las normas susceptibles de ser denunciadas de inconstitucionalidad, a través de la acción pertinente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales". (*Op.cit.*, p. 34).

preso del Tribunal, que siga la corriente jurisprudencial de la Corte Suprema que reconoce el rango legal de los decretos supremos de necesidad y urgencia; y que, además, lo haga con relación a la interpretación extensiva que hemos esbozado.

Algunos han considerado a la acción popular como el recurso impugnatorio apropiado a la decretación de urgencia. Se ha dicho que, en el terreno práctico, el control sería similar, toda vez que la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha acción tiene también efectos derogatorios generales a la norma cuestionada.

Quienes esto sostienen olvidan que dicho mecanismo sólo es procedente para impugnar a los decretos ordinarios y a las resoluciones de carácter general que contravengan la Constitución o las leyes (art. 295, tercer párrafo, de la Carta). En consecuencia, de aceptarse esta hipótesis se estaría negando el rango legal de los decretos de urgencia; cuando precisamente requieren de tal jerarquía para ir, de modo temporal, en contra de leyes formales por causas de extraordinaria necesidad.

5. *PROPUESTAS DE REGLAMENTACION DE LOS DECRETOS DE URGENCIA*

5.1 Resumen explicativo: atando los cabos sueltos

Antes de entrar a detallar las propuestas y conclusiones, quisiéramos reseñar brevemente los antecedentes conceptuales que les sirven de fundamento.

A lo largo de este trabajo hemos analizado tanto la naturaleza jurídica como los caracteres esenciales de las medidas de urgencia en la doctrina, el Derecho Comparado y la legislación peruana. De este estudio, se ha hecho visible una serie de deficiencias e insuficiencias de la regulación constitucional de la legislación de emergencia. En especial, con respecto a los siguientes ítems:

- Presupuesto de hecho habilitante;
- Rango legal;
- Forma legislativa adoptada;

- Provisionalidad y control parlamentario posterior;
- Transitoriedad (vigencia);
- Ambito de aplicación: materia económico-financiera;
- Efectos sobre la normatividad preexistente (derogación o suspensión); y,
- Control concentrado de su constitucionalidad.

Sobre estas materias se enfocarán nuestras propuestas de reglamentación, procurando atar todos los cabos para darle correcta operatividad al instituto de los decretos supremos de urgencia.

5.1.1. Cuando no reformar la Constitución es la premisa

La finalidad central de nuestra propuesta es la de establecer mecanismos de reglamentación de la dogmática constitucional sobre el régimen jurídico de la decretación de urgencia que hagan posible su perfeccionamiento, sin necesidad de una previa reforma constitucional. Sin embargo, existen varias propuestas de reforma constitucional, como la que presentara el senador Enrique Bernaldes —del inciso 20— y la del senador Róger Cáceres Velásquez —sobre el inciso 1 del artículo 298 (57).

Para tal efecto, consideramos que de una adecuada interpretación del instituto, así como de la sistemática de la Constitución, pueden cubrirse las graves omisiones que ella exhibe a este respecto.

Antes de pasar a la propuesta en sí, queremos adelantar que el primer borrador del Anteproyecto de Ley de Democratización de las Decisiones de Gobierno del Instituto Libertad y Democracia (ILD) —que propone una reglamentación en varios de sus artículos— será sometido a un breve estudio ulterior.

(57) A este respecto, *vid.* MELO-VEGA CASTRO, Jorge y FERNANDEZ-MALDONADO CASTRO, Guillermo. *Las propuestas de reforma constitucional*. En: *Justicia*, Revista de Política y Ley, No. 2, año 1, Lima, 1990, pp. 50-54.

5.2 *La reglamentación de los decretos presidenciales de necesidad y urgencia para adecuar la figura del inciso 20 del numeral 211 de la Constitución a su naturaleza jurídica y rasgos esenciales*

5.2.1 *Presupuesto de hecho habilitante*

El presupuesto de hecho habilitante, según Torres del Morral (58), es "la excepcional y urgente necesidad que requiere ser solucionada". Como concepto jurídico indeterminado, la urgencia tendrá un alto componente político en su percepción; por lo que la adopción de la medida será un acto sujeto a la discrecionalidad del Presidente de la República, pero no así la determinación de la urgencia. Esta, en suma, estará condicionada a hechos concretos y a la interpretación doctrinal.

La urgencia, dijimos, constituye una de las hipótesis de la necesidad, cual es la de obrar rápidamente, al punto que tenga que soslayarse el procedimiento legislativo ordinario. El factor tiempo es, pues, elemento determinante.

Pero la urgente necesidad debe ir acompañada de otro requisito cuyo cumplimiento habilita la norma, cual es el interés nacional. En términos simples, entendemos con Hernández Berenguel (59), que "algo es de interés nacional cuando sirve en un momento determinado a los objetivos fundamentales del Estado y, por lo tanto, bajo el concepto de "interés nacional" no se puede invocar el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución cuando en realidad, a través de la medida extraordinaria se está atendiendo un objetivo secundario o de menor trascendencia. (...) La medida extraordinaria tiene que responder a la utilidad, conveniencia o bienestar de la mayoría para que responda al interés nacional".

(58) TORRES DEL MORRAL. *Op.cit.*

(59) HERNANDEZ BERENGUEL. *Op.cit.*, pp. 17-18.

5.2.2 *Jerarquía de los decretos de urgencia*

A lo largo de todo este informe hemos sostenido con diversos argumentos el carácter de *ley material* que ostenta la legislación de emergencia. No vamos a reproducir de nuevo la polémica anotada; toca, más bien, proponer una solución para que no se repita en el futuro.

En tal sentido, consideramos que debe modificarse la Ley del Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo No. 560), de tal forma que establezca, en el Título del Presidente de la República, que dentro de las facultades legislativas del primer mandatario se incluye —además de los decretos legislativos, los decretos supremos ordinarios y las resoluciones supremas— la posibilidad de emitir decretos supremos de urgencia al amparo del inciso 20 del numeral 211 de la Constitución; sancionando que tales medidas gozarán de rango legal.

De este modo, los decretos de urgencia adquirirían, dentro de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo, una jerarquía superior a la de los decretos supremos ordinarios; esto es, se reconocería expresamente a lo que ya habíamos llegado por interpretación, en el sentido que son leyes en sentido material.

De otro lado, debería señalarse que dichos decretos son facultad originaria y privativa del Presidente de la República que no requiere de previa aprobación del Consejo de Ministros. Ello no implica que deban carecer de refrendación ministerial a efectos de la responsabilidad política que, como vimos en su oportunidad, no alcanza al primer mandatario.

De igual manera, debería prescribirse que en los considerandos de la norma se indique de manera precisa cuáles son las circunstancias de extraordinaria necesidad que habilita la utilización de dicha atribución presidencial excepcional. El cumplimiento de este requisito permitiría analizar la urgencia, pero no la haría incuestionable.

Lo antes expuesto no enerva la posibilidad de dictarse una ley que reglamente exclusivamente los decretos supremos de

urgencia, pero dada la dificultad que una interpretación auténtica por parte del Congreso podría generar, la alternativa más expeditiva es la reseñada.

5.2.3. *Forma legislativa adoptada por los decretos de urgencia*

De manera complementaria, la modificatoria mencionada debería establecer que los decretos de urgencia se dictarán con el mismo ropaje jurídico que los decretos ordinarios —esto es, como decretos supremos— pero con una denominación diversa: "decretos de urgencia". Por consiguiente, deberían contar con una numeración autónoma seguida de las siglas "DU", lo que haría más fácil su diferenciación e identificación, así como el control de su constitucionalidad.

5.2.4 *Provisionalidad y control parlamentario posterior*

En su oportunidad tratamos *in extenso* esta característica esencial de la legislación de emergencia. Vimos cómo nuestra Constitución había consignado un parco "dar cuenta al Congreso", y que, en nuestra opinión, era necesaria la fiscalización de estas normas por parte del Parlamento; que, de convalidar los decretos de urgencia, les otorgaría *eficacia* y rango legal definitivos.

Tómese nota que el requisito de la provisionalidad —que supone convalidación del Congreso— va íntimamente ligado a la jerarquía normativa de los decretos presidenciales de urgencia; puesto que, como viéramos en su momento, a partir de su ratificación adquieren rango legal definitivo, lo que no supone su conversión en leyes formales.

Dos vías podrían adoptarse para reglamentar el "cargo de dar cuenta al Congreso" y delimitar de manera precisa la fiscalización del Parlamento.

- En primer término, la dación de una ley interpretativa por parte del Congreso de la República que disponga, como requisito

esencial para la eficacia de los decretos de urgencia, la convalidación por parte de dicho poder del Estado. En consecuencia, la eficacia provisional de tales medidas duraría hasta producida la convalidación, luego de la cual adquirirían pleno y definitivo vigor.

Consideramos, asimismo, que dicha interpretación auténtica debería establecer que, de no mediar convalidación, la norma *caduca*. Los efectos de esta *caducidad* —como viéramos en su oportunidad— serían *ex nunc*, y no retroactivos como creemos que equivocadamente señala la Constitución italiana.

La razón de que la no convalidación suponga una caducidad y no una pérdida de efecto desde el principio, estriba en que la ratificación del Congreso —que supone la provisionalidad— es requisito de *eficacia* y no de validez. Así como en la incertidumbre que el efecto retroactivo ocasionaría en la esfera de las relaciones jurídicas y derechos producidos al amparo de la norma extraordinaria.

Sin embargo, y a fin de evitar la subsanación de posibles vicios generados por los efectos *ex-nunc* (no retroactivos) de la no ratificación, es necesario establecer mecanismos que permitan la impugnación de las relaciones jurídicas producidas durante la vigencia provisional del decreto ahora caduco.

Finalmente, de no permitirse el control parlamentario comentado, caeríamos en el contrasentido de aceptar que el Ejecutivo puede dictar normas con fuerza de ley sin ninguna participación fiscalizadora del Congreso; lo que, como hemos reiterado, resulta incompatible con el modelo legislativo de la Constitución de 1979.

- Una segunda alternativa podría estar por el lado de una modificatoria del Reglamento del Congreso, vía una resolución legislativa que adicione normas relativas al procedimiento que ha de entenderse por el "dar cuenta". Viene a colación, a este respecto, que el artículo 104 de la Carta —referido a los Convenios—, también menciona similar requisito. En consecuencia, podría dicha resolución legislativa normar ambos requerimientos, de acuerdo a la particular y distinta naturaleza

de cada uno. El requisito de dar cuenta al Congreso contemplado en el numeral 231 —Capítulo VIII, Título IV, del Régimen de Excepción— merecería mención aparte, por tratarse de norma con un supuesto muy particular.

A este respecto, sólo nos queda añadir que, en ambas alternativas, debe fijarse un plazo perentorio dentro del cual el Ejecutivo debe cumplir con la obligación de presentar la medida de urgencia a la consideración del Congreso, así como el término dentro del cual éste deberá emitir opinión. En este sentido, por ejemplo, la Constitución italiana habla de 60 días, y la española de 30.

Un tercer mecanismo, que no requiere de regulación alguna, está por el lado de un efectivo control parlamentario de hecho; como parece ha empezado a suceder en el actual régimen. Sin embargo, en la medida que tal sistema carece de coercibilidad, estaría sujeto a los devaneos de nuestra clase política.

En cuanto al órgano que ejerza efectivamente el control posterior, ya hemos visto que podría ser la Cámara de Diputados o incluso la Comisión Bicameral de Presupuesto del Congreso. Ello cuando el Parlamento está en ejercicio. En los periodos de receso, la Comisión Permanente sería el órgano facultado. Tales supuestos podrían incluirse en las normas reglamentarias a las que hemos hecho alusión.

5.2.5 Vigencia transitoria de los decretos de urgencia

Este punto ha sido, al igual que los anteriores, materia de largo estudio. Toca ahora esbozar nuestra propuesta para reglamentar esta característica connatural al instituto de los decretos de urgencia.

En la modificatoria a la Ley del Poder Ejecutivo podría establecerse, adicionalmente, que la vigencia provisional de las medidas extraordinarias ocurriría al día siguiente de su promulgación, salvo disposición diferente —recuérdese que estamos ante decretos supremos—, y que la vigencia definitiva —que está

supeditada a la convalidación por el Congreso— estará sujeta a un periodo máximo de tiempo que podría ser, como establece el Anteproyecto del ILD, hasta de 6 meses. Al cabo de los cuales, de mantenerse el supuesto de hecho habilitante —la emergencia— se podría prorrogar la vigencia de las medidas; salvo que el Congreso juzgase pertinente darles permanencia, convirtiéndolas en *leyes formales*.

Para el caso de normas tributarias, cuya vigencia es mayormente anual, se podría establecer un plazo excepcional, que podría tener como límite máximo un año calendario, en caso que la medida sea contemporánea al inicio del año fiscal. Si la medida se dicta empezado el año fiscal, el plazo máximo sería lo que resta de éste, sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia.

Como resultará evidente, a diferencia de los decretos legislativos sobre materia tributaria, los decretos de urgencia referidos a ésta entran en vigor inmediatamente, pues buscan dar remedio a una situación extraordinaria.

5.2.6 Alcance de la materia económico-financiera

Con relación a las materias sobre las que pueden versar las medidas extraordinarias conferidas al Presidente, resulta oportuno, para evitar los ya habituales abusos en su utilización, restringirlas al campo de la hacienda pública. Para tal efecto, dentro de las modificaciones a la Ley del Poder Ejecutivo para reglamentar los decretos de urgencia debería establecerse que los mismos sólo pueden emanar del Ministerio de Economía y Finanzas, sin que ello enerve su numeración autónoma.

Sería pertinente, asimismo, que se dispusiera de una suerte de listado con las materias sobre las cuales el Presidente tendría competencia para legislar de ocurrir el supuesto de hecho habilitante. Esto impediría que se use la facultad extraordinaria para normar situaciones como las plazas de la Orquesta Sinfónica Nacional o los regímenes laborales de excepción como el PROEM.

5.2.7 Efectos sobre la normatividad preexistente: derogación o suspensión

Ya hemos concluido que, a pesar de no fluir expresamente de la dogmática constitucional el sistema de *suspensión de normas*, éste resultaba lógica consecuencia del inciso 20, numeral 211 de la Carta Política.

Señalamos que de no aceptarse la suspensión, se producirían vacíos jurídicos cuando los decretos de urgencia contraviniesen normas legales, pues al ser éstos temporales o transitorios, una vez caduco su plazo de vigencia caeríamos en el absurdo —si se piensa que tiene efecto derogatorio— de requerir la dación de leyes exactamente iguales a las ahora inexistentes.

Consideramos, pues, que dentro de la modificatoria a la Ley del Poder Ejecutivo debe consignarse norma expresa que haga mención al hecho que de emitirse decretos supremos de urgencia que contravengan normas legales, se entenderá que la vigencia de estas últimas queda en suspenso hasta la desaparición de la causa que motivó la emisión de las medidas extraordinarias y que ahora produce su caducidad.

5.2.8 Control concentrado de la constitucionalidad de los decretos de urgencia: la posibilidad de su impugnación vía Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales

Nos hemos pronunciado, en su momento, a favor de la interpretación amplia del artículo 298 inciso 1 de la Constitución. No es lugar de repetir nuestro razonamiento. Solamente nos queda proponer que vía una modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales —Ley No. 23385— se establezca que dentro del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, deba entenderse por éstas a toda norma con rango de ley.

En este orden de ideas, no sólo debe incluirse a los decretos de urgencia dentro del control jurisdiccional constitucional aludido, sino a los edictos y a toda otra norma con jerarquía legal por crearse.

5.2.8.1 Comentario crítico de la resolución del TGC que declara "inadmisible" (sic) la impugnación de los decretos de urgencia vía Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes

En su momento hicimos alusión a la conveniencia de que el Tribunal de Garantías Constitucionales acogiera y declarara la interpretación extensiva de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad como medio de impugnación de los decretos de urgencia. Ya cuando este trabajo estaba terminado, apareció una resolución expedida por el TGC sobre el problema del control de la constitucionalidad de tales normas.

Con fecha 19 de octubre de 1990, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución TGC que declara "inadmisible" la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 20 senadores contra el Decreto Supremo 057-90-TR, dictado al amparo del artículo 211, inciso 20 de la Constitución. Previamente nos vemos en la obligación de manifestar que en ningún caso podría hablarse de "inadmisibilidad", sino más bien de improcedencia; toda vez que lo que está en discusión es la vía procesal adecuada, y no la ausencia de algún requisito de forma en la demanda.

Inclusive, la propia Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ley 23385, en su artículo 30 establece de modo taxativo los casos de inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad. Tal precepto acoge lo que ya habíamos dicho, y añade los supuestos de haberse presentado el recurso fuera del plazo (6 años) o de haberse pronunciado ya el Tribunal de modo negativo sobre el fondo de un asunto similar.

A pesar de lo dicho, la resolución anotada señala que "*la demanda adolece pues de defecto de forma, por no ser la vía para incoar la inconstitucionalidad del decreto supremo... la escogida ante el TGC por los accionantes*". (El subrayado es nuestro).

Los argumentos de fondo que sostienen la denegatoria a la vía son dos:

- Que el artículo 298 inciso 1 tiene carácter taxativo y que, en

consecuencia, no encontrándose el decreto supremo impugnado en ninguno de los supuestos señalados por la norma, la demanda que lo impugna resulta improcedente (para los vocales, "inadmisibile");

- Uno de los votos singulares a favor de la "inadmisibilidad", afirma que el TGC carece de competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de urgencia; dado que no serían leyes ni tampoco tendrían fuerza de ley, porque la Constitución "cuando establece que una norma jurídica de inferior jerarquía a la ley tiene fuerza de ley, lo indica expresamente..." El argumento, que hasta aquí estaba dentro de los parámetros de la polémica, recurre, sin embargo, al ejemplo de los Convenios Colectivos, que según la Carta Política son ley entre las partes. Acaso por un descuido, no se percató el magistrado que la *ratio* de la norma constitucional sobre la negociación colectiva está en otorgar carácter obligatorio a los acuerdos laborales entre quienes los suscriben; pero no en concederles rango legal. Si bien los efectos de los convenios son generales entre quienes los celebran, ello en nada se parece a la generalidad de la norma legal, que es un supuesto diametralmente distinto.

Del mismo modo, nos parece cuestionable la misma opinión singular en cuanto señala que "todos los decretos supremos de carácter general son solamente decretos supremos de carácter general y nada más, y carecen de fuerza de ley". Más allá del tautológico razonamiento, negarle jerarquía legal a la decretación de urgencia basado en su ropaje jurídico, demuestra —creemos— una superficial aproximación al tema que nos ocupa.

Otro voto singular, a pesar de reconocer el rango legal de la normatividad de emergencia, afirma que son decretos de carácter general y que, por ello, la vía pertinente para su impugnación es la Acción Popular. Resulta curioso que reconociéndole jerarquía de ley a los decretos de urgencia, tal dictamen les niegue luego este valor al considerarles aplicable el mecanismo de impugnación de las normas generales con rango inferior al legal.

La resolución comentada podría, más allá de

disquisiciones teóricas, generar graves consecuencias en la práctica. Así, existen a la fecha dos resoluciones del Fuero Laboral que, a su vez, han denegado la impugnación vía Acción Popular de los decretos supremos de urgencia que crean el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM). Dichas resoluciones fueron recurridas ante la Corte Suprema de Justicia, encontrándose en estado de sentencia. Como no existe manera de elucubrar una vía impugnatoria alternativa, de confirmar la Corte Suprema el fallo recurrido, la legislación de emergencia corre el riesgo de tornarse inatacable con efectos *erga omnes*.

Sólo un voto singular opinó favorablemente por la procedencia de la demanda. Para ello acudió al análisis del fenómeno de la función legislativa del Ejecutivo, generado a partir de la Segunda Guerra Mundial, así como a la moderna doctrina constitucional peruana y extranjera. Al señalar, conjuntamente con la doctrina nacional, la fuerza de ley de los decretos de urgencia, concluye por la procedencia de la vía incoada, como única forma de atacar la inconstitucionalidad de dichas medidas.

Creemos que el TGC ha perdido otra oportunidad invalorable de crear derecho. Ya Domingo García Belaunde (60) había manifestado sobre este órgano que "ha tenido siempre la enorme sabiduría de no pronunciarse nunca sobre conflictos delicados en materia constitucional". Confiamos, sin embargo, en que nuestro Tribunal Constitucional asumirá un rol más dinámico que le permita ubicarse a la vanguardia de la armonización constitucional.

6. *EL PRIMER BORRADOR DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEMOCRATIZACION DE LAS DECISIONES DE GOBIERNO DEL INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA (ILD) COMO ALTERNATIVA DE REGLAMENTACION DE LOS DECRETOS DE URGENCIA*

El Anteproyecto del ILD trata la materia de los decretos de

(60) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Si la Constitución no fuera política, no sería violada*. Entrevista en: Diario *El Nacional*, edición del 16 de

urgencia en sus artículos 88, 89, 90 y 91. Si bien el Anteproyecto introduce muchas de las modificaciones que hemos atribuido debe hacerse a la Ley del Poder Ejecutivo, omite algunos puntos trascendentes.

Así, el ILD considera que el Ejecutivo en la comunicación que deberá hacer al Congreso de la promulgación de la medida de emergencia —que debe ser dentro de los 3 días siguientes— deberá incluir una explicación en torno a su extraordinariedad, naturaleza económico-financiera, de la urgencia y necesidad, y del interés nacional involucrado. De no cumplirse con el plazo establecido —dice el precepto— el decreto caduca de pleno derecho.

Sin embargo, olvida al Anteproyecto la necesidad de establecer la *provisionalidad* de la decretación de urgencia; y en tal sentido, no dispone que el Congreso convalida la medida, dándole así eficacia definitiva. La caducidad del decreto también debería proceder si es que el Congreso, una vez que se le presenta la norma, no la ratifica. Al establecer el proyecto ILD una mera comunicación, soslaya el indispensable control parlamentario posterior, que es el complemento lógico y consustancial al instituto en análisis.

Ocurre que el Anteproyecto confunde la característica de provisionalidad con la de temporalidad o transitoriedad. Así lo ha expresado el profesor Carlos Cárdenas —asesor jurídico del Anteproyecto—, quien en una serie de artículos publicados en el diario *Página Libre* (61) dijera que "las medidas extraordinarias tienen carácter provisional, pues han de referirse a acontecimientos transitorios".

Es más, de lo comentado por Cárdenas fluye que, para el ILD, los decretos de urgencia son susceptibles de derogación, cuando lo apropiado hubiese sido referirse a la convalidación o caducidad de

setiembre de 1989, pags. 15-18. Entrevista realizada por OQUENDO HERAUD, Sergio.

(61) CARDENAS QUIROS, Carlos. *Los decretos de urgencia*. En: Diario *Página Libre*, publicado en tres partes el 20, 21 y 23 de marzo de 1990, sección Opinión..

dichas medidas. Cabría, en todo caso, hablar de derogación si el referido decreto hubiese sido previamente ratificado por el Congreso.

Otra deficiencia del Proyecto del ILD es que no zanja de una vez por todas el problema de la jerarquía legal de los decretos de urgencia; tan sólo parece presumirle tal rango. Esto es en principio correcto, pero hubiese sido aconsejable incluirlo de manera expresa.

De esto se deriva otra deficiencia: el problema del control jurisdiccional constitucional de las medidas de emergencia.

Adicionalmente, el Anteproyecto no hace referencia alguna a qué sucede con la normatividad preexistente en caso de existir colisión con el decreto de urgencia; esto es, si la norma legal colisionada es modificada, derogada o queda en suspenso.

Tampoco precisa el Anteproyecto la materia económico-financiera, por lo que bastaría para éste que el Ejecutivo, al momento de informar de manera explicada al Congreso, le atribuya tal naturaleza a una situación que de por sí no la tiene.

Por último, el ILD considera que necesariamente los decretos de urgencia deberán aprobarse en Consejo de Ministros. Aduce que ésta ha sido la práctica corriente. Ello no obstante, al encontrarnos ante una facultad originaria y privativa del Presidente, bien podría éste promulgar una medida de emergencia sin necesidad de contar con el voto aprobatorio de su Consejo Ministerial; pues le sería suficiente contar con la refrendación del ministro de Economía y Finanzas.

Consideramos, no obstante todas estas deficiencias, que por estar frente a un "primer borrador", de perfeccionarse el Anteproyecto del ILD y llegar a ser ley, podría ser un buen instrumento para reglamentar la legislación de emergencia y acabar, de una buena vez, con las dudas que aún muchos cobijan.

BIBLIOGRAFIA BASICA UTILIZADA

ALEGRE AVILA, Juan Manuel

La viabilidad constitucional del Decreto-Ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad. En: *Revista de administración pública*, No. 105, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio

Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español. En: *Revista de administración pública*, No. 106, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

El Parlamento por dentro. DESCO, Lima, 1984.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

El funcionamiento del sistema político en la Constitución de 1979. En: *La Constitución diez años después.* Fundación Friedrich Naumann, primera edición, Lima, 1989.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique/ RUBIO CORREA, Marcial
Constitución y sociedad política. Ediciones Mesa Redonda, primera edición, Lima, 1983; así como la tercera edición, Lima, 1988.

BOREA ODRIA, Alberto

Exposición en el Colegio de Abogados de Lima sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales. En: *Revista del Foro.*

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo

Derecho constitucional. Editorial Tecnos, Madrid, 1973.

CARDENAS QUIROS, Carlos

Los decretos con fuerza de ley. En: *Diario Página Libre*, ediciones del 20, 21 y 23 de marzo de 1990, sección editorial, Lima.

CORTES GENERALES DE ESPAÑA

Boletín de jurisprudencia constitucional, No. 23, Madrid, 1983.

CHIRINOS SOTO, Enrique

La nueva Constitución al alcance de todos. AFA Editores, tercera edición, Lima, 1984.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

Las medidas extraordinarias. En: *Revista Peruana del Derecho de la Empresa*, No. 20, 1986.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

Normas contrarias a la Constitución y la ley. En: *Revista del Foro*, año LXXI, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1984.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

Los decretos de necesidad y urgencia en relación a la atribución presidencial de dictar medidas extraordinarias contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución. En: *Derecho*, No. 40, Fondo Editorial PUC, Lima, diciembre de 1986.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

El fortalecimiento de las funciones legislativas del gobierno: decretos legislativos y decretos presidenciales de urgencia. En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas/ Fundación Friedrich Naumann, primera edición. Lima, 1990.

GARCIA BELAUNDE, Domingo

Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano. En: *Lecturas sobre temas constitucionales # 3*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

GARCIA BELAUNDE, Domingo

Si la Constitución no fuera política, no sería violada. Entrevista por Sergio Oquendo Heraud en: *Diario El Nacional*, edición del 16 de setiembre de 1989.

GASCON HERNANDEZ, Juan

Problemas actuales del Decreto-ley. En: *Revista de administración pública*, No. 15, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

HERNANDEZ BERENGUEL, Luis

El principio de legalidad y las medidas extraordinarias que se pueden dictar mediante Decreto Supremo en materia Económica y Financiera. En: *Cuadernos tributarios*, No. 1, IFA, Lima, 1986.

INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA

Primer Borrador del Anteproyecto de Ley de Democratización de las Decisiones de Gobierno.

LANDA ARROYO, César

Citado por EGUIGUREN. *Los retos...*

Leyes constitucionales (traducciones), Editorial Taurus, Madrid, 1959.

MEDRANO CORNEJO, Humberto

Acerca del principio de legalidad en el derecho tributario. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, No. 12, Lima, junio de 1987.

MELO-VEGA CASTRO, Jorge/FERNANDEZ-MALDONADO CASTRO, Guillermo

Las propuestas de reforma constitucional. En: *Justicia*, Revista de Política y Ley, No. 2, año 1, Lima, 1990.

PACHECO BARANDIARAN, María del Rosario

Los decretos de urgencia y la Constitución de 1979. Tesis PUC, Lima, 1986.

PACHECO BARANDIARAN, María del Rosario

Los decretos de urgencia y un vacío en la Constitución de 1979. En: *Themis*, Revista de Derecho, segunda época, No. 6, Lima, 1987.

PAREJA PFLUCKER, Piedad

Atribuciones constitucionales del Presidente de la República. Ediciones Rikchay, Lima, 1987.

PAREJA PAZ-SOLDAN, José

Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Ediciones Justo Valenzuela, tercera edición, Lima, 1984.

POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge

Constitución y justicia. Editorial Andina, Lima, 1984.

QUIROGA LEON, Aníbal

El sistema de justicia constitucional en el Perú. En: *Lecturas sobre temas constitucionales # 2*, Comisión Andina de Juristas, Lima, junio de 1988.

RUBIO LLORENTE, Francisco

Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. En: *Revista de administración pública*, No. 100, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

SACHICA, Luis Carlos

El control de constitucionalidad y sus mecanismos. Editorial Temis, tercera edición, Bogotá, 1988.

SALAS, Javier

Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia. En: *Revista de administración pública*, No. 51, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

TORRES DEL MORRAL, Antonio

Principios de derecho constitucional español. Atomo ediciones, Madrid, 1986.

TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Resolución del expediente 004-90-I/TGC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 19 de octubre de 1990.

VELASCO LOZADA, Ana Rosa

La Constitución peruana de 1979: atribuciones legislativas de los órganos Ejecutivo y Legislativo. Tesis PUC, 1988.

ZOLEZZI MOLLER, Armando

El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución y la tributación. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, No. 10, Lima, junio de 1986.

FORMAS DE PARTICIPACION EN NEGOCIOS AJENOS

Wilfredo García Noriega

Nuestro ordenamiento jurídico contempla diversas formas de participar en los negocios de otra persona. Haremos un análisis de tres figuras jurídicas contempladas por nuestra legislación: La Asociación en Participación, el Contrato de Cuentas en Participación y la Cláusula de Participación.

I. ASOCIACION EN PARTICIPACION

Esta figura jurídica tiene su antecedente más remoto en el Medioevo. En efecto, la *Commenda* es la institución que con algunas mutaciones propias del tiempo transcurrido hasta la fecha, debe considerarse como el antecedente de la Asociación en Participación del derecho moderno.

La *commenda* aparece ligada al préstamo marítimo; ambas tienen la misma causa de aparición. En la primera una persona busca un ventajoso empleo de su capital y en la segunda se pretende el financiamiento del negocio. De este modo ambas personas unen esfuerzos y bienes, acordando que una de ellas desarrolle una actividad, ya sea comercial o industrial, para beneficio común, y la otra contribuya en el negocio tan sólo con el riesgo del capital invertido.

Esta figura permitió que personas que no deseaban aparecer públicamente, básicamente personas ajenas al comercio, intervinieran en esta actividad económica.

Algunos autores como Von Gierke (1) coinciden en afirmar que

(1) VON GIERKE, Julio. *Derecho Comercial y la Navegación*. Buenos Aires, Ed. T.E.A., 1957, pp. 266 y 267.

ya a principios de la Edad Media se encuentra la commenda, por la cual dos personas se unen con el objeto de desarrollar una operación especulativa accidental.

En los países latinos, la commenda aparece bajo dos formas distintas:

1. La commenda unilateral, en función de la cual un capitalista (commendator) entrega mercancías o dinero al dueño de una empresa (traktator), a fin de que éste se marche al extranjero y lucre con los valores que le fueron encomendados, es decir, que venda las mercancías o emplee el dinero para efectuar compras. El beneficio así obtenido se reparte a su regreso.
2. La commenda con "aportes" de ambos participantes, que es denominada "collegianta o Societas". Destaca en esta segunda modalidad el factor social. Es en buena cuenta una sociedad accidental con aportes de ambos participantes.

Sin embargo, frente a terceros sólo actúa el traktator, quien es el único responsable por las obligaciones que asuma con éstos.

Naturaleza jurídica y el problema de la personalidad jurídica de la Asociación en Participación

El precisar la naturaleza jurídica de esta institución ha sido motivo de arduas discusiones, ya que mientras para algunos autores la Asociación en Participación debe considerarse como una sociedad accidental e incluso como una sociedad irregular, para otros tratadistas no es más que un contrato.

Conviene precisar que dentro del derecho mercantil peruano, la Asociación en Participación se ubica dentro de la normatividad sobre formas asociativas para el comercio en sentido genérico, pero no puede considerársele como una sociedad en sentido estricto por los siguientes caracteres diferenciales:

- a) El pacto no se revela a terceros; es oculto entre las partes.

- b) No requiere publicidad ni inscripción en Registros Públicos.
- c) El Asociante contrata con terceros a nombre personal y no obliga con sus actos al asociado.
- d) No se constituye un *patrimonio separado* del de los participantes, que le sea propio a la Asociación.
- e) No se constituye ni se crea una *persona jurídica diferente*, ya que lo que existe tan sólo es una pura relación contractual entre las partes.
- f) Falta la "affectio societatis" o razón comercial común, pues el negocio es del asociante. El contrato tan sólo otorga al asociado el derecho a participar en los resultados del negocio en las proporciones acordadas en el pacto.

Tampoco puede ubicarse a la Asociación en Participación dentro de las sociedades irregulares, ya que éstas se presentan en aquellos casos de sociedades que ofrecen vicios de forma bajo algunos de los tipos autorizados de sociedad; siendo así que la figura jurídica que nos ocupa tiene un tratamiento legislativo específico que le es propio y diferencial de las sociedades en general, tal como hemos anotado anteriormente.

Para el tratadista Ulises Montoya Manfredi (2) la Asociación en Participación es un contrato de naturaleza mercantil, según el cual el Asociante conviene con el Asociado en que éste participe en la proporción en que ambos acuerden en las utilidades o pérdidas de la empresa o negocios del asociante.

Nuestra Ley General de Sociedades contempla a la Asociación en Participación dentro de la Sección Sexta del Libro Tercero y bajo el título específico de Asociación en Participación, artículos 398 a 405.

Al respecto, el artículo 402 establece claramente que la

(2) MONTOKYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. (Tomo I, p. 384).

Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica. A su turno, el artículo 400 dispone que la Asociación en Participación es un "*Contrato*" que debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el registro.

Por lo expuesto, somos de opinión que la Asociación en Participación en el derecho peruano no es ni una sociedad mercantil, ni sociedad irregular, sino tan sólo un contrato de naturaleza mercantil, propio y distinto de otras figuras jurídicas.

Elementos personales

Si analizamos el contenido del artículo 298 de la Ley General de Sociedades, colegimos que son dos los sujetos de la relación en el contrato bajo análisis:

Asociante. Sujeto que concede participación tanto en las utilidades como en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios que él dirige o realiza y por los que se responsabiliza frente a terceros.

Asociado. La persona que aporta bienes o servicios, estableciéndose así un nexo que le hace participar en los resultados de la Asociación.

Los sujetos de la relación pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, con la única condición de tener capacidad legal de goce y de ejercicio; es decir, de ser hábiles para contratar y obligarse y de no estar impedidos de ejercer el comercio.

Cabe la posibilidad que una pluralidad de asociantes intervengan en una relación jurídica con un único asociado. Por el contrario, el asociante no podrá atribuir participaciones para la misma empresa o negocio a varios asociados sin el consentimiento del anterior asociado, salvo que exista pacto expreso en contrario (artículo 399).

Elementos formales

El único elemento formal que exige la Ley en su artículo 400 es que el contrato conste por escrito.

No obstante, la ley no sanciona con la nulidad la inobservancia de la forma indicada, por lo que según el artículo 144 del Código Civil ésta constituye tan sólo un medio de prueba de la existencia del acto y no condición de la validez del mismo.

Responsabilidad de las partes frente a terceros

Como ya hemos señalado anteriormente, el Contrato de Asociación en Participación no es conocido por terceros que puedan eventualmente contratar con el Asociante.

El artículo 401 de la Ley General de Sociedades, dispone que el Asociante obra en nombre propio y por tanto será el único responsable de las obligaciones por él contraídas.

De ello se desprende la inexistencia de relación jurídica entre los terceros y el Asociado. Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al Asociado, ni éste ante aquéllos.

Administración de los negocios

Al carecer la Asociación en Participación de personalidad jurídica y ser el Asociante el que contrata con terceros, la Administración de los negocios corresponderá a su dueño, es decir al Asociante, quien es su único gestor (art. 403).

En opinión de Ulises Montoya Manfredi (3) es ésta la única condición esencial del convenio; y es ésta la causa fundamental de la exclusiva responsabilidad del Asociante frente a los terceros.

Coincidimos con Messineo (4) y con Joaquín Garrigues (5), que aun cuando el Asociado no tiene el poder de participar en la gestión de la empresa o del negocio, tiene el derecho a la rendición de

(3) *Op.cit.*, p. 386.

(4) MESSINEO, Franceso. *Derecho Civil y Comercial*. & 153, p. 9.

(5) GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, p. 56.

cuentas definitiva del negocio realizado o a la rendición de cuentas periódica si el negocio se prolongara por más de un año.

Asimismo, asiste al Asociado el derecho de ejercer una acción de control sobre los hechos administrativos internos, de acuerdo a lo estipulado en el contrato (art. 403).

El Asociante Administrador deberá actuar respetando lo convenido en el contrato a éste respecto, con el cuidado que se exige al comerciante leal, absteniéndose de actos de competencia desleal respecto de su co-asociado.

Pacto de participación

Desde el punto de vista económico es éste el aspecto más importante del Contrato de Asociación en Participación. De su correcta concepción, quedarán claramente determinadas dos situaciones fundamentales de la relación jurídica materia de estudio: el reparto de utilidades y la responsabilidad en las pérdidas del negocio.

En aplicación de un principio general a todas las relaciones de Asociación, el Asociado participa en las pérdidas en la misma medida en que participa en las utilidades, salvo pacto en contrario. Sin embargo, las pérdidas que afectan al Asociado no pueden superar al valor de su aporte (art. 405).

Según el propio texto del artículo 398 de la Ley General de Sociedades, que define a la Asociación en Participación, la proporción en que Asociante y Asociado participan en las utilidades "o" en las pérdidas queda librada al acuerdo entre las partes.

En nuestra opinión la conjunción copulativa "o" no se refiere a la posibilidad de Asociarse sólo a las utilidades o sólo a las pérdidas, sino, por el contrario, está referida al resultado aleatorio de la participación: si hubo utilidades, se participa en éstas; o en las pérdidas, si fue esto lo que se logró en la operación.

Diversas ejecutorias comentadas por el Dr. José Muci-Abraham

(6), referidas a las Asociaciones en Participación en el derecho venezolano, así lo confirman:

"La Asociación en Participación supone un aporte que puede producir utilidad o pérdida..." (7).

"En las Asociaciones en Participación el partícipe ha de aportar al asociante el dinero o los valores que se estipulen y ha de participar no solamente en las ganancias, sino también en las pérdidas" (8).

"Para que exista Asociación en Participación los asociados deben participar tanto en los beneficios como en las pérdidas" (9).

"No hay Asociación en Participación cuando sólo se participa en las ganancias y no se soportan las pérdidas, es decir cuando no hay "aleatoriedad" (10).

"No hay Asociación en Participación cuando sólo se participa en las ganancias y no se soportan las pérdidas, lo que ocurre cuando se asigna un beneficio fijo al supuesto partícipe" (11).

-
- (6) MUCI-ABRAHAM, José. *Asociaciones en Participación, Jurisprudencia y doctrina administrativas, compiladas y anotadas.*
- (7) *Op.cit.* Sentencia del 8 de noviembre de 1955. (Gaceta Forense 1955, No. 10, Vol. II, pp. 83 y 84).
- (8) *Op.cit.* Sentencia del 3 de mayo de 1956 (Porrás Rengel, Juan. Tomo II, pags. 1664 y 1665).
- (9) *Op.cit.* Corte Superior de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Sentencia de 14 de agosto de 1959.
- (10) *Op.cit.* Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Trabajo del 10 de octubre de 1956.
- (11) *Op.cit.* Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Trabajo de 7 de octubre de 1961.

Afirmar lo contrario, es decir librar a una de las partes de todo riesgo, supondría desnaturalizar la forma de Asociación que nos ocupa.

II. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION

El artículo 406 de la Ley General de Sociedades regula el Contrato de Cuentas en Participación, el cual puede adoptar dos formas distintas:

- a) Aquel por el cual una persona se interesa en las utilidades de una empresa, sin participación en las pérdidas de la misma.
- b) El contrato por el que un contratante atribuye participación en las utilidades y en las pérdidas de su empresa, sin que corresponda un determinado aporte.

Adviértase que a diferencia del Contrato de Asociación en Participación que hemos visto anteriormente, el Contrato de Cuentas en Participación posibilita la participación de uno de los contratantes exclusivamente en las utilidades de una empresa, sin participar en las pérdidas de la misma.

Asimismo, admite la participación de uno de los contratantes en las utilidades y en las pérdidas de la empresa del otro, sin que ello responda necesariamente a una contraprestación que deba de efectuar el participante.

Naturaleza jurídica

Desde el punto de vista estructural, el contrato de cuentas en participación es un contrato consensual, oneroso y de ordinario no formal, ya que la ley no exige formalidad alguna. Las partes podrán elegiraquella que juzguen conveniente, sobre todo a efectos de probar la existencia del acto.

El pacto que celebran las partes no requiere de inscripción en registro alguno y por tanto es oculto entre quienes lo celebran.

Los sujetos de la relación contractual son dos:

Empresario. Dueño del negocio, quien concede participación en las utilidades exclusivamente, o en las utilidades y pérdidas de la empresa de su propiedad, que él dirige, y por la que se responsabiliza frente a terceros.

Participante. Persona que con o sin aporte de bienes o servicios, participa en las utilidades exclusivamente en el primer supuesto, o en las utilidades y pérdidas en el segundo, que se obtengan en la empresa del co-contratante.

Caracteres comunes con la Asociación en Participación

El Contrato de Cuentas en Participación comparte con la Asociación en Participación, los siguientes caracteres:

- Responsabilidad exclusiva del empresario frente a terceros, por cuanto actúa a nombre propio y sin obligar al participante que permanece oculto (art. 401).
- Gestión de la empresa exclusivamente a cargo del dueño del negocio, quien lo administra según su criterio.
- Control del participante sobre la empresa, según lo pactado en el contrato.
- Derecho del participante a la rendición de cuentas definitiva o periódica, con el objeto de asegurar su participación en los resultados del negocio por el que se interesa.

Participación en la empresa

El contrato materia de análisis permite la participación tan sólo en las utilidades de la empresa, sin participar en las pérdidas, en aquellos casos en que dado el interés que tiene el participante éste realice determinado aporte.

Por el contrario, en aquellos casos en que no efectúe aporte alguno éste deberá participar tanto en las utilidades como en las pérdidas de la empresa. En este último caso la nota diferencial con el Contrato de Asociación en Participación está dada precisamente por la falta de aporte, ya sea en bienes o en servicios, que exige el artículo 398 para que se configure el contrato de Asociación en Participación.

Según la sentencia del 5 de noviembre de 1943 emitida por el Tribunal de Trabajo de Caracas-Venezuela (12), el tribunal admitió que el caso de autos se trataba de una Cuenta en Participación pues el actor tendría participación tan sólo en las utilidades y no en las pérdidas del negocio y, por tanto, su aceptación a este acuerdo debía constar por escrito como prueba de la participación.

En nuestra legislación mercantil, el artículo 406 de la Ley General de Sociedades conceptúa el Contrato de Cuentas en Participación como aquel en que una persona se interesa en las utilidades de una empresa sin participar en las pérdidas de la misma.

Cabe, de otro lado, destacar que las utilidades convencionales que se prometen a empleados u obreros en adición a su salario fijo, no constituyen contrato de Cuentas en Participación, ya que una y otra se originan en causas diferentes. El Contrato de Cuentas en Participación que da lugar a la participación en las utilidades de un negocio constituye un acto de comercio; en cambio la prestación de servicios por parte de obreros y empleados es un acto netamente laboral, con consecuencias que le son propias.

III. CLAUSULAS DE PARTICIPACION

Dentro del esquema del desarrollo de precios y las pérdidas del poder adquisitivo de la moneda, existe una contradicción entre el principio nominalístico según el cual un Sol vale siempre un Sol, y la necesidad de que las partes en una relación contractual puedan

(12) *Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Caracas s/f. Tomo II, pp. 1661 a 1664, No. 1

adoptar normas para ajustar sus prestaciones pecuniarias a las variaciones del poder adquisitivo de la moneda.

Para corregir las prestaciones representadas en sumas de dinero, de los desajustes provocados por la inflación, el derecho privado extranjero ha desarrollado las denominadas cláusulas de valor o cláusulas índices (13), dentro de las cuales se ubican las cláusulas de participación que tratamos en este acápite.

Ya el Código Civil peruano de 1984, que consagra como regla el principio nominalístico legislado en el artículo 1234 de dicho cuerpo legal, admite que las partes puedan acordar que el monto de su deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, o a otras monedas o a mercancías a fin de mantener dicho monto en valor constante (artículo 1235).

La doctrina inglesa (14) distingue la necesidad de proteger el contrato contra alteraciones o variaciones en el valor externo y en el valor interno de la moneda.

Las alteraciones externas en el valor de la moneda son aquellas que se refieren al valor o paridad de cambio de la moneda local en relación con monedas extranjeras, como por ejemplo la paridad del Sol con el dólar.

Las cláusulas usadas para proteger al contrato de las variaciones del valor externo son las Cláusulas de Moneda Extranjera.

Las alteraciones en el valor interno de la moneda son aquellas que se refieren a las variaciones en el valor de la moneda con relación a su propio poder adquisitivo, independientemente de las alteraciones de la moneda en mercados internacionales.

(13) OTIS RODNER, James. *La Inflación y el Contrato, el uso de la Cláusula Valor*. En: *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello 1978-1979, Caracas, Venezuela.

(14) MANN, F. *The Legal Aspects of Money*. Oxford 1971, p. 124.

Es para proteger al contrato de sus variaciones internas que se crean las Cláusulas de valor, las cuales incluyen Cláusulas índices estadísticos, cláusulas mercadería como las cláusulas oro y trigo y cláusulas costo real, tan usadas en los contratos de obras y de compraventa con entregas diferidas; y las *cláusulas de Participación*, usadas en los arrendamientos comerciales e industriales.

Cláusulas de Participación en el Contrato de Arrendamiento

Trataremos en adelante la aplicación de las Cláusulas de Participación en el Contrato de Arrendamiento comercial, en las que la obligación del deudor se ajusta de acuerdo con las variaciones de valores que tienen relación con el objeto de su actividad, es decir del comercio. En ellas se estipula la contraprestación como una obligación de valor, en lugar de una obligación de dinero.

En el contrato de arrendamiento una de las partes (Arrendador) se obliga a ceder temporalmente a la otra (Arrendatario) el uso de un bien por cierta renta convenida (artículo 1666 del Código Civil).

El arrendamiento ordinariamente se cumple en un plazo mediano, entre uno y diez años, por lo cual el arrendador siempre tendrá interés en proteger el valor económico de la prestación que va a recibir del arrendatario.

El arrendador al utilizar una cláusula de participación, persigue dos fines diferentes: buscará en primer lugar una fórmula para proteger la renta convenida contra la inflación, y en segundo término buscará que la renta que reciba represente un porcentaje aceptable del valor de mercado de la cosa dada en arrendamiento.

En los contratos de arrendamiento de locales comerciales, se usa con frecuencia, para la fijación de la renta, Cláusulas de Participación en el comercio o actividad del arrendatario, lo cual es una manera indirecta de participar en el negocio del arrendatario.

La modalidad más típica de Cláusula valor en el arrendamiento es la Cláusula de Participación en un porcentaje de las operaciones o ganancias del arrendatario.

En la estructura ordinaria de la Cláusula de Participación, el Arrendatario se obliga al pago de un alquiler base o mínimo, más un porcentaje predefinido de la rentabilidad del comercio del arrendatario. Por ejemplo, se alquila un local comercial y se pacta una renta mínima de US\$ 100 más un 10% de sus ventas brutas.

En la Cláusula de Participación el Arrendador no participa en las pérdidas del arrendatario.

Para la doctrina y jurisprudencia argentina, la Cláusula de Participación convierte al Contrato de Arrendamiento en un Contrato de Cuentas en Participación, donde el comerciante otorga al propietario del inmueble o arrendador una participación en su negocio.

Discrepamos de tal posición, ya que de acuerdo a lo explicado al tratar el Contrato de Cuentas en Participación, sería menester que la participación se establezca sobre las utilidades y no exclusivamente sobre los ingresos brutos por las ventas.

La doctrina norteamericana nos señala cuatro Cláusulas que en la práctica deben de considerarse para el Arrendamiento con Cláusula de Participación:

1. *Cláusula de alquiler mínimo*

El alquiler mínimo está fijado como una suma de dinero determinada, y puede establecerse ya sea como un monto mínimo al cual se suma el valor de participación, por ejemplo US\$ 100, más un porcentaje de las ventas, o como una obligación alternativa: la suma de US\$ 100 o un porcentaje sobre las ventas.

Conviene anotar a este respecto que como en el Perú la elección de la obligación alternativa corresponde al deudor (inquilino), salvo pacto en contrario, se establezca de manera expresa que corresponderá al arrendador escoger entre la renta mínima o la participación. En caso contrario, el arrendatario (deudor de la obligación alternativa) siempre escogerá la prestación que le resulte menos onerosa.

2. *Cláusula de porcentaje*

El porcentaje debe estar referido a algún indicador de la actividad del arrendatario, como por ejemplo ventas netas, ventas brutas, o ganancias. Ordinariamente se usa un porcentaje sobre las ventas brutas.

Asimismo, la participación puede ser fija sobre el monto, o variable, o escalonada. En el porcentaje escalonado éste se establece como creciente a medida que se experimente un incremento en las ventas del arrendatario.

3. *Cláusula de fiscalización*

La fiscalización de las cifras del arrendatario es el riesgo más grave que corre el arrendador. La práctica aconseja establecer períodos cortos de liquidación de la participación, como liquidaciones quincenales o mensuales y el derecho del arrendador de inspeccionar los libros del arrendatario.

Un mecanismo adicional de control es la revisión de los pagos del Impuesto General a las Ventas, que se liquida sobre la base de las ventas brutas del comerciante.

4. *Cláusula de alquiler neto*

En el alquiler neto el arrendatario asume directamente todos los costos aplicables al local arrendador, como energía eléctrica, agua, arbitrios, cuotas por servicios comunes o específicos que se presten al inmueble, etc.

Lima, 1991

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS
CONSTITUCIONALES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY DE LA BOLSA DE TRABAJO Y LOS PRINCIPIOS
DE IGUALDAD Y LIBERTAD

César Landa Arroyo

I. INTRODUCCION

La sociedad democrática se ha caracterizado por incorporar como un principio fundamental del Estado de Derecho la libertad. Por ella se produce la revolución de Cronwell en Inglaterra en 1688, la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica en 1776 y la Revolución Francesa de 1789.

En efecto, los procesos revolucionarios democráticos se autolegitimaron en un conjunto de Declaraciones de Derechos, como el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en Estados Unidos y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, reconociendo a la libertad como un derecho natural anterior y superior al Estado. La libertad, al constituir un derecho fundamental del nuevo Estado, es incorporada y garantizada por la Constitución (1).

De esta manera, la libertad se presenta con una doble característica: primero, en un sentido negativo, como el principio en virtud del cual se remueven las estructuras y formas de organizar el poder, en consecuencia, se legitima la ruptura del *ancien régime*; y, segundo, en un sentido positivo, como un instrumento que fundamenta la creación del nuevo orden democrático y que, a su vez, señala los fines del mismo (2).

(1) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, 1982; pp. 164-174.

(2) Isaiah Berlin señala desde un punto de vista filosófico e histórico que

Este nuevo ordenamiento democrático, que se hace consustancial a la noción moderna de Constitución, tiene un decurso histórico que demanda su actualización a las nuevas necesidades y proyectos de orden político y social; el cual se manifiesta en el tránsito teórico y práctico del poder autocrático al poder democrático.

Sin embargo, en la actualidad no basta la consagración de la libertad en abstracto, en circunstancias históricas que están gravemente restringidas sus posibilidades de aplicación. En el mundo concreto y real de hoy la *libertad de* industria, contratación, comercio, trabajo, entre otros, no tiene sentido absoluto o total, si no existe la *libertad para* crear industrias, para poder contratar o comerciar y obtener empleo.

Sin las condiciones necesarias para el uso de la libertad, ¿qué sentido alcanza ésta?. Precisamente, ante esta cuestión Harold Laski (3) reconoció en Inglaterra de finales del siglo XIX, que era un imperativo democrático el tránsito de la *Freedom to* al *Freedom for*, que significó desarrollar y actualizar los principios de libertad del Estado de Derecho; a fin de que todos los hombres tengan no sólo capacidad de goce de la libertad, sino también capacidad de ejercicio de la misma y, en consecuencia, el Estado no pierda legitimidad y la Constitución no quede reducida a una simple hoja de papel (4).

La *libertad para*, sin embargo, se encuentra estrechamente vinculada a otro gran principio de la historia constitucional moderna: la *igualdad*, que ha sido soslayada, cuando no concebida como opues-

"la respuesta a la pregunta de que ¿quién me gobierna? es lógicamente diferente de la pregunta ¿en qué medida interviene en mi el gobierno?. En esta diferencia es en lo que consiste en último término el gran contraste que hay entre los conceptos de libertad negativa y libertad positiva". *Libertad y Necesidad en la Historia. Revista de Occidente*. Madrid, 1974; p. 144.

- (3) Cfr. LASKI, Harold. *Introducción a la Política*. Buenos Aires, 1981; p. 64.
- (4) Cfr. LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona, 1976; pp. 70-71.

ta a la libertad, en el pensamiento de Burke y De Tocqueville. En efecto, "todo paso en dirección a la igualdad fue combatido con el argumento de que menoscaba la libertad" (5). Desde un punto de vista concreto diríamos que la realización de la *libertad para*, no es sino la realización del principio de la igualdad, por cuanto la libertad constituye un presupuesto de la igualdad y la igualdad una condición de la libertad. Este es el sentido profundo que postula Green, al señalar que: "el ideal de la verdadera libertad consiste en que todos los que forman parte de la sociedad humana tengan por igual el máximo poder para hacer de ellos lo mejor" (6).

Esta fórmula kantiana, según la cual la libertad de uno tiene que coexistir con la libertad de los demás, no es más que reconocer la identidad originaria entre libertad e igualdad del Mundo Antiguo (Grecia y Roma)(7); sin embargo, cabe señalar que la libertad del Mundo Clásico no era un derecho superior e individualizable en los hombres, sino que la libertad se diluía frente al valor supremo que era la comunidad (Polis y Civitas); en tanto que en la concepción moderna la libertad constituye un derecho innato del hombre, anterior a la propia comunidad estatal.

Esta identidad filosófica, por otro lado, va a ser desarrollada por Hegel a través del concepto de libertad histórica, que no es sino poner en movimiento de manera integral y concreta la libertad en todos sus supuestos y consecuencias, ideales y materiales.

(5) KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires, 1980; p. 466.

(6) Citado por Berlin, *op.cit.*, p. 147.

(7) Aristóteles señaló en *La Política*, 1317b, que "de la libertad, pues, es propio el mandar unas veces y obedecer otras, porque la justicia popular consiste en la igualdad"; es decir, que los hombres libres sólo pueden someterse a una autoridad cuando cualquiera de ellos, por ser iguales, represente a la comunidad. Por su parte, Cicerón, con mayor contundencia, afirma en *La República*, Barcelona, 1985, cap. XXXI, que "solamente en aquellas sociedades en que el gobierno existe en el pueblo, se encuentra libertad; la libertad que es el mejor de los bienes, y que si no es igual para todos, no es libertad".

No obstante, el Estado de Derecho en su fase democrática liberal permitió que existiesen grandes diferencias materiales entre sus miembros, generándose una distorsión del fin del Estado: el bienestar general. Este concepto es el que recoge y actualiza el Estado de Derecho en su forma de democracia social; el mismo que es desarrollado, en su perspectiva jurídica, por el constitucionalismo social occidental, a partir de la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917, y la Constitución Alemana de la República del Weimar en 1919 (8).

En el Perú, la Constitución de 1920 va a ser la que inicia el curso del constitucionalismo social —y la segunda en América Latina—, continuado luego por la Constitución de 1933 y consagrado por la Constitución de 1979. Demás está señalar que dicho modelo constitucional ha constituido más un propósito de reconocer aquel fin social del bienestar general de todos los peruanos, que una garantía de la realización concreta del bienestar.

Pero, a partir de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y su rol de garante de la Constitución, se puede percibir una aproximación jurisprudencial accidentada a los supremos valores democráticos de la libertad y la igualdad.

II. ANALISIS CONSTITUCIONAL

Con la expedición de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales del 13 de agosto de 1990, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo, declarando la constitucionalidad de la misma por el fondo y la forma, se sienta un precedente jurisprudencial en relación al principio de igualdad, que junto al de la libertad constituyen los valores supremos del Estado peruano.

(8) Cfr. ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernest y DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid, 1986; y FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Democracia Social y la Constitución Mexicana*. En: *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina*, Revista de la Universidad del Externado de Colombia, No. 3. Bogotá, 1986.

1. Igualdad

La igualdad ante la ley es un *derecho* de toda persona, recogida por el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución; pero también constituye un principio fundante del Estado de Derecho, que en la actualidad alcanza ribetes de *valor constitucional* constitutivo de la República democrática y social que proclama el artículo 79º de la Constitución. Pero la igualdad no sólo constituye un derecho y un valor supremo al igual que la libertad, sino que también es un *operador constitucional* de la transformación económica y social del país, como lo reconoce el artículo 110º de la Constitución, al señalar que "el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social...".

En consecuencia, la igualdad de las personas presenta estos tres niveles constitucionales —como derecho, valor y operador—, que se analizan en la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que nos ocupa, aun cuando ésta se haya limitado a pronunciarse sobre la igualdad ante la ley.

En virtud de la Ley N° 25202 de la Bolsa de Trabajo, se faculta a los sindicatos de construcción civil para que coloquen hasta el 25% de los obreros que demanda un constructor (9). Por su parte, el Fiscal de la Nación señala que dicha ley atenta contra la libertad de asociación sindical, porque se obliga a una afiliación gremial al otorgar al sindicato la facultad de cubrir el 25% de las plazas de los trabajadores de las obras civiles del país. Más aún, continúa el Fiscal de la Nación, se genera una discriminación a favor de las personas registradas en el sindicato, en perjuicio de las no inscritas, constituyendo un caso de violación del derecho de igualdad ante la ley; asimismo, se rompe el equilibrio contractual necesario entre las partes, colocando en una posición jurídica de ventaja al sindicato frente al empleador, con lo cual también se quiebra el principio de igualdad ante la ley.

Al respecto, cabe señalar desde el punto de vista histórico, que la igualdad ante la ley responde al hecho que el sistema jurídico pre-

(9) Por Decreto Supremo N° 022-90-TR reglamentario de la Ley N° 25202, se estableció que para tal efecto, el sindicato inscribirá en un registro a los trabajadores interesados, sean integrantes o no del sindicato.

democrático se fundaba en un conjunto de derechos o privilegios en función del status de las personas, según nobleza, clase u oficio cuando menos; de ahí que la demanda de la burguesía fue la abolición de los privilegios personales, a través de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; o dicho en otras palabras, que podrían expedirse leyes especiales sólo cuando lo exigiese la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas.

De esta manera, la igualdad liberal remeció los privilegios estamentales, sobre todo de la nobleza, pero no modificó las estructuras sociales y económicas desigualitarias; por cuanto la burguesía gozaba del poder económico, en tanto que la nobleza, como clase propietaria, básicamente terrateniente, había dejado de ser progresivamente la detentadora del poder económico en una época marcada por la revolución industrial.

La herencia constitucional peruana contemporánea no responde a este principio de igualdad formal propio del Estado liberal, sino que avanza hacia un concepto de igualdad sustantiva; ello es así, en virtud al modelo de Estado democrático y social de Derecho, según ha reconocido el Tribunal de Garantías Constitucionales en la sentencia que se comenta. En efecto, como señala Kelsen, "el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el yo quiere que también el tú sea libre, porque ve en él su igual" (10).

El planteamiento filosófico-político que integra armónicamente la libertad y la igualdad en el mundo de las ideas, se ve cuestionado en la realidad cuando entran en conflicto dos intereses sociales como el capital y el trabajo, en una realidad como la peruana, con abismos en el orden económico, social y cultural. Tal es el caso de la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), que se opone a la Bolsa de Trabajo, pero como quiera que no goza de titularidad constitucional para interponer una acción de inconstitucionalidad (11), la incoa el

(10) KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Madrid, 1977; p. 138.

(11) Cfr. *Constitución Política del Perú*, Art. 299º. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: El Presidente de la Repúbli-

Fiscal de la Nación Dr. Manuel Catacora González, quien oficia, entonces, de titular de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, emanada del Congreso Nacional y defendida por la Federación de Trabajadores de la Construcción Civil.

Pero, como en un Estado de Derecho los conflictos sociales se institucionalizan y procesan como hechos jurídicos, cabe delimitar los casos cuando una norma se convierte en *discriminatoria*, quebrando el principio de igualdad ante la ley, o cuando una norma es *diferenciadora*, con lo cual se respeta el principio de la igualdad formal.

La discriminación se produce cuando se otorga una preferencia, se realiza una restricción o exclusión que tenga por objeto menoscabar el reconocimiento del goce o ejercicio, en términos de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales (12). De ahí que el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución Peruana, haya establecido que la igualdad ante la ley no permite discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; claro está que dichas causas no son las únicas formas de discriminación, ni que la Constitución, que se funda en el respeto de la persona humana, haya permitido la discriminación por razones de edad, origen étnico, condición civil, impedimento físico, entre otras.

La omisión constitucional sobre estas formas discriminatorias no constituye un silencio negativo, sino un silencio positivo que permite interpretar en materia de derechos de la persona el artículo 2º, inciso 2, como una cláusula abierta, orientada a proteger al hombre de cualquier tipo de discriminación legal que afecte a la dignidad humana y no solamente a las prescritas en el texto.

Por su parte, el Convenio N° 111 —Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, aprobado y ratificado en el Perú—, define y establece el alcance de la prohibición

ca; la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal de la Nación; sesenta Diputados; veinte Senadores; y cincuenta mil ciudadanos.

(12) Cfr. O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, 1988; p. 373.

de las discriminaciones, a los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen local; sin embargo, por otro lado, el convenio reconoce que la diferenciación no contraría a la igualdad ante la ley, cuando a determinados grupos de personas basados en razones de sexo, edad, invalidez, carga de familia o nivel social o cultural, se les reconoce una protección o asistencia laboral especial.

En efecto, no todo trato diferente entre las personas, amparado en un acto o ley gubernamental, configura un supuesto de discriminación: por ejemplo, el cobro de impuestos directos, como el impuesto a la renta, diferencia la contribución de las personas al Estado según sus ingresos, mas no las discrimina en función de sus ingresos, "siempre que esa distinción parta de supuestos de hechos sustancialmente diferentes y que expresan, de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma; los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir, no pueden proseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana" (13).

Los requisitos de inscripción de los trabajadores de construcción civil en el Registro Especial del Sindicato, a fin de cubrir el 25% de la mano de obra que demanda una empresa constructora para realizar una obra, según establece la ley y el reglamento de la Bolsa de Trabajo, no excluye que el obrero, sindicalizado o no, que además no desee registrarse, pueda ser contratado dentro del 75% de libre disponibilidad del empleador. Luego, el trabajador tiene la facultad discrecional de alcanzar una plaza por una vía u otra, pero la diferenciación de los canales de ingreso parte de un hecho real: los trabajadores de construcción civil sindicalizados son discriminados por los contratistas, en tanto plantean reclamos laborales y movilizan las huelgas; pero, por otro lado, el empleador evita contratar a los obreros mayores de cuarenta años, debido a que sobre esa edad el obrero de construcción civil ha desgastado rápidamente su capacidad de rendimiento productivo, debido a la sobre-exigencia física de dicho trabajo; de ahí también que sea un empleo estrictamente masculino.

(13) *Ibid.*, p. 374.

Entonces, no contratar a los obreros por sus ideas sindicales o edad avanzada, constituye un abuso del derecho, discriminatorio por cuanto se causa daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. En tal entendido, la libertad de contratación discriminatoria, cualquiera sea la causa, constituye un abuso del derecho, "no porque se actúe al margen del ordenamiento jurídico sino dentro de los límites de él, pero contrariando sus fines, violando su espíritu, lo cual convierte en contrario al derecho" (14).

Esta figura ofensiva a la dignidad humana, constituye una discriminación de facto que repulsa al principio de la igualdad de las personas; de modo que la discriminación de facto viene a ser superada por la Ley Nº 25202, por una diferenciación proporcional de jure, otorgando un 25% de cuota de empleo sindical, que nivele en todo caso la discriminación empresarial. Dicho en palabras de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, en la sentencia del 13 de agosto de 1990, "la Ley veinticinco mil doscientos dos, lejos de atentar contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador" (15).

Más aún, no sería inconstitucional si la ley hubiese tenido por objeto asegurar a estos grupos marginados o discriminados por edad, ideas o afiliación, un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades fundamentales conculcadas en la práctica (16). Esta suerte de dife-

(14) TORRES VASQUEZ, Aníbal. *El Abuso del Derecho. Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 45, años 1981-1985. Lima 1990; p. 114.

(15) Esta línea jurisprudencial, a nivel comparado, sigue la iniciada por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia del 10 de julio de 1981, en la que se señala que "el principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el que se invoca (...). Sólo podría deducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos". Al respecto, consultar a ALVAREZ CONDE, Enrique, *El Régimen Político Español*. Madrid, 1987; p. 115.

(16) Así, por ejemplo, lo ha entendido la legislación internacional, a través

renciación o discriminación positiva, se funda en un principio de equidad o justicia distributiva, propia del Estado social y democrático de Derecho, que no constituye un mandato de orden y programático, sino un mandato de orden jurídico aplicable *hic et nunc*.

En tal sentido, la búsqueda de realización de la igualdad, a través del principio de diferenciación o discriminación positiva, debe vincularse estrechamente con el respeto de los derechos y libertades de las personas.

2. *Libertad*

El Fiscal de la Nación afirma que la Ley de la Bolsa de Trabajo atenta contra la libertad de asociación sindical y la libertad de contratación, consagradas en la Constitución (17).

2.1 *Libertad de sindicación*

En relación a la libertad de sindicación, se señala que la facultad otorgada al sindicato en la ley, plantea una exigencia de

de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979. Desde el Derecho Comparado, la legislación norteamericana federal y estatal también confirma la protección de las minorías contra la discriminación; sobre el particular, consultar a Charles Grimm, *Employment Discrimination*, pág. 1, para quien "si bien es imposible eliminar todas las formas de discriminación en el empleo, el Congreso de los Estados Unidos ha visto apropiado crear la protección del empleo para ciertos grupos de gente que son usualmente discriminados por el simple motivo de poseer una característica grupal". Asimismo, consultar a Geoffrey Stone, Luis Seidman, Cass Sunstein, Mark Tushnet, *Constitution Law*. Boston, 1986; p. 240.

- (17) Al respecto, se puede revisar los artículos de Alfredo Villavicencio y David Lobatón, *La Bolsa de Trabajo, Razón de Ser y Fundamento Constitucional*; y a Felipe Cantuarias, *La Inconstitucionalidad de la Bolsa de Trabajo*; ambos en la revista de estudiantes de derecho de la Universidad Católica, *Derecho y Sociedad*, año 2, N° 3. Lima, 1990.

afiliación sindical para poder ocupar una de las plazas del 25% de una obra asignada al gremio laboral. Si bien la Ley N° 25022 sólo establece que las plazas "serán cubiertas por los Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil de la República...", tal precepto dio lugar a que la demanda se plantease en los términos de que se exigía la afiliación sindical. Sin embargo, el DS N° 022-90-TR, reglamentario de la Ley, dispuso en su artículo 7° que "los trabajadores de construcción civil deberán registrarse en los sindicatos que representen a dicha actividad, a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la Ley N° 25022, sin requerirse para ello su previa afiliación".

Sin embargo, el problema central no constituye el demandado realmente, sino que los magistrados del Tribunal encargados de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo, la compulsan con una norma reglamentaria inferior a la Constitución y a la ley, y no con la norma constitucional, según dispone el artículo 298° de la Constitución. ¿Con lo cual acaso se estaría acarreado un vicio *in iudicando* por la errónea aplicación de la ley?

Sobre el particular, el artículo 21° de la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, permite que el Tribunal, para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, deba considerar además de los preceptos constitucionales, las leyes que determinen la competencia de los órganos del Estado. Esto significa que la norma constitucional no bastaría por si sola sino que ocasionalmente deben añadirse las leyes que complementan la norma constitucional abierta o incompleta, formando así el llamado *bloque de constitucionalidad*. De tal manera que el núcleo esencial de la Constitución no estaría contenido exclusivamente en su texto, sino que alcanzaría a normas formalmente inferiores a la propia Constitución (18).

(18) El bloque de constitucionalidad comprende a la Constitución material o sustancial y a los elementos constitucionales y legislativos básicos, que clarifican la fórmula de la libertad constitucional; esta tesis incorporada en el artículo 21° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, ha sido tomada del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español; lo cual le ha permitido a este tribunal crear una abundante jurisprudencia constitucional. Al res-

En efecto, la noción de Constitución formal queda completada con la noción de Constitución material o sustancial, según la cual "puesto que el derecho constitucional como derecho del hecho político, además de las libertades fundamentales, debe preocuparse de la vigencia real y, por ende, de la efectividad de la prescripción, puede conectarse también con actos formalmente no calificados de constitucionales, como, por ejemplo, leyes y sentencias de los Tribunales o con hechos normativos" (19).

En tal sentido, el Tribunal de Garantías Constitucionales decidió en mayoría que la Ley Nº 25022 no violaba la libertad sindical y por tanto, era constitucional, no tanto en relación al propio articulado de la Constitución, sino en función al reglamento de la Ley de la Bolsa de Trabajo, por cuanto el reglamento de la Ley de la Bolsa de Trabajo define terminantemente que la inscripción en el sindicato no es un requisito *sine qua non* para alcanzar el 25% de las plazas que el gremio coloca en la obra de construcción. La ley, por sí sola, no hubiese permitido definir con claridad meridiana la demanda del Fiscal de la Nación, en el sentido que la Ley Nº 25022 exigía la afiliación sindical, violándose la libertad sindical.

Esto significa que el reglamento estaría siendo incorporado al bloque de constitucionalidad; con lo cual se podría llegar al absurdo constitucional siguiente: por un lado, flexibilizar tanto la noción de bloque constitucional que alcance hasta las normas reglamentarias de naturaleza derivada, es decir complementarias directamente de la ley o indirectamente de la Constitución; y por otro lado, al ser el bloque de constitucionalidad un sistema rígido inviolable, su modificación en el caso de las normas de inferior jerarquía que la Constitución, debería legalmente realizarse mediante una ley ordinaria del Congreso o un acto administrativo del Gobierno; sin embargo, se

pecto, consultar a Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, volumen IV. Madrid, 1984, pp. 391-393; asimismo se puede revisar a Javier Perez Royo, *Reflexiones sobre la Contribución de la Jurisprudencia Constitucional a la Construcción del Estado Moderno*, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 49. Madrid, 1986; pp. 23-35.

- (19) DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1983; p. 139.

estaría afectando la legitimidad de la obra del poder constitucional-constituyente que ha erigido el llamado bloque de constitucionalidad.

La alternativa del Tribunal de Garantías Constitucionales, entonces, para no apelar al reglamento y evitar las disritmias constitucionales señaladas, hubiese sido que, al no encontrar elementos de juicio dirimentes en la Ley N° 25022 para afirmar o negar la inconstitucionalidad de la norma por violación de la libertad sindical, se pronunciase en función del *indirizzio político* y la realidad social, estableciendo el derrotero constitucional de carácter social y, en este sentido, los lineamientos del contenido legislativo y reglamentario, desarrollados o a desarrollar por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, el Tribunal resolvió directamente sobre la causa y para el efecto apeló al reglamento de la Ley, en un proceso excesivo de *ingeniería constitucional*, según la cual la actuación constitucional no se reduce a la defensa del ordenamiento del sistema jurídico constitucional, en base a normas exclusivamente, sino también en función a criterios constitucionales de carácter político, económico y social.

En efecto, la prolífica doctrina constitucional italiana (Chelli, Compagna, Lavagna, Scalfaro, Di Ciolo y Frosini), autora de este instituto, señala que "la ingeniería constitucional es una compensación socio-política a las tendencias expansionistas del método técnico-jurídico concebidas como simple jurisprudencia de conceptos" (20). Lo cual tiene mayor vigencia en el Perú, en una época de grave crisis constitucional (social, política y económica), donde la defensa de la Constitución no puede reducirse absolutamente a estrechas consideraciones normativas o institucionales, manejadas desde métodos y técnicas jurídicas clásicas.

En tal sentido, el criterio jurisprudencial del Tribunal de Garantías Constitucionales constituye expresión cabal de entender a la Constitución y al propio Tribunal como operadores de la transformación institucional que reclama el constitucionalismo social, al cual se encuentra inscrito el Derecho Constitucional peruano. De manera

(20) LUCAS VERDU, Pablo. *Op.cit.*; p. 125.

tal que la actuación ética y socialmente constitucional de los magistrados no es contraria a los fines de la Constitución; sin embargo, la tácita interpretación constitucional conforme al bloque de constitucionalidad realizada, peca de falta de doctrina y técnica constitucional, que perfeccione jurídicamente y no sólo resuelva eficazmente la organización y funcionamiento del conjunto de derechos y libertades, que consagra el ordenamiento democrático y social que rige a la Constitución de 1979.

2.2 Libertad de contratar

En cuanto a la libertad de contratar, se argumenta que la Ley de la Bolsa de Trabajo vulnera la autonomía de la voluntad, que es esencial para ejercer la libertad de contratación; por cuanto la norma obliga al empleador a contratar un 25% de los obreros registrados en el sindicato de construcción civil.

La contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadanos. Sin embargo, su vigencia está a condición de que sus fines sean lícitos y que se salvaguarde los principios de justicia social y se evite el abuso del derecho, según dispone el artículo 2º inciso 12 de la Constitución. En tal sentido, queda sentado que la libertad de contratación es un derecho fundamental relativo, no absoluto (21).

La autonomía de la voluntad empresarial, en consecuencia, puede estar limitada en virtud de una obligación que le confiera la ley. Es decir que por obra del *ius imperium* del Estado se pueden desarrollar obligaciones contractuales, orientadas a proteger los mandatos que delimitan la libertad de contratación de la Constitución. En estos casos, "la fuente de la obligación sólo puede ser un acto

(21) Cfr. SCHMITT, Carl. *Op.cit.*, pp. 169-175; donde el autor señala que los auténticos derechos fundamentales son los derechos absolutos; es decir, no se garantizan con arreglo a ley, como la vida, la libertad de religión, la libertad personal y la libertad de conciencia. En tanto que los derechos fundamentales relativos se arreglan a la ley; en efecto, en el intercambio económico rige la libertad de contratación de acuerdo a ley, en sus formas, garantías y límites.

de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir entre particulares relaciones jurídicas de derecho privado" (22).

De modo que, siguiendo las premisas democráticas del ordenamiento político, social y económico constitucional (*indirizzo politico*), la Ley Nº 25022 busca restablecer el equilibrio contractual de las partes, limitando la posición material de ventaja del contratista y garantizando jurídicamente, en un porcentaje limitado, el ejercicio de la libertad de contratación para el que demanda empleo y es discriminado y no sólo para quien ofrece empleo.

Más aún, se puede ver el problema a partir de la integración de derechos, que no es sino abordar la temática de la interpretación de los dispositivos constitucionales, cuando se encuentran dos derechos o libertades constitucionales en contradicción, como la libertad de contratación y el derecho al trabajo.

La función de la interpretación constitucional en estos casos no se reduce a encontrar el mejor derecho garantizado por la Constitución, sino que, al haberse integrado dos libertades o derechos en la norma suprema del Estado, se entiende que existe una protección de ambos bienes jurídicos. De ahí que uno no pueda ser entendido como excluyente del otro, sino que se trata de "establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad" (23). Para lo cual se debe establecer una relación proporcional entre el derecho al trabajo y la libertad de contratación, que responda a los principios de unidad de la Constitución.

(22). DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Madrid, 1983; p. 406. Una tesis opuesta a la reseñada la expresa DE LA PUENTE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Tomo I. Lima, 1979; p. 63, para quien "es antitético de la libertad de contratar la obligación de contratar con determinadas personas... (*sin embargo*)... las legislaciones están llenas de casos en que existe esta limitación a la libertad de contratar.

(23) HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, 1983; p. 48.

De acuerdo con lo señalado, ¿qué razón más proporcional y equitativa que la Ley de la Bolsa de Trabajo reserve un 75% de la mano de obra a la libre disponibilidad de contratación del empleador, y un 25% de asignación de la mano de obra por el Sindicato, a fin de garantizar la igualdad de oportunidad en el empleo y así evitar la discriminación laboral?

Finalmente, cabe recordar que el ordenamiento constitucional se inspira en una ideología, una organización y una estructura socio-económica, que apuntan a un objetivo, según el cual, "para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de la igualdad ha de agregarse a la de la libertad, limitándola" (24). Este es el postulado que ha concretado el Tribunal de Garantías Constitucionales, al reconocer la constitucionalidad de la Ley N° 25022, confirmando así su rol de guardián de la Constitución.

Lima, 1990

(24) KELSEN, Hans. *Op.cit.*, p. 138.

FORMACION DEL ABOGADO Y SOCIEDAD: BALANCE Y PERSPECTIVAS*

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Se ha dicho que "el examen de la educación legal en una sociedad ofrece una ventana sobre su sistema legal. En ella se ve la expresión de actitudes básicas sobre el derecho: qué es derecho, qué hacen los abogados, cómo opera o cómo debería operar el sistema. A través de la educación legal la cultura legal se transmite de generación en generación. La educación legal nos permite vislumbrar el futuro de la sociedad. Proviene de las facultades de derecho aquellos que operarán el sistema legal y ocuparán las posiciones de liderazgo en el gobierno y en el sector privado, posiciones que parecen recaer más frecuentemente en abogados, al menos en las sociedades occidentales. Qué y cómo se les enseña afecta profundamente sus objetivos y actitudes y las formas en las cuales cumplirán dichos roles sociales" (Merryman, 1975).

La captación precisa de la importancia de la educación legal no sólo para sus destinatarios inmediatos sino para el país en su conjunto, como se destaca en el párrafo que antecede, estuvo en la base de un ambicioso proceso de reforma de los estudios en nuestra Facultad de Derecho, iniciada bajo la inspiración y durante el primer Decanato del Dr. Jorge Avendaño Valdez y continuada y consolidada durante los Decanatos subsiguientes de los Dres. Felipe Osterling, Roberto MacLean, Carlos Rodríguez Pastor y Fernando de Trazegnies.

Esta reforma ha sido conocida más allá de nuestras fronteras, como lo demuestra un trabajo sobre educación legal comparada publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad

(*) Texto del Discurso de Inauguración del Año Académico 1990 de la Facultad de Derecho.

de Stanford en 1975, y la utilización de varios textos producidos por nuestros profesores como material para el trabajo en clase en Facultades de Derecho de Chile, Ecuador, Costa Rica y Venezuela. En la Historia del Perú de Juan Mejía Baca se menciona nuestra reforma como un hito importante entre las nuevas tendencias del pensamiento jurídico peruano contemporáneo.

El presente trabajo tiene por objeto realizar una presentación de dicho esfuerzo teórico metodológico, analizándolo en su relación con el mundo social, así como evaluarlo en su estado actual y presentar sus perspectivas para el futuro.

El primer esfuerzo de la reforma fue una visita a las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York, realizada en febrero de 1966 por el Decano, Dr. Jorge Avendaño, y por los profesores Felipe Osterling y Carlos Fernández Sessarego, bajo los auspicios de la Fundación Ford. Esta comisión produjo un informe, publicado en la *Revista Derecho* de 1966, y en la cual se encuentran articuladas las primeras ideas, que germinaron más adelante en un proyecto integral.

El proyecto fue financiado por la Fundación Ford y comprendió una serie de aspectos, habiendo sido los principales los siguientes:

1. Capacitación de profesores en una metodología de la enseñanza adaptada al fenómeno jurídico y a las peculiaridades específicas de la realidad peruana de finales de los años sesenta y principios de los setenta.
2. Perfeccionamiento de profesores en sus respectivas áreas de especialidad, en un nivel de doctorado, con miras a la elaboración por parte de ellos de materiales para el trabajo en clase, que combinaran los más modernos desarrollos alcanzados en sus respectivas materias con la propuesta metodológica referida en el punto anterior.
3. Modificación del plan de estudios, con miras a modernizarlo y hacerlo sensible a la realidad social y al tipo de abogado que se quería formar.

4. Fomento a las actividades de investigación jurídica, en especial de aquella que complementa la elaboración doctrinaria con el estudio del fenómeno jurídico en su relación con el medio social.
5. Desarrollo de la biblioteca, no solamente en lo tocante al incremento de sus fondos bibliográficos, sino también en lo atinente a su organización y servicios.
6. Creación de un sistema que permitiera la vinculación institucional entre los alumnos y egresados y el mercado de trabajo.

La maduración de estas ideas y su plasmación en un proyecto específico se realizó durante 1967, pues en 1968 viajaron al extranjero los primeros profesores. Pero su puesta en práctica se realizó fundamentalmente entre 1968 y 1973, con el apoyo de los profesores que iban regresando de sus ciclos de capacitación en el extranjero. Tomó un quinquenio dar forma definitiva a algunas ideas, muchas de las cuales tuvieron que revisarse durante su implementación y corregirse.

Para apreciar cómo estas ideas maduraron y se plasmaron en un todo coherente, quiero citar algunos párrafos de un artículo publicado en la *Revista Derecho* de 1971 (*Derecho*, No. 29). En dicho trabajo, al examinarse las causas de la reforma, se mencionan 4 órdenes de desadaptación entre la enseñanza universitaria y el ejercicio de las profesiones jurídicas, que son los siguientes: a) Ruptura entre el carácter teórico de los estudios y las exigencias de la vida práctica del egresado; b) Ruptura entre las especialidades jurídicas cuya formación era encarada por la Escuela de Derecho y las necesidades sociales; c) Ruptura entre las aspiraciones al cuestionamiento de las relaciones sociales y un Derecho rígido; d) Ruptura entre la información recibida en la Escuela de Derecho y la información empleada en la vida profesional.

La reforma precisó claramente cuál era la noción de Derecho que estaba en la base de todo el esfuerzo: "la idea que el Derecho es ante todo una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en Códigos y Leyes más o menos organizados lógicamente, más o menos concordados. El Derecho no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social, vive

entretejido en ellos y es, al mismo tiempo, causa y efecto de ellos. Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social. Esto significa cuando menos tres cosas:

- a) Que es preciso estudiarlo tal como efectivamente vive la sociedad a través de las decisiones judiciales, de la interpretación habitual de sus normas por quienes están sometidos a ella, del complemento normativo que constituye la contratación y, en algunos casos, de los usos y costumbres. Por consiguiente, el Derecho no puede ser analizado in abstracto como un razonamiento matemático, sino re-interpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado.
- b) Que es preciso confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no sólo concuerda formalmente en el interior de su propia personalidad, sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve. El Derecho resulta, así entendido, un instrumento social que promueve o frena los cambios, lo que nos lleva a estudiar las causas y los efectos sociales de las leyes. El Derecho no puede enclaustrarse en los textos legales afirmando que las motivaciones y los resultados económicos y sociales de las normas legales son extrajurídicos.
- c) Que, si el Derecho es una práctica social, no puede ser concebido como rígido e inmutable sino que evoluciona con la sociedad misma. Aún más, el orden legal vigente no es el único orden jurídico posible y los principios que lo inspiran se encuentran confrontados en el seno de la sociedad con otros principios posibles que podrían organizar órdenes jurídicos sustancialmente distintos. Por consiguiente, esto nos lleva a no limitar nuestro estudio al orden vigente; no basta explicar lógica y sociológicamente el orden actual, estudiar sus causas y sus efectos sociales. Hay, además, que evaluar tales efectos, comparar opciones valorativas diferentes y, en función de estos análisis, discutir los principios fundamentales que sustentan y sistematizan las instituciones jurídicas. Cabe, por tanto, preguntarse si el orden legal vigente es el mejor de los órdenes jurídicos

posibles dentro de la situación socio-histórica en la que se realiza. Por consiguiente, no basta explicar el Derecho vigente: es preciso también cuestionarlo".

El fruto principal de la reforma fue la producción de un nuevo tipo de abogado, crítico y creativo, familiarizado con las nuevas corrientes en cada disciplina jurídica, con buenos conocimientos sobre otras disciplinas afines al derecho, conciente del rol instrumental del derecho, familiarizado con la tarea de investigación. Hoy en día casi todas las instituciones públicas o privadas, que realizan investigación jurídica, que ofrecen servicios legales alternativos o complementarios, que elaboran proyectos de cambio y desarrollo en los cuales el derecho juega un rol de importancia, que presentan propuestas de innovación legislativa, son dirigidos o están fundamentalmente integrados por ex-alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Este resultado no se ha limitado a aquellas ramas del derecho más vinculadas a los fenómenos sociales por definición, como el derecho agrario o el derecho urbano, sino que se ha extendido a todos los campos, aun a los más fuertemente enclavados en el derecho privado, como el derecho civil y el derecho mercantil, así como a las ramas que podríamos llamar teóricas, como la Filosofía del Derecho o el Derecho Romano. Hoy en día no se puede negar el rol de liderazgo que nuestra Facultad ejerce en el Derecho Civil, a través de sus profesores y egresados. En las ramas de Derecho Tributario y Derecho Laboral tenemos la sistematización de cursos más completa del país y mejor equipada en cuanto a profesores. En Derecho Constitucional se ha logrado también agrupar a un selecto grupo de especialistas que se muestra particularmente activo en producción intelectual. En Derecho Romano hemos auspiciado y apoyado la capacitación de dos profesoras en Universidades de Italia y Alemania, y hemos realizado una reunión internacional y dos encuentros nacionales de profesores de la materia. Finalmente, no existe otra Facultad de Derecho que ofrezca la gama de cursos que nosotros brindamos, como los de Derecho del Transporte, Derecho Aeronáutico, Gestión Empresarial, Informática Jurídica, Antropología Jurídica, Sociología del Derecho, Derecho Bancario, Derecho Constitucional Comparado, Derechos Humanos, Garantías Constitucionales, Derecho del Comercio Internacional, Seminario sobre Arbitraje Comercial, Seminario sobre Propiedad y muchos otros que no se limitan, como se hacía en el pasado, a coincidir con una ley o un libro de Código.

Actualmente es posible hacer estas reflexiones porque el tiempo nos ha permitido tomar distancia sobre las decisiones, angustias y avatares de los inicios. En su momento se pensó que la reforma se limitaba a una cuestión de simple metodología del trabajo en clase. Por cierto que los profesores que regresaban de su viaje de perfeccionamiento llegaban con el ardor propio de los recién convertidos a una nueva fe. Y con su entusiasmo e interés por ganar adeptos generaron una natural oposición en un sector de profesores. En un momento dado la reforma se identificó con el llamado método activo de conducción de la clase. El método consiste en una combinación de lecturas previas, discusión en clase y arribo colectivo a conclusiones sobre los elementos fundamentales de cada materia. Las lecturas previas se hacen sobre la base de un texto cuidadosamente preparado por el profesor y que contiene teorías contrapuestas, jurisprudencia contradictoria, casos hipotéticos o verdaderos y la legislación aplicable. La clase reposa, más que en la exposición oral del profesor, en una discusión propugnada y dirigida por éste, y con la participación del mayor número de estudiantes.

El problema del método de enseñanza fue y es importante, porque a través de un método como el descrito se forma mejor al abogado con aptitud crítica y de análisis, capaz de desarrollar una estructura mental que le permita operar por su cuenta las nuevas leyes o las modificaciones de la legislación estudiada. Pero la experiencia nos ha enseñado que no es necesario que todos los cursos empleen este método, aunque es indispensable que se haga en un determinado número de cursos, sobre todo en los primeros años. La experiencia también nos ha enseñado que existen muchas otras formas de desarrollar destrezas y habilidades, de formar la mente del abogado crítico y creativo que deseamos, aunque todas pasan por la lectura por parte del alumno de un material previamente seleccionado y por la necesidad de ejercitar una labor crítica en alguna etapa del desarrollo del curso o en algún trabajo escrito, ya sea el examen ordinario o una prueba especial. Con estas características, el método se ha extendido a la mayoría de cursos.

La reforma del plan de estudios convirtió el curso de Derecho Romano en materia electiva de final de la carrera y en su lugar se incluyó un curso obligatorio denominado Bases Romanistas del Derecho Civil. En su momento esto fue motivo de escándalo y hasta se

escribió sobre ello en los periódicos. Parecía una afrenta contra el viejo derecho romano, que en el pasado era casi la única materia de estudio en las facultades de Derecho. Hasta el siglo XIX "el núcleo fundamental de las facultades de leyes es la Instituta —bien aprendida— y algunas partes de Código y Digesto. Hoy puede parecer extraño, pero a lo largo del siglo XVIII el Consejo de Castilla hubo de ordenar dos veces (en 1713 y en 1741), a las universidades, que en ellas se explicaran las "leyes patrias" (Montero Aroca, 1984). El plan de estudios anterior a la reforma exigía dos cursos anuales obligatorios de derecho romano, equivalentes a 4 cursos semestrales de los actuales. Era explicable que la conversión de estos 4 cursos en uno, y además electivo, pareciera un sacrilegio. Sin embargo, el tiempo también ha demostrado que el camino escogido fue el correcto, como lo demuestra la vitalidad actual de los estudios de Derecho Romano en nuestra Facultad y en la Maestría en Derecho Civil de la Escuela de Graduados, que ha hecho posible la visita a nuestra Universidad de los más destacados especialistas en Derecho Romano de Italia.

La reforma recibió un estímulo particular de aquellos profesores que viajaron al extranjero a perfeccionarse. El proyecto hasta ahora reseñado requería la selección de una Universidad extranjera, en la cual los profesores pudieran realizar estudios de especialidad en sus respectivas materias, a nivel doctoral, a la vez que asumiera la responsabilidad de conducir con ellos y con profesores locales un Seminario sobre metodología de la enseñanza del Derecho. Existía especial interés en seleccionar una Universidad del mundo anglosajón, pues se conocía el interés existente en este sistema jurídico por los problemas de la enseñanza, a diferencia de lo que ocurría en los países de tradición civilista. En los Estados Unidos, en especial, es de notar "un alto grado de autoconciencia...sobre los objetivos y métodos de la educación universitaria. Esta característica se marca particularmente en las Escuelas de Derecho. Es significativo que haya existido en los Estados Unidos, desde los primeros años de este siglo, una asociación profesional (la Asociación de Escuelas de Derecho de los Estados Unidos) y una revista profesional (la *Revista de Educación Legal*...) dedicadas solamente a la educación legal, sus objetivos, métodos y problemas" (Merryman 1975).

La Universidad seleccionada no fue ninguna de las visitadas en 1966 por el Decano Avendaño, sino la Universidad de Wisconsin. En

ella se encontró la receptividad requerida y un sólido prestigio intelectual. La Universidad de Wisconsin era y es líder en la interrelación entre Derecho y otras disciplinas. Su relativamente reciente proyecto de investigación sobre litigiosidad civil, en el cual se invirtieron dos millones de dólares, colocó a la Universidad de Wisconsin en el centro de una gran polémica sobre la "hiperlexis" o tendencia a litigar de los norteamericanos, y mereció toda una página de la revista *Newsweek* (21 de noviembre de 1983).

El primer proyecto, auspiciado por la Fundación Ford, permitió el viaje de perfeccionamiento de 3 profesores por año, además de dos profesores cada año por períodos cortos, quienes viajaban acompañados del Decano. Los doce profesores que se trasladaron a Wisconsin por períodos anuales fueron los siguientes: Francisco Oliart, Luis Pásara, Lorenzo Zolezzi (1968-1969); Domingo García Belaunde, Baldo Kresalja, Luis Carlos Rodrigo (1969-1970); Miguel de Althaus, Mario Roggero, Jorge Santistevan (1970-1971); Javier de Belaunde, Eduardo Ferrero y Alfredo Ostojá (1971-1972). Por los períodos cortos, aparte del Dr. Jorge Avendaño, viajaron los siguientes profesores: Juan Arce Murúa, Héctor Cornejo Chávez, Carlos Fernández Sessarego, Juan Armando Lengua Balbi, Enrique Normand, Roberto MacLean, Felipe Osterling y Fernando de Trazegnies;

Al finalizar el primer proyecto, la Fundación Ford accedió a una solicitud de la Facultad y auspició un segundo programa, esta vez dedicado íntegramente al tema de la investigación jurídica. Los profesores que viajaron dentro de los alcances de este proyecto fueron: Alberto Bustamante, Luis Chirinos, Marcial Rubio (1973-1974); Guillermo Bettocchi, Alberto Borea y José Perla Velaochaga (1974-1975).

Una de las ideas fundamentales de la reforma fue la de conseguir un núcleo de profesores estables de tiempo completo, y medio tiempo. El proyecto fue un semillero para este propósito. De hecho, los profesores que viajaron por períodos largos asumieron el compromiso de adoptar este régimen de dedicación por lo menos durante 3 años. La mayor parte cumplió con este compromiso y varios continúan como profesores de tiempo completo o medio tiempo.

A esta altura de la exposición es conveniente hacer una refle-

xión acerca de las circunstancias que rodearon este gran esfuerzo. La década de los años sesenta se pensó que sería la década del desarrollo de América Latina. Fue la década en que muchas naciones africanas obtuvieron su independencia y se lanzaron simultáneamente a organizarse como estados y a ensayar planes de desarrollo socio-económico. El Derecho empezó a ser visto como una herramienta de desarrollo. Un caso interesante fue el de Etiopía, que imaginó que la dotación de Códigos modernos traería el desarrollo a ese país. El jurista francés René David fue contratado para elaborar el Código Civil. En un artículo publicado en 1963 (*Tulane Law Review*) él dijo: "Etiopía desea modificar su estructura completamente, aun los modos de vida de su población. Consecuentemente, los etíopes no esperan que el nuevo Código sea un trabajo de consolidación, la plasmación clara y metódica de reglas consuetudinarias vigentes. Ellos desean un programa que contemple una transformación total de la sociedad y demandan que en su mayor parte dicho programa establezca nuevas reglas apropiadas para la sociedad que desean crear".

Diversas Ciencias Sociales como la Sociología, la Antropología, la Ciencia Política y aun la Economía alcanzaron un momento de madurez por esa época. Muchos de sus cultores habían salido de las filas del Derecho y se mostraban dispuestos a colaborar en un proceso de modernización del Derecho.

Fue una época de optimismo en la cual, ya producida la revolución cubana, muchas fundaciones norteamericanas y organismos internacionales se mostraron dispuestos a apoyar financieramente proyectos ordenados de desarrollo, en los cuales se asignaba un rol importante a las instituciones jurídicas y a los profesionales del derecho.

Frente a esta situación, nuestra Facultad asumió el gran reto de convertirse en un centro moderno de estudios jurídicos, que ofreciera su cuota al desarrollo del país a través de sus egresados y de su propia producción intelectual.

Como ya se ha visto, mucho es lo que se ha logrado. Sin embargo, la situación actual ofrece nuevos retos a la profesión jurídica y, consecuentemente, a la enseñanza del Derecho. Tratemos de describir cómo se nos presenta el mundo que hoy nos toca vivir, como estudiantes a algunos y como abogados y profesores a otros.

En primer lugar, se observa una radical modificación en las expectativas. Las instituciones jurídicas y los profesionales que trabajan con ellas (jueces y abogados) están sometidos a un permanente y severo escrutinio de la opinión pública. El contacto de las personas con el Derecho ha dejado de ser esporádico. Se percibe hoy día que la administración de justicia tiene un peso grande en el curso de los acontecimientos sociales. Por una parte, un gran número de los asuntos que se deciden en los procesos judiciales se refieren a problemas sociales que afectan a grandes mayorías, como son los problemas de vivienda y sustento básico, que se ventilan en los juicios de desahucio, aviso de despedida, ocupación precaria y alimentos. Por otra parte, gracias a la acción de amparo, los jueces se han visto en el centro de polémicas nacionales de envergadura. Todo esto exige que las instituciones jurídicas se tornen más sensibles y eficaces frente a estos problemas, y que se revisen conceptos, normas sustantivas, normas procesales y marcos institucionales que nacieron al amparo de otras condiciones sociales y de otra ideología.

En segundo lugar, existe un acercamiento mucho mayor entre los países, producido no solamente por los intentos de integración, sino también por el aumento del comercio internacional y de la interdependencia de las economías. Muchas instituciones jurídicas han debido o deben aún ser repensadas, como la reserva de la jurisdicción peruana exclusiva para asuntos de buques o para peruanos en materia de estado y capacidad civil de las personas, o el reconocimiento de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros, o los requisitos de licitaciones, reserva de fletes y de seguros para la contratación en el marco de donaciones o créditos de ayuda, o el requisito de un convenio entre países para la operación en nuestro mar de buques de bandera extranjera.

En tercer lugar, asistimos a una tensión permanente entre tendencias ideológicas y políticas que reclaman una mayor intervención del estado en los diversos aspectos de la vida de la comunidad, y aquéllas que, por el contrario, insisten en la conveniencia de reducir el ámbito de la intervención estatal a lo que sea indispensable, haciendo reposar el impulso social en las instituciones privadas. Ambas perspectivas imponen requerimientos específicos a los estudiosos y prácticos del Derecho, pues éste requiere adaptarse y modificarse para no constituir un obstáculo a los proyectos nacionales integrales.

En cuarto lugar, el mundo en general, y nuestro país en particular, enfrentan problemas nuevos que no existían hace algunos años, como el constante deterioro del medio ambiente; la penetración en todos los ámbitos de los efectos devastadores de la producción y distribución; la destrucción del estado por parte de grupos alzados en armas que emplean el terrorismo como uno de sus métodos de acción, la inflación, el estancamiento y la recesión de la economía en el marco de un aislamiento frente a las instituciones internacionales de crédito, la pérdida de vigencia de las instituciones del estado con su secuela de corrupción, informalidad y pérdida de fe ciudadana, el aumento de la miseria en extensión y profundidad hasta límites que no se imaginaban hace unos años.

En quinto lugar, se observa en el mundo una renovación casi cotidiana de la ciencia y la tecnología, que indudablemente proyecta sus efectos a todos los ámbitos de la vida, y frente a la cual el Derecho tiene una doble responsabilidad: la de imaginar formas de recepción de esta revolución tecnológica que no atente contra los principios fundamentales de convivencia, y la de modernizarse él mismo con la aceptación y utilización de la cibernética y de los nuevos avances en el terreno de las comunicaciones.

La reforma de finales de los sesenta y principios de los setenta fue, para emplear una frase conocida, una dramática desviación del pasado (Friedman y Ladinsky, 1967). A partir de entonces, y gracias a una característica que también adoptó, y que fue la capacidad de responder institucionalmente a los requerimientos sociales, se han realizado muchos cambios que podríamos llamar incrementales, es decir, paulatinos y acumulativos.

Esto ha quedado demostrado con el Claustro Pleno, realizado en octubre de 1989, certamen en el cual profesores y estudiantes realizaron un diagnóstico de los estudios jurídicos en la universidad. Las conclusiones y recomendaciones no configuran un proyecto académico distinto al que hoy existe. Básicamente se propone enfatizar algunos aspectos y retomar determinadas ideas. Lo que sí es novedoso es su planteamiento sobre proyección social, que no fue materia de reflexión particular en el proyecto de reforma.

En mi opinión, entre los requerimientos inmediatos figura la

necesidad de captar estudiantes con genuina vocación por el Derecho, lo que equivale a decir que puedan prefigurar su futuro en tareas y responsabilidades propias de un profesional del Derecho. Esto nos debe llevar a diseñar una forma más eficiente de vincularnos con el ciclo de Estudios Generales. Este punto se relaciona con lo que se ha llamado la masificación, fenómeno existente en todo el país, donde ha habido un aumento notorio de Facultades de Derecho.

Frente a un medio de gran competencia, es indispensable reforzar la calidad de nuestros egresados. En esta línea se ubica el esfuerzo que ha significado la creación de dos Maestrías, una en Derecho Internacional Económico y otra en Derecho Civil. Las Maestrías no dependen administrativamente de la Facultad de Derecho sino de la Escuela de Graduados, pero sus profesores pertenecen al Departamento de Derecho y sus destinatarios son los profesionales del Derecho, mayoritariamente exalumnos nuestros.

También debemos ofrecer un abogado adiestrado para enfrentar los problemas de hoy, es decir, más crítico, más culto, seriamente comprometido con un conjunto básico de principios rectores del Derecho, antes que con un formalismo exagerado, que ha sido siempre el rasgo distintivo del hombre de Derecho. Como dijo en frase tan lograda Angel Ossorio en *El Alma de la Toga*: "Hay que estudiar, hay que leer, hay que apreciar el pensamiento ajeno, que es tanto como amar la vida, ya que la discurrimos e iluminamos entre todos".

Debemos formar abogados conocedores cabales de las nuevas rutas por las que transita el mundo de la regulación de la convivencia, de los negocios y de la cosa pública, de las comunicaciones y de la informática. También debemos producir más, intelectualmente. Pienso que la investigación jurídica en todas sus formas debe ser estimulada y fortalecida. Ella debe generar un fondo de ideas y conceptos que puedan permitir la reordenación institucional del país.

En medio de un pesimismo cada vez más general, quiero terminar con la siguiente reflexión. El establecimiento de las universidades a finales del siglo XI está íntimamente asociado al resurgimiento de la jurisprudencia como ciencia. Según la tradición, la Universidad de Bolonia, una de las más antiguas y sobresalientes de Europa, fue fundada por Matilde, duquesa de Toscana, quien invitó a Irnerio a

enseñar Derecho Romano (Tamayo y Salmorán, 1987). El conjunto de doctrinas jurídicas acuñadas por la jurisprudencia medieval, produjo el material conceptual y crítico del ideal político del mundo occidental (Tamayo y Salmorán, 1989).

Creo que tenemos derecho a sentir un legítimo orgullo por ser miembros de la institución universitaria y por formar parte de la tradición jurídica. Mantengamos esta tradición en un límite que no baje de la excelencia y esforcémonos por hacer de nuestra disciplina y de nuestro trabajo elementos que contribuyan al desarrollo del país y a la promoción del ser humano.

Lima, 29 de marzo de 1990

CRONICA DEL CLAUSTRO

I. CLAUSTRO PLENO

De conformidad con las conclusiones del Claustro Pleno de Profesores y Alumnos de nuestra Facultad, de 1989, y los acuerdos del Consejo de Facultad de abril de 1990, se crearon tres comisiones.

La primera, del Plan de Estudios, ha elaborado una propuesta que ha sido consultada a los profesores de las distintas áreas del Derecho y se encuentra integrando las recomendaciones presentadas. Esta Comisión la preside el Dr. Jorge Avendaño Valdez y la conforman los doctores Baldo Kresalja, Elvira Méndez y Víctor Prado, así como los estudiantes Carlos Garatea, Peggy Hurtado y José Garibaldi. Colaboran con esta Comisión los doctores Armando Zolezzi, Jefe del Departamento, Roger Rodríguez, Director de Estudios, y César Landa, Secretario Académico.

La segunda Comisión, de Investigación Jurídica, ha tenido una oportunidad muy concreta de desarrollar ésta; por cuanto, en virtud de la firma de un convenio entre nuestra universidad y la Agencia del Gobierno de los Estados Unidos para el Desarrollo (AID), la Facultad de Derecho conjuntamente con la ESAN han desarrollado, de mayo a setiembre, una investigación sobre la realidad del Sistema Judicial Peruano (proceso penal, administración interna y sistemas de información), la misma que ha estado coordinada por el doctor Lorenzo Zolezzi e integrada por los doctores Javier de Belaunde, Carlos Montoya, Víctor Prado y René Ortiz, entre otros.

La tercera Comisión, de Proyección Social, presidida por el doctor Juan Luis Avendaño e integrada por los doctores Walter Albán, Ana Teresa Revilla y Felipe Villavicencio, así como los alumnos Marita Puertas, Armando Zapata, María Muñoz y Gastón Manrique, presentó al Consejo de Facultad el informe "Proyección Social y Extensión Universitaria en Derecho". El doctor Carlos Montoya quedó encargado de implementarlo, para lo cual en una primera etapa ha constituido equipos en siete áreas-temas de trabajo (juzgados de primera instancia, consultorios jurídicos, asesoría al Senado, defensa al consumidor, ONGs, medios de comunicación y educación de jóvenes), con la participación de cien alumnos.

II. CURSOS DE EXTENSION

Durante el presente año la Facultad de Derecho ha proseguido con la organización de cursos de actualización jurídica dirigidos a profesionales, estudiantes y demás interesados, habiéndose dictado los siguientes: III Curso en Comercio Exterior; Curso Superior de Derecho Penal: El Código Penal de 1991; Curso Superior de Derecho Procesal Penal: Análisis del Nuevo Código Procesal Penal; Seminario: Hacia un Nuevo Comercio Internacional y Mecanismos de Integración; Cursillo de Derecho Penal; y II Curso Superior de Actualización en Ciencias Penales.

III. PROFESORES

Ha tenido trascendencia para nuestra casa de estudios que profesores de nuestra Facultad hayan sido designados para ocupar altas magistraturas del Estado. Así, el doctor César Fernández Arce es el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el doctor Felipe Almenara Bryson es el Presidente de la Corte Superior de Lima; y el doctor Felipe Osterling Parodi es el Presidente de la Cámara de Senadores del Congreso de la República. En otros ámbitos, el doctor Enrique Bernaldes Ballesteros ha sido designado Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el doctor Roberto McLean Ugarteche es el actual Embajador del Perú en los Estados Unidos.

La Comisión Fullbright ha hecho posible la visita de la doctora Kathleen Epeldi, defensora de oficio en los Estados Unidos. Durante el periodo de su estadía (agosto-diciembre de 1991) ella se estará encargando de capacitar en nuevas técnicas de defensa judicial penal y de orientación en investigación a los estudiantes participantes en los programas de apoyo a los juzgados de instrucción (Proyección Social).

Por otro lado, a fin de conocer aspectos del sistema jurídico norteamericano, el doctor César Landa Arroyo, profesor de Derecho Constitucional y Secretario Académico de la Facultad, realizó un periplo, durante el mes de junio, por diversos estados de la Unión Americana, invitado por el Gobierno de los Estados Unidos. No cabe duda que está siendo productiva para la Facultad la experiencia recogida en los ambientes académicos y judiciales del país del norte.

Dentro del marco del convenio entre la Universidad París-Norte y nuestra universidad, la beca que anualmente se ofrece para realizar estudios de post-grado por un año fue obtenida por el doctor Francisco Villanueva, joven profesor del área laboral. Asimismo, otros jóvenes profesores parten al exterior. Jorge Danós ha obtenido la beca anual del Centro de Estudios Constitucionales de España; Francisco Aven-
daño Arana ha obtenido una beca Fullbright de un año para realizar estudios de post-grado en Austin University; Alfredo Gildemeister viaja a la Universidad de Navarra a realizar estudios de doctorado, y Felipe Cantuarias ha obtenido también la beca Fullbright de un año para realizar estudios de post-grado en Harvard University.

IV. EVENTOS

La Facultad de Derecho, conjuntamente con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana) y el Centro de Estudios Constitucionales, patrocinó el Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional y Segundo Curso Internacional de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa y que se realizó del 26 al 30 de agosto en dicha ciudad. Participaron, entre otros constitucionalistas extranjeros, los profesores German Bidart Campos, Néstor Sagüés y Dallmo Dallari, así como los profesores Domingo García Belaunde, César Valega, Francisco Eguiguren, César Landa y Samuel Abad, entre otros. También concurren los alumnos del área constitucional del Taller de Derecho de la Universidad Católica.

Con motivo de los 700 años de fundación de la Conferencia Helvética, la Facultad, conjuntamente con la Embajada Suiza, han organizado un Encuentro Jurídico Peruano-Suizo en el cual se abordarán temas como: Democracia directa y democracia indirecta; federalismo, regionalización y descentralización; derecho penal suizo y derecho penal peruano; para lo cual se cuentan con expositores especiales como el profesor Jean Freymond, Director del Centro de Estudios Prácticos de Negociación Internacional de Ginebra, y el doctor José Hurtado Pozo, profesor de la Universidad de Friburgo, Suiza, y profesor de nuestra casa de estudios.

Un acontecimiento de trascendencia nacional y con efectos que rebasan nuestras fronteras se llevó a debate en nuestras aulas: el 30 de mayo se realizó una Agora de Derecho sobre el Convenio Antidro-

gas, que tuvo como expositores al general (r) Edgardo Mercado Jarrín, el doctor Jorge Avendaño Valdez y al doctor César Landa Arroyo.

Por otra parte, en abril se llevó a cabo la II Semana de Proyección Social de la Facultad de Derecho, actividad que contó con el auspicio de la Facultad de Derecho y la Dirección de Proyección Social y Extensión Universitaria. Asimismo, el Centro Federado de Derecho en coordinación con las revistas *Themis* y *Derecho y Sociedad*, organizaron un Concurso de Investigación Jurídica circunscrito a tres áreas: Derecho Civil, Derecho Laboral y Derecho Penal.

Por último, del 21 al 22 de setiembre se llevó a cabo el III Seminario Nacional de Profesores de Derecho Romano, con el auspicio de la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), para el cual se contó con la participación del profesor Giovanni Lobrano de la Universidad de Sassari, y de profesores de las Facultades de Derecho del medio.

V. NUEVO LOCAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Finalmente, otro acontecimiento particularmente relevante para los que pertenecemos a esta Facultad, ha sido la realización, del 10 al 15 de junio, de la Semana de Inauguración del Nuevo Local de la Facultad de Derecho. Durante este evento se presentó el informe de los trabajos de las Comisiones de Plan de Estudios, Proyección Social e Investigación, del Claustro Pleno de Derecho. También se realizó el Conversatorio: Comentarios y posibles modificaciones al Código Civil de 1984, con la participación de los doctores Jorge Avendaño, Jack Bigio, Manuel de la Puente y Lavallo, Fernando de Trazegnies, César Fernández Arce, Felipe Osterling, Guillermo Velaochaga y Fernando Vidal Ramírez; profesores todos ellos de la Facultad y que formaron parte de las Comisiones Reformadora y Revisora del Código Civil. También fue parte del programa de inauguración el Forum Violencia y Pacificación, en donde los expositores hicieron un diagnóstico de la actual situación de violencia que vive el país y propusieron las alternativas de pacificación. Participaron en el forum: el Senador Enrique Bernal, el general (r) Sinesio Jarama, el Padre Felipe MacGregor S.J., la Sra. Amalia Ortiz de Zevallos y el doctor César Delgado Barreto.

LOS AUTORES

Robert S. Barker es catedrático de Derecho en la Universidad Duquesne y Profesor Adjunto de Derecho en la Universidad de Pittsburgh, Estados Unidos.

Carlos Enrique Becerra Palomino es Profesor Ordinario del Departamento de Derecho. Dicta actualmente el curso de Derecho Registral y Notarial.

Jack Bigio Chrem es Profesor Asociado del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Civil. Integró la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936.

Beatriz Boza Dibós ha sido Profesora del Departamento de Derecho y dictó en el área de Derecho Civil. Es Master por la Universidad de Yale. En la actualidad ejerce como abogado en los Estados Unidos.

Alfredo Bullard Gonzales es Profesor del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Civil. Es Master por la Universidad de Yale.

Luis Felipe Cantuarias Salaverry es Profesor del Departamento de Derecho y dicta en el área de Derecho Civil. Actualmente realiza estudios de maestría en los Estados Unidos.

Gastón Fernández Cruz es Profesor del Departamento de Derecho, con estudios completos de Magister con Mención en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicta en nuestra Facultad, en el área de Derecho Civil, el curso de Responsabilidad Civil.

Hugo Forno Flórez es Profesor Ordinario del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Civil el curso de Contratos.

Wilfredo García Noriega es Profesor del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Mercantil.

César Landa Arroyo es Profesor Auxiliar del Departamento de Derecho; es Magister y Doctor en Derecho. Dicta en el área de Derecho Constitucional.

Sergio Oquendo Heraud es Jefe de Práctica de Derecho Civil en el curso de Derechos Reales.

René Ortiz Caballero es Profesor Asociado del Departamento de Derecho. Dicta en las áreas de Teoría General del Derecho y Derecho Civil.

Miguel Torres Méndez es Profesor del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Civil el curso de Contratos Típicos I.

Fernando de Trazegnies Granda es Profesor Principal del Departamento de Derecho. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho. Dicta en el área de Teoría General del Derecho. Es autor de diversos trabajos en las áreas de Historia del Derecho y Derecho Civil.

Lorenzo Zolezzi Ibárcena es Profesor Principal del Departamento de Derecho. Ha sido Jefe del Departamento de Derecho. Dicta en el área de Derecho Procesal Civil, además del curso de Metodología de la Investigación Jurídica.

Derecho N° 45 se terminó de imprimir el mes de octubre de 1991, en los talleres de Editorial e Imprenta Desa (R.I. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU FONDO EDITORIAL 1991

REVISTAS
(A partir de ediciones 1991)

EDICIONES ANUALES

Anthropologica

Suscripción	US\$	12.00
Número suelto	US\$	15.00
Envío aéreo certificado:		
América Latina	US\$	14.42
Canadá y U.S.A.	US\$	17.50
Europa	US\$	19.80
Asia y Africa	US\$	22.88
Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	5.00

Boletín del Instituto Riva-Agüero

Debates en Sociología

Derecho

Espacio y Desarrollo

Suscripción	US\$	9.60
Número suelto	US\$	12.00
Envío aéreo certificado:		
América Latina	US\$	7.78
Canadá y U.S.A.	US\$	9.32
Europa	US\$	10.47
Asia y Africa	US\$	12.00
Envío vía superficie a cualquier destino	US\$	4.00

EDICIONES SEMESTRALES

Areté

Economía

Histórica

Lexis

Pro Mathematica

Revista de la Universidad Católica Nueva serie

Revista de Psicología

Revista de Química

Suscripción	US\$	19.20
Número suelto	US\$	12.00
Envío aéreo certificado:		
América Latina	US\$	9.00
Canadá y U.S.A.	US\$	10.00
Europa	US\$	11.00
Asia y Africa	US\$	13.00
Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	4.00
Suscripción		
Numero suelto		
América Latina	US\$	4.50
Canadá y U.S.A.	US\$	5.00
Europa	US\$	5.50
Asia y Africa	US\$	6.50
Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	2.00

